

# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

2017

## ● primo piano

*Alle radici del bisogno di criminalizzazione. Riflessioni in tema di moralità, immoralità e diritto penale*

*L'abuso del sistema penale*

*Concezioni del diritto vecchie e nuove. Il positivismo giuridico rivisitato sullo sfondo del neocostituzionalismo*

*Erosione del principio della riserva di legge, interrogativi e rimedi*

*Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*

## ● studi

*I punti e le linee nel contrasto al terrorismo internazionale*

*Come ragionano i giudici: razionalità, euristiche e illusioni cognitive*

*Nomofilachia "espressa" e nomofilachia "occulta":*

*meccanismi di stabilizzazione della giurisprudenza nella recente evoluzione del diritto penale italiano*

*La politica della paura tra insicurezza urbana e terrorismo globale*

*Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali*

*L'interazione fra norma penale e regole deontologiche alla prova di resistenza*

*delle scorrettezze processuali di avvocati e magistrati*

*"Civile" e "penale": una dicotomia sanzionatoria davvero superata?*

*Ovverosia, quando il risarcimento del danno vuole "punire" il reo*

*Sul problema dell'obbedienza al diritto (ingiusto). Considerazioni a margine della c.d. formula di Radbruch*

## ● il punto su...

*L'irrequieto presente e l'incerto futuro della prescrizione*

*Giurisdizioni europee e sistemi nazionali*

## ● Nel ricordo di Ettore

Edizioni ETS

# Criminalia

---

*Annuario di scienze penalistiche*

*Comitato di direzione*

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio,  
Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie,  
Luciano Eusebi, Alberto Gargani,  
Fausto Giunta, Vincenzo Maiello,  
Marco Nicola Miletti, Renzo Orlandi,  
Michele Papa, Carlo Piergallini,  
Francesca Ruggieri

*Coordinatore*

Fausto Giunta

*Comitato di redazione*

Alessandro Corda, Roberto Cornelli, Claudia Mazzucato,  
Dario Micheletti, Gherardo Minicucci, Daniele Negri,  
Caterina Paonessa, Antonio Vallini, Vito Velluzzi

*Coordinatore*

Dario Micheletti

*Direttore responsabile*

Alessandra Borghini

**[www.edizioniets.com/criminalia](http://www.edizioniets.com/criminalia)**

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

# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

**2 0 1 7**



Edizioni ETS



[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

© Copyright 2018  
EDIZIONI ETS  
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa  
[info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com)  
[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

ISBN 978-884675460-8  
ISMN 1972-3857

## INDICE

### Primo Piano

CRISTINA DE MAGLIE

*Alle radici del bisogno di criminalizzazione. Riflessioni in tema di moralità, immoralità e diritto penale* 15

JOSÉ LUÍS DÍEZ RIPOLLÉS

*L'abuso del sistema penale* 39

MARIO JORI

*Concezioni del diritto vecchie e nuove. Il positivismo giuridico rivisitato sullo sfondo del neocostituzionalismo* 69

FERRANDO MANTOVANI

*Erosione del principio della riserva di legge, interrogativi e rimedi* 121

FRANCESCO PALAZZO

*Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum* 133

### Studi

ROBERTO BARTOLI

*I punti e le linee nel contrasto al terrorismo internazionale* 155

GUSTAVO CEVOLANI – VINCENZO CRUPI

*Come ragionano i giudici: razionalità, euristiche e illusioni cognitive* 181

CLEMENTINA COLUCCI

*Nomofilachia "espressa" e nomofilachia "occulta": meccanismi di stabilizzazione della giurisprudenza nella recente evoluzione del diritto penale italiano* 209

ROBERTO CORNELLI <i>La politica della paura tra insicurezza urbana e terrorismo globale</i>	233
CRISTIANO CUPELLI <i>Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali</i>	275
DOMENICO NOTARO <i>L'interazione fra norma penale e regole deontologiche alla prova di resistenza delle scorrettezze processuali di avvocati e magistrati</i>	299
GIANFRANCO MARTIELLO <i>"Civile" e "penale": una dicotomia sanzionatoria davvero superata? Ovverosia, quando il risarcimento del danno vuole "punire" il reo</i>	327
DANIELE VELO DALBRENTA <i>Sul problema dell'obbedienza al diritto (ingiusto). Considerazioni a margine della c.d. formula di Radbruch</i>	357
<b>Il punto su... <i>L'irrequieto presente e l'incerto futuro della prescrizione</i></b>	
FAUSTO GIUNTA <i>La prescrizione del reato: ossia la causa estintiva che visse due volte</i>	377
STEFANO MANACORDA <i>Prescrizione e controlimiti: prove di un dialogo costruens negli sviluppi del caso Taricco</i>	383
DOMENICO PULITANÒ <i>La moralità della prescrizione per decorso del tempo</i>	411
<b>Il punto su... <i>Giurisdizioni europee e sistemi nazionali</i></b>	
CARLO GUARNIERI <i>I giudici delle Corti europee: chi sono e come vengono scelti? Un'analisi dei processi di nomina e dei loro esiti</i>	429

JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA

*Alcune note sugli interventi legislativi dell'Unione europea nel processo penale: sfide e incertezze*

439

OLIVIERO MAZZA

*Le garanzie deboli nel relativismo della Corte di Strasburgo*

453

**Nel ricordo di Ettore**

467





## TABLE OF CONTENTS

### On the front page

CRISTINA DE MAGLIE

*At the roots of the need to criminalize. Reflections on morals, immorality and the criminal law* 15

JOSÉ LUÍS DÍEZ RIPOLLÉS

*The abuse of the penal system* 39

MARIO JORI

*Old and new conceptions of the law. Legal positivism revisited against the background of neo-constitutionalism* 69

FERRANDO MANTOVANI

*The erosion of the principle of statutory reservation as to criminal matters, questions and remedies* 121

FRANCESCO PALAZZO

*For a radical rethinking of the ante delictum prevention system* 133

### Essays

ROBERTO BARTOLI

*The dots and the lines in the fight against international terrorism* 155

GUSTAVO CEVOLANI – VINCENZO CRUPI

*How judges reason: rationality, heuristics and cognitive illusions* 181

CLEMENTINA COLUCCI

*“Apparent” and “hidden” uniform interpretation of the law: mechanisms of stabilization by the case law in recent developments of the italian criminal law* 209

ROBERTO CORNELLI <i>The politics of fear between urban unsafety and global terrorism</i>	233
CRISTIANO CUPELLI <i>Freedom of therapeutic self-determination and advance directives: criminal law issues</i>	275
DOMENICO NOTARO <i>The interaction between criminal law provisions and ethical rules put to the resistance test of procedural misconduct of lawyers and members of the judiciary</i>	299
GIANFRANCO MARTIELLO <i>“Civil” and “criminal”: a dichotomy of penalties really outdated? Or, when compensation of damages means “punishing” the offender</i>	327
DANIELE VELO DALBRENTA <i>On the problem of obedience to (unjust) law. Reflections on the so-called Radbruch’s formula</i>	357
<b>Focus on ...</b> <i>The troubled present and uncertain future of statutes of limitations</i>	
FAUSTO GIUNTA <i>Statutes of limitation: the cause of extinction of the offense that lived twice</i>	377
STEFANO MANACORDA <i>Statutes of limitations and counter-limits: trying to build a constructive dialogue following the developments of the Taricco case</i>	383
DOMENICO PULITANÒ <i>The morality of statutes of limitations for the passage of time</i>	411
<b>Focus on...</b> <i>Supranational European courts and national systems</i>	
CARLO GUARNIERI <i>The judges of the European Courts: who are they and how are they selected? An analysis of appointment procedures and their outcomes</i>	429

JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA

*A few remarks on EU law interventions regarding the rules of criminal proceedings: challenges and uncertainties*

439

OLIVIERO MAZZA

*The weak guarantees in the Strasbourg Court's relativism*

453

**Remembering Ettore**

467



## **Primo Piano**



CRISTINA DE MAGLIE

ALLE RADICI DEL BISOGNO DI CRIMINALIZZAZIONE. RIFLESSIONI  
IN TEMA DI MORALITÀ, IMMORALITÀ E DIRITTO PENALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le origini della criminalizzazione del dissenso. Le teorie del conflitto nell'analisi di George Vold. – 3. La lotta per il potere nelle teorie del conflitto. – 4. Teorie del conflitto e consenso sociale. – 5. Gli attori del consenso nella criminalizzazione dei *vice crimes*. Gli imprenditori di moralità. – 5.1. (*Segue*) Le crociate simboliche del proibizionismo americano. – 5.2. (*Segue*) Gli imprenditori di moralità della tarda modernità: chi sono? Svend Ranulf e la tendenza a punire disinteressatamente. – 5.3. (*Segue*) L'indignazione morale della classe media. – 5.4. (*Segue*) Gli obiettivi degli imprenditori di moralità. – 6. Le leve emotive utilizzate. – 6.1. A. La paura della criminalità. La teoria della vittimizzazione. – 6.1.1. (*Segue*) Paura della criminalità e disordine sociale. – 6.1.2. (*Segue*) Un nuovo populismo? Governare attraverso la paura. – 6.2. B. Il disgusto. La teoria di William Ian Miller. – 6.2.1. (*Segue*) Il disgusto e la legge nel pensiero di Martha Nussbaum. – 6.3. C. Gli stereotipi. – 6.3.1. (*Segue*) Aborto e stereotipi. – 7. Conclusione: criminalizzazione dei *vice-taboo crimes* e modelli di legislazione penale.

## 1. Introduzione

Nella recente terza edizione della nota opera *American Law: An Introduction*, Lawrence Friedman e Grant Hayden dedicano particolare attenzione al problema della criminalizzazione della semplice immoralità<sup>1</sup>. Una delle funzioni della giustizia penale, affermano gli Autori, “è quella di fissare e di rafforzare un codice morale”<sup>2</sup>. D'altra parte, precisano, “il codice penale è pieno di reati che hanno a che vedere soprattutto con l'etica”. Queste fattispecie, in particolare, “offendono gli interessi e le preferenze morali di un settore della collettività”<sup>3</sup>. Friedman e Hayden si riferiscono ai cd. *vice crimes*, alla criminalità che fa riferimento a “vizi” e “tabù”<sup>4</sup>, termini pregnanti e chiaramente allusivi a comportamenti che espri-

<sup>1</sup> FRIEDMAN-HAYDEN, *American Law: An Introduction*, 3<sup>rd</sup> ed., New York, 2017, p. 157 ss.

<sup>2</sup> FRIEDMAN-HAYDEN, *American Law*, cit., p. 157.

<sup>3</sup> FRIEDMAN-HAYDEN, *American Law*, cit., p. 158. Sul tema cfr. anche MEIER, *Moral Crimes*, in Bruinsma-Weisburd (eds.), *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, New York, 2014, p. 3153 ss.

<sup>4</sup> In tema, cfr. in generale ZIMRING-HARCOURT, *Criminal Law and Regulation of Vice*, 2<sup>nd</sup> ed., St. Paul, MN, 2014. Per una ricostruzione storica dei *vice crimes* nel contesto della società americana cfr. BOYER, *Purity, in Print: Book Censorship*, in *America from the Gilded Age to the Computer Age*, 2<sup>nd</sup> ed., Madison, WI, 2002.

mono abitudini, scelte di vita e visioni del mondo di singoli individui in contrasto con la cultura dominante di una determinata società.

In altre parole, entrano qui in gioco le opzioni *culturali* dei singoli. Il concetto di cultura in questo contesto riguarda il sistema di credenze e valori che gli individui scelgono per costruire la loro esistenza ed il loro mondo e renderli accettabili. Come rileva David Garland, è entro questa prospettiva che “gli aspetti cognitivi della cultura si saldano con la dimensione affettiva”<sup>5</sup>. I differenti stili di vita e modi di essere prescelti dai singoli presentano però una caratteristica comune: quella di poter urtare contro la morale dominante. Prostituzione, pornografia, gioco d’azzardo, consumo di stupefacenti, omosessualità, poligamia sono esempi emblematici di comportamenti ritenuti sgradevoli e imbarazzanti adottando la prospettiva dell’etica prevalente e che, spesso e volentieri, suscitano a seconda dei casi sentimenti quali disagio, paura e ribrezzo. Nel caso dell’incesto e dell’aborto poi la dimensione del vizio lascia spazio al tabù<sup>6</sup>.

Negli Stati Uniti così come in Europa i nodi connessi alla criminalizzazione e alla punizione dell’immoralità non sono ancora stati sciolti a dispetto del frequente richiamo ai principi di laicità e pluralismo quali cardini che informano la struttura dello Stato nelle democrazie occidentali. Anche nei sistemi giuridici tardo-moderni diventa perciò importante continuare a interrogarsi sui confini morali del diritto penale<sup>7</sup>. Si tratta di confrontarsi con un problema quanto mai attuale e con risvolti pratici allarmanti.

## 2. *Le origini della criminalizzazione del dissenso.*

### *Le teorie del conflitto nell’analisi di George Vold*

La tematica della criminalizzazione delle condotte immorali evoca inevitabilmente le teorie del conflitto (*conflict theories*). Dagli anni Cinquanta del secolo scorso si sviluppano varie impostazioni tutte riconducibili al pensiero di Karl Marx<sup>8</sup> che, con diverse versioni, confluiscono in un filone comune di pensiero che individua nel *conflitto* “un fattore essenziale nel processo sociale da cui di-

<sup>5</sup> GARLAND, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, Chicago, IL, 1990, p. 195.

<sup>6</sup> Sulla criminalizzazione della “mera difformità dalle regole che disciplinano la vita collettiva come norme sociali” cfr. PALIERO, *L’agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in questa *Rivista*, 2012, pp. 109, 115 e *passim*.

<sup>7</sup> Cfr., in part., FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. 4, *Harmless Wrongdoing*, Oxford, 1988. Sia consentito rinviare anche a DE MAGLIE, *Punire le condotte immorali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 938 ss.

<sup>8</sup> Sul punto BLACK, *Conflict Theories of Crime*, in Bruinsma-Weisburd (eds.), *Encyclopedia*, cit., p. 1.



pende l'evoluzione della società"<sup>9</sup>. Per comprendere l'ideologia che sta alla base della *conflict criminology* è necessario marcare le differenze tra la prospettiva del conflitto e quella del consenso nel contratto sociale<sup>10</sup>. In estrema sintesi si può affermare quanto segue: le ideologie riconducibili al paradigma consensuale concordano nel sostenere che la società è organizzata per rappresentare gli interessi della maggioranza delle sue componenti e che "le decisioni e le politiche adottate si fondano sulla volontà dei consociati e sono stabilite allo scopo di perseguire il bene comune"<sup>11</sup>. In particolare, la letteratura rileva che, benché la prospettiva del consenso riconosca la presenza di gruppi che competono tra di loro all'interno della comunità, lo Stato provvede a mediare tra gli interessi dei vari gruppi in modo che la società rifletta ed esprima posizioni e istanze comuni alla maggioranza dei suoi componenti<sup>12</sup>.

Secondo le ideologie del conflitto invece, la funzione dello Stato non è quella di mediare tra gli interessi dei diversi gruppi in competizione, bensì quella di rappresentare gli interessi e riflettere i valori del gruppo o dei gruppi più potenti, che hanno di fatto il potere di controllare il sistema<sup>13</sup>. In altre parole, mentre la prospettiva del consenso vede nell'accordo e nell'armonia il collante della società, secondo la prospettiva del conflitto la società viene tenuta insieme dalla prevaricazione delle posizioni e degli interessi espressi dai gruppi più forti tra quelli in competizione<sup>14</sup>.

L'analisi di George Vold è chiarificatrice sul punto. L'Autore parte dalla premessa che la società sia costituita da un insieme di gruppi in costante "equilibrio dinamico": la natura umana fa sì che le persone si organizzino in gruppi; le vite individuali sono infatti il risultato dell'associarsi in gruppo. Più specificatamente – afferma Vold – i gruppi si formano quando gli individui manifestano interessi e bisogni comuni, che possono essere meglio perseguiti attraverso l'agire collettivo<sup>15</sup>.

Appena nuovi interessi emergono, nuovi gruppi si costituiscono, mentre i gruppi già esistenti si sfaldano e scompaiono qualora gli obiettivi per i quali si sono formati sbiadiscano<sup>16</sup>. Tutti questi gruppi, sotto la direzione e il coordinamento dei

<sup>9</sup> VOLD, *Theoretical Criminology*, New York, 1958, p. 204. Sul punto cfr. anche BERNARD, *Distinction between Conflict and Radical Criminology*, in *72 Jour. Crim. L. & Criminology*, 1981, p. 370 ss.

<sup>10</sup> ANDERSON-DYSON, *Criminological theories: understanding crime in America*, Burlington, MA, 2002, p. 217 ss.

<sup>11</sup> BLACK, *Conflict Theories*, cit., p. 1.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Cfr. LILLY-CULLEN-BALL, *Criminological Theory, Context and Consequences*, Thousand Oaks, CA, 2011, p. 166 ss.

<sup>14</sup> BLACK, *Conflict Theories*, cit., p. 1.

<sup>15</sup> VOLD, *Theoretical Criminology*, cit., p. 203 ss.; VOLD-BERNANRD-SNIPES, *Theoretical Criminology*, 5<sup>th</sup> ed., New York, 2002, p. 220.

<sup>16</sup> VOLD, *Theoretical Criminology*, cit., p. 205.

loro membri, entrano in conflitto tra loro quando gli interessi di cui sono portatori entrano in contatto o si scontrano con quelli di altri gruppi. L'individuo allora agisce per realizzare i valori del gruppo cui appartiene e, nel momento in cui il conflitto si manifesta, il sentimento di lealtà del singolo verso il gruppo tende a divenire più solido e intenso<sup>17</sup>.

Il conflitto tra gruppi organizzati è particolarmente visibile nella politica: il gruppo di maggioranza, che esercita il potere legislativo, ha il controllo della normazione penale e decide, di fatto, chi deve essere definito criminale e chi no. In altre parole, il comportamento criminale non è altro che il comportamento dei "minority power groups", vale a dire dei gruppi che non hanno potere sufficiente per promuovere e difendere i loro interessi e i loro obiettivi nel momento di formazione della politica legislativa: sono questi i gruppi che nel conflitto sociale non sono riusciti ad affermarsi e a trasformare i loro valori e le loro istanze in legge<sup>18</sup>.

### 3. La lotta per il potere nelle teorie del conflitto

Secondo la scuola di pensiero della *conflict criminology*, di cui fanno parte, oltre a George Vold, altri autorevoli studiosi come Georg Simmel<sup>19</sup>, William Chambliss<sup>20</sup> e Austin Turk<sup>21</sup>, alla base del conflitto vi è dunque la lotta per il potere. Ronald Akers sintetizza in modo impeccabile il nucleo delle varie teorie:

È il potere l'obiettivo determinante del conflitto. I gruppi più potenti controllano la legge, cosicché i loro valori vengono adottati come i modelli legali di comportamento. I componenti dei gruppi con meno potere, benché soffrano delle sconfitte legislative e giudiziarie, continuano a comportarsi secondo le loro regole interne, violando perciò la legge. È così che la *conflict theory*, oltre a spiegare il processo di formazione della legge e l'applicazione della giustizia penale, offre anche la spiegazione del comportamento deviante e criminale<sup>22</sup>.

Ma si deve in particolare ad Austin Turk lo studio approfondito del conflitto tra autorità (*authorities*) e subordinati (*subjects*). Sulla sua opera *Criminality and*

<sup>17</sup> VOLD, *Theoretical Criminology*, cit., p. 206.

<sup>18</sup> VOLD, *Theoretical Criminology*, cit., p. 208.

<sup>19</sup> SIMMEL, *The Sociology of Conflict*, in 9 *Am. J. Soc.*, 1903, p. 490 ss.

<sup>20</sup> CHAMBLISS-SEIDMAN, *Law, Order, and Power*, Reading, MA, 1971. Per una ricostruzione del pensiero di Chambliss cfr. MOYER, *Criminological Theories: Traditional and Non-traditional Voices and Themes*, Thousand Oaks, CA, 2001, p. 215 ss.

<sup>21</sup> TURK A., *Criminality and Legal Order*, Chicago, IL, 1969.

<sup>22</sup> AKERS, *Criminological Theories: Introduction, Evaluation, Application*, 3<sup>rd</sup> ed., New York, 2000, p. 165.

*Legal Order* pubblicata nel 1969 è evidente l'influenza di Ralf Dahrendorf e delle sue tesi sulla distinzione tra coloro i quali hanno l'autorità di controllare i comportamenti nelle strutture istituzionali e quelli che non ce l'hanno<sup>23</sup>. In particolare, gli interrogativi che si pone Turk sono i seguenti:

1) A quali condizioni le differenze tra autorità e subordinati hanno la probabilità di trasformarsi in conflitto?

2) A quali condizioni i comportamenti di coloro che violano la legge sono criminalizzati?<sup>24</sup>.

Turk risponde ai due quesiti formulando una serie di proposizioni, classificate in seguito da Liska in uno schema molto articolato<sup>25</sup>. Sulla *prima* questione vengono indicate tre condizioni:

A. Il conflitto tra *autorità* e *subordinati* esplose quando le differenze di comportamento tra i primi e i secondi trovano conferma forte nelle *diversità culturali*<sup>26</sup>. In altre parole – afferma Turk – se le differenze del sistema di valori o di cultura tra *authority* e *subjects* non emergono con schiacciante evidenza anche nei comportamenti dei due gruppi o se sono di minima rilevanza, il conflitto non si verificherà o, comunque, sarà di minore entità<sup>27</sup>.

B. “Il conflitto è tanto più probabile quanto più sono *organizzati* coloro i quali hanno una connotazione illegale o intraprendono un comportamento illegale”<sup>28</sup>. Turk punta dunque sull'*organizzazione* come elemento che rende più probabile il conflitto. Mentre si presume – osserva Turk – che il gruppo che detiene l'autorità sia organizzato, dal momento che l'organizzazione è un presupposto indispensabile per acquisire e mantenere il potere<sup>29</sup>, maggiore è l'organizzazione dei *subjects*, maggiore sarà la forza con cui essi potranno tollerare lo scontro con l'autorità.

L'esempio proposto da Liska sul punto appare convincente. Consideriamo la cultura omosessuale, così come si manifesta oggi e come si esprimeva negli anni Cinquanta. In quegli anni, l'omosessualità era, per lo più, una questione privata vissuta dagli interessati in modo estremamente riservato e spesso letteralmente in segreto; non c'era un confronto o uno scontro tra cultura omosessuale e cultura eterosessuale, perché gli omosessuali vivevano la loro condizione in modo non organizzato. Il conflitto si è invece aperto alla fine degli anni Sessanta, quando gli omosessuali sono venuti allo scoperto, si sono organizzati in

<sup>23</sup> DAHRENDORF, *Class and Class Conflict in Industrial Society*, Stanford, CA, 1959.

<sup>24</sup> TURK A., *Criminality*, cit., p. 54 ss.

<sup>25</sup> LISKA, *Perspectives on Deviance*, Englewood Cliffs, NJ, 1981, p. 178 ss.

<sup>26</sup> TURK A., *Criminality*, cit., p. 54 ss.

<sup>27</sup> Sul punto LISKA, *Perspectives*, cit., p. 176 ss.

<sup>28</sup> TURK A., *Criminality*, cit., p. 58.

<sup>29</sup> TURK A., *Criminality*, cit., p. 60.

un movimento, e attraverso tale organizzazione hanno fatto sì che la loro condizione, da problema solo privato, divenisse una questione sociale e politica<sup>30</sup>.

- C. “Il conflitto è più probabile quanto meno sofisticati sono i subordinati”<sup>31</sup>. Turk insiste anche sul requisito della “*sophistication*”, definita come la conoscenza degli elementi del carattere e dei comportamenti dei membri dell’altro gruppo che viene utilizzata per manipolarli. Più sofisticati saranno i *subjects*, meglio saranno in grado di conseguire i loro scopi, senza che sia necessario scontrarsi apertamente con il gruppo di potere.

Il secondo quesito, relativo alla criminalizzazione dei subordinati, viene risolto da Turk con le seguenti tre tesi:

- A. L’effettività dell’applicazione delle norme giuridiche è più probabile se vi è coincidenza tra le norme di cultura e le norme imposte dall’autorità<sup>32</sup>. In altre parole, le norme giuridiche, che sono significative e fanno parte *anche* della cultura di coloro che detengono il potere, hanno più probabilità di applicazione. Se il comportamento vietato è considerato grave non solo per la legge, ma anche per la cultura della polizia, dei pubblici ministeri e dei giudici, ci saranno senz’altro più arresti, più processi, più condanne<sup>33</sup>.
- B. *Minore* è il *potere* dei subordinati, maggiore sarà l’applicazione della legge<sup>34</sup>. Si tratta di una semplice evidente affermazione: la criminalizzazione è maggiore quando il gruppo delle *authorities* ha un potere forte e i *subjects* non ne hanno.
- C. Più è basso il *livello di realismo* dei soggetti che violano la legge, più aumenta la probabilità di applicazione della legge<sup>35</sup>.

Quest’ultimo fattore, definito da Turk come “la capacità di comprendere le mosse dell’avversario” (*realism of conflict moves*), costituisce un aspetto ulteriore della *sophistication*, che la completa e riguarda le probabilità di successo delle azioni intraprese dall’autorità o da coloro che violano la legge. Turk afferma che mosse “irrealistiche”, effettuate da entrambi gli autori del conflitto, tendono ad aumentare la criminalizzazione, che è una misura del conflitto aperto tra i gruppi<sup>36</sup>.

#### 4. *Teorie del conflitto e consenso sociale*

Si nota allora come, nelle *conflict theories* la contrapposizione tra i gruppi so-

<sup>30</sup> LISKA, *Perspectives*, cit., p. 177.

<sup>31</sup> TURK A., *Criminality*, cit., p. 58.

<sup>32</sup> TURK A., *Criminality*, cit., p. 67 ss.

<sup>33</sup> TURK A., *Criminality*, cit., p. 66.

<sup>34</sup> TURK A., *Criminality*, cit., p. 67 ss.

<sup>35</sup> TURK A., *Criminality*, cit., p. 70.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

ciali divenga “la forza motrice che sta alla base della formazione e dell’applicazione delle norme penali”<sup>37</sup>. È dunque chiaro il ruolo del diritto penale in questo contesto: quello di rappresentare lo strumento della rielaborazione del conflitto. Carlo Enrico Paliero è illuminante sul punto: nel paradigma in questione, i conflitti “vengono canalizzati attraverso modelli formali di risoluzione preventiva standardizzata; ‘in senso unico’, cioè, pre-impostata tassativamente a favore di una parte (individuata come ‘vittima’) e valida per tutti i similari conflitti futuri”<sup>38</sup>.

Peraltro, come evidenzia ancora l’Autore, la realizzazione pratica di questi modelli formalizzati ha l’effetto di generare “ulteriori *conflitti*, che per di più inaspriscono quelle stesse disuguaglianze (di *status*, di classe, di censo, etc.) sulle quali siffatti tipi di soluzione risultano impostati e orientati”<sup>39</sup>. In altre parole, è la *disuguaglianza* l’elemento qualificante e discriminante che permette di mettere a fuoco e di distinguere la posizione dell’*autore* (che va criminalizzato) da quella della *vittima* (che va difesa dall’ordinamento). Il risultato finale dell’implementazione è l’etichettamento dei due soggetti che si fronteggiano sullo scenario penale: una valutazione positiva del soggetto passivo *versus* una stigmatizzazione negativa del soggetto attivo<sup>40</sup>.

In ogni caso, se appare assodata la riconducibilità teorica della *vice criminality* al ceppo dei paradigmi conflittuali, va peraltro ricordato come all’interno della *conflict theory* il consenso sociale svolga un ruolo importante nel processo di formazione della legge penale. Ma si tratta di un “ruolo strumentale e artificioso”<sup>41</sup>, dal momento che esso genera il seguente meccanismo circolare: la domanda di incriminazione è supportata da un consenso di base che esiste realmente, è generale e riguarda la tutela della sicurezza e della moralità pubblica. Ma è attraverso questo consenso di base che i soggetti che sono al potere riescono a conservare le loro posizioni di dominio e di privilegio. In altre parole, come afferma Chambliss, “le leggi sono un mero strumento per mezzo del quale i detentori del potere riescono a mantenere i loro privilegi (...) e conservano il controllo forzato su tutti i consociati”<sup>42</sup>.

## 5. *Gli attori del consenso nella criminalizzazione dei vice crimes.* *Gli imprenditori di moralità*

La comprensione di una categoria complessa, carica di elementi simbolici e di

<sup>37</sup> CHAMBLISS, *Criminal Law in Action*, New York, 1975, p. 5.

<sup>38</sup> PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 857.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> PALIERO, *Consenso sociale*, cit., p. 858.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> CHAMBLISS, *Criminal Law*, cit., p. 8.

archetipi psicoanalitici come quella dei *vice crimes*, non può prescindere, nell'analisi del consenso sociale come fattore determinante del processo di criminalizzazione, dall'approfondimento del ruolo rivestito dagli "attori del consenso". In questo contesto, sono sempre fondamentali le pagine che Paliero ha dedicato negli anni Novanta agli imprenditori di moralità<sup>43</sup>.

Chi sono questi soggetti? Si tratta di una cerchia di persone che non occupa un luogo specifico o più spazi ben definibili nel sistema: si possono infatti trovare ovunque, non escluse le cattedre universitarie. Sono individui che possono anche fare parte – ma non necessariamente – di gruppi organizzati: per affermare il loro credo ideologico o religioso e la loro identità culturale che sentono insicure, non solidamente radicate nel "mondo", o comunque minacciate dal degrado etico e dalla caduta dei "veri" valori, mobilitano il consenso verso scelte di criminalizzazione che li rilancino e che riaffermino così il loro prestigio sul piano sociale<sup>44</sup>.

Le campagne di moralizzazione promosse da questi soggetti hanno spesso la caratteristica della volatilità: non sono cioè stabili nel tempo, ma vanno a ondate, manifestandosi in particolare nei momenti di crisi economica e di conseguente rabbia e paura per l'instabilità sociale, per poi affievolirsi nei periodi di maggiore prosperità e tranquillità<sup>45</sup>.

Come sottolinea Paliero, il termine "imprenditori di moralità" (*moral entrepreneurs*) viene utilizzato in modo sottile da Howard Becker nella sua opera dedicata agli *outsiders*<sup>46</sup>. In questo scritto il sociologo americano definisce gli imprenditori di moralità addirittura come il "prototipo dei creatori di regole"<sup>47</sup>. Per questi individui le norme esistenti sono sempre inadeguate, "perché c'è in loro qualcosa di malvagio che è profondamente disturbante"<sup>48</sup>. Questi soggetti agiscono con "un'etica assoluta", ed è corretto pensare a loro come a dei "crociati, perché essi credono tipicamente che la loro missione sia sacra"<sup>49</sup>. In particolare, rincara Becker, molti crociati della moralità usano forti accenti umanitari ("*strong humanitarian overtones*"), perché non sono solo interessati a inculcare la loro morale nella testa degli altri. Vi è nel loro animo anche l'intima convinzione che quando i consociati si uni-

<sup>43</sup> PALIERO, *Consenso sociale*, cit., p. 879. Sulla categoria dei *Moralunternehmer* cfr., da ultimo, BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, 2018, p. 83 ss. e bibliografia *ivi* citata.

<sup>44</sup> PALIERO, *Consenso sociale*, cit., p. 880.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> BECKER, *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, New York, 1963. Sul punto cfr. FORTI, *Una prospettiva "diabolicamente umana" sul rapporto tra norma e sanzione nell'ordinamento penale*, in Paliero-Viganò-Basile-Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, I, Milano, 2018, p. 204.

<sup>47</sup> BECKER, *Outsiders*, cit., p. 147.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> BECKER, *Outsiders*, cit., p. 148.

formeranno alle regole, che per loro sono quelle giuste, certamente si sentiranno meglio, perché la loro vita decisamente godrà di un salto di qualità<sup>50</sup>. La vicenda storica del proibizionismo negli Stati Uniti costituisce un paradigma finora insuperato su questa tipologia di attori del consenso.

### 5.1. (Segue) *Le crociate simboliche del proibizionismo americano*

Come è noto, il proibizionismo americano inizia nel 1919, anno in cui, con il XVIII emendamento ed il *Volstead Act* viene fissato negli Stati Uniti il divieto di produzione, importazione, vendita e trasporto di sostanze alcoliche<sup>51</sup>. Un divieto che resterà in vigore per ben quattordici anni. Nel libro *Symbolic Crusade* Joseph Gusfield traccia un affresco disincantato e talvolta impietoso del significato sociale dell'uso e dell'astinenza da alcool. "Il consumo o il non consumo di alcolici ha spesso segnalato l'appartenenza a un gruppo e l'identità di *status* nella società americana"<sup>52</sup>, afferma l'Autore.

In questi anni, l'astinenza diventa perciò il simbolo della rispettabilità della classe media: la sobrietà costituisce una pubblica virtù e "diviene parte della fede religiosa nazionale"<sup>53</sup>. Non è un caso, infatti, che nella propaganda del Movimento per la Temperanza "il bevitore non sia solo un soggetto immorale e malvagio a causa dei suoi vizi: è un uomo rovinato"<sup>54</sup>. Così, la campagna a favore del proibizionismo si identifica in una competizione a favore della supremazia della classe media: è il simbolo dei protestanti, dei bianchi nativi, la consacrazione della prevalenza dei ceti rurali sulla minaccia della crescita industriale e sullo sviluppo urbano, la reazione di rigetto nei confronti dell'immigrazione cattolica ed ebraica<sup>55</sup>.

Tra il 1906 e il 1917 il problema del controllo statale delle sostanze alcoliche è infatti la questione centrale intorno alla quale si radicalizza il conflitto tra le nuove e le vecchie forze culturali della società americana. "Da una parte ci sono gli antiproibizionisti (...) che rappresentano i nuovi che si sono aggiunti alla popolazione originaria (...). Dall'altra parte ci sono i difensori della religione fondamentale, delle vecchie virtù morali, dell'ascetica, cauta e sobria classe media che ha rappresentato l'ideale degli americani del diciannovesimo secolo"<sup>56</sup>.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> GUSFIELD, *Symbolic Crusade. Status Politics and the American Temperance Movement*, 2<sup>nd</sup> ed., Champaign, IL, 1986.

<sup>52</sup> GUSFIELD, *Symbolic Crusade*, cit., p. 24.

<sup>53</sup> GUSFIELD, *Symbolic Crusade*, cit., p. 50; ID., *On Legislating Morals: The Symbolic Process of Designating Deviance*, in 56 *Cal. L. Rev.*, 1968, p. 54 ss.

<sup>54</sup> GUSFIELD, *Symbolic Crusade*, cit., p. 50.

<sup>55</sup> GUSFIELD, *Symbolic Crusade*, cit., p. 191. Sul punto cfr. LANG, *Symbolic Crusade*, in 29 *Am. Soc. Rev.*, 1964, p. 768 s.

<sup>56</sup> GUSFIELD, *Symbolic Crusade*, cit., p. 124.

Questo scontro tra *wets* (“bagnati”, ovvero gli antiproibizionisti) e i *dries* (“asciutti” cioè chi sosteneva i divieti), sintomo delle paure della perdita di legittimazione e di potere della *middle class*, si concentra in un attacco violento al *saloon*, il luogo in cui le “classi pericolose” si ritrovano e bevono. È soprattutto il carattere *pubblico* del consumo di alcool nel *saloon* che viene messo sotto accusa dai benpensanti<sup>57</sup>. La reazione dei *moral entrepreneurs* si muove in definitiva in due direzioni diverse: da una parte il bere e l’ubriachezza sono pericolosi per il bevitore. Da qui l’atteggiamento di “paternalismo morale” nei confronti del soggetto, un paternalismo che deve essere tutelato mediante i divieti. Dall’altra parte c’è il *saloon*, il luogo dell’incontro delle “classi pericolose”<sup>58</sup>. Qui il consumo di alcool è *visibile*, ed emerge con chiarezza la connessione logica che viene stabilita tra l’assunzione degli alcolici e “l’allarme per il crimine, i tumulti, le proteste politiche, la prostituzione, e per tutti quei demoni non meglio definiti che accompagnano le condotte disordinate”<sup>59</sup>.

L’affresco tratteggiato da Gusfield sulle crociate simboliche impregnate di moralismo contro l’alcool negli Stati Uniti riveste grande importanza per comprendere l’oggetto delle campagne di moralizzazione contemporanee<sup>60</sup>. Si tratta sempre di condotte il più delle volte a dimensione spiccatamente privata, che in sé sole non offendono i beni giuridici altrui; sono però condotte che hanno la peculiarità di essere “*estraneе allo stile di vita*, e contrastanti con la *morale quotidiana* degli appartenenti al gruppo degli ‘imprenditori della moralità’”<sup>61</sup>. La domanda di punizione si concentra così sulla categoria dei vizi: pornografia, omosessualità, droga, gioco d’azzardo: tutti reati senza vittima<sup>62</sup> in cui l’incriminazione dovrebbe innanzitutto servire a stigmatizzare gli autori e a colpire i loro comportamenti *solo* perché immorali, indicativi cioè di scelte e stili di vita contrastanti con l’“etica quotidiana” esibita dai *symbolic crusaders*.

## 5.2. (Segue) *Gli imprenditori di moralità della tarda modernità. Chi sono?* *Svend Ranulf e la tendenza a punire disinteressatamente*

Per quanto poi riguarda le caratteristiche socio-culturali del tipico imprenditore di moralità, molto utili sono gli studi che Svend Ranulf ha dedicato ai rap-

<sup>57</sup> GUSFIELD, *Symbolic Crusade*, cit., p. 196.

<sup>58</sup> Sul concetto di “*dangerous classes*”, cfr. SHELDEN, *Controlling the Dangerous Classes: A Critical Introduction to the History of Criminal Justice*, Boston, MA, 2001, p. 16 ss.

<sup>59</sup> GUSFIELD, *Symbolic Crusade*, cit., p. 197 ss. Cfr. anche BOYER, *Urban Masses and Moral Order in America, 1820-1920*, Cambridge, MA, 1978.

<sup>60</sup> GUSFIELD, *The Culture of Public Problems: Drinking-Diving and the Symbolic Order*, Chicago, IL, 1981.

<sup>61</sup> PALIERO, *Consenso sociale*, cit., p. 880.

<sup>62</sup> Cfr. SCHUR, *Crimes Without Victims*, cit.



porti che intercorrono tra reato, indignazione morale e pena<sup>63</sup>.

Il quesito al centro dell'indagine del sociologo danese è quello di individuare quali siano le "condizioni sociali" connesse alle "emozioni umane" che stanno alla base della richiesta di pena. L'analisi è approfondita ed è evidente l'influenza della teoria di Émile Durkheim sulla funzione sociale della pena. È noto il significato etico ed emozionale che Durkheim attribuisce alla pena: il suo compito è quello di attivare "una sorta di circuito morale", che consenta di mantenere intatta la solidarietà sociale, quella solidarietà che "avvicina le coscienze oneste e le concentra"<sup>64</sup>.

Da qui parte la ricerca di Ranulf. In particolare, il libro *Moral Indignation and Middle Class Psychology* si impone all'attenzione degli specialisti per la sua originalità. Si tratta di uno studio comparatistico sulla "tendenza a punire disinteressatamente", indipendentemente, cioè, da una minaccia diretta ai propri interessi o ai propri beni<sup>65</sup>. Nell'opera viene tracciata la distinzione fondamentale tra esempi positivi ed esempi negativi quanto al manifestarsi di una spiccata tendenza a punire in modo disinteressato. Nella prima categoria sono, tra le altre, annoverate la società nazional-socialista tedesca del XX secolo, i Protestanti del XVII secolo, ed i movimenti puritani<sup>66</sup>; nella seconda sono invece compresi gli aristocratici, gli esponenti della Chiesa cattolica romana del tardo medioevo, i teutoni, gli indù, i cinesi<sup>67</sup>. Ranulf presenta anche esempi intermedi con riferimento agli ebrei del Vecchio Testamento e ai bolscevichi<sup>68</sup>.

Lo spartiacque che divide gli esempi positivi da quelli negativi è rappresentato dall'effettiva presenza, nel sistema sociale, di una classe media, segnatamente la piccola borghesia: in altre parole – spiega Ranulf – il desiderio di punire disinteressatamente è "una caratteristica distintiva della *lower middle class*"<sup>69</sup>.

### 5.3. (Segue) *L'indignazione morale della classe media*

Emerge così chiaramente dall'analisi in che cosa consiste per l'Autore "l'emozione dell'indignazione morale". Si tratta di una forma di "risentimento"

<sup>63</sup> RANULF, *The Jealousy of the Gods and Criminal Law at Athens: A Contribution to the Sociology of Moral Indignation*, Copenhagen, vol. 1, 1933; vol. 2, 1934; ID., *Moral Indignation and Middle Class Psychology: A Sociological Study*, New York, 1964 (pubblicato originariamente nel 1938). Per un commento alla teoria di Ranulf cfr., tra gli altri, SKOGAN, *Moral Indignation in the East of England: a Youthful Twist on Ranulf's Ageing Thesis*, in Karstedt-Loader-Strang (eds.), *Emotions, Crime and Justice*, Oxford, 2017, p. 120 ss.

<sup>64</sup> DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, trad. it., Ivrea, 1971, p. 121 e *passim*.

<sup>65</sup> RANULF, *Moral Indignation*, cit.; sul punto cfr. PALIERO, *Consensus sociale*, cit., p. 881.

<sup>66</sup> RANULF, *Moral Indignation*, cit., p. 8 ss.

<sup>67</sup> RANULF, *Moral Indignation*, cit., p. 96 ss.

<sup>68</sup> RANULF, *Moral Indignation*, cit., p. 174 ss.

<sup>69</sup> RANULF, *Moral Indignation*, cit., p. 198.

(*resentment*), che *solo* gli appartenenti a questo ceto sociale provano<sup>70</sup>. Questa classe sociale vive infatti – secondo Ranulf – “in condizioni che obbligano i suoi membri a subire un livello straordinariamente elevato di auto-limitazioni e li sottopongono ad una grande frustrazione dei desideri. Se si può dare un’interpretazione psicologica alla connessione di questi elementi, difficilmente si arriva ad una conclusione diversa: l’indignazione morale è un tipico risentimento causato dalla repressione degli istinti”<sup>71</sup>.

Ciò significa, allora, che l’indignazione morale costituisce la “base affettiva” su cui si innesta la richiesta disinteressata di punizione; è una pulsione odiosa, che nasce proprio dal tipo di struttura sociale: come dimostra Ranulf, le società che non conoscono questo genere di stratificazione nel sistema, non hanno la base sociale da cui scatta l’esigenza di punire. Un’esigenza che nasce dalle “privazioni che la *middle class* subisce e che sono produttive dell’invidia che si esprime nella forma dell’indignazione morale”<sup>72</sup>. È una tesi spietata ma convincente.

La domanda legittima che scaturisce da queste conclusioni è allora la seguente: perché mai i componenti della *lower middle class* non mettono sotto accusa la struttura sociale che tanto li sacrifica e, anzi, “giudichino questo contesto come del tutto appropriato per la realizzazione delle loro aspirazioni”<sup>73</sup>. Questo è un passaggio interessante, che però Ranulf non tocca. Potrebbero anche essere sollevate perplessità sull’attualità dell’analisi di Ranulf, che risale agli anni trenta del secolo scorso e che mette sotto i riflettori una piccola borghesia composta da piccoli negozianti ed artigiani, molto diversa dunque dalla *middle class* che popola le società tardo-moderne. Certamente la struttura delle società attuali è profondamente diversa, per moltissime ragioni che non è possibile approfondire in questa sede. Tuttavia, *mutatis mutandis*, lo studio di Ranulf rimane penetrante e conserva la sua freschezza per comprendere la dinamica delle emozioni di una classe media, che preme sulla domanda di pena riguardo a determinati comportamenti considerati immorali.

Come ricerche recenti confermano, il ceto sociale in questione, indipendentemente dalle sue modificazioni negli anni, nutre sempre un atteggiamento ambiguo nei confronti dello Stato e delle sue istituzioni. Da una parte, infatti, non ha alcuna ribellione, ma prova invece rispetto nei confronti del sistema che, di fatto, lo condanna a un’esistenza modesta, piena di privazioni; dall’altra parte manifesta risentimento per non poter usufruire di quei privilegi, che sono invece appannaggio degli strati sociali superiori. In effetti, come spiega Ranulf, “i membri

<sup>70</sup> RANULF, *Moral Indignation*, cit., p. 41 ss.

<sup>71</sup> RANULF, *Moral Indignation*, cit., p. 198.

<sup>72</sup> BARBALET, *Moral Indignation, Class Inequality and Justice. An Exploration and Revision on Ranulf*, in *6 Theor. Criminol.*, 2002, p. 286.

<sup>73</sup> BARBALET, *Moral Indignation*, cit., p. 290.

della *middle class* non si oppongono necessariamente alla disuguaglianza sociale”, ma provano una profonda frustrazione per la “loro posizione” nella struttura di disuguaglianza<sup>74</sup>.

In definitiva, per la *lower middle class* l’oggetto dell’indignazione non è il sistema sociale in sé, che invece è considerato legittimo, ma coloro che sfidano questo sistema sociale, contravvenendo alla sua morale e alle sue regole. In conclusione, qui “la relazione tra emozioni e classe sociale non è diretta, bensì mediata da più diretti fattori di esperienza, che riguardano la legittimazione o comunque la questione degli accordi di distribuzione e gli elementi connessi del sistema normativo”<sup>75</sup>.

La teoria di Ranulf non è rimasta isolata, ma ha ricevuto conferme importanti sia per il metodo seguito sia per i risultati ottenuti anche in tempi più recenti. Basti pensare alla nota analisi di Troy Duster sui rapporti tra diritto e morale: una ricerca volta a risolvere il quesito “complesso e sottile” se sia nata prima la legge o la morale e di capire se la morale possa essere oggetto di disciplina da parte del legislatore<sup>76</sup>. Lo studio – approfondito e anche molto tecnico – sulla dipendenza da sostanze stupefacenti costituisce, secondo l’Autore, un paradigma fondamentale per “mostrare le condizioni sociali in cui l’indice accusatore si intinge nella indignazione morale, e la drammatica differenza sociale che emerge quando il dito viene puntato dalla o verso la *middle class*”<sup>77</sup>.

#### 5.4. (Segue) *Gli obiettivi degli imprenditori di moralità*

Per quanto riguarda gli *obiettivi* che i *moral entrepreneurs* perseguono attraverso l’utilizzazione del consenso sociale, va osservato quanto segue. In primo luogo la loro azione si indirizza in modo univoco su una domanda di incriminazione per condotte su cui il bisogno di pena *non* è avvertito incondizionatamente dalla collettività ma – si pensi all’aborto – è invece assai controverso nell’opinione pubblica<sup>78</sup>. Ma questa richiesta di pena costituisce solo *apparentemente* l’obiettivo fondamentale delle *moral crusades*. Dietro ad essa vi è infatti uno *scopo ulteriore* – quello principale – che dall’obiettivo immediato (l’incriminazione) si proietta su quello veramente perseguito: il *riconoscimento* della cultura e dei valori espressi dalla propria classe sociale. In altre parole, gli “imprenditori della moralità” si battono affinché l’ordinamento ritenga fondata la loro richiesta di punizione non

<sup>74</sup> RANULF, *Moral Indignation*, cit., p. 14.

<sup>75</sup> BARBALET, *Moral Indignation*, cit., p. 291.

<sup>76</sup> DUSTER, *The Legislation of Morality: Law, Drugs and Moral Judgment*, New York, 1970.

<sup>77</sup> DUSTER, *The Legislation of Morality*, cit., p. IX e *passim*. Cfr. sul punto YOUNG J., *Moral Panic. Its Origins in Resistance, Resentment and the Translation of Fantasy into Reality*, in 49 *Brit. J. Criminol.*, 2009, p. 13 ss.

<sup>78</sup> PALIERO, *Consenso sociale*, cit., p. 882.

tanto perché a loro sta a cuore la protezione del bene oggetto della norma penale, ma perché attraverso l'incriminazione viene data una conferma forte all'importanza dei valori del loro gruppo di appartenenza. In definitiva, attraverso l'incriminazione, il "crociato morale" riceve un'*investitura formale* da parte del sistema, perché ciò che fino a quel momento era considerato un ideale *solo* per lui e per i membri della sua cultura, viene *finalmente* consacrato in una norma dell'ordinamento penale. Con la formalizzazione del divieto la classe sociale di appartenenza ottiene così "prestigio e rispetto": quello che infatti i *moral entrepreneurs* chiedono alla società non è altro che un "*be like us*"<sup>79</sup>.

È evidente allora come la norma penale, canalizzando il consenso degli "imprenditori di moralità" funzioni (deve funzionare!) come uno strumento di assimilazione culturale: con la recezione, da parte del legislatore, della richiesta di pena, viene data ai richiedenti la conferma della supremazia del loro ceto all'interno dell'organizzazione sociale. Insomma, sono sempre attuali le affermazioni di Pitirim Sorokin: "Le norme di legge stabiliscono, tra gli attori del governo chi è quello superiore e quello inferiore, chi è titolare del comando, e chi deve ubbidire"<sup>80</sup>. Sembra allora assodato che la pena, in questo contesto, agisce come "mezzo di contrasto che deve far risaltare nella visione collettiva la *validità* e il *prestigio* del (...) *sistema* di valori e/o dello *stile di vita* degli imprenditori di moralità"<sup>81</sup>.

Le conseguenze sono perciò evidenti: all'imprenditore di moralità non interessa affatto la tutela della *vittima* (che il più delle volte non c'è...). Si pensi ancora una volta all'*aborto*. Una norma caratterizzata da un pesante tasso di *ineffettività* sia nel nostro sistema che nell'esperienza comparatistica. È tristemente noto infatti – e non solo ai giuristi – che in tutti gli ordinamenti in cui sia stato sancito il divieto di aborto, certe pratiche non sono state sradicate, ma sono divenute – purtroppo – clandestine.

L'incriminazione dell'aborto è infatti un chiaro esempio di *legislazione simbolica*<sup>82</sup>, indifferente cioè alle valutazioni politico-criminali delle conseguenze della scelta sanzionatoria, perché tesa ad affermare esclusivamente l'ideologia di un ben determinato gruppo culturale. L'assenza di effetti positivi e la presenza di effetti negativi di questo tipo di opzione normativa, caratterizzata da un incontestabile e vistoso *deficit* di convenienza, sono stati lumeggiati sempre da Paliero,

<sup>79</sup> GUSFIELD, *Symbolic Crusade*, cit., p. 68.

<sup>80</sup> SOROKIN, *Society, Culture and Personality*, Oxford, 1947, p. 79.

<sup>81</sup> PALIERO, *Consenso sociale*, cit., p. 884.

<sup>82</sup> PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 467 ss.; ID., *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011; HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2001, p. 1001 ss.; SILVA SANCHEZ, *Approximación al derecho penal contemporáneo*, 2<sup>nd</sup> ed., Montevideo, 2010.

nei suoi fondamentali studi sul principio di effettività<sup>83</sup>:

α. L'incriminazione non è in grado di contenere quantitativamente il fenomeno, ma ne impone, necessariamente, la *clandestinità*;

β. L'incriminazione colpisce dunque le *donne socialmente svantaggiate* e ne aumenta l'emarginazione;

γ. L'incriminazione costringe la donna non solo alla clandestinità, ma anche alla *clandestinità che uccide* (il tavolo della mamma invece dell'attrezzata clinica estera).

In conclusione, è l'incriminazione stessa, che volta a tutelare la vita del concepito, minaccia per la sua *carezza di effettività*, la vita della gestante<sup>84</sup>. Ancor meno interessa alla maggior parte degli imprenditori di moralità un recupero dell'*autore* della condotta da incriminare che è visto spesso come un "anima perduta", dunque escluso a priori dagli obiettivi della risocializzazione. Basti pensare all'accanimento con cui, il più delle volte, vengono attaccati i soggetti responsabili di comportamenti immorali: categorie di miserabili, emarginati sociali, vite di scarto<sup>85</sup> con poche o nessuna difesa (si pensi alla maggior parte dei tossicodipendenti): "*suitable enemies*" sgradevoli e imbarazzanti<sup>86</sup>. Un bersaglio ideale su cui incanalare le frustrazioni dei perbenisti.

## 6. Le leve emotive utilizzate

Vale la pena, a questo punto, individuare quali sono le *leve emotive*<sup>87</sup> su cui si agganciano i *moral entrepreneurs* per mobilitare il consenso sociale verso la criminalizzazione dei *vice-taboo crimes*. Esse sono: A. la paura della criminalità; B. il disgusto; e C. gli stereotipi.

### 6.1. A. La paura della criminalità. La teoria della vittimizzazione

La letteratura di sociologia criminale sulla paura della criminalità è vastissima<sup>88</sup>. In particolare, negli Stati Uniti, è soprattutto negli anni Settanta del secolo scorso – come illustra David Garland – che questo tipo di paura è diventato un

<sup>83</sup> PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., p. 473 ss.

<sup>84</sup> PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., p. 474.

<sup>85</sup> BAUMAN, *Vite di scarto*, trad. it., Bari, 2004.

<sup>86</sup> Cfr. sul punto COTTINO, *Panico morale e nemici appropriati: riflessioni in margine a due contributi di T. Mathiesen e N. Christie - K. Brunn*, in Giasanti (a cura di), *Giustizia e conflitto sociale. In ricordo di Vincenzo Tomeo*, Milano, 1992, p. 209 ss.

<sup>87</sup> Sul tema del rapporto tra fenomeni affettivi e dimensione giuridico-penale v., da ultimo, in part., BACCO, *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Torino, 2018.

<sup>88</sup> Nella letteratura italiana cfr. CORNELLI, *Paura e ordine nella modernità*, Milano, 2008.

requisito di centrale importanza sull'investigazione delle strategie di politica criminale. "Ciò che una volta era vista come una situazione di ansia localizzata che affliggeva individui e vicinato della peggior specie, è arrivata ad essere considerata un grave problema sociale ed una caratteristica della cultura contemporanea"<sup>89</sup>.

Ma che significa "*fear of crime*"? La ricerca ha stabilito che si tratta di "(1) una reazione emotiva, (2) associata alla minaccia di un reato, (3) connessa all'immediatezza dell'evento"<sup>90</sup>. Come spiegano gli specialisti, ognuno di noi nasce con una "paura potenziale" nei confronti della criminalità, una paura che però può aumentare, divenire ossessiva qualora ricorrano determinate situazioni sociali e ambientali<sup>91</sup>. Va inoltre sottolineata un'evoluzione storica del concetto di "paura del crimine" nel corso degli anni; un'evoluzione ricostruita con grande cura soprattutto da Dan Lewis e Greta Salem<sup>92</sup>. Infatti, secondo l'impostazione tradizionale, esiste una *connessione imprescindibile* tra il sentimento di "*fear of crime*" e quello di *vittimizzazione*<sup>93</sup>. In altre parole, in base alla cd. *victimization perspective*, la paura del crimine è una risposta emotiva che scatta esclusivamente in quegli individui che sono stati vittima di reato o che sono venuti conoscenza, rimanendo profondamente colpiti, della vittimizzazione di altri<sup>94</sup>.

#### 6.1.1. (Segue) *Paura della criminalità e disordine sociale*

Un'impostazione convincente, ma ormai superata soprattutto grazie all'influenza della teoria della "*social control perspective*" approfondita negli studi sulla vita delle comunità urbane svolti dagli esponenti della Scuola di Chicago<sup>95</sup>. Secondo questo orientamento ora dominante, il binomio per lungo tempo considerato irriducibile "paura della criminalità-vittimizzazione" deve necessariamente essere spezzato: la "*fear of crime*" va infatti ora considerata come un problema autonomo, a sé stante, che può quindi totalmente prescindere dal fenomeno della vittimizzazione<sup>96</sup>.

<sup>89</sup> GARLAND, *The Culture of Control Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago, IL, 2001, p. 10; TONRY, *Thinking about Crime: Sense and Sensibility in American Penal Culture*, New York, 2004.

<sup>90</sup> LANE-RADER-HENSON-FISHER-MAY, *Fear of Crime in the United States. Causes, Consequences and Contradictions*, Durham, NC, 2014, p. 216.

<sup>91</sup> LANE-RADER-HENSON-FISHER-MAY, *Fear of Crime*, cit., *passim*.

<sup>92</sup> LEWIS-SALEM, *Fear of Crime. Incivility and the Production of Social Problem*, New Brunswick, NJ, 1986.

<sup>93</sup> Sulla capacità dei *media* di innescare il meccanismo di *identificazione induttiva* delle vittime con lo spettatore medio, in modo da enfatizzare il clima della paura *espressivo* del *social panic* cfr. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei media)*, in Forti-Bertolino (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, p. 332.

<sup>94</sup> LEWIS-SALEM, *Fear of Crime*, cit., p. XIII.

<sup>95</sup> WILSON, *Thinking About Crime*, New York, 1975.

<sup>96</sup> GARLAND, *The Culture of Control*, cit., p. 10.

La “*fear of crime*” non va perciò intesa solo come un’emozione reattiva, ma anche come un sentimento più diffuso, conseguente alla percezione di una “erosione dell’ordine nella comunità locale”<sup>97</sup>: “Questo senso di timore, di rabbia pubblica ha avuto un forte impatto sulla forma e sui contenuti della politica criminale degli anni recenti”<sup>98</sup>. In particolare, per quanto riguarda l’argomento che qui interessa, le indagini più aggiornate individuano una stretta correlazione tra la “paura della criminalità” e le categorie del “disordine sociale”<sup>99</sup>. La paura della criminalità sarebbe perciò avvertita da quei cittadini che vivono in condizioni di cd. “inciviltà sociale o fisica”<sup>100</sup>. Le prime includono la presenza, nel vicinato di persone che conducono “vite disordinate”: senz’altro, prostitute, tossicodipendenti, bande giovanili.

Le “*physical incivilities*” fanno invece riferimento alla presenza nel quartiere in cui si vive di indicatori allarmanti come sbarre alle finestre, graffiti, immondizia, edifici diroccati e disabitati, cortili incolti etc.: tutta una serie di segnali inquietanti che influenzerebbero negativamente le persone rendendole più vulnerabili e più paurose di fronte al crimine<sup>101</sup>.

#### 6.1.2. (Segue) *Un nuovo populismo? Governare attraverso la paura*

Non va inoltre trascurato che può verificarsi una coincidenza tra le aspirazioni punitive degli imprenditori di moralità e determinate tendenze populistiche del legislatore contemporaneo<sup>102</sup>. In Italia già da qualche tempo è registrabile l’emersione di politiche penali a carattere meramente simbolico, tese cioè a rassicurare la collettività, a placare i suoi timori nei confronti del rischio-criminalità: una delle paure cinicamente strumentalizzate è stata, com’è noto, quella della convivenza con il “diverso”, sapientemente etichettato come “il nemico” da combattere, non per quello che fa ma per quello che è, perché è portatore di un modo di pensare e di vivere “diverso” e spesso contrastante con la morale convenzionale<sup>103</sup>.

La letteratura nordamericana che si è occupata di questo fenomeno parla dell’esistenza di un “nuovo populismo” che non esita a denigrare il ruolo della scienza, dei saperi tecnologici, il parere di studiosi ed esperti; al posto delle

<sup>97</sup> WILSON, *Thinking About Crime*, cit., p. 24.

<sup>98</sup> GARLAND, *The Culture of Control*, cit., p. 10.

<sup>99</sup> LANE-RADER-HENSON-FISHER-MAY, *Fear of Crime*, cit., p. 162.

<sup>100</sup> *Ibidem*.

<sup>101</sup> Cfr. SKOGAN, *Disorder and Decline. Crime and the Spiral of Decay in American Neighborhoods*, Berkeley, CA, 1990.

<sup>102</sup> Cfr. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in questa *Rivista*, 2013, p. 125 ss.; VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in questa *Rivista*, 2014, p. 197 ss.

<sup>103</sup> Sul punto cfr. da ultimo VISCONTI A., *Memoria e comprensione dell’altro’ tra difesa sociale e garanzie individuali: la prospettiva giusletteraria per un diritto penale democratico*, in *Jus*, 2017, p. 35 ss.

“chiacchiere degli intellettuali” tale populismo invoca invece in modo perentorio “l’autorità della gente, il senso comune, il ritorno alla sostanza delle cose” quali unici punti di riferimento “per una politica criminale efficiente”<sup>104</sup>.

In particolare, l’indagine di Jonathan Simon conferma la grande forza di suggestione di questa ideologia<sup>105</sup>. Il nuovo populismo punta perciò sulla paura per la criminalità: un sentimento che produce insicurezza generalizzata, rabbia, e risentimento, e che viene manipolato dal legislatore per sacrificare fondamentali libertà individuali. Questo tipo di populismo fa breccia in particolare sulla classe media e medio-alta della popolazione bianca<sup>106</sup> e ha l’effetto di instaurare un nuovo “governo attraverso la criminalità”, vale a dire “un nuovo paradigma di *governance* incentrato sull’individuazione, sulla prevenzione e sulla neutralizzazione del rischio criminale come elementi costitutivi dell’azione di governo a ogni livello e in ogni contesto”<sup>107</sup>.

La legislazione sugli stupefacenti sia negli Stati Uniti che nel nostro Paese costituisce un esempio paradigmatico di questo orientamento. “La guerra sulla droga è stata dichiarata dal Presidente Nixon nel 1971 ed ha subito un escalation sotto ogni presidenza (...). Assecondando la credenza che l’illegale commercio di droga sia la causa sottostante della violenta criminalità di strada, la guerra federale alla droga è diventata parte integrante della vita americana (...)”<sup>108</sup>.

## 6.2. B. *Il disgusto. La teoria di William Ian Miller*

Nella classificazione dei tipi di indignazione su cui fanno leva gli imprenditori della moralità per orientare il consenso sociale verso la criminalizzazione dei *vice-taboo crimes*, certamente il *disgusto* occupa una posizione di primo piano<sup>109</sup>. La letteratura sul concetto di “disgusto” è molto ampia<sup>110</sup>. In particolare, per quello che qui rileva, vale la pena di fare in primo luogo riferimento al noto studio degli anni novanta di William Ian Miller, che costituisce una base teorica molto solida per comprendere il ruolo che questa reazione emotiva e fisica gioca nelle scelte

<sup>104</sup> GARLAND, *The Culture of Control*, cit., p. 13.

<sup>105</sup> SIMON, *Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, New York, 2007.

<sup>106</sup> SIMON, *Governing Through Crime*, cit., p. 154 ss. Cfr. sul punto FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in questa *Rivista*, 2013, p. 98.

<sup>107</sup> DE GIORGI, *Introduzione a SIMON, Il governo della paura: guerra alla criminalità e democrazia in America*, trad. it., Milano, 2008, p. XXIII.

<sup>108</sup> SIMON, *Governing Through Crime*, cit., p. 30.

<sup>109</sup> SUNSTEIN, *Some Effects of Moral Indignation on Law*, in 33 *Vt. L. Rev.*, 2009, p. 405 ss.

<sup>110</sup> Cfr., tra gli altri, HUSAK, *Disgust: Metaphysical and Empirical Speculations*, in von Hirsch-Simester (eds.), *Incivilities, Regulating Offensive Behaviour*, Oxford, 2006, p. 91 ss.; KOLNAI, *Il disgusto*, trad. it., Milano, 2017.



del legislatore penale<sup>111</sup>. Secondo l'Autore, il disgusto è “un sentimento morale e sociale”<sup>112</sup> che occupa una posizione essenziale nella nostra vita di relazione e costituisce il meccanismo di selezione fondamentale “per conculcare l'onore ed il rispetto, così come per provocare il disonore ed il disprezzo”<sup>113</sup>.

Come osserva Dan Kahan, che ha approfondito l'analisi di Miller, sono quattro le tesi su cui questo studioso costruisce il suo ragionamento<sup>114</sup>. In dettaglio:

a) La tesi *valutativa*. Secondo Miller il disgusto *non* è “un semplice impulso emotivo” come potrebbe essere ad esempio la nausea: esso infatti “valuta negativamente ciò che tocca, proclamando l'irrelevanza e l'inferiorità del suo oggetto”<sup>115</sup>.

b) La tesi *gerarchica*. Il disgusto svolge nel pensiero dell'Autore una specifica funzione sociale perché contribuisce a confermare le differenze di classe: “in alcuni settori opera per mantenere le gerarchie; in altri settori rappresenta correttamente le pretese di superiorità; in altri ancora costituisce l'indicatore di una precisa posizione nell'ordine sociale”<sup>116</sup>.

c) La tesi *conservativa*. Benché il concetto di disgusto non sia identico in tutte le società e in tutti i vari sistemi di Stato, esiste un nucleo di fattori che qualifica sempre il disgusto e che non è influenzato dai tempi e dalle modificazioni della struttura organizzativa della società<sup>117</sup>.

d) La tesi dell'*ambivalenza morale*. Secondo Miller abbiamo bisogno del disgusto per sottolineare “la natura specifica dei nostri impegni morali più rilevanti e per fornirci la giustificazione della punizione delle peggiori violazioni commesse dai diversi”<sup>118</sup>.

Le conseguenze di questa costruzione teorica sono significative, e sono state opportunamente utilizzate da Dan Kahan per spiegare le ragioni profonde che si celano dietro determinate opzioni punitive del legislatore<sup>119</sup>. Si pensi, ad esempio, alla maggior parte della popolazione carceraria americana, composta da detenuti che hanno messo in atto condotte di mera trasgressione come la guida in stato di ebbrezza<sup>120</sup> e lo spaccio di stupefacenti. Certamente questi non sono *violent crimes*, eppure il legislatore della quasi totalità degli ordinamenti ha scelto senza esitazione di punirli con la pena detentiva. Non solo: vi è una grande resistenza ideologica a escogitare e a proporre per gli autori di questi reati sanzioni alterna-

<sup>111</sup> MILLER, *The Anatomy of Disgust*, Cambridge, MA, 1997.

<sup>112</sup> MILLER, *The Anatomy*, cit., p. 2.

<sup>113</sup> MILLER, *The Anatomy*, cit., p. 202.

<sup>114</sup> KAHAN, *The Anatomy of Disgust in Criminal Law*, in 96 Mich. L. Rev., 1998, p. 1632 ss.

<sup>115</sup> MILLER, *The Anatomy*, cit., p. 7 ss.

<sup>116</sup> MILLER, *The Anatomy*, cit., p. 9 ss.

<sup>117</sup> MILLER, *The Anatomy*, cit., p. 121.

<sup>118</sup> MILLER, *The Anatomy*, cit., p. 200 ss.

<sup>119</sup> KAHAN, *The Anatomy*, cit., p. 1639 ss.

<sup>120</sup> GUSFIELD, *The Culture of Public Problems*, cit., p. 111 ss.

tive alla reclusione<sup>121</sup>.

La ragione è allora evidente: solo il carcere riesce a interpretare “il messaggio del disgusto”; solo la pena detentiva è in grado di esprimere in modo solenne la gravità e la non negoziabilità di certi tipi di offese repellenti<sup>122</sup>, perché è “una sanzione effettivamente espressiva che deve rendere palese il disgusto che di fatto si prova per ciò che ha commesso il soggetto”<sup>123</sup>.

### 6.2.1. (Segue) *Il disgusto e la legge nel pensiero di Martha Nussbaum*

Quando si parla di “disgusto”, non si può non fare riferimento a Martha Nussbaum, che nei suoi numerosi, celebri studi si è occupata della stretta relazione che esiste tra questo sentimento e la legge<sup>124</sup>.

Soprattutto nell’opera *Hiding from Humanity*, l’Autrice compie “uno sforzo di franca riflessione sulle peggiori emozioni umane e una esplorazione sulla loro collocazione all’interno dell’intero territorio del diritto”<sup>125</sup>. Le conclusioni sono profonde, lucide, prive di falsi pudori: secondo Nussbaum la criminalizzazione presuppone la validità delle emozioni; e la sanzione penale – in particolare – costituisce una risposta ai sentimenti di rabbia e risentimento<sup>126</sup>. In particolare, sottolinea Nussbaum, la vergogna ed il disgusto sono “emozioni pericolose”, perché possono non costituire “una buona guida per gli scopi politici e giuridici”<sup>127</sup>, per tutta una serie di motivi.

a) In primo luogo esse *nascondono l’umanità*: segnalano cioè il disagio che nutriamo nei confronti delle manifestazioni corporali della nostra animalità; in particolare non ci piace la “fluidità” che è presente nel nostro corpo e che ci ricorda il nostro destino di esseri mortali. Ed è da qui che nasce l’avversione nei confronti delle pratiche omosessuali<sup>128</sup>.

b) Sono emozioni che presuppongono una *classificazione gerarchica*: infatti, nutriamo vergogna e disgusto per cose o persone che riteniamo inferiori. Ed il pericolo della natura gerarchica di questi sentimenti emerge con spietatezza se pensiamo all’odiosità del linguaggio del disgusto utilizzato per giustificare

<sup>121</sup> KAHAN, *The Anatomy*, cit., p. 1640.

<sup>122</sup> MILLER, *The Anatomy*, cit., p. 194.

<sup>123</sup> KAHAN, *The Anatomy*, cit., p. 1640.

<sup>124</sup> NUSSBAUM, *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law* 2004, trad. it., *Nascondere l’umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Bari, 2005; ID., *From Disgust to Humanity. Sexual Orientation and Constitutional Law*, Oxford, 2010.

<sup>125</sup> WHITMAN, *Book Review: Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*, in 118 *Harv. L. Rev.*, 2005, p. 2705.

<sup>126</sup> NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, cit., p. 122.

<sup>127</sup> NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, cit., p. 89 ss.

<sup>128</sup> NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, cit., p. 112 ss.

l'antisemitismo, la misoginia, l'omofobia<sup>129</sup>.

c) Infine, a differenza di altre emozioni che possono essere catalogate come “buone”, la vergogna ed il disgusto non si esprimono di regola nei confronti delle azioni, dei fatti, ma sono piuttosto rivolti nei confronti delle persone, perché mirano a denigrare la dignità dell'individuo. “Non è un caso che la vergogna si sposti piuttosto rapidamente dall'offesa in concreto alla mera identità soggettiva che dissente (...), perché non è diretta in primo luogo nei confronti della cattiva azione”<sup>130</sup>.

In conclusione, le emozioni sono alla base delle richieste di pena: “*we criminalize because we are angry*”<sup>131</sup>: basti pensare alla quantità delle iniziative legislative (penali ed extrapenali) che tendono a colpire l'omosessualità<sup>132</sup>!

Diviene allora comprensibile il grande – e spaventoso – potere di “proiettare il disgusto” che appartiene esclusivamente alla norma penale: la “peculiarità di comunicare, nel suo complesso, la specifica idea del dover essere di un dato corpo sociale in un dato momento storico”<sup>133</sup>.

Il diritto penale può dunque interagire ‘a doppio senso’ rispetto alle pressioni della cultura di un gruppo sociale dominante: può in primo luogo esserne profondamente condizionato, fino a riprodurre nei suoi divieti i contenuti delle regole del gruppo; può anche, grazie alla “carica espressiva”, che lo contraddistingue e che lo rende unico rispetto agli altri rami dell'ordinamento, strumentalizzare le norme sociali con conseguenze talvolta positive, ma anche atroci per le categorie dei soggetti deboli che devono sottostare al suo comando<sup>134</sup>.

La legislazione contro l'aborto costituisce, secondo gli studi più recenti, un esempio paradigmatico di repressione penale basata non tanto sulla retorica del danno causato al feto, bensì sul disgusto<sup>135</sup>. Un'associazione pericolosa, quella tra “disgusto e aborto”, appoggiata, ad esempio, dalla prassi americana dominante<sup>136</sup> e osteggiata dalla giurisprudenza più sensibile. Vale la pena, sulla questione, ricordare le parole del giudice Blackmun nella storica decisione della Corte Suprema *Roe v. Wade* nel 1973, che ha affermato trionfalmente il diritto costituzionalmente garantito della donna ad abortire<sup>137</sup>. Nell'esprimere la *majority opinion*,

<sup>129</sup> NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, cit., p. 75.

<sup>130</sup> NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, cit., p. 235.

<sup>131</sup> WHITMAN, *Book Review*, cit., p. 2707.

<sup>132</sup> NUSSBAUM, *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, trad. it., Milano, 2011; CAHILL, *Disgust and the Problematic Politics of Similarity*, in 109 *Mich. L. Rev.*, 2011, p. 943 ss.

<sup>133</sup> VISCONTI A., *Memoria e comprensione*, cit., p. 39.

<sup>134</sup> Cfr., tra gli altri, SUNSTEIN, *The Expressive Function of Law*, in 144 *U. Pa. L. Rev.*, 1996, p. 2021 ss.

<sup>135</sup> CAHILL, *Abortion and Disgust*, in 48 *Harv. Civ. Rts. Civ. Lib. L. Rev.*, 2013, p. 409 ss.

<sup>136</sup> *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007).

<sup>137</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

Blackmun dichiara con fermezza che le emozioni e quindi anche il disgusto non devono essere considerate nella giurisprudenza sull'aborto: "il nostro compito è infatti quello di risolvere la questione con gli strumenti della Costituzione, *liberi da emozioni e preferenze*"<sup>138</sup>.

### 6.3. C. *Gli stereotipi*

Non va infine trascurato che le campagne "*law and order*" caldegiate dai "crociati della moralità" possono anche far leva su *generalizzazioni* o *pregiudizi sociali* dalla natura più diversa: forse è opportuna qualche riga su questo punto.

È vero che, come dice David Schum, "le generalizzazioni costituiscono la 'colla' del ragionamento per inferenza"<sup>139</sup>, che, come ribadisce Twining, fanno parte della vita quotidiana e che sono necessarie per la costruzione di un ragionamento razionale"<sup>140</sup>.

È però importante separare quelle che sono fondate su una buona base statistica, da quelle che ne sono prive<sup>141</sup>. Riconducibili alla prima categoria sono le affermazioni cd. "*universali*", del tipo, "gli scapoli non sono sposati", o quelle che descrivono in modo preciso le caratteristiche della maggior parte dei componenti di una categoria, del tipo "il formaggio svizzero ha i buchi"<sup>142</sup>. All'opposto si collocano invece le generalizzazioni *statisticamente invalide*, i cd. *pregiudizi*, attraverso cui ci si forma un'opinione "infondata" su una persona, per il solo fatto che essa fa parte di un gruppo, oppure si stigmatizza un intero gruppo, a causa del comportamento di una sola persona, o di una minoranza<sup>143</sup>.

Questo modo di ragionare per stereotipi e pregiudizi e di "fare di tuttata l'erba un fascio", è un metodo di classificazione *sospetto*, che può diventare pericoloso "nelle questioni di fatto dubbie o oggetto di discussione": una tecnica argomentativa che può portare a conclusioni false o illegittime<sup>144</sup>. In altre parole, è innegabile che lo stereotipo sia una parte importante del nostro apparato cognitivo e che "metodi decisionali completamente privi di generalizzazioni siano virtualmente impossibili"<sup>145</sup>. Ma le generalizzazioni non fondate su indiscussa base statistica del tipo, "le prostitute diffondono malattie veneree", "gli omosessuali sono responsabili della diffusione del virus dell'HIV/AIDS", "i giocatori d'azzardo sono truffatori", "i tossicodipendenti rubano", sono pericolose e offensive: sono "potenti veicoli del pre-

<sup>138</sup> *Roe v. Wade*, cit., p. 116, corsivi nostri. Cfr. CAHILL, *Abortion and Disgust*, cit., p. 416 ss.

<sup>139</sup> SCHUM, *Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, New York, 1994, p. 109.

<sup>140</sup> TWINING, *Rethinking Evidence: Exploratory Essay*, 2<sup>nd</sup> ed., Cambridge, 2006, p. 334.

<sup>141</sup> SCHAUER, *Di ogni erba un fascio*, trad. it., Bologna, 2008, p. 21.

<sup>142</sup> *Ibidem*.

<sup>143</sup> SCHAUER, *Di ogni erba*, cit., p. 14.

<sup>144</sup> TWINING, *Rethinking*, cit., p. 335.

<sup>145</sup> SCHAUER, *Di ogni erba*, cit., p. 75.

giudizio e, dell'avversione in esse celate"<sup>146</sup>.

### 6.3.1. (Segue) *Aborto e stereotipi*

Non c'è allora da stupirsi che una parte consistente della letteratura si sia soffermata sugli stereotipi che sono alla base della richiesta di pena per l'aborto. L'antropologa Mary Douglas, in particolare, ha osservato che le pratiche abortive provocano comunemente reazioni di disgusto nelle persone perché rappresentano la donna che tiene una condotta atipica per il suo genere ("*distruption of gender norms*")<sup>147</sup>.

La reazione di avversione all'aborto, più che provocata dalla tutela dell'embrione, sarebbe la giusta e naturale manifestazione di ribellione nei confronti di un comportamento "anomalo" rispetto all'essenza ed alle finalità dell'essere donna: un comportamento incontestabilmente antagonistico rispetto al modello di riferimento che classifica la categoria del genere femminile<sup>148</sup>. Le donne, in definitiva, sono madri, devono dare la vita, *non* toglierla. L'aborto viola perciò lo stereotipo universale ed intoccabile della "donna-madre", turba l'ordine "normale" delle cose perché sfida il ruolo più importante e tradizionale della donna: quello di mettere al mondo i figli. In conclusione, l'aborto rompe questo dogma e va quindi punito perché rappresenta un atto di ribellione intollerabile nei confronti della natura delle cose<sup>149</sup>.

## 7. *Conclusione: criminalizzazione dei vice-taboo crimes e modelli di legislazione penale*

Le osservazioni fin qui sviluppate portano a una conclusione prevedibile, qualora ci si chieda qual è il "modello di normazione ideale" per incriminare i cd. *vice-taboo crimes*. La dottrina italiana che si è occupata dei modelli generali di legislazione penale<sup>150</sup> ha, come è noto, individuato tre tipi essenziali di normazione in cui il consenso gioca in qualche modo un ruolo: si parla perciò di: (1) legislazione *strumentale* (caratterizzata cioè *a priori* per la trasparenza dell'obiettivo e per l'accettabilità del mezzo; *a posteriori* per l'adeguatezza del risultato rispetto allo scopo); (2) legislazione *simbolica in senso stretto* (diretta cioè a placare le istanze emotive e irrazionali espresse dalla collettività); (3) legislazione *espressiva*.

È quest'ultima, a mio avviso, la categoria in cui trova una collocazione natura-

<sup>146</sup> WINING, *Rethinking*, cit., p. 335.

<sup>147</sup> DOUGLAS, *Implicit Meanings: Selected Essays in Anthropology*, New York, 2002, p. 109 ss.

<sup>148</sup> CAHILL, *Abortion and Disgust*, cit., p. 414 ss.

<sup>149</sup> CAHILL, *Abortion and Disgust*, cit., p. 430 ss.

<sup>150</sup> PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit.

le la criminalizzazione delle condotte immorali. Paliero definisce come “espressiva” la legislazione penale che viene costruita e varata “a scopo simbolico nel senso etimologico del termine, cioè come espressione ed emblema di un certo valore o di una certa ideologia, e come strumento di affermazione di essa”<sup>151</sup>. Un tipo di normazione etichettata anche come “*discorsivo-strumentale*”, perché orientata a realizzare scopi diversi da quelli dichiarati, ma che intende comunque raggiungere l’effetto di stigmatizzare precise classi di individui e precisi comportamenti<sup>152</sup>.

Questo è il tipo di legislazione, manipolata dai pretesi difensori della moralità che – anziché *espressiva* – preferisco chiamare *simbolico-strumentale*: una legislazione sganciata dal principio di effettività. Una legislazione *valutativa*, perché protegge dei valori in sé e per sé e si disinteressa del successo dell’incriminazione, ma che corre il rischio di essere addirittura criminogena perché, come l’esperienza insegna, altri reati possono essere realizzati per compiere proprio il reato sanzionato o per occultarlo<sup>153</sup>.

Anche recentemente la più autorevole letteratura italiana è tornata sull’argomento, spiegando in modo convincente come, nell’ambito dei reati senza vittima, l’opzione politico-criminale di orientamento permissivo si fondi su una meditata valutazione di “tipo *empirico* orientata sul(la) probabilità di *danno ad altri*”<sup>154</sup>.

Ma non sembra che il legislatore del “secolo delle paure” sia disposto a rinunciare a cavalcare il bisogno di pena manovrato dagli imprenditori di moralità. Anche le recenti vicende politiche italiane (si pensi ai risultati delle elezioni politiche italiane del marzo 2018) sono la dimostrazione palese della vitalità “delle ininterrotte pulsioni alla criminalizzazione dei *tabù*”<sup>155</sup> e dei *vizi*. Alla comunità scientifica spetta il compito, certamente arduo, di smascherare con pacata fermezza queste derive di populismo penale<sup>156</sup>.

<sup>151</sup> PALIERO, *Consenso sociale*, cit., p. 892.

<sup>152</sup> *Ibidem*.

<sup>153</sup> *Ibidem*.

<sup>154</sup> PALIERO, *La laicità penale alla sfida del “secolo delle paure”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1189.

<sup>155</sup> PALIERO, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in Paliero-Viganò-Basile-Gatta (a cura di), *La pena, ancora*, cit., p. 144.

<sup>156</sup> Per la comprensione del fenomeno cfr. per tutti CERETTI-CORNELLI, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Milano, 2013; ANASTASIA-ANSELMI-FALCINELLI, *Populismo penale. Una prospettiva italiana*, Padova, 2015; CORDA, *Sentencing and Penal Policies in Italy, 1985-2015: The Tale of a Troubled Country*, in *45 Crime & Just.*, 2016, in part. pp. 147-152.

JOSÉ LUÍS DíEZ RIPOLLÉS

L'ABUSO DEL SISTEMA PENALE <sup>(\*)(\*\*)</sup>

SOMMARIO: I. Un approccio analitico. – 1. L'obiettivo perseguito della “moderazione punitiva”. – 2. L'obiettivo dell'inclusione sociale. – II. Il panorama delle regole e delle prassi punitive. – 1. L'incriminazione delle condotte. – *a*. La selezione delle condotte punibili. – *b*. Le pene della massima severità. – *c*. Il sistema delle sanzioni. – 2. Il perseguimento in sede penale delle condotte. – *a*. Il controllo degli spazi pubblici. – *b*. Le garanzie penali. – *c*. Il diritto penale minorile. – *d*. Il sistema di determinazione della pena. – *e*. Le misure detentive di sicurezza. – III. L'esecuzione delle sanzioni. – *a*. Il regime penitenziario. – *b*. Lo status giuridico e sociale dei soggetti condannati e dei soggetti con precedenti penali. – *c*. I registri di polizia e i casellari giudiziari. – IV. Conclusioni. – BIBLIOGRAFIA. – GIURISPRUDENZA.

I. *Un approccio analitico*

Risulta difficile valutare in che misura un determinato sistema nazionale di controllo penale stia abusando dei mezzi punitivi a sua disposizione se non si determina previamente quali siano i legittimi obiettivi che si vogliono perseguire con tali mezzi. È pertanto necessario adottare una certa prospettiva analitica per poter giudicare gli eccessi nei quali possono incorrere gli agenti cui è deputato il controllo penale. Di questo ci occupiamo nelle prossime due sezioni.

1. *L'obiettivo perseguito dalla “moderazione punitiva”*

L'attuale politica criminale si caratterizza per una forte tendenza a interpretare e confrontare i diversi sistemi nazionali di controllo penale sulla base di un unico angolo prospettico che coincide con il loro maggiore o minore rigore punitivo. La dimensione del rigore /moderazione della risposta penale è così diventata il filo conduttore della maggior parte delle interpretazioni della realtà politico-

<sup>(\*)</sup> Traduzione dallo spagnolo a cura della dott.ssa Cecilia Valbonesi.

<sup>(\*\*)</sup> Il presente lavoro è apparso in lingua originale su *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (on line)*, 2017, numero 19-01, pp. 1-24. Disponibile su internet all'indirizzo: <http://criminol.ugr.es/recpc/19/recpc19-01.pdf> – ISSN 1695-0194 [RECPC 19-01 (2017), 3 ene]. Questo studio è stato realizzato nel contesto del progetto di ricerca DER2015-64846-P finanziato dal *Ministerio de Economía y Competitividad*.

criminale nei diversi Paesi. Di più, questa ipotesi interpretativa ha progressivamente mutato il suo significato fino a trasformarsi essa stessa in un criterio di valutazione delle diverse politiche criminali nazionali.

Questa direttrice di valutazione presuppone che qualsiasi sistema nazionale di controllo penale, contemporaneamente agli interventi sociali necessari per raggiungere i suoi scopi preventivi, debba garantire che tale controllo non causi più sofferenza di quanto strettamente necessario. Ciò implica che le condotte penalmente sanzionate siano solo quelle indispensabili per proteggere gli interessi rilevanti della società e che coloro i quali, in ragione della loro condotta sospetta o criminale, entrano in contatto con gli organi deputati alla prevenzione e al perseguimento dei reati o all'esecuzione delle sentenze, subiscano una moderata afflizione quale conseguenza del proprio comportamento<sup>1</sup>. Tale obiettivo sarebbe di così ampia portata da giustificare una valutazione dei diversi sistemi penali nazionali in funzione del grado di avvicinamento all'*optimum* della moderazione punitiva, senza pregiudizio per gli obiettivi di prevenzione.

Vale la pena di chiedersi perché, nonostante il forte legame valoriale e culturale cui sono soggetti i concetti di rigore o di moderazione dell'intervento penale, questo approccio ha raggiunto una tale diffusione<sup>2</sup>. Questi alcuni dei motivi: l'ipotesi che la maggior parte dei Paesi occidentali si stia muovendo verso un progressivo inasprimento del sistema penale ha assunto contorni molto suggestivi e ha permeato il dibattito politico-criminale<sup>3</sup>. Allo stesso tempo, un programma volto a ridurre la pressione punitiva raccoglie facilmente adesioni nella riflessione politico-criminale.

<sup>1</sup> Sul concetto di rigorismo penale si vedano, fra gli altri, Nelken D., "When is a society non-punitive? The Italian case", in Pratt J., Brown D., Brown M., Hallsworth S., Morrison W., *The New Punitiveness*. Cullompton: Willan Publishing. 2005, p. 219-222; Cavadino M., Dignan J., *Penal Systems*. London: Sage Publications. 2006, p. xii; Roché S., "Criminal justice policy in France", in Tonry M., ed. *Crime, Punishment and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: University of Chicago Press. 2007, p. 474-476, 494; Lappi-Seppälä T., "Trust, Welfare, and Political Culture", in Tonry M., ed. *Crime and Justice*. n. 37. Chicago: University of Chicago Press. 2008, p. 320-321; del Rosal Blasco B., "¿Hacia el derecho penal de la posmodernidad?", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. 2009, 11-08, p. 14-19.

<sup>2</sup> Si vedano, fra molti altri, Hinds L., "Crime control in Western countries", in Pratt J., Brown D., Brown M., Hallsworth S., Morrison W., *The New*, cit. p. 47-65; Cavadino / Dignan, cit. p. 3-49; Downes D., Hansen K., "Welfare and punishment in comparative perspective", in Armstrong S., McAra L., eds. *Perspectives on Punishment*. Oxford: Oxford University Press. 2006, p. 133, 143-153; Tonry M., "Determinants of penal policies", in Tonry M., ed. *Crime, Punishment and Politics*, cit. p. 7-13; Lappi-Seppälä T., "Trust, Welfare," cit.; Larrauri Pijoan, E., "La economía política del castigo", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. 2009, 11-06, p. 1-22.

<sup>3</sup> In merito all'origine di questa ipotesi e alla sua evoluzione, si veda Díez-Ripollés JL., "La dimension inclusion / exclusion social como guía de la política criminal comparada". *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. 2011, 13-12, p. 2-3.



Altresì, hanno influito la chiarezza concettuale e la forza di questa prospettiva: il che suggerisce che essa potrà essere resa esplicita sulla base di alcuni pochi indici rivelatori.

Infatti, non va dimenticato che fin dall'inizio sono stati utilizzati alcuni indicatori del rigore punitivo facilmente accessibili, il che senza dubbio aumenta la sua attrattiva.

Tuttavia, l'analisi e la valutazione delle varie politiche criminali nazionali sulla base del maggior rigore o della moderazione punitiva che esse presentano, comporta notevoli svantaggi teorici e metodologici.

Da un punto di vista teorico, l'obiettivo della moderazione punitiva si inserisce in un contesto ideologico eccessivamente povero. In realtà, potremmo considerarlo un approccio "buonista" o umanitario alla politica criminale, che si accontenta di garantire che qualsiasi sistema di controllo penale, indipendentemente dal modello seguito o dagli obiettivi perseguiti, non raggiunga un rigore considerato inaccettabile.

Per questo motivo si è detto che si tratta di una proposta valutativa che esercita una capacità critica solo rispetto alle politiche che portano ad un aumento dell'intervento criminale, ma non rispetto a quelle che mantengono o riducono tale intervento<sup>4</sup>. Questo non significa che la moderazione punitiva sia una caratteristica o un obiettivo irrilevante. Al contrario, come vedremo, si inserisce necessariamente in un programma politico-criminale più ampio e complesso, di cui costituisce elemento essenziale.

In realtà, l'attribuzione di un ruolo rilevante alla moderazione punitiva altro non è che il correlativo all'adozione del garantismo come modello politico-criminale.

In questo caso, ponendo l'accento sulla portata e l'intensità degli interventi di politica criminale.

Ma credo di aver dimostrato altrove che il garantismo, senza pregiudizio per la sua funzione indispensabile in qualsiasi sistema di giustizia penale, non somma caratteristiche tali da assurgere al rango di una strategia di lotta alla criminalità o, in altre parole, di un modello politico-criminale<sup>5</sup>.

Il garantismo fonda un convincente e indispensabile nucleo di salvaguardia delle libertà pubbliche e dei diritti fondamentali dei cittadini di fronte all'esercizio dello *ius puniendi*. Esso individua, infatti, principi convincenti che

<sup>4</sup> Si veda Brodeur JP., "Comparative penology in perspective, in Tonry M., ed. *Crime, Punishment and Politics*, cit. p. 67; Webster CM., Doob A., "Punitive trends and stable imprisonment rates in Canada, in Tonry M., ed. *Ibidem*, p. 300-301.

<sup>5</sup> Si veda Díez-Ripollés JL., "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. 2004, 06-03, p. 31-33. Della mia stessa opinione Zaffaroni R., *El enemigo en el derecho penal*, Mexico DF: Ediciones Coyoacán. 2007, p. 184.

debbono essere rispettati nella determinazione dell'oggetto della tutela penale, nel perseguimento in sede penale delle condotte, nella determinazione e nell'accertamento processuale della responsabilità penale e nello sviluppo del sistema delle sanzioni e della loro applicazione. Questa raffinata costruzione concettuale deve essere presa in considerazione e rispettata dalle autorità pubbliche nel quadro di qualsiasi strategia politico-criminale.

Tuttavia, essa manca del contenuto necessario per fondare una politica pubblica, come è la politica criminale: ciò richiede una strategia di intervento sociale che, integrata nel complesso delle politiche pubbliche, sviluppi obiettivi specifici e valutabili, volti a prevenire la criminalità nel quadro, in ogni caso, di parametri socialmente accettabili. Il garantismo, al contrario, si limita ad individuare e valorizzare questi parametri comuni a tutte le politiche criminali proprie di uno Stato di diritto, ma non fornisce indicazioni su quale alternativa politico-criminale, tra quelle compatibili con questi parametri, debba essere scelta<sup>6</sup>.

Dal punto di vista metodologico, l'obiettivo della moderazione punitiva utilizza indicatori eccessivamente limitati. Infatti, si concentra prevalentemente su di uno, il tasso di reclusione misurato su un campione di 100.000 abitanti. L'indicatore ha indubbiamente molte virtù: è facilmente verificabile grazie a una varietà di fonti attendibili; permette, avendo ad oggetto una consolidata elaborazione, di avere a disposizione una serie di dati che coprono lunghi periodi; si concentra sulle sanzioni più severe che un sistema penale può imporre, ad eccezione della pena di morte; è solitamente una sanzione che riflette bene il risultato delle politiche e delle prassi punitive del rispettivo sistema penale nel suo complesso<sup>7</sup>.

Tuttavia, la dottrina criminologica e politico-criminale ha ripetutamente evidenziato le sue inadeguatezze che si radicano, in primo luogo, nella impropria concentrazione della valutazione del rigore di un sistema penale sull'uso delle pene detentive. Questa scelta emargina altri indicatori altrettanto idonei come il numero di procedimenti penali e di quelli che si concludono con la condanna, la durata delle pene in generale, l'intensità e la frequenza dell'irrogazione di pene diverse dalla detenzione o il cumulo delle pene.

Inoltre, anche a voler misurare l'uso del carcere in un dato sistema penale, l'utilizzo quasi esclusivo del tasso di reclusione su un campione di 100.000 abitanti lascia da parte altri indicatori rilevanti, come la durata media delle pene de-

<sup>6</sup> Sul ruolo del garantismo nel disegno di politica criminale, si veda Díez-Ripollés JL., "El nuevo", cit. p. 31-33. Si vedano inoltre riferimenti al dibattito, nei paesi del nord, tra politica criminale difensiva e offensiva, in Lahti R., "Towards a rational and humane criminal policy", *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*. 2000, 1, p. 147-148.

<sup>7</sup> Si vedano, per tutti, Cavadino M., Dignan J., "Penal systems", cit. p. 4-5; Tonry M., "Determinants", cit. p. 7.

tentive, il numero di ingressi, la durata media effettiva della permanenza in carcere o la privazione della libertà personale al di fuori del sistema penitenziario.

Senza dimenticare alcune prassi o situazioni che possono alterare significativamente i dati, come l'uso di liste d'attesa per entrare in carcere o provvedimenti di indulto generale<sup>8</sup>.

In ogni caso, la precedente critica metodologica non mette in discussione l'indubbio valore dell'indicatore della detenzione e dei criteri ad esso associati nel caratterizzare aspetti rilevanti di un sistema di controllo penale. Quella che si pone in discussione è piuttosto la pretesa di valutare un intero sistema di giustizia penale o, se si preferisce, il suo rigore, quasi esclusivamente sulla base dei dati relativi ai livelli di detenzione. Ciò non impedisce a questa informazione di svolgere un ruolo di primo piano in modelli analitici più complessi.

## 2. *L'obiettivo dell'inclusione sociale*

Un altro modo di analizzare e valutare le diverse politiche criminali nazionali tiene conto della capacità del sistema penale di promuovere l'inclusione sociale e minimizzare l'esclusione sociale dei cittadini destinatari di provvedimenti di matrice penale<sup>9</sup>. Questa prospettiva ha una portata più ampia di quella appena illustrata, poiché influisce sul nucleo stesso degli obiettivi di prevenzione del corrispondente modello politico-criminale. Non si tratta più, come nell'approccio precedente, di garantire che la strategia preventiva scelta, qualunque essa sia, rimanga entro i margini della moderazione punitiva. La dimensione dell'inclusione/esclusione sociale permette di formulare due diverse declinazioni della strategia preventiva.

<sup>8</sup> Si vedano Balvig F., "When law and order returned to Denmark", *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*. 2004, 5, p. 169; Hinds L., "Crime control", cit. p. 47-48; Tonry M., "Determinants", cit. p. 8-14; Tamarit Sumalla JM., "Sistema de sanciones y política criminal", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. 2007, 09-06, p. 6-27; Lappi-Seppälä T., "Penal Policy in Scandinavia", in Tonry M., ed. *Crime, Punishment and Politics*, cit. p. 254-258, 266-270; Newburn T., "Tough on crime: Penal policy in England and Wales", *Ibidem*, p. 435-436, 442-445; Snacken S., "Penal policy and practice in Belgium", *Ibidem*, p. 145-150; Downes D., "Visions of penal control in the Netherlands", *Ibidem*, p. 95-96, 97, 99; Levy R., "Pardons and amnesties as policy instruments in contemporary France", *Ibidem*; Roché S., "Criminal justice", cit. p. 502-511, 539-540; Pratt J., "Scandinavian exceptionalism in an era of penal excess". I *British Journal of Criminology*. 2008, 48, p. 135; Nelken D., *Comparative Criminal Justice*. Los Angeles: Sage Publications. 2010, p. 61-66. Tuttavia, ci sono state argomentazioni rilevanti sulla notevole capacità del tasso di incarcerazione di sussumere in se stesso, in modo significativo, tutti questi altri indicatori dell'uso del carcere. Si vedano Webster CM., Doob A., cit. p. 305-309; Lappi-Seppälä T., "Trust, Welfare", cit. p. 322-332.

<sup>9</sup> Diffusamente su questo approccio si veda Díez-Ripolles JL., "La dimension", cit. p. 1-36.

L'alternativa inclusiva mira a garantire che la selezione delle condotte oggetto di sanzione penale sia governata da criteri imparziali, legati al potenziale lesivo che il comportamento può determinare sulla società, senza pregiudizi che discriminano o strumentalizzano determinati gruppi sociali o comunità. Essa mira inoltre a garantire che i soggetti indagati di un reato o coloro che sono già giudicati colpevoli si trovino, dopo essere venuti in contatto con le autorità deputate al controllo penale, nelle stesse o migliori condizioni individuali e sociali, affinché possano in modo volontario condurre una vita ossequiosa dei precetti legislativi.

L'alternativa escludente ritiene che la selezione delle condotte penalmente rilevanti debba andare oltre la mera identificazione e il controllo dei comportamenti socialmente dannosi, perseguendo piuttosto ulteriori obiettivi di controllo di alcuni gruppi sociali o comunità. Allo stesso tempo, ritiene di dover garantire che il soggetto indagato o il condannato si trovi, dopo il contatto con le autorità preposte a controllo penale, in condizioni individuali e sociali in cui è più difficile per lui violare la legge o evitare di essere scoperto<sup>10</sup>.

Come si può notare, mentre oggetto dell'intervento penale nei processi decisionali volti a scegliere se sanzionare penalmente una condotta è la popolazione nel suo complesso, i cui vari gruppi e comunità possono o meno ricevere un trattamento paritario, al momento del perseguimento delle condotte e dell'esecuzione penale, oggetto dell'intervento penale saranno i singoli soggetti direttamente sottoposti alle autorità di controllo penale nelle rispettive qualità di indagati, condannati e di soggetti con precedenti penali.

L'opzione dell'inclusione sociale, qui difesa, si fonda sull'ipotesi secondo la quale, un diritto penale imparziale nei suoi contenuti di tutela, capace di ottenere o almeno di mantenere un certo livello di inclusione sociale dei soggetti indagati di un reato, dei condannati e dei soggetti con precedenti penali, costituisce una delle più efficaci strategie per la prevenzione a medio e lungo termine del fenomeno della delinquenza.

Vi è poi una ulteriore ipotesi correlata, la quale sostiene che un atteggiamento fazioso nel definire l'oggetto della protezione penale e, parimenti, la decisione o il consolidamento dell'esclusione sociale dei soggetti indagati, dei condannati e dei soggetti con precedenti penali da parte delle istituzioni deputate al controllo penale, genera un più alto tasso di criminalità sia nel medio che nel lungo termine<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Si vedano, inoltre, Cavadino M., Dignan J., "Penal systems", cit. p. xiii, 28, 338-339; Brodeur JP., "Comparative", cit. p. 54-60, 81-82.

<sup>11</sup> In nessun caso intendo formulare ipotesi sugli effetti che un modello politico-criminale inclusivo o escludente può avere sulla configurazione di una società più o meno inclusiva, in tutti i suoi aspetti. Non c'è dubbio che il programma politico-criminale che sto delineando avrà un impatto sulla società nel suo complesso, ma il mio approccio non intende spingersi così lontano. In senso contrario, sul consolidamento di società sempre più esclusive e l'adattamento di modelli politico-

Nondimeno, anche se la massimizzazione di ciascuna delle pretese conduce, in larga misura, in direzioni opposte<sup>12</sup>, il programma politico criminale di matrice inclusiva non preclude determinati contenuti del programma di matrice escludente. Sembra proprio sia stato pensato in modo tale che la combinazione adottata rifletta un livello ottimale di inclusione sociale.

D'altro canto, inclusione/esclusione sociale e moderazione/rigore punitivo non costituiscono dimensioni parallele. Di fatto, gli interessi correlati al conseguimento dell'inclusione sociale possono rappresentare l'occasione per stabilire misure di intervento penale o scegliere strumenti di reazione al crimine di tenore più afflittivo rispetto a quelli che si sarebbero pretesi se si fosse guidati da un intento di esclusione sociale.

Ad ogni modo, sarà normale che inclusione sociale e moderazione punitiva mantengano una stretta e diretta relazione. Succede, infatti, che la dimensione inclusione/esclusione sociale faccia propria una visione più completa e ricca dei fenomeni politico – criminali.

In ogni caso, le due ipotesi illustrate devono ancora essere dimostrate<sup>13</sup>. E non è questo l'obiettivo del presente lavoro<sup>14</sup>.

criminali ad esse, si veda una panoramica in Brandáriz García JA., *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea*. Madrid: Dykinson. 2014, p. 43-73.

<sup>12</sup> È chiaro che, quando si tratta di intervenire su soggetti indagati e condannati, il programma inclusivo si ispira alle correnti penologiche che danno priorità alla risocializzazione del condannato, mentre il programma di esclusione si ispira a quelle correnti che si concentrano sulla neutralizzazione del condannato. Ma dobbiamo essere cauti nell'identificare questi modelli politico-criminali con determinati scopi special-preventivi della pena. I rispettivi obiettivi sono più trascendenti: superano di gran lunga le conseguenze che possono avere sul singolo condannato, determinando, piuttosto, la configurazione dell'intero sistema di controllo penale. Cosa che appare evidente nelle scelte incriminatrici.

<sup>13</sup> In merito si vedano le riflessioni di Uggen C., Manza J., Thompson M., "Citizenship, democracy and the civic reintegration of criminal offenders". *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 605, 2006, p. 303-304. Una recente e rilevante ricerca in Savage J., Bennett R., Danner M., "Economic assistance and crime: a cross-national investigation", *European journal of Criminology*, vol. 5-2, 2008, con ampi riferimenti agli studi precedenti.

<sup>14</sup> Mi permetto solo di ricordare che un programma politico-criminale deve essere valutato sulla base degli strumenti che offre per prevenire la criminalità entro parametri socialmente accettabili. Non è quindi sufficiente che tale programma sia in grado di identificare e ridurre significativamente la frequenza e la gravità di comportamenti che danneggiano seriamente la società e che, per questo, motivo sono criminali. Il perseguimento di questi obiettivi entro parametri socialmente accettabili implica, nelle nostre democrazie occidentali, che questo compito di prevenzione sia svolto nel rispetto dei principi dello stato di diritto e delle garanzie individuali dei cittadini. Si veda Díez Ripollés J., "La dimensión", cit. p. 4-5.

Ma saremo in grado di progredire nel confronto empirico delle conseguenze della prevenzione, legate ai modelli inclusivi o escludenti, se riusciremo a identificare le regole e le prassi punitive che generano in modo inequivocabile l'uno o l'altro effetto. Identificazione che non deve realizzarsi su di un piano teorico, quanto piuttosto avendo ben presenti le regole e le prassi punitive diffuse nel mondo occidentale progredito, poiché o esse sono oggetto di una applicazione differenziata, o il loro eventuale utilizzo costituisce parte del contemporaneo dibattito politico criminale.

E questo sì che è un compito al quale può offrire il suo contributo questo studio sull'abuso del diritto penale.

## II. *Il panorama delle regole e delle prassi punitive*

Proseguendo nell'analisi, andiamo ora a menzionare e a descrivere sinteticamente un complesso di regole e prassi punitive che attengono a ciò che ho appena detto. Le raggrupperemo in tre grandi blocchi, corrispondenti a tre diversi momenti fondamentali dell'intervento penale: l'incriminazione delle condotte, il perseguimento dei delitti, l'esecuzione delle sanzioni.

In ognuno creeremo dei sottogruppi che uniranno regole o prassi concettualmente conformi o che condividono un ambito comune. La selezione sarà condotta seguendo il criterio degli effetti socialmente escludenti che si ritiene possano produrre.

### 1. *L'incriminazione delle condotte*

#### a. *La selezione delle condotte punibili*

La sfrenata attività legislativa che ormai da due decenni interessa un gran numero di Paesi, rappresenta un consolidato dato di fatto. In molti casi, questo fenomeno non trova una giustificazione nell'incremento di condotte socialmente deviate o nell'intento di migliorare gli strumenti di prevenzione. Piuttosto, il motivo risiede nel fatto che il diritto penale si è convertito in uno strumento eccezionale volto a conseguire obiettivi politici e sociali che poco o niente hanno a che vedere con la prevenzione della delinquenza.

Questo abuso del diritto penale importa, d'altra parte, conseguenze sulla qualità delle decisioni adottate dal legislatore: nella misura in cui l'obiettivo predominante è quello di produrre certi effetti simbolici o conciliatori sulla popolazione, il legislatore emana leggi opportuniste e congiunturali, nelle quali non si rico-

nosce una decisione razionale che sia in linea con la realtà sociale su cui si vuole intervenire, né con gli effetti accreditati del controllo della delinquenza.

Questa espansione della legislazione penale possiede un aspetto sia quantitativo che qualitativo. Il primo si esprime nell'incessante ampliamento della latitudine delle condotte criminose esistenti e nella creazione di altre nuove, accompagnato da un inasprimento della reazione penale. Al contrario, i processi di depenalizzazione, frequenti in altre epoche, brillano per la loro assenza.

L'espansione qualitativa, dall'altra parte, si concentra prevalentemente su poche condotte: certamente il rifiuto sociale, ogni volta più energico, delle condotte violente è espressione di una chiara linea riformatrice che include altresì le condotte di terrorismo. Però, al di là di questo, risulta emblematico valutare le altre aree nelle quali si è preferito intervenire: delitti di traffico illegale, rispettivamente di droga e di persone, i tradizionali delitti contro il patrimonio, entrambi commessi principalmente da gruppi socialmente svantaggiati come le minoranze, i poveri, gli stranieri o i giovani; i delitti sessuali, caratterizzati da una incidenza limitata ma adeguati a proiettare sopra i suoi autori, le autentiche streghe contemporanee, una smisurata reazione penale volta a calmare malesseri e inquietudini sociali che hanno invero origini assai diverse.

Per converso, abbondano decisioni legislative che creano un diritto penale acccondiscendente nei confronti dei soggetti condannati appartenenti classe medio alta, socialmente ben integrati e per i quali si disegna un diritto penale che apre vie d'uscita attraverso la formulazione di proposte di auto-organizzazione, premi per le condotte delatorie e compensazioni economiche associate ad un uso eccezionale e moderato della prigione.

Questa vantaggiosa gestione della legislazione penale per finalità che non le sono proprie, la quale ignora principi come l'offensività, la sussidiarietà e la proporzionalità e concentra il rigore penale su gruppi svantaggiati o espressamente utili, non incoraggia, per la sua natura arbitraria e socialmente parziale, l'adesione al diritto penale o, di conseguenza, l'inclusione sociale<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Si vedano Haffke B., *Tiefenpsychologie und Generalprävention*. Frankfurt: Verlag Sauerlander. 1976; Tham H., "Law and order as a leftist project?". *Punishment and society*. Vol. 3(3), 2001, p. 409-426; Díez Ripollés JL., Prieto del Pino AM., Soto Navarro S., *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant. 2005; Lappi-Seppälä T., "Penal Policy", cit. p. 234, 246, 252, 256; Snacken S., "Penal policy", cit. p. 150-172; Newburn T., "Tough on crime", cit. p. 436-449; Dünkel F., Lappi-Seppälä T., Morgenstern C., van Zyl Smit D., "Gefangenenraten und Kriminalpolitik in Europa: Zusammenfassung und Schlussfolgerungen", in Dünkel F., Lappi-Seppälä T., Morgenstern C., van Zyl Smit D., *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangenenraten in eu-ropäischen Vergleich*. Band 2. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg. 2010, p. 1042-1048; Díez-Ripollés JL., García Pérez O., coords. *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*. Montevideo: B de F. 2008; Díez-Ripollés JL., "Rigorismo y reforma penal. Cuatro legislaturas homogéneas. Parte I y Parte II". *Boletín crimino-*

b. *Le pene della massima severità*

Senza dubbio, la pena di morte, nonostante la sua persistenza in un numero significativo di Paesi, alcuni dei quali di grande rilievo, assume in tutto il mondo un volto recessivo.

Alcune aree come l'Europa o l'America latina l'hanno praticamente eradicata, grazie al ruolo assunto dagli organismi di coordinamento regionale delle politiche internazionali.

Infatti, le pene detentive di ampia durata sono in piena fioritura. Numerosi Paesi hanno introdotto nei loro sistemi legislativi penali, pene che superano abbondantemente i 25 o persino i 30 anni. E la pena dell'ergastolo, invece che diminuire la sua incidenza, si consolida, a volte sostenuta da prestigiosi tribunali internazionali quali la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il rafforzamento delle leggi sulla recidiva e la reazione sproporzionata di fronte a delitti peculiarmente stigmatizzati come l'omicidio, il terrorismo, il traffico di droga, la criminalità organizzata i delitti sessuali, fra gli altri, fanno sì che il carcere a vita rappresenti un'opzione reale.

Le pene detentive più lunghe o perpetue mirano principalmente a neutralizzare il condannato poiché, fra i loro obiettivi, non è presente né la risocializzazione del reo, né la proporzionalità della sanzione penale. Senza dubbio, si è consentito un ampliamento delle possibilità di sottoporre a revisione la pena dell'ergastolo una volta trascorso un periodo di tempo spesso non inferiore a 20 anni, ove si possano apprezzare i progressi nella reintegrazione sociale del condannato. Pur tuttavia, non è possibile ignorare il fatto che il lungo tempo di detenzione trascorso e l'incertezza sulla decisione che verrà presa costituiscono fattori che scoraggiano ogni sforzo da parte del detenuto in questo senso. Queste pene costituiscono, quindi, uno strumento privilegiato per l'esclusione sociale dei soggetti condannati, che si realizza attraverso un processo di segregazione dalla società<sup>16</sup>.

*lógico*. n. 142-143, 2013; v. Hofer H., Tham H., "Punishment in Sweden: A changing penal landscape", in Ruggiero V., Ryan M., eds. *Punishment in Europe*. Palgrave MacMillan. 2013, p. 46-49.

<sup>16</sup> Si vedano Zimring F., *The contradictions of American Capital Punishment*. Oxford, Oxford University Press. 2003; Penal Reform International. "Alternatives to the death penalty: the problems with life imprisonment". *Penal Reform Briefing*. N.1, (2007), [www.penalreform.org](http://www.penalreform.org). p. 1-11; Díez Ripollés JL., "La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI", in Díez Ripollés JL., García Pérez O., *La política legislativa penal iberoamericana*, cit. p. 502-503; Arroyo L., Biglino P., Schabas eds. *Hacia la abolición universal de la pena capital*. Valencia, Tirant lo Blanch. 2010; Garland D., *Peculiar institution: America's death penalty in an age of abolition*. Cambridge, Mass: Harvard University Press. 2010; Cervelló Donderis V., *Prisión perpetua y de larga duración*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2015, p. 59-108; ECtHR, Judgment 12 febrero 2008 Kafkaris v. Chipre, Judgment. 9 julio 2013 Vinter y otros v. Reino Unido, Judgment 13 noviembre 2014 Bodein v. Francia, Judgment 3 febrero 2015 Hutchins.



*c. Il sistema delle sanzioni*

Gli effetti desocializzanti della detenzione sono stati ormai ben definiti. Tuttavia, fatte salve le notevoli differenze tra i tassi di reclusione nelle diverse zone e Paesi<sup>17</sup>, il ruolo della detenzione nel sistema sanzionatorio registra un'espansione. Non è solo la frequenza con cui vengono innalzati i limiti massimi delle pene detentive per un'ampia gamma di reati, che a volte comportano pene più pesanti dell'ergastolo "rivedibile". Da sottolineare anche il recupero della centralità e dell'uso di pene detentive brevi: fino a poco tempo fa la loro previsione era osteggiata in ragione degli effetti contrastanti rispetto al reinserimento sociale mentre ora, queste pene, sono invocate per le loro imponenti conseguenze intimidatorie.

Allo stesso modo, occorre moderare l'ottimismo generato dalla proliferazione di sanzioni diverse dalla detenzione, anche se queste sanzioni mostrano attenzione nei confronti del reinserimento sociale del soggetto condannato o comunque sono funzionali a che questa possibilità non incontri ostacoli. Soprattutto, non dobbiamo trascurare il fatto che la loro crescita è stata frenata, sin dall'inizio, in regioni del mondo come l'America Latina, per ragioni legate al consolidamento del rigorismo penale. Inoltre, il fenomeno dell'ampliamento della rete punitiva fa sì che tali sanzioni non sostituiscano in larga misura le pene detentive, ma estendano il controllo penale a zone dove questo non arrivava o lo faceva solo occasionalmente. Da parte sua, sebbene la pena della multa abbia dimostrato di possedere, almeno nel contesto delle società benestanti, un'afflittività sufficiente a consentirle di sostituire la pena detentiva in molti reati, il suo uso sproporzionato può produrre notevoli effetti di esclusione sociale. Questa conseguenza ha luogo se tale pena porta con eccessiva frequenza all'arresto sostitutivo o se dà luogo a oneri pecuniari non sostenibili per un tempo prolungato.

Un buon esempio dell'ambivalenza delle nuove sanzioni è rappresentato dagli strumenti di controllo elettronico del condannato. I profili applicativi evidenziano un approccio che oscilla tra la considerazione di tale strumento come pena che limita effettivamente i movimenti e le attività del detenuto, senza bisogno di privarlo della libertà, e il suo uso come strumento onnipotente e asettico, volto a controllare il comportamento dei soggetti con pena sospesa e di coloro i quali sono liberati sotto condizione. Uno strumento che, a ben vedere, aumenterebbe esponenzialmente i provvedimenti di revoca e il ritorno alla pena detentiva<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Più di recente, in Europa e negli Stati Uniti si registra una decrescita del tasso di carcerazione. Si vedano Coyle A., Fair H., Jacobson J., Walmsley R., *Imprisonment Worldwide*, Policy Press, 2016.

<sup>18</sup> Si vedano Tonry M., *Sentencing matters*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 100-133; v. Hofer H., "Die elektronische Überwachung von Straftätern in Schweden", in Jehle JM., ed. *Täterbehandlung und neue Sanktionsformen. Kriminalpolitische Konzepte in Europa*.

## 2. *Il perseguimento in sede penale delle condotte*

### a. *Il controllo degli spazi pubblici*

La città costituisce un luogo privilegiato di interazione sociale e facilita il rapporto tra persone che si conoscono e tra estranei. La dimensione cittadina, se ben organizzata, genera sentimenti di appartenenza ed un importante processo di integrazione sociale. Allo stesso tempo, la città può essere organizzata in modo tale da ostacolare o rendere superficiale l'interazione sociale fra determinati gruppi di soggetti che vi risiedono e acquisisce, pertanto, una funzione di segregazione di tali gruppi. Negli ultimi tempi sono state elaborate numerose tecniche di controllo dello spazio pubblico che mirano chiaramente a impedire il contatto di una parte della cittadinanza con gruppi sociali il cui solo aspetto, stile di vita o livello socio-economico li rende penalmente sospetti. A tal fine, questi gruppi sono esclusi da alcuni spazi, se ne limita la mobilità in città e sono soggetti a sorveglianza continua.

Vale la pena sottolineare, in primo luogo, la proliferazione, in molti Paesi, di spazi residenziali chiusi, i quali interrompendo quella trama di relazioni nel contesto della città destinata, invece, a facilitare l'interazione sociale, assicurano che i settori socio-economici agiati siano volontariamente separati dai gruppi sociali più svantaggiati. In altri luoghi sono i piani urbanistici a determinare la rinuncia alla coesistenza di diverse fasce sociali nello stesso quartiere; si registrano altresì fenomeni come la gentrificazione, che, in modo meno marcato, danno luogo a risultati equivalenti.

Per quanto riguarda le persone socialmente emarginate, come i mendicanti, i vagabondi, i senzatetto, i soggetti dediti al piccolo spaccio di droga o alla prostituzione di strada, le tecniche di esclusione dagli spazi cittadini sono più rigorose: si prevede il divieto di accesso, fra gli altri, ad aree o quartieri commerciali, centri storici, snodi di trasporto e parchi. Le ripetute infrazioni danno luogo a sanzioni penali. Né dobbiamo dimenticare i progetti di spazi o di arredamenti urbani che rendono così difficile soggiornare in certi luoghi.

Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg. 2000, p. 349-358; Petersilia J., *When prisoners come home. Parole and prisoner reentry*. New York: Oxford University Press. 2003. p. 88-92; Tamarit Sumalla JM., "Sistema de sanciones", cit. p. 1-40; Díez Ripollés JL., "La política legislativa penal iberoamericana a principios", cit. p. 501-504; Lindström P., Leijonram E., "The Swedish prison system", in Tak P., Jendly M., *Prison policy and prisoners' rights*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. 2008, p. 559-570; Harris A., Evans H., Beckett K., "Drawing blood from stones: Legal debt and social inequality in the contemporary United States". *The American Journal of Sociology*. Vol. 115 n. 6, May 2010, p. 1753-1799; Aebi M., Linde A., Delgrande N., "Is there a relationship between imprisonment and crime in Western Europe? *European Journal on Criminal Policy and Research*. Vol. 21 n. 3, 2015, p. 425-446.

L'espansione dell'uso delle videocamere nei luoghi pubblici e privati di accesso pubblico, tanto più dopo la loro comprovata inutilità nel prevenire la delinquenza, rappresenta un altro elemento determinante nella conversione dello spazio cittadino in un luogo inospitale per tutti coloro che vi vivono e nel quale è necessario evitare comportamenti spontanei o equivoci<sup>19</sup>.

*b. Le garanzie penali*

L'attuale sistema di responsabilità penale è stato edificato sul rispetto delle garanzie individuali delle quali godono cittadini soggetti a controllo penale. Il timore che le autorità pubbliche utilizzino lo *ius puniendi* per limitare i diritti individuali era molto presente già al momento della nascita del diritto penale moderno, nelle società liberali del XIX secolo. Questo timore ha inoltre condizionato le scelte effettuate durante tutto il XX secolo, dando luogo a programmi ambiziosi come la teoria giuridica del reato di origine continentale o il giusto processo nato dalla giurisprudenza nordamericana. Questa giustizia garantista, suscita nei cittadini fiducia nel diritto penale, mentre a quest'ultimo conferisce legittimità e ne favorisce l'osservanza.

Tuttavia, le richieste esagerate o non mirate di efficacia ed efficienza, che sempre più spesso vengono avanzate nei confronti del diritto penale, concepiscono le garanzie penali come un ostacolo. La progressiva rimozione di tali garanzie genera nel cittadino sottoposto a controllo penale significativi atteggiamenti di disassociazione dall'ordinamento giuridico nonché una correlata alienazione sociale.

Un riflesso di questo atteggiamento è la preoccupante tendenza degli strumenti internazionali, sostenuti dai diritti nazionali, a confondere graduazioni di re-

<sup>19</sup> Si vedano Lynch M., "From the punitive city to the gated community: security and segregation across the social and penal landscape", *University of Miami Law Review*, 56, 2001; Norris C., McCahill M., Wood D., "Editorial. The growth of CCTV: a global perspective on the international diffusion of video surveillance in publicly accessible space". *Surveillance and society*, 2 (2/3), 2004; Midtveit E., "Crime prevention and exclusion: from walls to opera music", *Journal of Scandinavian studies in criminology and crime prevention*, 6, 2005; Baumann Z., *Modernidad líquida*. Buenos Aires: Fondo de cultura económica. 2006, P. 99-118, 190-192; Doherty J., Busch-Geertsema et al., "Homelessness and exclusion: regulating public space in European cities". *Surveillance and society*, 5 (3), 2008; Welsh B., Farrington D., *Making public places safer. Surveillance and crime prevention*. New York: Oxford University Press. 2009; Beckett K., Herbert S., *Banished. The new social control in urban America*. New York: Oxford University Press. 2010; Medina Ariza J., *Políticas y estrategias de prevención del delito y seguridad ciudadana*. Montevideo: B de F. 2011, p. 281-323; Björklund F., Svenonius, Q. eds. *Videosurveillance and social control in a comparative perspective*. London: Routledge. 2013; Díez-Ripollés JL., "El control de espacios públicos como técnica de exclusión social. Algunos contrastes regionales", *Revista española de investigación criminológica*, 4, 12, 2014.

sponsabilità penale così significative come quelle che segnano la distinzione tra la preparazione e l'esecuzione del reato, di cui l'autonoma configurazione delittuosa dell'associazione per delinquere e la bipartizione fra "autoria" e "partecipazione" costituiscono un esempio paradigmatico. Allo stesso modo, il riconoscimento delle garanzie penali ha cessato di essere uniforme e sperimenta restrizioni significative per alcuni soggetti condannati. Si è consolidato un diritto penale d'autore del quale, i soggetti violenti, gli autori di delitti a sfondo sessuale, i terroristi, i membri di gruppi organizzati e i recidivi subiscono le conseguenze. Per questo motivo, non deve sorprendere che una società così stigmatizzante richieda uno sforzo sempre maggiore per assistere e valutare le alterazioni psicologiche del comportamento che influenzano il coefficiente di la responsabilità penale che può essere ascritto.

Ciò è facilitato da un processo penale ad effetto, disposto a rinunciare a elementi essenziali di un processo equo in cambio di una presunta efficacia, come può riscontrarsi nella proliferazione di processi rapidi, nella generalizzazione del patteggiamento o nella consacrazione internazionale della violazione della presunzione di innocenza, come accade con la confisca<sup>20</sup>.

### c. *Il diritto penale minorile*

L'approccio differenziato alla delinquenza minorile rappresenta una caratteristica di ogni politica penale inclusiva. I minori sono persone duttili, che stanno ancora plasmando la loro personalità, motivo per cui offrono al controllo penale l'opportunità di concentrarsi sul recupero o il mantenimento della loro corretta socializzazione.

<sup>20</sup> Si vedano Feeley M., Simon J., "The new penology: Notes on the emerging strategy of corrections and its implications". *Criminology*. Vol. 30. N. 4, 1992; Asamblea general de las Naciones Unidas. *Resolución 55/25 de 15 de noviembre de 2000. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*. art. 2; Tyler T., "Procedural justice, legitimacy and the effective rule of law". *Crime and justice*. Vol. 30. Chicago: University of Chicago Press. 2003, p. 283-357; Tonry M., *Thinking about crime*. New York: Oxford University press. 2004, p. 141-150; Díez-Ripollés JL., "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado". *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. Vol. 07-01, 2005, p. 22-31; Corrado ML., "Sex offenders, unlawful combatants and preventive detention". *North Carolina Law Review*. 84, 2005-2006, p. 102-103; Lappi-Seppälä T., "Trust, welfare", cit. p. 361-365, 375-377; Díez-Ripollés JL., "Tendencias político-criminales en materia de drogas", in Díez Ripollés JL., *Política criminal y derecho penal. Estudios*. 2a ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013, p. 850-852; Parlamento europeo y Consejo. *Directiva UE 2014/42 de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión europea*, arts. 4 a 6.

Tuttavia, negli ultimi decenni del XX secolo si è percepito che una tutela improntata ad un approccio informale o discrezionale nei confronti dei minori delinquenti li ha lasciati privi di difesa davanti a procedure e decisioni generalmente plasmate da buone intenzioni paternalistiche, ma che hanno ignorato il loro *status* di cittadini.

Si è proposto di creare un nuovo diritto penale minorile che, senza perdere i suoi obiettivi predominanti di integrazione sociale, riconosca anche ai minori l'applicazione dei principi garantisti e dei principi del giusto processo.

Purtroppo, questa trasformazione ha coinciso, nel tempo, con le tendenze socialmente escludenti e rigoriste della recente politica criminale. Questo processo ha condotto ad uno snaturamento dei propositi iniziali: il passaggio a un modello di responsabilità ha spesso comportato l'incorporazione nel diritto penale minorile di obiettivi e tecniche di intervento specifiche del diritto penale degli adulti.

Questa contaminazione si apprezza prima di tutto nell'evoluzione della disciplina che attiene ai limiti di età: contrariamente alle discipline internazionali, che considerano minori i soggetti di età inferiore ai 18 anni, in molti casi non solo si applica il diritto penale degli adulti a soggetti di una fascia di età più bassa, ma addirittura si riduce l'età dei soggetti ai quali si applica il diritto penale minorile, con la conseguenza che le risposte punitive vengono applicate sempre più spesso in età molto precoce.

All'altro estremo si colloca la frequente previsione di disposizioni di legge che permettono al giudice minorile di deferire il minore, in ragione delle sue condizioni personali o il reato commesso, alla giurisdizione degli adulti. Si tratta qui del recupero, unilateralmente gravoso, del vecchio criterio della capacità di intendere e di volere, verificata nel caso concreto. Né dobbiamo dimenticare la crescente messa in discussione dello *status* privilegiato dei "maggioresenni immaturi".

In secondo luogo, il sistema di sanzioni applicabili ai delinquenti minori è diventato più rigoroso, anche se si è evitato di definirle sanzioni: la reclusione si estende a un maggior numero di reati, tale reclusione si svolge più di frequente in regime di restrizione e dura sempre più a lungo. Infine, vengono aumentate le strutture che consentono ad alcuni minorenni condannati, di scontare la pena fin dall'inizio, o almeno una volta raggiunta l'età, in strutture penitenziarie per adulti<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Si vedano ECtHR, Judgment 16 dicembre 1999 T. v. United Kingdom, Judgment S.C. v. United Kingdom 15 junio 2004; Tonry M., Doob A., eds. *Youth crime and youth justice: Comparative and crossnational perspectives. Crime and justice. A review of research*. Vol. 31. Chicago: The University of Chicago Press. 2004; Tonry M., *Thinking*, cit. p. 150-156; Vázquez González C., *Derecho penal juvenil europeo*. Madrid: Dykinson. 2005; Cavadino M., Dignan J., *Penal systems*, cit. p. 199-303; Muncie J., Goldson B., eds. *Comparative Youth Justice*. London: Sage Publications. 2006; Comité de los derechos del niño. Naciones Unidas. *Observación general número 10. Los derechos del niño en la justicia de menores*. 2007. CRC/C/GC/10. p. 11-13; González Tascón M-M., *El tratamiento de la delincuencia juvenil en la Unión europea*. Valladolid: Lex Nova. 2010, p. 119-365.

*d. Il sistema di determinazione della pena*

Il sistema di determinazione della pena sta subendo sostanziali trasformazioni in un numero significativo di ordinamenti. Ovunque si registra un inasprimento delle pene legate al fenomeno della recidiva o, comunque, alla reiterazione delle condotte criminose. La *ratio* fondante questi inasprimenti di pena, legata alla responsabilità per il fatto commesso e non alla personalità dell'autore del reato – e che suggeriva di conferire a tali misure il volto di circostanze aggravanti facoltative, se non condurre alla loro soppressione – ha lasciato il posto a riforme giuridiche le quali prevedono la determinazione di un cumulo di aggravanti nel caso il soggetto condannato torni a commettere reati. Tale percorso, a ben vedere, è stato scandito da quelle leggi statunitensi improntate al principio “*three strikes and you're out*”.

D'altra parte, non sembra esagerato affermare che una delle linee d'intervento più ricorrenti in numerose recenti riforme giuridiche è quella che riduce il margine di discrezionalità giudiziaria nella determinazione della sanzione. Ciò si ottiene attraverso varie strade, tra cui il continuo innalzamento dei limiti minimi della pena da infliggere, o le complesse e disfunzionali direttrici sanzionatorie che trasformano il giudice in poco più che un contabile. Questa diffidenza nei confronti di un approccio esperto nella determinazione della pena proietta la sua influenza sull'ambiente carcerario attraverso la cosiddetta esecuzione integrale della condanna: attraverso questa misura si limita la flessibilità del sistema carcerario, mantenendo il rigore della pena, indipendentemente dalle condizioni personali del detenuto, fino a quando non trascorre un periodo di tempo più o meno prolungato.

Ancora una volta, tutto questo non è altro che un corollario del protagonismo acquisito dalle nuove esigenze di segregazione sociale del soggetto condannato. Queste istanze giungono persino ad ignorare il principio di proporzionalità tutte le volte in cui si voglia tenere, colui che è stato ripetutamente condannato, il più a lungo possibile lontano dalla convivenza sociale, come ha chiaramente detto qualche Corte suprema. È per soddisfare le esigenze retributive e le istanze di neutralizzazione del delinquente che si contrasta la possibilità di affidare la determinazione della pena a percorsi giurisdizionali tecnicamente esperti, accusati di una eccessiva attenzione alle esigenze di recupero del condannato alla società. Invocando queste esigenze si respinge la possibilità di conformare l'esecuzione della pena all'evoluzione delle condizioni personali del detenuto, almeno fintanto che non sia stato superato un periodo di isolamento sociale<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Si vedano Tony M., *Sentencing matters*. Cit.; Zimring F., Hawkins G., Kamin S., *Punishment and democracy. Three strikes and you're out in California*. New York: Oxford University Press. 2001; US Supreme Court. *Ewing v. California*, 538 US 11, 2003, *Lockyer v. Andrade*, 538 US 63,

*e. Le misure detentive di sicurezza*

La privazione della libertà personale applicata a persone sospettate di aver commesso un crimine, nonché a coloro i quali, dopo aver completato la loro pena detentiva, sono ancora considerati criminalmente pericolosi, ha di recente subito notevoli abusi.

Con riferimento al primo caso, dobbiamo evidenziare come la legislazione anti-terrorismo abbia trovato spazio negli ordinamenti di molti Paesi, soprattutto a seguito delle dinamiche politico-criminali sorte dopo gli attacchi islamici dell'11 settembre 2011 negli Stati Uniti e replicati in molte parti del mondo. Questa legislazione di emergenza fornisce una parvenza di normalità a forme di detenzione dalla durata indefinita o prolungate in modo sproporzionato, inflitte a persone nei confronti delle quali non è stata formulata un'accusa. La persistente anomalia di Guantanamo costituisce il suo esempio più evidente. Ma non dobbiamo dimenticare l'uso capillare della detenzione preventiva in un gran numero di sistemi giuridici, che si sta ripercuotendo, in particolare, sulla sua durata, sui motivi della sua inflizione e sulle condizioni di esecuzione.

Con riferimento al secondo caso, l'applicazione della misura detentiva dopo l'esecuzione della sentenza sta attraversando una fase di nuova legittimazione, che consente di ampliare i presupposti della pericolosità, di prevedere tempi di privazione della libertà indefiniti e di estendersi a nuovi ordinamenti giuridici.

L'applicazione delle misure detentive agli indagati non ancora condannati e, ancor più, ai soggetti non ancora destinatari di una accusa determinata, anche se può essere giustificata in alcuni casi, deve rappresentare un caso eccezionale e mai disgiunto da una funzione di perseguimento delle responsabilità penali. Il superamento di questi limiti erode il sentimento di fiducia nel sistema penale da parte dei soggetti colpiti da tali provvedimenti, i quali finiscono per prendere le distanze dai valori dell'ordinamento ed anzi sviluppano un rifiuto nei suoi confronti.

Le misure detentive penali applicate dopo l'esecuzione della pena e giustificate sulla base della presunta pericolosità sociale del soggetto sono prive di giustificazione, ancor più quando possono assumere una durata potenzialmente indefinita. L'ordinamento infligge al cittadino con precedenti penali una prognosi incerta, la quale manifesta altresì un'implicita ammissione del fallimento del sistema

2003; Whitman, J, *Harsh Justice*. New York: Oxford University Press. 2003, p. 53-56; Castiñeira, M-T., Ragues R., "Three strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal supremo de los Estados Unidos". *Revista electronica de derecho penal y criminología*. n.14, 2004, p. 59-85; Brodeur J-P., "Comparative penology", cit. p. 55-60; Tonry M., "Determinants", cit. p. 27-30; Dünkel F., Lappi-Seppälä T., Morgenstern C., van Zyl Smit D., "Gefangenenraten und Kriminalpolitik", cit. p. 1046-1048; Zysman Quiros D., *Castigo y determinación de la pena en Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*. Madrid: Marcial Pons. 2013.

penitenziario e dei correlati obiettivi di reinserimento sociale. In ogni caso, l'opzione scelta mantiene il cittadino temporaneamente o permanentemente in una condizione di esclusione sociale<sup>23</sup>.

### III. *L'esecuzione delle sanzioni*

#### a. *Il regime penitenziario*

Il regime di esecuzione della pena detentiva si è ispirato, durante gli ultimi trent'anni del XX secolo, a due idee centrali: garantire condizioni di detenzione che salvaguardino il maggior numero possibile di diritti del detenuto non toccati dalla sentenza di condanna; e, una volta abbandonato il modello di risocializzazione in quei luoghi nei quali si era radicato, assicurarsi che i detenuti abbiano almeno accesso a trattamenti di risocializzazione e reinserimento sociale durante l'esecuzione della sentenza.

L'evoluzione degli ultimi due decenni ha attraversato diversi percorsi: la segregazione sociale e la neutralizzazione dei detenuti hanno acquisito una rapida centralità, permettendo così di riaffermare il valore retributivo e intimidatorio della pena detentiva. È stato detto che il sistema penitenziario assomiglia a un'istituzione di gestione dei rifiuti, a scarti umani provenienti dai settori sociali più svantaggiati, per la maggior parte poveri o stranieri irregolari.

Questo mutamento ha condotto a cambiamenti significativi dell'assetto penitenziario, tra cui l'emergere di carceri private poco coinvolte in qualcosa di più della semplice custodia dei detenuti, l'incremento della capacità delle nuove prigioni o la normalità delle carceri di alta o altissima sicurezza. Queste strutture, condotte secondo regimi carcerari draconiani, non si limitano a custodire i detenuti pericolosi o conflittuali, ma diventano invece la prima destinazione di certe tipologie di condanne o di certi delinquenti.

Le condizioni di vita dei detenuti costituiscono altro fattore che deve essere tenuto in debita considerazione. Certamente, il sovraffollamento delle carceri rappresenta una realtà diffusa che non sempre costituisce un fattore di discriminazione

<sup>23</sup> Si vedano Corrado ML., "Sex offenders", cit. p. 77-122; Vervaele J., *La legislación antiterrorista en Estados Unidos. ¿Inter arma silent leges?*. Buenos Aires: Editores del Puerto. 2007, p. 52-56, 68-75, 86-98; Viano E., "Guantánamo: the crucible for human and constitutional rights in XXI century USA", in: Tak P., Jendly M., *Prison policy*, cit. p. 75-129; van Kempen PH., ed. *Pre-trial detention. Human rights, criminal procedural law and penitentiary law, comparative law*. Cambridge: Intersentia. 2012, p. 3-46, Part Three p. 225-819; van Kempen PH., Young, W, eds. *Prevention of reoffending. The value of rehabilitation and the management of high-risk offenders*. Cambridge: Intersentia. 2014. Part Three. p. 145-335.



tra i Paesi più o meno abbienti, e che – non deve meravigliarci – conduce a misure forzate volte ad attuare misure di liberazione indiscriminate e, in casi estremi, all'assunzione della gestione interna del centro da parte dei detenuti stessi.

Ma ancor più rivelatore è lo sviluppo di politiche che cercano di peggiorare intenzionalmente le condizioni materiali e del regime carcerario al fine di recuperare il contenuto afflittivo e stigmatizzante del soggiorno in carcere.

Inoltre, mentre si accrescono i poteri della vittima di condizionare, in base ai suoi interessi particolari, la determinazione della pena e il regime carcerario del condannato, diminuisce la capacità del detenuto di proteggere i suoi diritti in ordine alle condizioni e al regime di esecuzione della sua condanna. Così, non è infrequente che si manifestino difficoltà, a volte insormontabili, perché i detenuti possano invocare provvedimenti relativi al regime penitenziario che riguardano le condizioni di vita, il regime o le discipline adottate. Non è inoltre infrequente che si proibisca l'associazionismo o iniziative collettive e, attraverso misure come la "relazione speciale di soggezione" i detenuti siano privati di un numero maggiore di diritti di quanto strettamente legato alla condanna inflitta. Infine, vale la pena sottolineare la crisi nella quale versa la libertà vigilata in molti Paesi, che registra: la necessità di requisiti di ottenimento o mantenimento sempre più stringenti; un aumento dei provvedimenti di revoca; l'esclusione a priori, in modo generale o per determinati crimini o per determinati delinquenti<sup>24</sup>.

b. *Lo status giuridico e sociale dei soggetti condannati e dei soggetti con precedenti penali*

La privazione dei diritti politici, civili e sociali nei confronti del soggetto condannato e del soggetto con precedenti penali rappresenta un fenomeno sempre più diffuso, la cui intensità, pur tuttavia, si differenzia in funzione delle aree geografiche e delle tradizioni giuridiche nelle quali ha luogo. Mi riferisco a provvedimenti interdittivi originati dalla sola condanna e pertanto non legati alla natura del crimine commesso né al coefficiente di pericolosità dimostrata. Si tratta di provvedimenti imposti dalle autorità giudiziarie o amministrative i cui effetti si

<sup>24</sup> Si vedano Kurki L., Morris N., "The purposes, practices and problems of supermax prisons", in Tonry M., ed. *Crime and justice. A review of research*. Vol. 28, 2001, p. 385-421; van Zyl Smit D., Dünkel F., *Imprisonment today and tomorrow. International perspectives on prisoner's rights and prison conditions*. The Hague: Kluwer Law international. 2001; Whitman, J. *Harsh Justice*, cit. p. 19-25, 56-62, 70-80; Tonry M., *Thinking* cit. p. 156-163, 183; Jacobs J., "Prison reform amid the ruins of prisoner's rights", in Tonry M., ed. *The future of imprisonment*. New York: Oxford University Press. 2004, p. 179-194; Simon, J., *Governing through crime*. New York: Oxford University Press. 2007, p. 141-144, 152-175; del Rosal Blasco B., "¿Hacia el derecho penal?", cit. p. 9-10; Tak P., Jendly M., eds. *Prison policy* cit.; US Supreme Court. *Brown v. Plata*. 563 US\_\_2011, *Brown v. Plata* 570 US\_\_2013.

estendono solitamente in un tempo variabile, a volte per la vita, dopo la fine dell'esecuzione della condanna.

Tra i diritti politici colpiti da tali misure possiamo annoverare il suffragio attivo o passivo, la possibilità di far parte di una giuria, la possibilità di prendere la residenza legale in un paese straniero o la possibilità di ottenere la cittadinanza. Tra i diritti civili oggetto di sottrazione possono essere menzionati il mantenimento della patria potestà, la richiesta di adozione, l'accesso alla funzione pubblica o determinati impieghi di natura privata, l'accesso alle procedure di appalti pubblici o il mantenimento patente di guida. Tra i diritti sociali, la possibilità di richiedere sussidi sociali, di concorrere per avere una casa popolare o per rimanervi, di ottenere assistenza educativa, di accedere ai programmi sanitari o di ricevere un risarcimento nel caso in cui si risulti vittima di un crimine.

Queste sanzioni, solo da poco sono state oggetto di un'attenta considerazione da parte degli operatori giuridici. Inoltre, le persone condannate e i soggetti con precedenti penali spesso vengono a conoscenza delle stesse solo al momento in cui devono scontarle. Sono state quindi definite sanzioni penali invisibili.

Data la loro applicazione indiscriminata, il loro fondamento può essere rinvenuto solo in una nuova dimensione della neutralizzazione sociale, la quale comporta che i soggetti condannati ed ex detenuti mantengano uno *status* politico, civile e sociale inferiore rispetto al resto dei cittadini. Ne consegue, inoltre, come tali soggetti vengano sottoposti a una stigmatizzazione che li mantiene ai margini della società e, correlativamente, diventino oggetto di un continuo e stretto controllo penale. In questo contesto, è opportuno ricordare come la società non esiti a coinvolgere attori sociali estranei al sistema penale. La persistente esclusione di queste persone dalle attività sociali, senza che questa misura sia legata al delitto commesso, ostacola notevolmente la loro integrazione sociale e quella delle loro famiglie. Non sembra essere una coincidenza, infatti, che, in ragione del preponderante tasso di criminalità, queste sanzioni siano concentrate in gruppi socioeconomicamente svantaggiati<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Si vedano Mauer M., Chesney-Lind M., eds. *Invisible punishment. The collateral consequences of mass imprisonment*, New York: The New Press. 2002; Petersilia J., *When prisoners come home*. cit. p. 105-137; Mele C., Miller T., eds. *Civil penalties, social consequences*, New York: Routledge. 2005; Uggen C., Manza J., Thompson M., "Citizenship, democracy", cit.; Manza J., Uggen C., *Locked out. Felon disenfranchisement and American democracy*. New York: Oxford University Press. 2008; Ewald A., Rottinghaus B., eds. *Criminal disenfranchisement in an international perspective*, New York: Cambridge University Press. 2009; Pinar M., "Collateral consequences of criminal convictions: confronting issues of race and dignity", *New York University Law Review*, Vol. 85, 2010; Díez-Ripollés J.L., "Sanciones adicionales a delincuentes y exdelincuentes. Contrastes entre Estados Unidos de America y países nórdicos europeos". *Indret*.4, 2014; Jacobs J., *The eternal criminal record*, Cambridge: Harvard University Press. 2015, p. 246-300.

c. *I registri di polizia e i casellari giudiziari*

I registri di polizia, i casellari giudiziari e i registri penitenziari delle persone condannate, indagate o sospettate di crimini guadagnano in completezza e volume, grazie, tra l'altro, ai nuovi strumenti elettronici. Nuovi registri, come quelli dell'*intelligence* o quelli dedicati agli illeciti amministrativi, acquisiscono un nuovo ruolo centrale. La loro durata nel tempo si prolunga sempre di più, in ragione dell'ampliamento dei termini di prescrizione dei reati, dei termini di cancellazione dei precedenti, o della difficoltà di eseguire queste ultime operazioni.

Sebbene esistano differenze significative in funzione delle tipologie di registri e delle tradizioni nazionali, la verità è che le informazioni sui precedenti sono accessibili ogni volta in numero maggiore e più facilmente da parte di istituzioni non penali, società o organizzazioni private e individui. In effetti, un foglio di precedenti penali in bianco rappresenta un requisito legalmente richiesto per un numero sempre maggiore di incarichi di lavoro e la sua necessità costituisce sempre più una buona prassi d'impresa.

Per i delinquenti oggetto di una peculiare stigmatizzazione, come quelli di matrice sessuale e altri che vengono progressivamente aggiunti, si fa qualcosa di più che inserirli in un registro: si obbligano, a volte per tutta la vita, a fornire la propria residenza dopo la condanna, per scopi di conoscenza pubblica.

I precedenti penali e i provvedimenti di notifica della residenza diventano così le contemporanee punizioni infamanti, come sottolineato con forza ed esplicitamente da alcuni teorici e operatori giuridici. I diritti all'onore, alla privacy e alla protezione dei dati personali, nonché l'interesse sociale al reinserimento sociale dei criminali, rimangono in secondo piano. Il loro posto è occupato da una libertà di informazione ipertrofica, da un trasferimento alla comunità e ai singoli individui della competenza per valutare la pericolosità dei soggetti con precedenti penali nonché da una rinnovata valorizzazione della stigmatizzazione sociale in funzione di meccanismo di controllo<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> Si vedano, Louks N., Lyner O., Sullivan T., "The employment of people with criminal records in the European Union", *European Journal on Criminal Policy and Research*, 6, 1998; Petersilia J., *When prisoners come*. cit. p. 106-112, 127-129; Petrunik M., Deutschmann L., "The exclusion-inclusion spectrum in state and community response to sex offenders in Anglo-American and European jurisdictions", *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 52, 5, 2008; Wacquant L., *Punishing the poor. The neoliberal government of social insecurity*, Durham: Duke University Press. 2009. p. 208-239; Thomas T., "European developments in sex offender registration and monitoring", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 18, 2010; Larrauri Pijoan E., "Legal protection against criminal background checks in Europe", *Punishment and Society*. 16 (1), 2014; Harris A., Levenson J., Ackermann A., "Registered sex offenders in the United States: Behind the numbers", *Crime and Delinquency*, vol. 60 (1), 2014; Jacobs J., *The eternal criminal record*, cit.; Fernández-Pacheco C., "Intimidación y publicidad de los an-

#### IV. Conclusioni

L'approccio analitico prescelto ci ha permesso di integrare in un unico quadro concettuale, tanto descrittivo che valutativo, numerose regole e prassi punitive la cui effettiva o possibile applicazione caratterizza l'attuale evoluzione della politica penale contemporanea e condiziona il dibattito dottrinale.

Questa prospettiva, basata su una chiara alternativa strategica volta alla prevenzione del crimine, permette l'elaborazione di una riflessione che identifica ampie aree di intervento criminale e consente, inoltre, l'aggregazione al loro interno di diverse regole e pratiche che acquistano un chiaro significato in un tale approccio analitico. Significato che non è più vincolato a considerazioni generiche su un uso espansivo o rigoroso degli strumenti criminali.

Nelle precedenti formulazioni di questo percorso, particolare attenzione era stata dedicata all'individuazione di indicatori che permettessero di differenziare i diversi modelli politico-criminali nazionali in funzione della dimensione di inclusione/esclusione sociale<sup>27</sup>. In questo caso, uno dei poli dell'alternativa strategica, quello dell'esclusione sociale, è stato utilizzato per aggregare regole e prassi, il cui progressivo consolidamento nei nostri sistemi di controllo penale, segnerà un'evoluzione inequivocabile verso un modello politico-criminale escludente e, di conseguenza, verso un uso abusivo dei mezzi di intervento penale. Con ciò, la dimensione dell'inclusione/esclusione sociale acquista una nuova utilità, al di là del suo ricco contenuto ideologico, quando si tratta di distinguere tra diversi modelli politico-criminali.

Gli aspetti prescelti corrispondono in gran parte a quelli già selezionati per confrontare i modelli politico-criminali escludenti e inclusivi, anche se in questa occasione è stato aggiunto l'aspetto relativo alla selezione dei comportamenti punibili, e qualcuno degli altri profili già considerati è stato oggetto di bipartizione. Inoltre, tali elementi sono stati tutti raggruppati secondo le tre fasi più rilevanti dell'intervento penale: le scelte incriminatrici, il perseguimento delle condotte in sede penale e l'esecuzione delle sanzioni.

In nessun momento si è cercato di analizzare le cause politiche, socio-economiche o politico-criminali che stanno influenzando l'evoluzione verso un diritto penale sempre più interventista.

Tuttavia, il catalogo delle regole e delle prassi individuate è ampio, ben interconnesso e coerente con l'approccio analitico sviluppato. In questo senso, esso ci

tedentes penales. Los registros para delincuentes sexuales", en Doval Pais, A dr, *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidación*, Cizur Menor: Thomson Reuters. 2015.

<sup>27</sup> Si veda Díez Ripollés JL., "La dimensión", Cit. p. 13-18.

offre strumenti efficaci per l'adozione di decisioni volte a contrastare il processo evolutivo che abbiamo messo in luce.

## BIBLIOGRAFIA

Aebi M., Linde A., Delgrande N., (2015), "Is there a relationship between imprisonment and crime in Western Europe?". *European Journal on Criminal Policy and Research*. Vol. 21 n. 3.

Arroyo L., Biglino P., Schabas eds., (2010), *Hacia la abolición universal de la pena capital*. Valencia, Tirant lo Blanch.

Asamblea general de las Naciones Unidas (2000), Resolución 55/25 de 15 de noviembre de 2000. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.

Balvig F., (2004), "When law and order returned to Denmark". *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*. Vol. 5.

Baumann Z., (2006), *Modernidad líquida*. Buenos Aires: Fondo de cultura económica.

Beckett K., Herbert S., (2010), *Banished. The new social control in urban America*. New York: Oxford University Press.

Björklund F., Svenonius Q., eds., (2013), *Videosurveillance and social control in a comparative perspective*. London: Routledge.

Brandáriz García JA., (2014), *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea*. Madrid: Dykinson.

Brodeur JP., (2007), "Comparative penology in perspective". in Tonry M., ed. *Crime, Punishment and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.

Castineira M-T., Ragues R., (2004), "Three strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal supremo de los Estados Unidos". *Revista electrónica de derecho penal y criminología*. n.14.

Cavadino M., Dignan J., (2006), *Penal Systems*. London: Sage Publications.

Cervelló Donderis V., (2015), *Prisión perpetua y de larga duración*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Comité de los derechos del niño. Naciones Unidas. (2007), *Observación general número 10. Los derechos del niño en la justicia de menores*. CRC/C/GC/10.

Corrado M.L., (2005-2006), "Sex offenders, unlawful combatants and preventive detention". *North Carolina Law Review*. 84.

Coyle A., Fair H., Jacobson J., Walmsley R., (2016), *Imprisonment Worldwide*, Policy Press.

Díez-Ripollés JL., (2004), “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*.

Díez-Ripollés JL., (2004), “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. 06-03.

Díez Ripollés JL., Prieto del Pino AM., Soto Navarro S., (2005), *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Díez-Ripollés JL., (2005), “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. 07-01.

Díez-Ripollés JL., García Pérez O., coords., (2008), *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*. Montevideo: B de F.

Díez-Ripollés JL., (2011), “La dimensión inclusión / exclusión social como guía de la política criminal comparada”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. 13-12.

Díez-Ripollés JL., (2013), “Rigorismo y reforma penal. Cuatro legislaturas homogéneas. Parte I y Parte II”. *Boletín criminológico*. no 142 y 143.

Díez-Ripollés JL., (2013), “Tendencias político-criminales en materia de drogas”, in Díez Ripollés JL., *Política criminal y derecho penal*. Estudios. 2a edic. Valencia: Tirant lo Blanch.

Díez-Ripollés JL., (2014), “El control de espacios públicos como técnica de exclusión social. Algunos contrastes regionales”, *Revista española de investigación criminológica*, 4,12.

Díez-Ripollés JL., (2014), “Sanciones adicionales a delincuentes y exdelincuentes. Contrastes entre Estados Unidos de América y países nórdicos europeos”. *Indret*.4.

Doherty J., Busch-Geertsema, et al., (2008), “Homelessness and exclusion: regulating public space in European cities”. *Surveillance and society*, 5 (3).

Downes D., Hansen K., (2006), “Welfare and punishment in comparative perspective”, in Armstrong S., McAra L., eds. *Perspectives on Punishment*. Oxford: Oxford University Press.

Downes D., (2007), “Visions of penal control in the Netherlands”, in Tonry, M, ed. *Crime, Punishment and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.

Dünkel F., Lappi-Seppälä T., Morgenstern C., van Zyl Smit D., (2010), “Gefangeneneraten und Kriminalpolitik in Europa: Zusammenfassung und Schlussfolgerungen”, in Dünkel F., Lappi-Seppälä T., Morgenstern C., van Zyl Smit D., *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangeneneraten in europäischen Vergleich*. Band 2. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.

Ewald A., Rottinghaus B., eds., (2009), *Criminal disenfranchisement in an international perspective*, New York: Cambridge University Press.

Feeley M., Simon J., (1992), "The new penology: Notes on the emerging strategy of corrections and its implications". *Criminology*. Vol. 30. N. 4.

Fernández-Pacheco C., (2015), "Intimidación y publicidad de los antecedentes penales. Los registros para delincuentes sexuales", in Doval Pais, A dr. *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidación*, Cizur Menor: Thomson Reuters.

Garland D., (2010), *Peculiar institution: America's death penalty in an age of abolition*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.

González Tascón M-M., (2010), *El tratamiento de la delincuencia juvenil en la Unión europea*. Valladolid: Lex Nova.

Haffke B., (1976), *Tiefenpsychologie und Generalprävention*. Frankfurt: Verlag Sauerländer.

Harris A., Evans H., Beckett K., (2010), "Drawing blood from stones: Legal debt and social inequality in the contemporary United States". *The American Journal of Sociology*. Vol. 115 n. 6.

Harris A., Levenson J., Ackermann A., (2014), "Registered sex offenders in the United States: Behind the numbers", *Crime and Delinquency*, vol. 60 (1).

Hinds L., (2005), "Crime control in Western countries", in Pratt J., Brown D., Brown M., Hallsworth S., Morrison W., *The New Punitiveness*. Cullompton: Willan Publishing.

v. Hofer H., (2000), "Die elektronische Überwachung von Straftätern in Schweden", in Jehle JM., ed., *Täterbehandlung und neue Sanktionsformen. Kriminalpolitische Konzepte in Europa*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.

v. Hofer H., Tham H., (2013), "Punishment in Sweden: A changing penal landscape", in Ruggiero V., Ryan M., eds., *Punishment in Europe*. Palgrave MacMillan

Jacobs J., (2004), "Prison reform amid the ruins of prisoner's rights", in Tonry M., ed. *The future of imprisonment*. New York: Oxford University Press.

Jacobs J., (2015), *The eternal criminal record*, Cambridge: Harvard University Press.

v. Kempen P-H., ed., (2012), *Pre-trial detention. Human rights, criminal procedural law and penitentiary law, comparative law*. Cambridge: Intersentia.

v. Kempen P-H., Young W., eds., (2014), *Prevention of reoffending. The value of rehabilitation and the management of high-risk offenders*. Cambridge: Intersentia.

Kurki L., Morris N., (2001), "The purposes, practices and problems of super-max prisons", in Tonry M., ed. *Crime and justice. A review of research*. Vol. 28.

Lahti R., (2000), "Towards a rational and humane criminal policy", *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 1.

Lappi-Seppälä T., (2007), "Penal Policy in Scandinavia", in Tonry M., ed. *Crime, Punishment and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.

Lappi-Seppälä T., (2008), "Trust, Welfare, and Political Culture", en Tonry M., ed. *Crime and Justice*. n. 37. Chicago: University of Chicago Press.

Larrauri Pijoan E., (2009), "La economía política del castigo", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 11-06.

Larrauri Pijoan E., (2014), "Legal protection against criminal background checks in Europe", *Punishment and Society*, 16 (1).

Levy R., (2007), "Pardons and amnesties as policy instruments in contemporary France", in Tonry M., ed. *Crime, Punishment and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.

Lindström P., Leijonram E., (2008), "The Swedish prison system", in Tak, P, Jendly, M, *Prison policy and prisoners' rights*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers.

Louks N., Lyner O., Sullivan T., (1998), "The employment of people with criminal records in the European Union", *European Journal on Criminal Policy and Research*, 6.

Lynch M., (2001), "From the punitive city to the gated community: security and segregation across the social and penal landscape", *University of Miami Law Review*, 56.

Manza J. / Uggen C., (2008), *Locked out. Felon disenfranchisement and American democracy*. New York: Oxford University Press.

Mauer M., Chesney-Lind M., eds., (2002), *Invisible punishment. The collateral consequences of mass imprisonment*, New York: The New Press.

Medina Ariza J., (2011), *Políticas y estrategias de prevención del delito y seguridad ciudadana*. Montevideo: B de F.

Mele C, Miller T., eds., (2005), *Civil penalties, social consequences*, New York: Routledge.

Midtveit E., (2005), "Crime prevention and exclusion: from walls to opera music", *Journal of Scandinavian studies in criminology and crime prevention*. 6.

Muncie J., Goldson, B, eds., (2006), *Comparative Youth Justice*. London: Sage Publications.

Nelken D., (2005), "When is a society non-punitive?. The Italian case", in Pratt J., Brown D., Brown M., Hallsworth S., Morrison W., *The New Punitiveness*. Cullompton: Willan Publishing.

Nelken D., (2010), *Comparative Criminal Justice*. Los Ángeles: Sage Publications.



Newburn T., (2007), "Tough on crime: Penal policy in England and Wales", en Tony M., ed. *Crime, Punishment and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.

Norris C., McCahill M., Wood D., (2004), "Editorial. The growth of CCTV: a global perspective on the international diffusion of video surveillance in publicly accessible space". *Surveillance and society*, 2 (2/3)

Parlamento europeo y Consejo europeo, (2014), Directiva UE 2014/42 de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión europea.

Penal Reform International, (2007), "Alternatives to the death penalty: the problems with life imprisonment". *Penal Reform Briefing*. N.1 [www.penalreform.org](http://www.penalreform.org)

Petersilia J., (2003), *When prisoners come home. Parole and prisoner reentry*. New York: Oxford University Press.

Petrunik M., Deutschmann L., (2008), "The exclusion-inclusion spectrum in state and community response to sex offenders in Anglo-American and European jurisdictions", *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 52, 5.

Pinard M., (2010), "Collateral consequences of criminal convictions: confronting issues of race and dignity", *New York University Law Review*, Vol. 85.

Pratt J., (2008), "Scandinavian exceptionalism in an era of penal excess I". *British Journal of Criminology*, 48.

Roché S., (2007), "Criminal justice policy in France", en Tony M, ed. *Crime, Punishment and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.

del Rosal Blasco B., (2009), "¿Hacia el derecho penal de la posmodernidad?", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 11-08.

Savage J., Bennett R., Danner M., (2008), "Economic assistance and crime: a cross-national investigation", *European journal of Criminology*, vol. 5-2.

Simon J., (2007), *Governing through crime*. New York: Oxford University Press.

Snacken S., (2007), "Penal policy and practice in Belgium", en Tony M., ed. *Crime, Punishment and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.

Tak P., Jendly M., eds., (2008), *Prison policy and prisoners' rights*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers.

Tamarit Sumalla J-M., (2007), "Sistema de sanciones y política criminal", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. 09-06.

Tham H., (2001), "Law and order as a leftist project?". *Punishment and society*. Vol. 3(3).

Thomas T., (2010), "European developments in sex offender registration and monitoring", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 18.

Tonry M., (1996), *Sentencing matters*. New York: Oxford University Press.

Tonry M., (2004), *Thinking about crime*. New York: Oxford University press.

Tonry M., Doob A., eds. (2004), *Youth crime and youth justice: Comparative and cross-national perspectives*. *Crime and justice. A review of research*. Vol.31. Chicago: The University of Chicago Press.

Tonry M., (2007), "Determinants of penal policies", en Tonry M., ed. *Crime, Punishment and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.

Tyler T., (2003), "Procedural justice, legitimacy and the effective rule of law". *Crime and justice*. Vol. 30. Chicago: University of Chicago Press.

Uggen C., Manza J., Thompson, M., (2006), "Citizenship, democracy and the civic reintegration of criminal offenders". *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 605.

Vázquez González C., (2005), *Derecho penal juvenil europeo*. Madrid: Dykinson.

Vervaele J., (2007), *La legislación antiterrorista en Estados Unidos. ¿Inter arma silent leges?* Buenos Aires: Editores del Puerto.

Viano E., (2008), "Guantánamo: the crucible for human and constitutional rights in XXI century USA", in: Tak, P, Jendly, M, *Prison policy and prisoners' rights*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers.

Wacquant L., (2009), *Punishing the poor. The neoliberal government of social insecurity*, Durham: Duke University Press.

Webster CM., Doob A., (2007), "Punitive trends and stable imprisonment rates in Canada, in Tonry M., ed. *Crime, Punishment and Politics in Comparative Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.

Welsh B., Farrington D., (2009), *Making public places safer. Surveillance and crime prevention*. New York: Oxford University Press.

Whitman J., (2003), *Harsh Justice*. New York: Oxford University Press.

Zaffaroni R., (2007), *El enemigo en el derecho penal*, México DF: Ediciones Coyoacán.

Zimring F., Hawkins G., Kamin S., (2001), *Punishment and democracy. Three strikes and you're out in California*. New York: Oxford University Press.

Zimring F., (2003), *The contradictions of American Capital Punishment*. Oxford, Oxford University Press.

v. Zyl Smit D., Dünkel F., (2001), *Imprisonment today and tomorrow. International perspectives on prisoner's rights and prison conditions*. The Hague: Kluwer Law international.

---

Zysman Quiros D., (2013), *Castigo y determinación de la pena en Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*. Madrid: Marcial Pons.

## GIURISPRUDENZA

- TEDH, 16 diciembre 1999, *T. v. United Kingdom*, Ref. 24724/94
- TEDH, 15 junio 2004, *S.C. v. United Kingdom*, Ref. 60958/00
- TEDH, 12 febrero 2008, *Kafkaris v. Chipre*, Ref. 21906/04
- TEDH, 9 julio 2013, *Vinter y otros v. Reino Unido*, Ref. 66069/09 et al.
- TEDH, 13 noviembre 2014, *Bodein v. Francia*, Ref. 40014/10
- TEDH, 3 febrero 2015, *Hutchinson v. Reino Unido*, Ref. 57592/08
- Tribunal supremo de Estados Unidos, *Ewing v. California*, 538 US 11, 2003.
- Tribunal supremo de Estados Unidos, *Lockyer v. Andrade*, 538 US 63, 2003.
- Tribunal supremo de Estados Unidos, *Brown v. Plata*. 563, US\_\_2011.
- Tribunal supremo de Estados Unidos, *Brown v. Plata* 570, US\_\_2013.



MARIO JORI

CONCEZIONI DEL DIRITTO VECCHIE E NUOVE.  
IL POSITIVISMO GIURIDICO RIVISITATO SULLO SFONDO DEL  
NEOCOSTITUZIONALISMO

SOMMARIO: 1. Idee nuove, vecchie e vecchissime: concezioni del diritto. – 2. Una revisione della teoria giuspositivista del riconoscimento del diritto. – 3. Esistenza e inesistenza del diritto. – 4. Concezioni del diritto e concetto di diritto. – 5. Il vecchio e il nuovo. – 6. Conclusione.

1. *Idee nuove, vecchie e vecchissime: concezioni del diritto*

La mia teoria del diritto rimane legata, lo dico subito, al giuspositivismo critico dei Kelsen, Bobbio, Hart e Scarpelli e queste pagine mirano a porsi in continuità con questi autori e in particolare con alcune paginette di Scarpelli intitolate al positivismo giuridico rivisitato<sup>1</sup>. La ragione di questo attaccamento è che questa, nel complesso, mi sembra la direzione teorica più promettente per cercare soluzioni ai principali problemi odierni della teoria del diritto. Non sono invece particolarmente ispirato e intrigato da altre direzioni più recenti della teoria generale, che tutte insieme catturano negli ultimi decenni quasi la intera energia dei teorici del diritto; anche se spesso si tratta di attenzione negativa e critica<sup>2</sup>; intendendo in primo luogo la filosofia post-hartiana in adesione e dissenso a Ronald Dworkin nelle sue successive versioni<sup>3</sup>. E neppure dalle teorie che si autodefiniscono post-positiviste e che qualche volta da noi sul Continente vengono anche

<sup>1</sup> U. Scarpelli, *Il positivismo giuridico rivisitato* (1989) in *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, a cura di A. Schiavello e V. Velluzzi, Torino 2005, pp. 104-113. Vedi anche il saggio di Scarpelli citato infra a nota 66.

<sup>2</sup> Il proliferare dei lavori critici e negativi, specialmente negli Stati Uniti, può sembrare strano, se non si considera l'effetto accademico dell'*impact factor*. Se si vuole essere considerati in una disciplina, bisogna occuparsi di certi autori, piacciono o non piacciono.

<sup>3</sup> Sulle teorie di Ronald Dworkin ho avuto modo di pensare a lungo. La mia esposizione al pensiero di Dworkin credo sia anteriore a quella di quasi ogni altro filosofo del diritto vivente, dal momento che Dworkin mi fu assegnato come *supervisor* a Oxford nel 1971 il primo anno in cui egli vi ricoprì la *Chair of Jurisprudence* e ancora molti lo scambiavano per l'allora più noto Gerald Dworkin. Nell'anno successivo chiesi un altro *supervisor*, Dworkin era risultato troppo auto-centrico per essermi utile in una tesi di teoria del diritto su un argomento che non era lui stesso; ma ugualmente ebbi modo per due anni di seguire le sue lezioni e la sua partecipazione ai seminari avanzati. Incredibilmente brillante in ambedue i casi.

raccolte sotto l'etichetta di neo-costituzionalismo<sup>4</sup> o teorie dei diritti e messe insieme più o meno felicemente a quelle anglosassoni di cui sopra.

Sotto l'etichetta alla moda di neo-costituzionalismo talora viene collocata ogni teoria recente che critichi il giuspositivismo, spesso senza definirlo. Una parte di questo è nota anche come *rights conception*. Non sempre del tutto coincidente con le precedenti è la concezione che vede con favore che la ricerca giudiziaria del diritto sia poco vincolata o lo diventi e ritiene che il giudice possa raggiungere la *right answer* con l'uso di strumenti più potenti delle norme, in primo luogo i principi. Una versione della teoria del diritto più vincolata ai testi normativi e quindi più vicina al giuspositivismo è quella etichettata nel mondo anglosassone come *constitutional rule of law* a cui si può assimilare da noi la posizione di Luigi Ferrajoli<sup>5</sup>.

Non vorrei comunque apparire, all'eventuale lettore di queste pagine, un Rip VanWinkle della filosofia del diritto che si risveglia dopo un sonno di cinquant'anni. Il fatto è che le tesi del neo-costituzionalismo non mi paiono nel complesso così nuove e secondo me incontrano obiezioni che si trovano benissimo esposte nella letteratura precedente. Questo ovviamente non mi incentiva a dedicarvi i miei migliori sforzi, per ripetere quelle critiche che si possono leggere in forma estremamente convincente, per esempio, nelle opere degli autori che ho appena menzionato. Con questo non voglio dire di non aver trovato niente di utile nella discussione di questo che ormai è il *mainstream* della teoria del diritto re-

<sup>4</sup> L'espressione neo-costituzionalismo o neocostituzionalismo viene ascritta a Susanna Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli 2001. Pozzolo traccia chiare e condivisibili distinzioni e ai miei occhi, nel libro, ha anche il merito di prestare debita attenzione alla concezione del giuspositivismo di Scarpelli.

<sup>5</sup> Luigi Ferrajoli mi sembra di gran lunga il più significativo dei teorici di questa posizione. Egli sostiene che la propria teoria dei diritti è giuspositivista e per questo è indotto a dividere il (neo)-costituzionalismo in costituzionalismo giuspositivista e neopositivismo principialista: egli si riconosce nel primo, mentre ritiene il secondo una forma di giusnaturalismo, da lui non accettabile. Sono per lo più d'accordo con Ferrajoli, ma penso che ci siano alcuni problemi nel suo giuspositivismo: l'eccessivo desiderio di differenziarsi da Kelsen non è sempre coerente con una presentazione ottimale delle sue posizioni; la sua distinzione tra validità e vigore di cui egli fa gran conto è presente (gli è stato osservato) anche nel paleo-giuspositivismo perché ci sono sempre state norme invalide per contenuto; la sua distinzione tra diritti fondamentali e patrimoniali è incoerente e ideologicamente mira a svalutare e indebolire i diritti patrimoniali, come il diritto di proprietà; la sua teoria della democrazia nasconde il costante potenziale conflitto tra democrazia e diritti. Inoltre Ferrajoli sembra ignorare che l'incertezza della interpretazione rende problematico e variabile il rapporto tra testo costituzionale e elenco finale dei diritti dispiegati in tutte le loro garanzie, e che in realtà tra l'uno e gli altri c'è l'esercizio di molteplici poteri irrimediabilmente creativi, politici e giudiziari (il problema sollevato da Antonin Scalia per intenderci). Per un'eccellente sintetica discussione del giuspositivismo di Ferrajoli e problemi relativi, v. L. Ferrajoli, *Costituzionalismo e teoria del diritto. Risposta a Manuel Atienza e Josep Juan Moreso*, in L. Ferrajoli, J. J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid 2009, 2ª ed. (online).

cente; piuttosto direi che non trovo utile la sua corrente principale<sup>6</sup>. Mi rendo conto che questo mi confina in una sparuta minoranza, visto che la maggior parte dei teorici del diritto, anche giuspositivisti, hanno passato gli ultimi decenni accettando o rigettando le obiezioni di cui sopra. Questo lavoro ovviamente andava fatto e ha dato risultati, ma non si possono solo difendere i confini, bisogna anche coltivare il proprio campicello. Il lavoro di difesa e critica esterna è stato condotto validamente e anche nei dettagli, in Italia per esempio da studiosi della scuola analitica genovese sia per la parte semiotica sia per quella di teoria del diritto e tra loro soprattutto da Mauro Barberis, Riccardo Guastini e Pierluigi Chiassoni<sup>7</sup>. Tra gli altri lavori che mi sono stati più utili devo menzionare anche quello di Giorgio Pino e Aldo Schiavello. Anna Pintore ha fatto alcune osservazioni imprescindibili sulla teoria dei diritti. Recentissimamente Claudio Luzzati ha ripreso i temi della interpretazione in un lavoro di ampie dimensioni<sup>8</sup>. E naturalmente ci sono altri che menzionerò man mano.

La mia insoddisfazione verso la teoria del diritto più recente, verso la sua corrente di maggioranza che si focalizza sul neo-costituzionalismo, è dovuta a quella che mi pare una sfortunata riduzione della sua bibliografia, alla mancanza di attenzione verso i classici della generazione precedente, da Kelsen a Scarpelli, che si traduce in mancanza di attenzione per i grandi risultati raggiunti. Non si tratta di rimanere fermi alle teorie e tesi del passato, ma di non ignorarle, per non doverle reinventare. Un altro aspetto deplorabile della discussione più recente in filosofia del diritto, specie quella anglosassone, è, secondo me, una deplorabile indifferenza per gli aspetti più generali e più filosofici, i problemi fondazionali. I nostri predecessori, specie anglosassoni, li avevano trattati con cautela, ma non li avevano mai ignorati. Non dovrebbe essere necessario ricordare che molte delle divergenze in teoria del diritto, tra filosofi del diritto e giuristi, dipendono in ultima istanza da divergenze filosofiche generali e metafisiche.

<sup>6</sup> Soprattutto la discussione anglosassone di *jurisprudence* mi è sembrata sempre meno utile col passare degli anni e sempre meno giustificata nell'ignorare interamente quella continentale e latina; mentre negli anni '60 trovavo imprescindibili molti autori anglosassoni e non solo i maggiori, come Hart, Raz, MacCormick o Finnis (ricordo la sorpresa di un autore australiano quando scopri che in Italia lo conoscevamo benissimo), oggi dopo il passaggio del ciclone dworkiniano trovo fruttuoso riflettere piuttosto su autori dell'area continentale e latina; tra gli autori anglosassoni successivi che mi sono stati più utili mi viene subito in mente Schauer.

<sup>7</sup> Ci racconta come stanno le cose M. Barberis, *Diritto e morale: la discussione odierna*, "Revus", 16. 2011 - *Pravo, morala in vladavina zakona - Law, Morals, and Rule of Law* (online). In alcuni suoi scritti Barberis considera tre principali concezioni del diritto e in altri casi quattro. Molto interessante mi è parso anche il discorso di Barberis sull'evoluzione dei rapporti tra etica e diritto in Id., *Metaetica del costituzionalismo*, "Diritto e questioni pubbliche", 2012. Secondo Barberis nel mondo contemporaneo delle società pluralistiche il diritto è il terreno in cui sono affrontate le questioni della morale non privata, una vera novità storica.

<sup>8</sup> C. Luzzati, *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrine*, Giappichelli Torino 2016.

A partire dalla più filosofica di tutte, la nozione di esistenza, perché molto dipende dal senso in cui si intende che il diritto esista. Si tratta certamente di una questione metafisica, nientedimeno. Il giurista potrà rabbrivire, ma si rifletta. Nessun giurista, anche il più “pratico” può fare a meno di un criterio di descrizione del diritto: per sapere quale descrizione sia vera e quale falsa, cosa conta come descrizione vera o falsa del diritto, occorre un criterio di esistenza del diritto. Non è e non è mai stata una questione facile, perché il diritto, qualunque cosa sia, non è un oggetto materiale. Questo rende problematico, filosoficamente problematico anche praticare l’empirismo in diritto, descrivere il diritto come fatto, se con empirismo intendiamo l’approccio delle scienze empiriche moderne. Su questo tornerò, cercando di abbreviare la necessaria analisi metafisica e facendo abbondante uso di metafore; queste dovrebbero servire a contrastare le frequenti altre metafore (come: fonti, creazione, estinzione, produzione del diritto) che troppo spesso sostituiscono la riflessione in materia nella teoria del diritto.

Dobbiamo essere sempre cauti con ciò che nella storia della filosofia si presenta come radicalmente nuovo, come pure con ciò che si presenta come un ritorno integrale all’antico. Lo studio della storia mostra che c’è sempre del vecchio nel nuovo e del nuovo nel vecchio. Questo vale pure in storia della filosofia e nella storia del pensiero. Dovremmo comunque guardare con una certa diffidenza ai giudizi troppo netti che valutano come tutto progresso o regresso fenomeni complessi come il diritto. In questo spirito di elementare cautela storica, e con un pizzico di malignità, noto che il neo-costituzionalismo ha almeno una importante fattezza in comune con il positivismo giuridico e non intendo il giuspositivismo critico o metodologico degli autori menzionati sopra, ovvero quello noto come giuspositivismo inclusivo, che cerca di accomodare diritto e principi, ma proprio con il positivismo giuridico eroico delle origini, della scuola della esegesi. Proprio quel giuspositivismo che nessuno più difende apertamente e che i neocostituzionalisti scelgono spesso come bersaglio delle loro critiche.

Le teorie neo-costituzionaliste sottolineano e valutano positivamente l’aspetto dei diritti del diritto contemporaneo dell’occidente di oggi<sup>9</sup>, con tanta adesione e partecipazione che si esita a chiamare (loro stessi esitano a chiamare) questa corrispondenza un mero rapporto descrittivo. Le fattezze del diritto così sponsorizzate sono fattezze tanto nuove che in parte sono proclamate nei principi ma non

<sup>9</sup> Le costituzioni rigide e le dichiarazioni vincolanti dei diritti sono un fenomeno della storia contemporanea, la prima è stata introdotta alla fine del Settecento con la Rivoluzione americana e la creazione degli Stati Uniti d’America e indubbiamente una delle principali ragioni del loro successo nel mondo intero è la vittoria di quel paese sia nella Seconda Guerra Mondiale sia nella successiva Guerra Fredda. Insieme alla loro potenza industriale, questo ha contribuito a renderli, al momento, il paese più potente e influente nel mondo. Sul costituzionalismo come fenomeno moderno v. M. Fioravanti, *Il costituzionalismo nella dimensione sovranazionale: il caso europeo*, in *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari 2009, pp. 149 ss.



ancora realizzate. L'aspetto incompiuto rafforza la funzione propositiva della impresa teorica. Non intendo sostenere che ci sia qualcosa di eticamente sconveniente in questa adesione, non dal punto di vista della mia etica perlomeno, ma si tratta pur sempre di un rapporto adesivo e partecipatorio ad aspetti e istituzioni della vita giuridica e del diritto positivo del momento. Anche l'aspetto propositivo e critico del neo-costituzionalismo si muove all'interno dei valori e dei principi incorporati nel diritto vigente<sup>10</sup>. Ripeto che non c'è censura etica in questa mia osservazione, in primo luogo perché i diritti mi piacciono, come posso confessare tranquillamente. Invece la concezione del diritto come teoria dei diritti mi sembra un pasticcio, neppure particolarmente favorevole all'implementazione dei diritti.

Come dirò, ritengo che ogni concezione del diritto alla fin fine abbia una natura partecipatoria e vada giudicata come tale, come ausilio alla pratica giuridica e su questo molti neo-costituzionalisti sono pure d'accordo. Bisogna però accettare tutte le conseguenze di questa ammissione.

La pratica giuridica è primariamente prescrittiva e decisionale, consiste nel fornire soluzioni a questioni d'azione, mediante norme generali che dicono, ovviamente, cosa si deve fare. Specialmente nel campo della applicazione della coazione ai singoli, che oggi avviene principalmente tramite il processo nelle sue forme giudiziarie. È *primariamente* una attività decisionale, il che significa che se non fosse praticata in tal modo non ci sarebbe. È ovvio che il tutto può essere descritto e studiato, *secondariamente* o dall'esterno con i metodi empirici della sociologia e della storia. Qui sta il nucleo di buon senso della teoria della *right answer*. La pratica giuridica è fatta per produrre soluzioni uniche per i casi concreti.

I giuristi hanno dunque bisogno di raggiungere tale risposta unica perché è parte del loro mestiere. La difficoltà è, ed è sempre stata, come giungere a questo risultato intersoggettivamente o obbiettivamente e non arbitrariamente. Una descrizione del diritto che manifesti indifferenza al problema della risposta unica appartiene ad altra disciplina. Una simile risposta distaccata è invece fisiologica nello storico e nel sociologo, ai quali è connaturato invece il distacco dalle esigenze di soluzioni giudiziarie. Sociologo e storico ci devono mostrare come vanno le cose, incluse le diverse opinioni che su di esse hanno i partecipanti, le diverse soluzioni che emergono, non devono scegliere tra di esse. Per usare una metafora è la differenza tra lo studio delle correnti marine (che vanno dove vanno) e lo studio e la pratica dello scavo di canali per la navigazione o l'energia idroelettrica. Il primo è il lavoro compiuto da Niklas Luhmann e il secondo dal giurista.

È stato rimproverato al giuspositivismo di comportare adesione e sostegno anche a diritti con caratteristiche eticamente censurabili. Nel secondo dopoguerra il

<sup>10</sup> Come mette in luce con energia Luigi Ferrajoli a proposito della politica del diritto, v. per esempio, L. Ferrajoli, *Costituzionalismo e teoria del diritto. Risposta a Manuel Atienza e Josep Juan Moreso*, cit.

giuspositivismo in specie è stato accusato di aver ammesso (o richiesto?) l'obbedienza all'orrendo stato nazista<sup>11</sup>. Il caso del nazismo è certo così mostruoso da rendere difficile ogni distinzione nella condanna. Ma distinguere dobbiamo, perché a dire il vero il giuspositivismo (critico) dice solo che quello nazista era diritto, non che si potesse e ancor meno che si dovesse obbedirlo. Il giuspositivismo pratica la tesi della separazione tra diritto e morale, che implica che il diritto può essere considerato moralmente condannabile. Ciò che rende un diritto esecrabile, come dice lo stesso Radbruch, è il suo contenuto esecrabile e sarà esecrabile specificamente in quanto diritto; per cui non c'è svantaggio etico o intellettuale ad ammettere per simili norme esecrabili la qualifica giuridica. Peraltro il nazismo non è mai stato legalistico e tanto meno codicistico, se non nei momenti in cui gli faceva comodo, ed ha operato spesso scardinando, violando o aggirando le norme di legge del diritto tedesco.

Ma se le cose stanno così, non si dovrebbe rimproverare al giuspositivismo legalistico o codicistico altro che quello di essere stato ai propri tempi esattamente come il neo-costituzionalismo è oggi, sostenitore del diritto nuovo del proprio tempo, delle novità del diritto del proprio tempo, di essere stato conquistato dal cambiamento (giuridico) e di averlo valutato progresso. I contenuti sono diversi ma l'atteggiamento di fondo è lo stesso. Non si può neppure rimproverare alle concezioni che allora glorificavano la codificazione di essersi ingannate, perché la novità era davvero grande, come del resto probabilmente sta avvenendo (per quel che posso vedere) per le costituzioni e i diritti di oggi.

Quanto ho detto può forse spiegare perché molti critici riluttano a collocare il neo-costituzionalismo dentro il giusnaturalismo, la teoria e descrizione del diritto basata sulla nozione di resistenza al diritto positivo ingiusto in nome di un diritto ideale o naturale, alla Radbruch per intenderci<sup>12</sup>. Secondo quanto ho detto, il neo-costituzionalismo come concezione del diritto non appartiene al movimento

<sup>11</sup> Ovviamente sorge a questo punto il problema di cosa sia censurabile e ci sono in materia molte e vivaci divergenze. È in altre parole il campo delle divergenze etico-politiche. Ragionevolmente, Radbruch ritiene che si debba operare un bilanciamento tra certezza e giustizia e vada respinta solo una legge che abbia caratteristiche del tutto inaccettabili, secondo una equazione nota come formula di Radbruch. Il critico della soluzione di Radbruch è però costretto a notare che tale formula contiene elementi inguaribilmente vaghi e soggettivi; per l'opinione opposta v. R. Alexy, *A Defense of Radbruch's Formula*, in D. Dyzenhaus (ed.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*. Hart Publishing, Oxford 1999, p. 15 ss.

<sup>12</sup> Altri critici del neo-costituzionalismo lo considerano invece una ennesima rinascita del diritto naturale. Per esempio si consideri il titolo e gli interventi (ottimi) della seduta del 6 novembre 2009 del Seminario Internazionale «Norberto Bobbio», tenutasi presso l'Università degli Studi di Torino sul tema *(Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale?*, con interventi di Mario Dogliani, Manuel Atienza, Paolo Comanducci, Riccardo Guastini, Pedro Salazar. Sono lieto di citare per la prima volta qualcosa con l'indicazione della sua registrazione (parziale) su YouTube: <https://www.youtube.com/watch?v=po-6lqKAHHI>.

del diritto naturale, ma è di quelle concezioni del diritto che aderiscono al diritto positivo del proprio tempo, lo approvano e lo sostengono, con speciale riferimento alle novità del tempo, che vengono specificamente approvate, talora con l'artificio retorico di esagerare la totale novità.

Tutti si rendono conto che una cosa nuova non è necessariamente buona, ma poi molti si dimenticano di questa elementare distinzione. È accaduto che le principali concezioni del diritto degli ultimi secoli si siano presentate ciascuna come paladina e interprete di una importante innovazione del diritto positivo del proprio tempo e paese e *quindi* buona. Tutte le principali innovazioni del diritto moderno, dalla legislazione monarchica accentrata, al sistema dei concetti, ai codici, alle costituzioni e dichiarazioni di diritti si trovano di volta in volta illuminate in una luce favorevole, messe al centro dell'attenzione benevola ciascuna di una concezione del diritto del proprio tempo<sup>13</sup>. Ci sono ragioni per sospettare che il supporto indiretto o formale prestato al proprio diritto positivo faciliti il successo di una concezione del diritto, la sua rilevanza nel mondo giuridico. Non si tratta di una adesione ai contenuti del singolo diritto positivo, ma della valorizzazione di alcuni suoi aspetti generali. Per esempio eternizzando alcuni aspetti del diritto del proprio tempo, dipingendo gli aspetti negativi come distorsioni e insufficiente applicazione del modello.

Molti oggi sostengono che le concezioni o teorie del diritto non sono scienza, ma la parte teorica e riflessiva di ausilio della pratica giuridica<sup>14</sup>. È tanto più cu-

<sup>13</sup> Che vengono spesso ridotte a tre principali *flavours*, o varianti, giuspositivismo, giusrealismo e giusnaturalismo. Nella sostanza è quella in U. Scarpelli, *Il metodo giuridico* (1971), in *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 192. È necessariamente sommaria e oblitera le infinite differenze e sfumature tra i teorici e le versioni, inevitabili visto che le concezioni del diritto sono costellazioni di fattezze diverse. Mauro Barberis (M. Barberis, *Diritto e morale: la discussione odierna*, cit.) oscilla tra la considerazione del neo-costituzionalismo come una concezione autonoma o come una variante. Nel primo caso le principali concezioni del diritto diventerebbero quattro. La discussione infuria se il neo-costituzionalismo sia o meno una forma di giusnaturalismo; inoltre di fronte all'assalto del neo-costituzionalismo c'è chi considera il giusrealismo come una forma di giuspositivismo.

<sup>14</sup> È la posizione di fondo del giuspositivismo politico di Uberto Scarpelli, che condivido, sul quale più sotto, dopo aver cercato di mostrare perché questo sia il caso. Questa tesi è comunque ben presente nella discussione odierna, in genere ignorando Scarpelli. Si veda per intanto L. Ferrajoli, che indica il problema fin dal titolo in L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, Laterza, 2013. Per una chiara disanima si veda Pierluigi Chiassoni: P. Chiassoni, *I postulati del modello garantista*, "Diritto e questioni pubbliche", 2014. Chiassoni inizia esaminando il "Modello teorico e progetto politico del costituzionalismo garantista: come intenderli?". Così forte è peraltro l'adesione di Ferrajoli al diritto dei diritti (il diritto dei deboli come egli lo chiama) che spesso nei suoi testi la separazione tra descrizione e adesione si smarrisce. Questa critica è mossa a Ferrajoli da più parti, per esempio nella discussione citata sopra: J. J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, cit. Su questo punto anch'io molti anni fa, in M. Jori, *La cicala e la formica*, in *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di L. Gianformaggio, Giappichelli 1992. Secondo me le conclusioni di quell'articolo rimangono valide.

rioso che molti esponenti del neo-costituzionalismo o post-positivismo considerino come il principale difetto del giuspositivismo proprio il suo sostegno ideale al diritto positivo del proprio tempo; visto che essi fanno lo stesso, beninteso verso aspetti del diritto un po' diversi in tempi diversi. Ma anche il *Code civil* nel primo Ottocento era una importante novità giuridica.

Questo del resto è accaduto, dicevo, non solo per il proto-giuspositivismo della scuola dell'Esegesi ma di continuo nella storia della cultura giuridica: per l'Imperativismo austriaco, favorevole il primo alla codificazione in Francia e il secondo alla *Statutory Law* riformista nel Regno Unito vittoriano; è accaduto alla scuola storica, favorevole, guarda caso, alla sistematica elaborata dal diritto dottrinale basato sulla interpretazione del *Corpus Iuris*, nella Germania precodicistica; alla concezione del Diritto libero, favorevole alla rinnovata rilevanza della consuetudine in un momento di diritto codicistico invecchiato. Con queste osservazioni sto cercando di spiegare l'entusiasmo e la rapidità con cui una parte considerevole della teoria del diritto ha accantonato, armi e bagagli, le teorie, gli argomenti e i problemi dei miei maestri. Nel giuspositivismo critico dei Kelsen, Bobbio e Hart e anche nel giuspositivismo politico o normativo di Scarpelli, nel giusrealismo altrettanto critico di Alf Ross, si trovano delle concezioni del diritto certamente meno inclini alla recezione ammirata della attualità giuridica, con qualche elemento di scetticismo verso gli argomenti che provano la necessità razionale delle fattezze salienti del diritto del momento. Nelle versioni del giuspositivismo critico da Kelsen a Hart si sottolineano le alternative, le scelte e discrezionalità degli operatori giuridici; le responsabilità a carico di chi prende parte alla pratica giuridica, delle diverse componenti delle istituzioni, non solo di chi produce le norme ma anche di chi le applica. Si cerca insomma di guardare con distacco a un fenomeno come il diritto positivo, che già dispone di abbastanza poteri, abbastanza persuasione e abbastanza sostenitori. Nel caso di Scarpelli, come vedremo, si toglie la giurisprudenza descrittiva dall'ambito della scienza e la si pone all'insegna di una scomodissima responsabilità etica, all'insegna della libertà come responsabilità personale ultima di chi compie le scelte, anche scelte descrittive.

Il presente comunque è dei diritti, è chiaro. Da parte mia, non ho bisogno di fare nessuno sforzo per guardare con simpatia ai diritti; un po' più di sforzo mi serve per accettare una teoria solo perché avvalora i diritti. Mi viene in mente Jean-Joseph Bugne, sua sarebbe la frase: "Io non conosco il diritto civile, io insegno il Codice Napoleone", ma pare non l'abbia mai pronunciata: la sua figura ai miei oc-

chi di giuspositivista critico pare stranamente simile a quelle di Ronald Dworkin o di Gustavo Zagrebelsky<sup>15</sup>.

Non vorrei dare l'impressione di abbandonarmi interamente a un malanimo fazioso con la tenue scusa che faziosi sono quelli che critico. Neutralità in questo campo non si trova, ma si possono esporre le scelte su cui la nostra non-neutralità si fonda. Questa è la prima ragione per cui non apprezzo le buone intenzioni e attitudini etiche del neo-costituzionalismo: per insufficiente distacco dal diritto positivo. Ma c'è una seconda ragione: riguarda la natura della attività di applicazione dei diritti e dei principi, delle idee morali che secondo i neocostituzionalisti giocano e devono giocare un ruolo centrale, nel loro bilanciamento, come si dice. Questa operazione comporta, secondo una analisi ovvia per il giuspositivismo critico e la semiotica giuridica, un cospicuo grado di discrezionalità giudiziaria o dottrinale, che il neocostituzionalismo presenta in genere in modo troppo univoco e troppo poco problematico. Il bilanciamento o composizione del diritto è frutto di scelte opinabili che non dovrebbero essere presentate come inevitabili.

A ben vedere, anche sotto questo aspetto del misconoscimento delle incertezze, il neo-costituzionalismo è un ritorno al passato, un glorioso passato invero, si tratti del giuspositivismo eroico (ideologico) delle origini, con il suo formalismo interpretativo, o delle varie scuole e concezioni che lo hanno preceduto o gli sono succedute, per segnare e sostenere i cambiamenti nel diritto europeo. Anche in questo caso, ma non a caso, gli opposti si toccano, si toccano nella teoria della *right answer*, quali che siano gli argomenti con cui ci si arriva e quali che siano i nomi con cui viene chiamata. In queste pagine, dovrò tornare spesso su questa osservazione. L'età dei diritti finisce con l'essere l'età di chi amministra i diritti e decide come si devono intendere, comporre e completare, cioè del potere giudiziario<sup>16</sup>.

Lo stesso problema affrontato da un angolo leggermente diverso è sollevato dal rapporto tra la formulazione costituzionale dei diritti e la loro implementazione. I più avvertiti dei neocostituzionalisti, come Ferrajoli, invero non mancano di sottolineare la frequente discrasia, o antinomia, tra la declamazione dei princi-

<sup>15</sup> Questo punto dell'adesione acritica al diritto positivo è rilevato benissimo, per quanto riguarda Zagrebelsky, da M. La Torre (lo stesso si potrebbe dire per la massima parte dei neocostituzionalisti): "Il costituzionalismo e il diritto mite risultano pertanto senza un fondamento capace d'andare al di là, e d'essere più saldo, della contingenza e vigenza costituzionale e positiva d'un dato contesto storico e istituzionale. Abbiamo il diritto «mite» perché così ci è dato in sorte dalla storia in virtù della costituzione dello Stato del nostro tempo e del nostro paese", M. La Torre, «Finché la società sarà questa». *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico: Gustavo Zagrebelsky e Luigi Ferrajoli*, "Materiali per una storia della cultura giuridica", a XL, 1, 2010, p. 9.

<sup>16</sup> Ancora La Torre, "A meno che non si voglia sanare il tutto, pluralità, dilemmi e controversie, col ricorso alla discrezionalità di una sorta di giudice-re, che è lui, nella sua infinita saggezza, a dar corpo e voce concreta alla inespressa e inespressiva, e non meglio definita «coscienza» della società", M. La Torre, op. ult. cit., p. 11.

pi e la loro insufficiente implementazione. Ma anche Ferrajoli stranamente sembra dare per scontato che il problema sia “solo” quella della implementazione, che per quanto riguarda la interpretazione ci sia una verità da qualche parte, una risposta corretta da scoprire, sulla corretta implementazione dei principi, che ci fornirebbe un elenco completo dei diritti ben bilanciati tra loro, anche se questo autore non formula questa tesi con la sicumera di un Dworkin o con la affannosa minuzia di un Alexy.

Nelle pagine seguenti non riuscirò ad affrontare a fondo neppure questo tema: ma va comunque menzionato. Su questo punto diventano improvvisamente scomode le molte cose che il post-positivismo dice a favore del diritto vivente e consuetudinario. Dobbiamo forse interpretare le parole vaghe dei testi costituzionali e delle dichiarazioni dei diritti alla luce delle loro implementazioni? E mancate implementazioni? Un simile approccio ovviamente potrebbe costituire un drammatico depotenziamento dei testi costituzionali, assai più radicale che non interpretare *tutte* le norme costituzionali come meramente programmatiche<sup>17</sup>. Tuttavia la concisione dei testi costituzionali e l'uso in essi di termini vaghi e essenzialmente contestati<sup>18</sup> fa sì che le costituzioni abbiano un senso normativo nella misura in cui possiamo attribuire alle loro parole un significato almeno relativamente determinato, in modi non interamente soggettivi. Nel compiere questa operazione dobbiamo ricordare quanto è stato detto a critica del formalismo interpretativo della scuola dell'Esegesi, concludendo che non c'è possibilità di esentare i testi costituzionali dai limiti generali del linguaggio. Non possiamo accettare una miracolosa teoria semantica della *right answer* che guarda caso porterebbe esattamente, per diritti e principi, all'interpretazione preferita dall'autore di turno.

Le teorie o metodi argomentativi su come ottenere la risposta corretta (il bilanciamento) sono diversi e incompatibili tra loro non meno di quelli che il giuspositivismo della scuola dell'Esegesi applicava ai codici e che vengono oggi collettivamente criticati sotto il nome di formalismo giuridico. Ebbene, quello praticato sulle carte dei diritti e sulle costituzioni potrebbe esser chiamato il neo-formalismo giuridico.

Dal problema della implementazione e bilanciamento emerge un'altra non piccola omissione ideologica del neo-costituzionalismo, che riguarda il futuro del diritto. Possiamo chiederci quanto possiamo essere fiduciosi delle “magnifiche

<sup>17</sup> Una classica discussione sul tema delle norme programmatiche nella Costituzione italiana si trova in A. Pizzorusso, *Le norme «programmatiche» della Costituzione*, in “Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi”, Milano 1952.

<sup>18</sup> Il termine è stato introdotto da W. B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, “Proceedings of the Aristotelian Society”, Vol.56, (1956), pp. 167-198. Qui uso il concetto come usato da Rawls, Hart e Dworkin.

sorti e progressive”<sup>19</sup>, riguardo al rafforzamento o anche alla sopravvivenza dell’età dei diritti, giuridicamente e costituzionalmente riconosciuti. Si tratta in altre parole della domanda: dove va il mondo? Secondo me è una domanda a cui non siamo mai capaci di rispondere e questo vale anche per il diritto, ma in molti neo-costituzionalisti è in qualche modo implicita l’idea che il cammino dei diritti nei diritti positivi sia prevedibile e inarrestabile.

Ora, come accennavo, se guardiamo al mondo e non solo ai paesi occidentali industrializzati, troviamo una realtà in cui l’impero del diritto e dei diritti, per ora, risulta assai più ridotto e precario di quanto appaia in alcune dichiarazioni e carte dei diritti, a parole accettate da (quasi) tutti. L’imperialismo culturale occidentale in questo sembra molto fragile, alle parole sulla carta non segue l’implementazione. Ahimè se guardiamo alle costituzioni materiali<sup>20</sup> e non solo ai testi costituzionali, l’impressione di trovarsi dell’era dei diritti si attenua grandemente.

Per tutte le concezioni del diritto basate sui diritti, intravediamo insomma una circolarità evidente: un mondo di incerti e violatissimi diritti viene descritto alla luce di una concezione che trae la sua conferma apparentemente dalla osservazione del mondo stesso. Vi trova conferma perché si considerano solo i dati che incoraggiano la conclusione.

A conclusione di questo paragrafo esplorativo: in queste pagine contrappongo concezioni del diritto potenti e ricche di conclusioni normative a concezioni del diritto di minoranza, ricche soprattutto di dubbi, come è il giuspositivismo critico o metodologico. Se una maggioranza dei teorici aderisce alle teorie potenti e considera i giuspositivisti critici come vecchi arnesi ricchi soprattutto di impedimenti, ecco qui un giuspositivista che vede nel neo-costituzionalismo alcune vecchie e vecchissime illusioni.

## 2. Una revisione della teoria giuspositivista del riconoscimento del diritto

Prendendo dunque le mosse non dal *mainstream* attuale, ma da Kelsen, Hart (e sul Continente non posso omettere almeno Bobbio e Scarpelli) ma anche da

<sup>19</sup> G. Leopardi, *La ginestra, o fiore del deserto*, XXXIV, *I canti*, Firenze 1831. Online: Leopardi.it.

<sup>20</sup> L’espressione deriva da un noto libro di Costantino Mortati (C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940) da me qui intesa come l’insieme istituzionale politico e consuetudinario che accompagna e circonda la creazione e applicazione (o disapplicazione) di un testo costituzionale. Anche in questo caso non si tratta di una questione di mero fatto, ma di fatti qualificati da norme, di applicazione della costituzione. La costituzione materiale è pur sempre composta da norme, con maggiore attenzione a norme consuetudinarie. Per una panoramica sintetica delle fortune del concetto di veda M. Fioravanti, *Le dottrine della costituzione in senso materiale*, “Historia Constitucional”, n. 12, 2011, <http://www.historiaconstitucional.com>, pp. 21-30.

alcuni avversari del giuspositivismo di allora come Alf Ross e Karl Olivecrona, vorrei ora offrire una revisione di un aspetto del giuspositivismo critico, detto anche metodologico, che lo rende secondo me più adatto a trattare anche le concezioni del diritto come parte del mondo giuridico. Una definizione di giuspositivismo da cui possiamo partire è data da un suo avversario, C. S. Nino, secondo cui “*a legal system in force in a certain society can be identified only by taking into account empirical facts, just as the judicial recognition of its standards, disregarding any consideration about its moral value or justice*”<sup>21</sup>.

Nino, secondo me ha ragione nell’attribuire questa tesi a gran parte del giuspositivismo. In molti giuspositivisti che il “diritto possa essere identificato solo tenendo conto di fatti empirici” si traduce nella esistenza del diritto come effettività. Nelle pagine che seguo sosterrò che proprio questo uso del criterio di effettività nel giuspositivismo è un errore che va corretto, che la tesi della effettività va modificata nel senso intuito dal positivismo giuridico di Uberto ScarPELLI; certo non per sostituirla con un qualche criterio etico o con un sovrastante elenco di diritti<sup>22</sup>. Il senso del mio recente lavoro, e di queste pagine, è di mostrare che il giuspositivismo può e deve abbandonare il criterio di effettività usato dal giuspositivismo critico per individuare il diritto vigente.

Secondo me la strada per superare il principio di effettività non è comunque quella dell’etica; le ragioni per cui la giustizia non funziona come fonte del diritto è ben nota da secoli. Le parole magniloquenti, come integrità o i termini ugualmente magniloquenti che designano i diritti fondamentali di libertà e uguaglianza albergano enormi vaghezze estensionali e intensionali e infinite eccezioni. Sembrano unanimemente condivisibili, ma richiedono faticose e controverse precisazioni legislative o faticose e controverse precisazioni giurisprudenziali, con la apposizione di elenchi di condotte permesse, vietate e obbligatorie, di diritti e dove-

<sup>21</sup> C.S. Nino, *Dworkin and Legal Positivism*, in *Mind* 1980, p. 520. Dworkin con la solita devastante efficacia polemica ha affermato che i giuspositivisti suoi avversari sosterrebbero una “*plain facts theory*” della validità del diritto. Quella di Dworkin sembra una critica alla teoria che la validità delle norme dipenda da eventi fattuali che possono essere *pianamente* descritti, senza ricorso a giudizi di valore. A me sembra che la teoria hartiana della norma di riconoscimento non sia una “*plain fact theory*” almeno nel senso che i fatti di cui si parla non sono affatto “*plain*”, ma complesse interazioni tra norme (significati) comportamenti e credenze. Il loro problema non è che sono “*plain*” ma che non lo sono. Comunque è importante notare che Dworkin sostiene, a quanto riesco a capire, che la *plain fact theory* sia insufficiente, non che vada scartata: il super-principio della uguale dignità e rispetto su cui dovrebbe basarsi il giudice di impostazione dworkiniana sembrerebbe non gli consenta di individuare quale sia il diritto vigente (in effetti è grandioso ma molto vago), ma solo di interpretarlo correttamente in base a principi una volta che è già stato individuato.

<sup>22</sup> A questo punto è utile la lettura di G. Pino, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, “Analisi e diritto”, 1998, pp. 203 ss.



ri, delle relative eccezioni<sup>23</sup>. Insomma è proprio per rimediare alle incertezze che nasce l'esercizio normativo che è il diritto, perché l'etica, anche dove c'è un'etica unica o dominante, non è abbastanza determinata per risolvere i conflitti e le divergenze e dobbiamo ricorrere alle faticose, oscillanti e arbitrarie precisazioni del diritto, di cui finora nessuna società ha potuto fare a meno<sup>24</sup>. Ancor meno ci basta l'etica in società pluralistiche come la nostra, in cui convivono diversi sistemi etici o visioni del mondo.

Il principio di effettività, dal canto suo, è stato posto dai Kelsen e dagli Hart (e da Ross, realista normativista) a fondamento di tutto il pensiero giuridico e principio di individuazione del diritto in ciascuna situazione sociale concreta; esso ha il compito di rendere conto di due fondamentali aspetti dell'approccio comune al diritto: che il diritto è qualcosa che si trova oggettivamente presente in ciascuna società e che questa realtà sociale non comporta necessariamente una valutazione eticamente positiva, per via della famosa distinzione tra diritto e morale. È stato notato infinite volte che dopo aver svolto questo compito necessario, nel giuspositivismo il principio di effettività viene messo da parte a favore della validità delle norme che è determinata da altre norme<sup>25</sup>.

Sfortunatamente questa soluzione non regge. Dovrebbe metterci in sospetto la circostanza che nessun giurista compia indagini preventive sulla effettività di un diritto prima di studiarlo, né si riferisce a simili indagini pregresse; del resto queste indagini non potrebbero passare inosservate, perché richiederebbe notevol-

<sup>23</sup> Non sembrerebbe d'accordo G. Silvestri, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, Giappichelli, 2005. Silvestri è stato Presidente della Corte Costituzionale italiana, confido che in questo ruolo avrà saputo distinguere tra valori-che-piacciono-a-me e valori-che-si-trovano-nel-testo-Costituzionale-da-applicare-nelle-sentenze-della-Corte.

<sup>24</sup> Personalmente sono di posizioni libertarie estreme e liberiste moderate e trovo la sostanza delle idee politiche di R. Dworkin a me piuttosto congeniale. Ma di fronte alla sua teoria del diritto senza freni mi trovo mio malgrado a provare qualche fremito di simpatia per il *judicial restraint* sostenuto dal defunto giudice della Corte suprema USA Antonin Scalia, *The rule of Law as a Law of Rules*, "University of Chicago Law Review" 56, 1989, p. 1175 ss., Id., *Originalism: The Lesser Evil*, "University of Cincinnati Law Review", 57, 1989, pp. 849 ss. Peraltro l'originalismo sarà pure un male minore, come dice Scalia nel titolo, ma come metodo rimane pur sempre illusorio, perché non esiste nessuna interpretazione originaria che possa essere accertata.

<sup>25</sup> Per esempio da A. Ross, *Review to H.L.A. Hart, The Concept of Law*, Oxford, The Clarendon Press, 1961, "The Yale Law Journal", 1962, pp. 1185-1190. Nello scambio di argomenti tra Ross (giusrealista) e Hart (giuspositivista) Hart osserva che sono gli ordinamenti (*legal systems*) che esistono o meno socialmente, mentre le norme singole esistono o meno in quanto ne fanno parte, ma quello che conta è l'approccio normativo (punto di vista interno) a tale diritto. Ross osserva che in tal caso anche per Hart il principio di validità è inutile, e alla fine conta l'effettività; quindi non ci sarebbe una decisiva differenza tra giuspositivismo critico e giusrealismo normativista. Credo che nello scambio Hart dica la cosa più importante, l'approccio normativo verso un ordinamento effettivo non è la mera descrizione di uno stato di fatto. Inoltre io sostengo nel seguito che il criterio di effettività *non* è usato dai giuristi per individuare né gli ordinamenti né le norme.

simi sforzi concettuali nel definire cosa conta come effettività di un intero ordinamento giuridico e di singole norme; e altri studi onerosissimi per la rilevazione empirica di un simile fatto. Quello che troviamo in materia di effettività sono alcuni studi di sociologi e storici del diritto che riguardano qualche singola norma giuridica o minuscola parte di un ordinamento. Tuttavia, è palese che il diritto abbia bisogno di un qualche criterio che svolga una funzione del genere: dobbiamo descrivere il diritto vigente, non quello inventato e non può essere sufficiente l'autoriferimento dei testi normativi, perché ogni insieme di testi può riconoscere sé stesso. Il diritto vigente deve poter essere distinto da quello immaginario, estinto e straniero.

Questo vuol dire che la teoria del diritto ha bisogno di qualcosa che svolga il ruolo della teoria hartiana della norma di riconoscimento, a sua volta una variazione della teoria kelseniana della norma fondamentale. Qualcosa che giustifichi dall'esterno la scelta delle fonti del diritto. Il piccolo cambiamento di prospettiva che vorrei introdurre nel giuspositivismo è ispirato dal lavoro di Uberto Scarpelli, il quale ha sostenuto che la descrizione giurisprudenziale non è e non può diventare una scienza empirica<sup>26</sup> neppure se basata sul un criterio sociologico di effettività, ma è partecipazione a una pratica sociale, che è finalizzata a guidare comportamenti. Le scelte relative, anche quella giuspositivistica, sono dunque scelte politiche alternative. Non è detto che chi parla di un diritto lo accetti sul piano etico, ma lo considererà il diritto in vigore e questo ha un senso solo in funzione dell'attività giuridica<sup>27</sup>. Anche le teorie del diritto sono compromesse da questa partecipazione e funzionali ad essa.

Essendo la teoria del diritto e la giurisprudenza descrittiva parte di, e funzionale a, una attività con finalità primarie di tipo pratico, attinenti alla guida delle azioni, credo che lo stesso valga per la teoria del diritto e la giurisprudenza accademica.

Forse solo la descrizione di un diritto fatta da uno straniero remoto nel tempo e nello spazio (il proverbiale marziano) potrebbe sperare di essere "neutrale" nel senso di indifferente alle tensioni alternative ed esigenze della pratica.

<sup>26</sup> L'argomento si trova in U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico* (1965), Milano 1997, ad esempio a pp. 86-87. Scarpelli sostiene la incompatibilità della descrizione del diritto con una scienza empirica, che la giurisprudenza descrittiva giuspositivistica non può essere una normale descrizione empirica di fatti anche se fondata sulla effettività perché è circoscritta alla descrizione di un insieme di norme in base alle esigenze del diritto come pratica normativa.

<sup>27</sup> In tal caso la nostra partecipazione e relativa responsabilità sta nell'attirare l'attenzione proprio su quell'insieme di norme piuttosto che un altro: la ragione per cui ce ne occupiamo è che sono o sono generalmente considerate le norme giuridiche in quella società. Scarpelli peraltro spese qualche riga per chiedersi se occuparsi di un diritto interamente inventato sia un esercizio futile, al di là della creazione di modelli di diritto o di diritti modello.

Luigi Ferrajoli<sup>28</sup> da parte sua traccia una netta distinzione tra concetti teorici e concetti positivi nel pensiero giuridico. I secondi sarebbero veri o falsi a seconda che riproducano correttamente o meno le fattezze dei diritti positivi; i primi sono costrutti utili o inutili a costruire teorie generali di tali diritti. Non credo che una simile distinzione tra teorie e affermazioni empiriche sia valida neppure per le scienze empiriche. Tanto meno per la teoria e scienza del diritto. Non per ragioni di costruttivismo; personalmente accetto un costruttivismo moderato e anche Scarpelli era costruttivista tanto per la descrizione del diritto quanto per le scienze naturali. Ma tra “scienza giuridica” e scienze naturali ci sono differenze radicali e non serve dichiarare che anche le scienze empiriche della natura sono risultato di un pensiero costruttivo. Dunque la risposta giusta secondo me non è quella di Ferrajoli e neppure quella di Vittorio Villa, il maggiore sostenitore del costruttivismo nella teoria del diritto odierna<sup>29</sup>, ma quella di Scarpelli, che considera la scienza giuridica come ausiliaria alla applicazione di un diritto positivo. Solo questa funzione particolare spiega e giustifica i limiti normativi che permeano la descrizione del diritto. Scarpelli parla di pre-delimitazione del materiale normativo considerato e la ritiene incompatibile con una disciplina di descrizione empirica di fatti, dove i fatti dovrebbero invece essere inclusi o esclusi dalla descrizione solo in base alla rilevanza esplicativa, non in base a norme sulle fonti.

Anche la teoria del diritto deve esser letta secondo questo registro. Questo spiega e giustifica le differenze strutturali della teoria e della scienza giuridica rispetto alle scienze naturali empiriche. Segnatamente spiega come mai le scienze empiriche raggiungano una concordia e unanimità tra i loro praticanti che le “scienze” giuridiche non riescono a raggiungere. È un fallimento? No, è una differenza strutturale inevitabile: la strada per la obbiettività nel nostro campo non sta in una impossibile e illusoria neutralità, ma nella natura dichiarata e pubblica delle scelte, almeno quelle fondamentali, nella assunzione quindi di aperta responsabilità etica e politica verso di esse.

Questo è il nocciolo dell’idea scarpelliana, che ogni aspetto del diritto va letto in termini ultimativamente politico-prescrittivi o normativi e non cognitivi, che anche la conoscenza o descrizione del diritto è funzionale a una attività prescrittiva e questa idea coinvolge non solo la giurisprudenza descrittiva, ma anche la teoria del diritto. Anche gli argomenti anti-positivistici degli ultimi decenni hanno evidenziato la funzione partecipatoria della teoria del diritto, ma come si vede il giuspositivismo c’era già arrivato per conto suo. Il punto è espresso per esempio in un’opera intermedia di Dworkin, in cui l’autore sostiene che la propria è una

<sup>28</sup> Per una chiara sintesi delle tesi di Ferrajoli rinvio a L. Ferrajoli, *Risposta a Manuel Atienza e Josep Juan Moreso*, in L. Ferrajoli, J. J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, cit.

<sup>29</sup> V. Villa, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino 1999.

*normative theory* del diritto e assimila il discorso giuridico alla interpretazione artistica o letteraria<sup>30</sup>.

Come al solito il sasso di Dworkin contro le teorie avverse è gettato magistralmente, ma come al solito la soluzione da lui avanzata è poco convincente. Molti hanno notato che Dworkin propone di produrre una unica risposta corretta usando un metodo altamente soggettivo, usando criteri “interpretativi” che Dworkin legge all’interno della Costituzione americana, che altri naturalmente potranno leggere in modo diverso, che di fatto leggono in modo diverso. Questo rende la unica risposta corretta un vero e proprio miracolo. A meno che non risulti un gioco di parole, per cui qualunque risposta trovata con le procedure indicate sia alla fine etichettata come corretta.

Le riflessioni di Scarpelli su questo tema prendono la strada, piuttosto esoterica, della sua teoria della pluralità delle norme fondamentali. Questa idea si deve considerare sullo sfondo delle riflessioni sulla natura del diritto come impresa prescrittiva; non vuol dire che non esista *un* diritto, che il diritto sia una mera apparenza in realtà frantumata in una serie di imprese individuali o di gruppo, come avviene invece per l’etica. Scarpelli non è uno scettico. Egli fa riferimento invece alle varianti presenti implicitamente o esplicitamente nelle divergenze degli operatori giuridici, si tratta di differenze parziali che si presentano come differenze di opinione sulle grandi questioni giuridiche, pensiamo ad esempio a diverse teorie della interpretazione, diverse “teorie” del contratto, della sovranità del reato. Abbiamo da una parte un Dworkin che sostiene che esiste sempre la risposta corretta a simili questioni, anche se non sappiamo come e perché; dall’altra uno Scarpelli, il quale ci dice che molte divergenze teoriche e interpretative sono frutto della scelta di premesse e concezioni in parte diverse, che il diritto non può risolvere, perché il diritto è il risultato di tali scelte. Scarpelli ci presenta una figura di giurista ideale diverso dal giudice onnisciente di Dworkin, un giurista illuminista che si preoccupa di distinguere e rendere pubblico, quanto più è possibile, tra quello che il diritto dice e quello che egli ritiene di potergli far dire.

<sup>30</sup> R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1985, pp. 149-162. Mentre sono d’accordo con l’aspetto partecipativo, l’identificazione con l’interpretazione letteraria mi sembra problematica. Nel caso dell’arte, il problema della certezza non si pone o comunque è secondario. Interpretiamo come vogliamo, gli autori che vogliamo, se non ci piace Kipling passiamo a Joyce e ne leggiamo con profitto differenti interpretazioni. Se non ci piace una particolare interpretazione di Joyce, passiamo a un’altra. Alla fine troviamo il critico che ci dice quello che sentiamo sia importante per noi. Siamo anche agilmente indifferenti alla presenza di risultati eterogenei, differenti interpretazioni, anzi spesso ne traiamo profitto, pensiamo che non solo non si elidano ma si arricchiscano a vicenda. Il *lecteur énergique* è il solo che importi a Paul Valéry, non c’è nessuna *right answer* (*Tel quel*, Paris Gallimard 1944). Questa indifferenza è impensabile in diritto dove sono in gioco interessi, valori vitali e coazione. Grandiosamente Dworkin non spiega come possiamo usare una pratica notoriamente soggettiva per risolvere questioni vitali.

Si deve notare che Dworkin e i neo-costituzionalisti incorrono comunque nello stesso inconveniente in cui incorrono Kelsen e Hart. Per sottoporre il diritto vigente al vaglio dell'attività interpretativa miracolosa del giudice Hercules, simile alla interpretazione di un'opera letteraria, questo diritto deve essere già stato individuato come diritto vigente. Come? Non si trova una risposta precisa in Dworkin, ma neppure in Ferrajoli o Alexy e tanto meno in Zagrebelsky, a meno che non si tratti di una variante del principio di effettività. Per rincarare la dose, osservo che anche i giusnaturalisti possono confrontare il diritto naturale con il diritto positivo solo se hanno un criterio non morale per individuare il diritto positivo *vigente*.

Il diritto positivo è "là fuori", tutti evidentemente lo sappiamo, una non meglio precisata presenza. Tutti hanno bisogno di un modo per individuare il diritto in vigore nel proprio paese e nel proprio tempo, una operazione che deve precedere le controversie tra i teorici. Qualcosa che renda conto della sensazione comune, e comune a giuristi e a non giuristi, che il diritto di ciascun paese "ci sia", sia sotto gli occhi di tutti e sia quello che esiste nelle normali occorrenze della vita. Per questo chiamiamo ciascun diritto in vigore al momento con il nome del suo paese, diritto italiano, diritto canadese o diritto spagnolo. Le parole usate per indicarlo sono tutte metafore che parlano di forza. Come una sorta di oggetto materiale che viva e agisca in un luogo, un bestione enorme ma invisibile; il che però non è. Le difficoltà del pensiero giuridico sono segnate, su questo punto, dal proliferare delle metafore, quella di fonte, creazione del diritto, estinzione e produzione e così via, tutte espressioni che suggeriscono che il diritto sia un oggetto materiale<sup>31</sup>. Ora, la nozione di oggetto materiale è anch'essa di senso comune e precisamente è il risultato delle procedure di "verifica" innate alla nostra specie scimmiesca: guardare e toccare<sup>32</sup>. Gli oggetti materiali sono ciò che si può vedere e toccare. L'oggetto materiale non è influenzato dalle opinioni e descrizioni che abbiamo su esso, è l'oggetto delle nostre condivise capacità percettive. Il nostro mondo, o realtà, è popolato da oggetti materiali percepiti vedendo e toccando. I criteri sperimentali della scienza empirica possono essere considerati una estensione di questa "metodo di verifica" primario e originale, tramite perfezionamenti che non sono affatto di senso comune.

<sup>31</sup> La filosofia analitica ha insinuato che la esistenza del diritto sia linguistica. Non lo credo, il diritto non è né una lingua né un discorso, anche se ovviamente ci sono elementi linguistici nel diritto. Comunque se anche esistesse come un fenomeno linguistico, questo non ci porterebbe che guai, perché non abbiamo idee chiare neppure sulla esistenza dei fenomeni linguistici, come è reso evidente dal solito diluvio di metafore, prima di tutto quella secondo cui il linguaggio esiste "nella nostra testa".

<sup>32</sup> A giudicare da come si comportano i bambini piccoli, e le scimmie, che si mettono tutto in bocca, forse la procedura di base comprende anche l'assaggiare.

### 3. *Esistenza e inesistenza del diritto*

Ho cercato di mostrare che questo punto importante nella teoria giuspositivista critica, il criterio di esistenza o inesistenza del diritto ha bisogno di una revisione. Ciò significa che bisogna compiere qualche sforzo per rivederne la metafisica, il senso in cui il diritto esiste, o non esiste. Non da ultimo perché si tratta di un problema tratteggio che le teorie neo-costituzionaliste hanno ereditato pari pari dal giuspositivismo e questo dal giusnaturalismo.

A questa tesi ho dedicato un libretto qualche tempo fa<sup>33</sup>, anche in quella sede limitandomi a una trattazione breve. Ho cercato di rafforzare i miei argomenti iniziando con una storiella e abbondando nelle metafore. Spero che una metafora ben assestata possa aiutare il lettore a prendere in considerazione una tesi che potrà parere stravagante. Riproduco qui la storiella con cui iniziavo il libro.

“Quando ero studente all’Università di Pavia, più di quarant’anni fa, alla stazione di quella città c’era un matto che faceva partire i treni: quel signore aspettava che il capostazione fischiasse, subito si sbracciava e il treno partiva”. Questa è la storiella. Tutti sui marciapiedi della stazione capivano subito che non avevano a che fare con un capostazione perché non aveva la divisa e da come era trattato dagli altri ferrovieri e tutti capivano immediatamente che il signore era matto. Incidentalmente la storiella è vera, c’è stato davvero in quel periodo alla stazione di Pavia un matto che faceva partire i treni. Cosa c’entra questa storiella con il diritto vigente? C’entra perché il signore “matto” di Pavia credeva che il diritto vigente fosse diverso da quello che era, e precisamente credeva che contenesse una norma che lo aveva nominato capostazione. È un errore modesto, ma secondo il senso comune inescusabile: è in questo modo appunto che viene inflitta la qualifica di matto, che non è certo una valutazione psichiatrica, ma appartiene al senso comune.

Possiamo sbagliarci sulle norme giuridiche vigenti senza parere matti al pubblico, ma le cose cambiano se consideriamo vigente, senza alcuna giustificazione, proprio una norma che ci attribuisce una posizione di autorità. Soprattutto sono imperdonabili in materia le deviazioni solitarie<sup>34</sup>. Le follie riguardanti il diritto conoscono versioni assai meno modeste della mania di grandezza, e nelle barzellette sono considerate una forma di follia archetipale, con il matto che crede di essere Napoleone. In questo ultimo caso ci si costruisce senza giustificazione non già una modestissima variante del diritto vigente, ma un intero ordinamento giu-

<sup>33</sup> M. Jori, *Il diritto inesistente: saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, ETS Pisa, 2010; c’è una traduzione in castigliano: Id., *Del Derecho inexistente. El sentido común en la teoría del Derecho*, Palestra Temis, Lima Bogotá, 2014.

<sup>34</sup> Le deviazioni condivise non sono considerate follia, ce lo dice il tragico caso del caporale boemo che si nominò comandante in capo.

ridico di cui il folle si mette a capo. La storiella è un po' brutale e politicamente scorretta, ma il punto rilevante è che tutti la capiscono immediatamente, bastano pochissime parole. Da una parte mostra che capire quale sia il diritto vigente è un aspetto *centrale* del senso comune e chi mostra di non capirlo è considerato folle (a meno che non sia un filosofo del diritto). Dall'altra mostra che tutti sanno *immediatamente* quale sia il diritto vigente e quale non lo sia.

Questa storiella mette in evidenza l'aspetto chiave del diritto come partecipazione a una pratica sociale e comporta la tesi che la norma fondamentale o di riconoscimento, o l'elenco delle fonti del diritto, non sono e non possono essere il punto di partenza e il cardine concettuale dell'approccio al diritto. Come si individua il diritto vigente nel tempo attuale in ciascuna società? Non tramite una norma di riconoscimento hartiana, una nozione del tutto al di fuori del senso comune. In questo posso sembrare d'accordo con alcune critiche "neo-costituzionaliste" o post-hartiane al positivismo giuridico, ma non mi muovo affatto in direzione di una versione o dell'altra del neo-costituzionalismo. Probabilmente nessuno, sui marciapiedi della stazione di Pavia, sapeva qual era la norma di riconoscimento del diritto italiano e neppure sapeva che cosa è una norma di riconoscimento; ma ancor meno sapeva cosa voglia dire applicare il principio della uguale dignità e rispetto o del diritto forte o diritto dei deboli (in quest'ultimo caso forse il povero finto capostazione si sarebbe visto riconoscere la sua modesta pretesa – non chiedeva neppure uno stipendio!).

L'argomento che emerge è il seguente: se non sappiamo già che il diritto italiano è quello derivabile da una certa Costituzione non possiamo ovviamente individuarlo mediante tale Costituzione. Perché invece non in base all'editto di Rotari? Tanto meno possiamo mettere in gioco uno o più principi interpretativi della Costituzione, se già non sappiamo quale sia il testo da cui partire. Insomma il diritto vigente deve essere stato già individuato perché si possano mettere in moto gli strumenti concettuali noti come "le fonti del diritto" riassunti nella norma di riconoscimento. Le fonti sono diritto che individua il diritto; oltre a presupporre che sappiamo già dove guardare, si tratta di uno sguardo che è possibile solo al pensiero *tecnico* giuridico (moderno). Ma come fa la persona ordinaria a individuare il diritto vigente? Come fa a parlare di cose giuridiche in modo sensato e coordinato con gli altri, cioè senza sconfinare nella follia? Perché anche il pensiero comune sa qual è il diritto vigente, sia pure con imprecisione, sa distinguerlo dal diritto palesemente inesistente? Lo sa senza sapere nulla di teoria delle fonti, senza sapere quasi nulla anche del resto del diritto e tanto meno delle norme di riconoscimento. Deve saperlo o la società non sarebbe quella che è.

Per questa operazione i profani non possono neppure rivolgersi ai tecnici, perché i giuristi non hanno neppure essi mezzi intellettuali (tecnici) per individuare il diritto vigente. Solo se sanno già quale sia il diritto a cui guardare, i tecnici

del diritto sono in grado di determinare nei dettagli il diritto vigente, in primo luogo mediante un elenco di fonti che rimanda a norme che rimandano a norme, insomma che dicono loro quali sono le norme valide in un diritto in vigore. Come si è visto, devono sapere quale sia la Costituzione da prendere in considerazione per poterne usare le norme per riconoscere le altre norme giuridiche valide. Non possono ricavare questa informazione dal diritto, che per ipotesi non hanno ancora individuato e di certo non la trovano studiando la effettività delle norme, che non studiano affatto e il cui accertamento non è parte della loro competenza. Essi sono, per usare una metafora, come i vermi nella mela: il verme sa tutto della mela, ne conosce ogni parte e nella mela si muove con perfetta disinvoltura, ma non sa arrivarci, ci è nato dentro.

Bisogna quindi esplicitare a questo punto una distinzione concettuale che secondo me è implicita nel modo di operare del pensiero giuridico: tra la *individuazione* del diritto vigente o in vigore e la *determinazione* dei suoi confini (il lettore abbia la pazienza di ricordare che questi termini sono usati in un significato ridefinito *ad hoc*). La seconda operazione opera nel diritto moderno tramite una teoria o dottrina delle fonti, che determina in modo relativamente preciso quali sono le altre norme giuridiche valide. La teoria delle fonti necessariamente presuppone un criterio di individuazione esterno del diritto, senza il quale ci ridurremmo alla auto-individuazione<sup>35</sup> che ogni insieme di fonti normative compie, esplicitamente o implicitamente.

Tutto questo significa che, a differenza delle scienze empiriche, la giurisprudenza non è dotata di fondazioni autonome rispetto al senso comune; e questo

<sup>35</sup> Norme e ordinamenti, nei casi normali, contengono implicitamente una richiesta di osservanza, un implicito “Fai quello che dico!”, che è parte del normale significato di ogni prescrizione e precisamente un suo aspetto pragmatico implicito: eventuali clausole sospensive normalmente devono essere esplicitate. Bisogna notare che questa richiesta di osservanza non è la stessa cosa di una pretesa di giustizia. È stato sostenuto che una norma che dica di essere ingiusta è un controsenso e la questione ha molto e inutilmente occupato uno spazio considerevole nella discussione recente di teoria del diritto. Non è vero che sia un controsenso: si incontra di frequente, per esempio un comando sostenuto da minacce e accompagnato dalla affermazione implicita o esplicita “E anche se è ingiusto fallo lo stesso, oppure te ne pentirai!”. Quanto alla richiesta di osservanza, nel diritto è comune il caso di norme inattive perché non valide o non ancora valide; quindi prive della richiesta di osservanza, esse esistono come un significato normativo, ma non sono ancora “attivate”, come un progetto di legge, ovvero sono state “disattivate” come una legge abrogata. Il problema è la terminologia para-elettrica della attivazione che è naturalmente una metafora ed avrebbe bisogno di essere trattata con cautela. Uno dei punti meno felici della dottrina pura kelseniana è di aver definito la validità come esistenza specifica delle norme, e di esser poi caduta in una trappola ontologica, come se ci fosse un solo tipo di esistenza, il che ha impedito di trovare una soluzione adeguata per la “esistenza” delle norme invalide e di quelle non in vigore. È un punto della dottrina pura di Kelsen su cui Ferrajoli ha avanzato giustamente dure critiche. Si veda per una felice sintesi, in discussione con Moreso, L. Ferrajoli, *Costituzionalismo e teoria del diritto. Risposta a Manuel Atienza e Josep Juan Moreso*, cit. par. 5.



non avviene perché la giurisprudenza non si sia abbastanza sviluppata come scienza, ma perché il rapporto con il senso comune è intrinseco alla pratica giuridica e alla conoscenza giuridica come la pratichiamo da giuristi: il diritto in vigore è tale perché lo consideriamo tale. C'è una differenza tra una simile partecipazione a una pratica collettiva e una affermazione sociologica sulla effettività. Per avere un qualche valore quest'ultima andrebbe fatta in termini statistici, cioè precisata quantitativamente e qualitativamente e verificata empiricamente. Come vedremo, ciò che rende possibile il giudizio approssimativo del senso comune sul diritto vigente non è una miracolosa capacità di accesso a complicati dati sociologici, ma è il fatto che non ci sia in circolazione un diritto rivale. In caso contrario, abbiamo guerra civile o anarchia, la pratica giuridica entra in crisi e il senso comune non riesce più a individuare il diritto vigente.

Il punto è che il diritto non è qualcosa che conosciamo ma qualcosa che facciamo, qualcosa a cui prendiamo parte. Metaforicamente, quando ci occupiamo di diritto, anche per descriverlo, non è come contemplare un blocco di marmo, ma come cantare in un coro. Certo per cantare dobbiamo anche avere una conoscenza obbiettiva di cosa si sta cantando (lo spartito), altrimenti il coro si dissolve in una cacofonia. Il maestro del coro può, in modo perfettamente sensato, rimproverare al corista di non seguire lo spartito, nonché le sue direzioni. La necessaria conoscenza non è e non può essere illusoria, altrimenti non ci sarebbe coro. In un coro però c'è una certa tolleranza delle varianti individuali, anzi le varianti individuali sono necessarie perché si abbia un coro, altrimenti avremmo una voce solista emessa in perfetto unisono da diverse fonti (è possibile solo con mezzi elettronici!), quindi un'altra musica. La metafora del coro rappresenta bene il diritto anche in questo, perché anch'esso è una pratica collettiva che ha senso in quanto la gente che vi prende parte è diversa: sono ovviamente le varianti individuali e le congruenze collettive che fanno del diritto quello che è, come un coro in cui confluiscono le diverse voci.

La metafora del coro a questo punto diventa pericolosa. Non voglio infatti dare l'impressione di ritenere che il diritto sia una attività basata sull'armonia. Anche l'affermazione che un diritto esiste o è in vigore in quanto accettato dai consociati, mi sembra riposi sulla vaghezza del termine "accettazione": individuare il diritto vigente non richiede certamente l'accettazione delle norme in nessun senso normale di accettazione, tanto meno in senso etico. Il criminale per esempio, individua il diritto in modo del tutto consona al senso comune, con l'intento di violarlo (in parte) e di evitarne le sanzioni. Un truffatore che finge di essere capostazione individua il diritto come tutti gli altri, ma dice cose diverse. Un diritto rimane il diritto vigente nella opinione collettiva e *quindi* nella realtà anche se ha un grado bassissimo di gradimento e accettazione morale e una incerta effettività, almeno finché non interviene un potenziale diritto rivale.

Una visione irenica del diritto è stata caldeggiata da alcune varianti del neo-costituzionalismo, impegnate a sottolineare l'aspetto etico del diritto o del godimento universale di alcuni diritti. In tal caso si considera come punto centrale del diritto un qualche punto di congruenza (si esita a chiamarlo un fine), una sorta di valore, per esempio la integrità (= uguale dignità e rispetto) proposta da Dworkin come valore dei valori, proprio e intrinseco di ogni diritto o almeno di quello statunitense attuale<sup>36</sup>. Alternativamente tale valore è la protezione dei deboli sponsorizzata da Ferrajoli. O il diritto mite, secondo la poetica espressione di Zagrebelsky. Non cercherò di dimostrare quanto è stato più volte mostrato, abbiamo in tutti questi casi il problema che affligge tutti i valori ultimi e auto-evidenti, essi sono plausibili nella misura in cui sono vaghi. Anche se questi valori non fossero irrimediabilmente vaghi e non fossero mera copertura di varianti e opinioni diverse, non sarebbero di fatto un aspetto universale della pratica giuridica, per il semplice motivo che la storia e la geografia conoscono troppi esempi di diritti che non rispettano per niente tali valori. Se ancora non siamo convinti, dopo aver riletto Kelsen e Bobbio, possiamo considerare la teoria del diritto naturale minimo di Hart, la quale ci ricorda che i caratteri davvero costanti del diritto si trovano in caratteristiche appunto minime dipendenti da caratteristiche ovvie della natura umana. Concludere diversamente è un *definitional stop*.

Ritengo che il senso comune veda il diritto con occhio disincantato, come l'organizzazione della coazione collettiva, l'esatto opposto dell'armonia. Dunque senza far riferimento a valori. Troviamo diritto non dove ci sono potenziali conflitti di interessi e di valori e per questo dobbiamo ricorrere alla coazione e alle sanzioni, attuali o potenziali. Per questo ricorriamo ai mezzi giuridici, organizzati tramite linguaggio principalmente normativo; una parte di questo linguaggio (per esempio leggi, regolamenti e contratti scritti) irrigidito in formulazioni linguistiche canoniche, in disposizioni normative con il testo "congelato" in forma fissa, la cui interpretazione è affidata in ultima analisi ad autorità. In altre parti il diritto è meno irrigidito, formato da norme prive di formulazione canonica, come le consuetudini e i precedenti, la cui interpretazione è comunque anch'essa in ultima analisi affidata a persone selezionate, ad autorità, ai giudici.

<sup>36</sup> La teoria dworkiniana del diritto come integrità ritiene invero che in qualche modo ci sia una armonia tra tutti gli elementi in "apparente" contrasto di un diritto, siano valori, interessi diritti o principi ed è questa armonia che attribuisce al giudice erculeo dworkiniano le sue capacità sovrumane di arrivare alla corretta risposta, alla *right answer*. Si vedano in proposito le prime pagine del libro del tardo Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2000. Di contro si trovano autori come Duncan Kennedy, il quale sostiene che non esiste nel diritto nordamericano (tanto meno negli altri) alcun nucleo di valori comuni e non contestati: D. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, a cura di David Trubek e Alvaro Santos, Cambridge 2006.

Riprendendo la storia del matto alla stazione, che intendo spremere di ogni sua possibile utilità, chiediamoci dunque se possiamo dire che la gente sui marciapiedi della stazione di Pavia conoscesse il diritto, perlomeno quello rilevante. Non penso. Non credo infatti che la gente comune conosca molte norme giuridiche; da una parte non conosce il testo canonico da cui si ricava la norma dall'altra è poco familiare con i problemi della interpretazione testuale di un simile testo. Qualcuno conosce più o meno i testi delle norme che lo riguardano più direttamente, ma mancando la visione di insieme, la comprensione è molto parziale. Neppure i capistazione conoscono a puntino le norme del diritto amministrativo, penale ecc. che riguardano i capistazione. Se hanno problemi devono andare dall'avvocato, cioè dall'esperto ed è quello che fanno le associazioni sindacali dei ferrovieri, hanno dei legali specializzati nella materia.

D'altra parte considero sbagliata la tesi che il diritto sia qualcosa che riguarda solo i giuristi o i giudici. Quello che sostengo è che la gente sa individuare il diritto vigente e che la modalità con cui il senso comune compie questa operazione è la stessa per tutti, giuristi e non giuristi.

Sto dunque introducendo nella teoria giuspositivista dell'ordinamento giuridico la differenza tra *individuazione* del diritto vigente, che è una capacità del senso comune; e la *determinazione* del diritto vigente e dei suoi confini, che è una capacità degli esperti di diritto, dei giuristi.

Questa distinzione a mio avviso ci permetterà anche di dare una sistemazione più soddisfacente alla questione dei rapporti tra gli esperti e il pubblico generico, nonché una visione più vicina alla realtà del modo in cui tutti individuano il diritto vigente senza bisogno di conoscenze giuridiche e senza bisogno di conoscenze filosofiche. Tutti sanno quale è il diritto vigente, qual è il diritto vigente italiano e spagnolo; ma i giuristi in più determinano il diritto usando altre norme giuridiche, le cosiddette fonti, riassunte da Hart nella norma di riconoscimento.

Nonostante le critiche che Dworkin e alcuni neo-costituzionalisti rivolgono al giuspositivismo per la *plain fact theory*, essi incontrano come si è visto lo stesso problema, perché un atteggiamento interpretativo deve sapere cosa prendere in considerazione. Le norme non possono individuare sé stesse senza essere già state individuate. Entriamo in aula il primo anno degli studi di giurisprudenza e il bidello ci dice quale è il codice civile o il manuale di diritto costituzionale che dobbiamo acquistare e studiare<sup>37</sup>. Molti futuri giuristi non andranno mai oltre questo

<sup>37</sup> Un'altra notazione autobiografica. Questa è stata in assoluto la prima osservazione di filosofia del diritto che ho sentito nella mia vita, e mi fu fatta nella prima lezione di Teoria generale del diritto dal mio primo docente di questa materia, Amedeo Conte, quando nel 1965 frequentai il suo corso il primo anno di Giurisprudenza (Filosofia del diritto era al secondo anno). Mi fece un'enorme impressione tanto che me la ricordo ancora, ma Conte non ci spiegò mai cosa fare per andare oltre alle raccomandazioni del bidello.

“criterio” per individuare il diritto, per l’ottima ragione che non ne hanno bisogno. Usano il senso comune, che è sufficiente in una situazione sociale e giuridica normale e non patologica<sup>38</sup>, cioè dove di diritto in circolazione ce n’è uno solo, non c’è anarchia o una guerra civile in atto. Quando il neo-costituzionalista sostiene che il diritto sia descrivibile tenendo presenti i principi morali (incorporati nel diritto), per esempio citando il caso *Riggs v. Palmer*<sup>39</sup>, dà per scontato che si sappia già quale è il diritto vigente negli Stati Uniti d’America, quali siano i giudici e quali i matti alla stazione.

Non è contraddittorio sostenere che il senso comune sappia qual è il diritto vigente e nello stesso tempo che non lo conosca, o non lo conosca bene: è una cosa che avviene spesso anche fuori dal diritto sia con oggetti materiali che immateriali. Il senso comune procede sfruttando una sorta di conoscenza periferica o per indizi esterni piuttosto che un procedimento intellettuale che opera con e su definizioni e concetti. Tutto questo richiede una revisione a Hart considerando Scarpelli e Bobbio, ma certo non nel senso di aggiungere alla norma di riconoscimento componenti normative morali endo-giuridiche ancora più raffinate. Il diritto vigente viene riconosciuto come si riconosce nel senso comune una locomotiva (rimaniamo vicini alle stazioni), per le sue caratteristiche “esterne” pur non sapendo molto di come è fatta dentro<sup>40</sup>. Tutti riconoscono una locomotiva a prima vista, ma solo alcuni ingegneri sanno come è veramente fatta *dentro*. Per parlare di locomotive, per interagire con locomotive, per esempio per partecipare alla pratica di “prendere il treno” o di “perdere il treno” non occorre avere conoscenze specialistiche sul funzionamento e i meccanismi delle locomotive, basta la capacità di riconoscere con normale pressappochismo forme e funzioni. Ugualmente per il diritto non occorre sapere nulla delle fonti e delle norme di riconoscimento e dei tipi di invalidità. La individuazione del diritto vigente da parte del senso comune potrebbe essere chiamata una quasi-percezione per la immediatezza e unanimità con cui funziona. Purché sia chiaro che non è la percezione di un oggetto separato, il diritto, ma solo degli indizi del diritto in vigore. La pratica

<sup>38</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit. p.116 dove si parla di “pathology and embryology of legal systems”.

<sup>39</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1977, pp. 23-45 e *passim*; ancora in Id. *Law’s Empire*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1987, pp. 15-20 e *passim*. Non mancano giuristi che sostengono che Dworkin abbia sbagliato la lettura del caso, C. Silver, *Elmer’s Case: A Legal Positivist Replies to Dworkin*, “Law and Philosophy”, 6, 1987, pp. 381-99

<sup>40</sup> Questo fenomeno semiotico potrebbe esser messo sotto l’etichetta di *esternalismo semantico* (Putnam), che procede attraverso campioni paradigmatici piuttosto che concetti; si può parlare anche di competenza referenziale. Vedi D. Marconi, *La competenza lessicale*, Laterza Roma 1999. Ci sono degli accenni in proposito riguardanti il diritto in un recente articolo di D. Canale, *Norme opache. Il ruolo degli esperti nel ragionamento giuridico*, “Rivista di filosofia del diritto”, numero speciale 2015, p. 108 ss.

giuridica è parte così centrale della vita di una società che chi devia senza giustificazioni su questo punto viene considerato il prototipo del folle, nelle barzellette colui che crede di essere Napoleone.

Il diritto vigente, a mio avviso, viene individuato per indizi congruenti, quelli che tutti incontrano per la strada e alla stazione; il diritto è quello che fanno osservare le persone pubblicamente in autorità. Oggidì l'autorità è rappresentata esternamente prima di tutto dalle uniformi, una notevole innovazione moderna. Chiunque abbia visto la polizia in azione durante una manifestazione sa come le autorità in borghese sono individuate dalla loro interazione con gli uomini in uniforme, se occorre il commissario mette la fascia, il poliziotto in borghese esibisce il distintivo e così via. Alla estremità della catena palese e visibile non c'è una norma giuridica ma c'è la gestione della coazione nella sua forma più immediata, il manganello. È il manganello del *bobby* inglese portato apertamente e senza opposizione; lo strumento del potere civile verso i cittadini; qui è dove il senso comune guarda per trovare il diritto, che è appunto l'organizzazione della sanzione. Non c'è valutazione, positiva o negativa, in questa mia analisi<sup>41</sup>. Neppure presuppongo la tesi, talora attribuita a Hart, che il diritto per essere vigente deve essere accettato da una parte sufficiente della popolazione o almeno dai soli funzionari. Io sostengo solo che ci deve essere una generale convergenza dei segni esterni indicando un unico diritto come il diritto in vigore, un atteggiamento che non implica la accettazione politica del diritto stesso o la sua approvazione morale. Il rivoluzionario avrà lo stesso atteggiamento degli altri, se non vuole essere un rivoluzionario folle; e verso questo diritto vigente identificato allo stesso modo degli altri eserciterà la propria disapprovazione e i propri sforzi per abbatterlo.

Può essere utile un'altra metafora circa le modalità di esistenza del diritto, utile anch'essa a contrastare le molte metafore che lo trattano come un oggetto materiale. Il diritto dunque esiste come un cesto di vimini, che è composto dall'intrecciarsi di singoli vimini, ciascuna fibra è la metafora di una credenza individuale. Ciascuna credenza individuale da sola è fragile e flessibile, ma l'intreccio è molto solido e relativamente stabile. Di fatto, normalmente, il diritto è una delle cose più solide che incontriamo nella nostra vita, e definisce in grande misura e delimita chi siamo e cosa possiamo fare. Tuttavia è pur sempre una costruzione di opinioni e la storia mostra che quando queste cambiano a sufficienza, l'intreccio si sbriciola e può sparire senza lasciare traccia.

La distinzione tra individuazione e determinazione del diritto spiega la differenza tra il modo tacito e approssimativo di individuazione da parte del senso

<sup>41</sup> Il giuspositivismo critico sottolinea la centralità della sanzione nella pratica giuridica ma ritiene di poter evitare sia la posizione conformista di Trasimaco, per cui la giustizia è la volontà del più forte, sia la posizione giusnaturalista di Platone. Vorrei inoltre evitare il trucco definitorio, ugualmente classico, di distinguere tra forza e violenza.

comune e la estrema concettualizzazione, gli argomenti complicati che assume la pratica giuridica quando si fa tecnica di determinazione dei confini del diritto e viene praticata dai giuristi di professione. Da una parte la percezione del manganello e dell'uomo in uniforme ritto all'angolo della strada, dall'altra questioni come il riconoscimento di un diritto costituzionale in una sentenza della Corte costituzionale, la giurisprudenza di una Corte di Cassazione sulla competenza di un giudice, o una questione di giurisdizione riguardo a un *copyright* internazionale. In tal modo è possibile rendere conto del fatto che la individuazione del diritto in vigore funziona senza attribuire al senso comune capacità straordinarie che non possiede e che io certamente non credo che possenga.

Ci sono due conseguenze da questo. La prima è che il senso comune è in grado di individuare il diritto vigente solamente quando di diritto in circolazione ce ne è uno solo. La seconda cosa è che il pensiero giuridico non dispone in realtà di nessun criterio *tecnico* per individuare il diritto vigente e non usa affatto il criterio di effettività.

Quanto al primo, possiamo trovare qualche spunto nelle parole che Hart dedica allo stato patologico di un ordinamento giuridico. Lo stato patologico tipico di cui parla Hart è quello di una società in stato di anarchia o guerra civile, per cui diciamo che non c'è più nessun diritto o ce ne è più di uno. Hart ne parla in termini di effettività (*efficacy*, *effectiveness* usati come equivalenti). La tesi dell'effettività va bene solo se accettiamo che in questo caso la parola indichi una approssimativa impressione di senso comune, non se attribuiamo al termine un senso sociologico di accertamento di fatti con metodo empirico e possibilmente quantitativo. Quello che succede nello stato patologico è che la gente non ha sufficienti indizi per individuare il diritto vigente dai suoi segni abituali, perché questi puntano in più di una direzione o in nessuna. In queste situazioni nessuno sa più quale è il diritto nel modo in cui lo si sa in una società "normale". Dobbiamo allora ricorrere ad altri criteri, per esempio dobbiamo ricorrere a criteri morali o politici, di interesse, prudenza o tutti insieme. Dobbiamo scegliere, come per esempio hanno dovuto fare i nostri padri durante i rivolgimenti dopo la seconda guerra mondiale. Questa rilevazione mi sembra più realistica di qualunque idea di accettazione morale del diritto vigente in termini di credenze<sup>42</sup>.

<sup>42</sup> Nel commentare queste mie tesi c'è chi mi ha rimproverato una insufficiente attenzione alle complessità del concetto di credenza (V. Villa, *Credenze di sfondo, senso comune ed esistenza del diritto. A proposito di un recente libro di Mario Jori*, in *Su il diritto inesistente di Mario Jori*, in "Diritto e questioni pubbliche", 2011). L'osservazione è giusta, nel senso che non mi sono preoccupato delle complessità empiriche e filosofiche né del concetto di credenza né di quello di effettività delle norme. Il concetto di credenza è un necessario componente della nozione di effettività di una norma visto che la effettività di una norma è questione di credenze. Questo mi sembra un argomento a favore della mia analisi, visto che fortunatamente non è necessario sapere cosa pensa veramente la gente perché la mia tesi regga e considero questo un punto a suo favore. Infatti parliamo di conti-

Il diritto può essere vigente anche in presenza di una diffusa disapprovazione morale verso di esso e anche di diffusa illegalità e criminalità. La situazione rimane tale, anche se il diritto vigente è poco accettato e poco osservato; finché non interviene apertamente un diritto rivale. Potremmo aggiungere una voce all'elenco hartiano di aspetti "naturali" del diritto: quello di essere considerato diritto in una società: il diritto ha come caratteristica necessaria di essere comunemente considerato tale.

Il secondo punto che costituisce, secondo me, un importante elemento a favore di questo approccio rispetto a quello tradizionale (ancora una volta sia esso giuspositivistico o neo-costituzionalista) è che gli stessi giuristi o i giudici non hanno un criterio di individuazione del diritto vigente oltre a quello appena descritto del senso comune. Come si è visto essi dispongono di norme giuridiche che individuano le altre norme, ma per usarle devono già averle individuate come tali. In caso di guerra civile anche il giurista più versato negli studi costituzionalisti rimane senza argomenti: è inutile in simili circostanze discettare sui punti fini di una costituzione, il problema è a quale costituzione fare riferimento. Quando non esiste più un diritto che sia vigente per il senso comune, il punto non è cosa stabiliscono i criteri costituzionali, ma quali criteri costituzionali adottare. Nella situazione patologica hartiana, i giuristi saranno del tutto incapaci di fornire argomenti a favore della Monarchia e della Repubblica che si stanno combattendo nelle strade. Dovranno decidere in base a quale ordinamento decidere e solo in base a tale presupposto potranno dare risposte tecniche.

La ragione ultima per cui il diritto, a differenza delle scienze empiriche, si basa ultimativamente in tal modo sul senso comune non è che il senso comune disponga in questo campo di una qualche misteriosa sapienza, ma che il diritto è una pratica collettiva, per cui il diritto vigente è quello che tutti pensano che sia. E il nucleo di questa pratica comune è ovviamente un complesso di credenze individuali e collettive. Il diritto vigente è quello che la gente crede che sia.

Come si è detto, il diritto in quasi ogni società è una pratica mista, caratterizzata dalla convergenza delle azioni e credenze di un pubblico generico di destinatari del diritto e di un gruppo di tecnici o clerici (i giuristi).

Ecco perché neppure i giuristi compiono ricerche tecniche per individuare qual è il diritto vigente. Ecco perché non hanno criteri tecnici per individuarlo. Ecco perché la gente comune sa qual è il diritto vigente e nello stesso tempo non sa quasi niente del suo contenuto e comunque può non accettarlo. Il diritto peraltro non è l'unica pratica sociale che funziona in questo modo, con una interazione essenziale tra pubblico laico ed esperti. La più antica e tipica di tali altre prati-

nuo di diritto vigente senza avere la minima idea delle credenze che effettivamente vi stanno dietro, presumibilmente molto varie.

che sociali è la religione, la religione istituzionalizzata dei templi e dei preti. Anche qui, solo i teologi conoscono veramente i punti fini della propria teologia, gli altri si rivolgono a loro quando ne hanno bisogno, inclusi i preti quando non sono essi stessi teologi. Anche con la religione talora ci meravigliamo di come possa il “fedele” laico appartenere a una chiesa senza sapere pressoché nulla dei suoi dogmi e spesso senza neanche osservare molto fedelmente i suoi precetti. Questo è particolarmente vero quando c’è una religione sola in circolazione.

Sostengo dunque che il senso comune giunge ad individuare il diritto vigente con una operazione che ha caratteri unanimi e immediati analoghi alla percezione di un oggetto materiale. È vero quindi che non è una questione semantica, intendendo con questo di definizione e di concetti (di diritto). Del resto la individuazione del diritto non è questione di concetti neppure nella teoria di Hart, nel senso che la sua norma di riconoscimento non è il concetto di diritto.

Mi si conceda tuttavia di riprendere ancora una volta l’esempio del matto alla stazione, che ha ancora una cosa da dirci, mostrandoci un altro aspetto necessario della pratica giuridica normale del senso comune. Perché essa, con tutta la sua immediatezza, funziona in modo sottile e complicato. Oltre alla individuazione del diritto in vigore comprende tacitamente un altro aspetto che chiamo *identificazione* del diritto o identificazione dell’area del diritto nella società.

Per capire la distinzione tra individuazione e identificazione del diritto è necessario tenere presente una articolazione inconsapevole ma necessaria all’interno della operazione di senso comune compiuta dagli spettatori sui marciapiedi della stazione di Pavia. Ho detto che il giudizio di follia è legato ad una individuazione del diritto vigente da parte del falso capostazione, che viene immediatamente ritenuta imperdonabilmente errata dal pubblico, il quale come conseguenza esclude il finto capostazione dal novero delle persone “sensate”. Tutti pensano che il signore di Pavia non sia capostazione e non faccia partire i treni; un momento di riflessione ci mostra che per giungere a tale giudizio il senso comune deve però risolvere *due* questioni distinte. Se andiamo in ordine logico, la prima è la *identificazione* di che cosa sia il diritto e solo la seconda è la *individuazione* di che cosa è il diritto vigente. Intendo dire che la prima è la identificazione generale di cosa conti come diritto, quale sia l’area del giuridico, ciò di cui parliamo e cosa intendiamo quando usiamo i sostantivi, aggettivi e verbi della famiglia semantica del giuridico (e sinonimi in altre lingue); per seconda viene la individuazione di cosa sia il diritto vigente qui e ora, cioè nella società considerata.

È importante notare che il possesso di una nozione di diritto in generale, di solito non consapevole, non è una raffinatezza filosofica e nemmeno uno strumento professionale dei giuristi, non è qualcosa di cui il senso comune possa fare a meno; non è uno strumento concettuale che serva solo al filosofo o allo studioso di diritto antico o di diritto comparato che avrà a che fare con molti diritti vigenti



diversi. Nella storiella, è palese che il signore di Pavia, per essere considerato matto, deve sbagliare clamorosamente la sua risposta alla domanda su cos'è il diritto vigente italiano in quel momento; ma deve anche aver risposto correttamente alla domanda su che cos'è il diritto in generale, deve comprendere allo stesso modo degli altri cosa è il diritto *tout court*. Su questo punto la nozione di diritto del matto deve essere la stessa del senso comune; in altre parole egli deve avere una idea "normale" di quale è il diritto in generale, deve identificare correttamente, come area della propria follia, quel tipo di norme che appartengono alla pratica sociale considerata da tutti giuridica, che vi appartengono secondo l'opinione comune. È questo che gli permette di proporsi come capostazione, sia pure follemente. Non è difficile capire come vanno le cose: il folle affetto da (piccola) mania di grandezza, attribuendosi follemente un potere regolato dal diritto, cerca di dirottare il meccanismo sociale del diritto; deve dividerne a sufficienza i confini di senso comune per poter abusare del meccanismo condiviso, per comunicare il messaggio idiosincratico che gli sta a cuore e che agli occhi degli altri costituisce la sua follia: "Ehi guardate tutti come sono importante, sono io il capostazione qui!".

La scenetta alla stazione sarebbe dunque non solo incomprensibile ma impossibile, non potrebbe essere agita, se il folle non facesse due cose insieme: non capisse allo stesso modo degli altri che cosa è il diritto in generale e non avesse una idea clamorosamente diversa dagli altri su che cosa è il diritto vigente lì e in quel momento (nel suo caso la divergenza riguarda un pezzo minuscolo del diritto vigente). E, cosa non meno importante, se i non-folli invece non facessero correttamente e concordemente tra loro entrambe queste operazioni. Dunque il folle di Pavia non si mette interamente al di fuori del senso comune giuridico, se lo facesse il suo comportamento diventerebbe un indecifrabile delirio, ma ne abusa ponendosi per così dire a cavallo del confine ed è questo che viene letto dagli altri come follia.

Nel senso comune le pratiche concettuali non sempre seguono l'ordine logico a cui siamo abituati dalla analisi logica e semantica. Secondo l'ordine tradizionale dell'analisi concettuale per genere e differenza, prima si affronta il problema di cosa sia il diritto in generale e poi di cosa sia quella sua particolare istanza che è il diritto vigente qui ed ora. Come spesso accade, nel senso comune si procede invece dal familiare al meno familiare; chiedersi che cosa sia il diritto in generale è un passo che rimane implicito e che si fa esplicitamente solo quando gli elementi familiari sono messi in forse, quando ci si trova di fronte al diritto non familiare, per esempio si va all'estero o si studia diritto comparato. Per tutti questi casi straordinari, intendo straordinari per il senso comune, c'è qualcosa che permette al senso comune di identificare il diritto, pressappoco, l'area della coazione organizzata, se vogliamo, l'area del manganello. La brutalità e semplicità di queste de-

terminazione non devono sembrarci un difetto, ce lo ha insegnato Kelsen, perché permettono di comprendere ogni tipo di diritto e non solo quelli che apprezziamo, inoltre permettono di mettere le valutazioni del diritto vigente al proprio posto, cioè *dopo* che lo si è individuato.

Il senso comune dunque possiede nei suoi recessi una nozione implicita (un concetto se vogliamo) di diritto-non-necessariamente-vigente di cui il concetto di diritto vigente è una specificazione. Questo concetto di diritto coincide con i comuni criteri di identificazione dell'area giuridica. La stessa nozione è utilizzata dal senso comune per la comparazione, una operazione divenuta assai frequente nel mondo odierno, visto che avviene ogniqualvolta si sentono notizie giuridiche su un altro paese o si va all'estero e si ha a che fare con il diritto locale. Quanto alla comparazione storica tra diritti, mi sembra sia più rara e con la storia del diritto siamo più di frequente nell'area del pensiero elaborato. È evidente che gli storici, nei loro studi, hanno bisogno di un concetto di diritto ampio e comprensivo, per non trovarsi con strumenti inutilizzabili verso intere culture il cui "diritto" non risponda a una visione ristretta. Il diritto dei Longobardi non possedeva una dichiarazione dei diritti dell'uomo o la separazione dei poteri, e nel diritto imperiale cinese classico c'è la distinzione tra diritto punitivo e riti<sup>43</sup>, per noi strana, ma nessuno storico penserà per questo di escludere dall'area giuridica l'una o l'altra esperienza. Anche gli storici usano, senza dirlo, la vaghissima nozione di diritto del senso comune, da cui prendono le mosse per dirci che il diritto è più vario di quello che circola nel mondo contemporaneo.

Dunque nel senso comune il concetto di specie, cioè di diritto vigente, è primario; il concetto di genere, di diritto *tout-court* è secondario e viene in superficie solo nei casi (marginali) in cui il senso comune si deve occupare di diritti immaginari, stranieri, passati, futuri.

Ho dunque analizzato il passo fondamentale della pratica giuridica qui delineata come convergenza di attività di senso comune e tecnica. Una attività istantanea e non riflessiva, che si rivela complicata solo sotto il microscopio dell'analisi.

Se ho ragione, alla base della pratica giuridica non c'è nessuna rilevazione e calcolo della effettività socio-psicologica delle relative norme o ordinamenti, c'è solo una pratica sentita come comune. Il tutto si appoggia su indizi variabili e approssimativi, la sensazione che ci sia un diritto è una sensazione partecipatoria, a cui ciascuno porta il suo contributo o il suo rifiuto più o meno netto e sentito ma, individualmente, non decisivo. La "esistenza" delle credenze sociali di questo tipo ha un andamento variabile e complesso. Quando la convergenza della pratica vien

<sup>43</sup> Una buona introduzione in R. Cavalieri, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, Franco Angeli, Roma 1999.

meno in modo sufficientemente grave per un numero sufficiente dei partecipanti, abbiamo dei cambiamenti, non è più quello il diritto in vigore in quella società.

Il diritto è una pratica collaborativa, tale strutturalmente non accidentalmente, come accade invece per esempio alla morale, che può essere individuale o sociale. Mi si permetta un gioco di parole: non esiste un *diritto privato* mentre può esistere una morale privata. Abbiamo una area di comportamenti considerati normalmente giuridici, quella della coazione organizzata. In quest'area si incontra di solito un solo diritto. Ma all'interno della pratica, che tutti identificano e individuano nello stesso modo, solo i tecnici sono in grado di muoversi dopo averne determinato i confini con ben maggiore precisione. Dalla interazione di clerici e profani nascono le caratteristiche del diritto e quando questa interazione si spezza il diritto è in crisi e con lui la società<sup>44</sup>.

Questa analisi non comporta nessuna elevazione del senso comune a portatore di verità assolute o percettore di realtà obbiettive, sia pure sociali. E a nessun unanimità e a nessuna giustificazione del diritto o dei diritti. Ci dice che il diritto è parte del nucleo centrale del senso comune, ma lo sapevamo già, non ci sono società senza diritto. Se non esiste nessuna società senza coazione organizzata, probabilmente non esiste nessuna mente umana senza un posto per la nozione di diritto. Diciamo che un uomo che non capisca cosa sia il diritto non capirà cosa sia di sua proprietà e cosa non lo sia, non capirà la nozione di autorità, e così via. Sarebbe una persona molto più disturbata del matto alla stazione di Pavia.

Non è ovviamente l'unica pratica sociale di questo tipo, possiamo ad esempio considerare la pratica sociale del saluto, anche se enormemente più semplice di quella giuridica. Il saluto che esiste o è in vigore in ogni società o gruppo sociale è quello che la gente pensa che sia: se non fosse così non potrebbero salutarsi. Non ha senso chiedersi se il saluto è veramente quello che la gente crede che sia: *salutare* vuol dire *salutarsi* l'un l'altro in base a regole condivise su cosa conta come saluto; e ciò richiede capire quello che si fa e quello che fanno gli altri e reagire in accordo. Senza questo "unanimità" non (ci) si può salutare, si fanno solo gesti incomprensibili. Non esiste neppure un saluto privato, così come non ci si può

<sup>44</sup> Per questo non mi sembra perspicuo Alexy quando sostiene che l'argomentazione giuridica è solo un caso speciale dell'argomentazione morale (la *Sonderfallthese*). R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation* (1978), trad. it. *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 170 ss. Certo, ambedue, morale e diritto appartengono ovviamente al campo della pratica, del linguaggio e argomenti che guidano le azioni e in questo si assomigliano, esprimendo alla fine pur sempre prescrizioni e scelte d'azione. Fin qui Alexy ha ragione. Ma linguaggio e argomentazione giuridica sono profondamente segnati dalle differenze dall'etica, dalla presenza sullo sfondo della coazione e dalla esigenza della sua amministrazione con ragionevole certezza. Solo alcune morali sociali e istituzionali hanno caratteristiche analoghe al diritto, e ci danno immediatamente l'impressione di avere caratteristiche para-giuridiche. I limiti della posizione di Alexy sono mostrati da M. Barberis, *Diritto e morale: la discussione odierna*, cit., § 86.

salutare da soli. È dubbio che esistano società dove non esiste il saluto, dove non ci si sa salutare. Si noti che nella nostra società il saluto è una pratica relativamente semplice, per quanto con molte più sfumature e varianti di quanto appaia a prima vista: non abbiamo bisogno di un gruppo di esperti che ci aiutino a interpretare i punti fini del saluto. Ma conosciamo società più cerimoniose in cui i membri hanno bisogno di imparare a salutare come si deve, per esempio a seconda del rango o del sesso e della situazione e in cui per questo c'è pure un maestro di saluto, la professione di esperto di saluto, che insegna agli allievi una conoscenza complessa delle regole e delle circostanze.

Il momento che Hart descrive come il riconoscimento del diritto vigente si è rivelato all'analisi ravvicinata composto di ben tre momenti: *individuazione* del diritto vigente, *identificazione* dell'area giuridica (concetto di diritto); inoltre operazioni tecniche di *determinazione* dei confini del diritto; nel diritto moderno queste comportano una teoria delle fonti e una norma di riconoscimento e sono evidentemente al di fuori del senso comune. Con la determinazione del diritto cambiano gli utenti e le regole pragmatiche del discorso giuridico, passiamo dal senso comune a un discorso tecnico, un uso che è appreso a scuola<sup>45</sup>.

I confini dei singoli diritti vigenti possono essere più o meno determinati in base alle loro stesse regole; in molti diritti premoderni le fonti del diritto sono formulate in norme consuetudinarie dal contenuto poco determinato in diversi aspetti. Nel diritto moderno in genere si hanno regole giuridiche di riconoscimento costituzionalizzate. I giuristi non hanno una teoria scientifica e una tecnica autonoma per la individuazione del diritto vigente. Pertanto la giurisprudenza va in crisi nelle stesse circostanze in cui va in crisi il senso comune: quando in una società ci sono in circolazione più candidati-diritto<sup>46</sup>. Per convincerne possiamo

<sup>45</sup> Su questo mi permetto di rinviare al mio *Pragmatica giuridica*, Stem Mucchi Editore, Modena 2016.

<sup>46</sup> La questione in qualche modo sorse in Italia quando si passò dalla monarchia alla repubblica dopo la seconda guerra mondiale. La questione della legittimità del "Referendum sulla forma istituzionale dello stato" del 1946 fu oggetto di una decisione della Corte di Cassazione. Naturalmente, invano il lettore vi cercherebbe la menzione di un qualunque criterio suscettibile di individuare quale fosse/dovesse essere il diritto vigente. La Corte invece pretende di affrontare e risolvere la questione come se avesse a che fare con un solo diritto (quello monarchico), sul terreno della interpretazione del Decreto Legislativo Luogotenenziale che istituì il referendum e dei risultati del referendum alla luce di tale interpretazione, quindi sulla base del diritto del Regno appena (presuntivamente) defunto. Si veda Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, n. 134 del 20-6-1946. La Corte rispose positivamente alla diversa questione della *legalità* chiedendosi se il referendum fosse stato legale con riferimento al diritto monarchico fino a quel momento vigente. È come se avesse risposto: "Voi monarchici non potete lagnarvi in base al vostro stesso diritto anche se non c'è più". Dunque la Corte non solo evita di porsi la questione di quale regime sia giuridicamente preferibile, a cui non avrebbe potuto rispondere, ma dopo aver scelto la strada della legalità monarchica evita ovviamente la questione che sarebbe stata fondamentale nel diritto monarchico, se era legale per un monarca del Regno d'Italia indire un Referendum volto ad abolire il Regno. Probabilmente non lo

guardare alla immensa casistica delle rivoluzioni, rivolte, ribellioni secessioni invasioni e conquiste della storia.

Ho sintetizzato questo argomento con la metafora del verme della mela; il giurista sa muoversi perfettamente all'interno della sua mela, il *suo* diritto; ma non sa arrivarci; per esercitare la sua conoscenza deve esserci già.

#### 4. *Concezioni del diritto e concetto di diritto*

Ho sostenuto nel paragrafo precedente che il primo approccio al diritto è la sua individuazione come diritto vigente, che essa avviene, sia per i profani sia per i tecnici del diritto, tramite un senso comune innocente di teorie e ideologie. Ma non accade sempre che i giuristi, una volta individuato il diritto vigente mediante i modi approssimativi del senso comune, si abbandonino interamente ai criteri interni che essi rinvencono nella realtà giuridica, si affidino "*perinde ac cadaver*" alle fonti del diritto vigente che si trovano davanti, almeno nella misura in cui queste sono determinate o determinabili. È un valore, che il giurista debba essere quanto possibile *passivo* di fronte al disposto delle norme trovate dal senso comune e in particolare delle norme sulle fonti. Il senso comune rende possibile al giurista di essere passivo nei confronti dei criteri giuridici, almeno nella misura in cui è possibile essere passivi di fronte a norme alquanto indeterminate. Molti giuristi sentono che essere passivi vuol dire essere oggettivi. Quest'ultima parola scivola già irresistibilmente verso l'ideale etico-politico della *fedeltà* al diritto, specialmente alla legge e oggi alla Costituzione. C'è beninteso una discrezionalità ineliminabile, dove bisogna per forza compiere scelte ulteriori, scelte interpretative,

era, la consuetudine costituzionale generale del sistema monarchico voleva che un re potesse abdicare, ma non diseredare il proprio successore e abolire il Regno. A tutti coloro che non facevano parte della Corte di Cassazione, la questione della corretta interpretazione del Decreto legislativo in realtà interessava ancor meno di quella dei limiti monarchici dei poteri costituzionali dei Re, visto che una maggioranza dei cittadini aveva appena votato di abolire l'ordinamento monarchico. Quello che accade è che la Corte *presuppone* che il referendum sia la fonte di un ordinamento nuovo, ma procede a interpretare il decreto istitutivo per un suo aspetto secondario, rivestendo così l'argomento democratico e rivoluzionario del referendum di una natura pseudo-giuridica e di una pseudo-continuità nella legittimità monarchica, che era l'oggetto tradizionale della competenza della Cassazione. Vorrei ricordare un caso analogo, quando il 3 marzo 1986 con l'*Australia Acts* l'Australia interruppe, con legislazione concorde tra U.K. e Australia, il riconoscimento della competenza di organi giuridici superiori nel Regno Unito, divenendo così uno stato del tutto indipendente, sia pure con la stessa Regina del Regno Unito. La leggenda dice che vennero appositamente commessi errori nella procedura (lato australiano), perché non si potesse dire che la indipendenza era stata concessa dal Regno Unito. Strada apparentemente opposta di quella seguita della Corte di Cassazione italiana, ma in realtà sono entrambi tentativi di presentare questioni extra-giuridiche come questioni endo-giuridiche.

perché non si può essere fedeli al diritto dove questo non ci dice cosa fare, o meglio in questi casi la fedeltà richiede che si eserciti la discrezionalità.

L'ideale della passività o fedeltà verso i criteri determinativi interni a un diritto viene indicata dai giuristi pensanti con frasi apparentemente neutre del tipo "accostamento al diritto da giurista positivo", "studio del diritto positivo", dove la comparsa dell'aggettivo *positivo* è in realtà la rivendicazione di una chiusura polemica, sostiene senza dirlo che sia possibile e forse anche facile accostarsi al diritto in modo "obbiettivo" e "scientifico" e "solo giuridico", senza ingombrarsi di problemi filosofici, di teorie, premesse cognitive e prescrittive e di concetti troppo generali. Teorie e concetti filosofici, un mare di problemi dibattuti per secoli, vengono espunti con un uso apparentemente pedissequo e passivo delle sole parole e dei concetti che il giurista trova nei testi normativi, producendo una teoria generale depurata della terminologia filosofica e dei problemi metafisici. I presupposti filosofici rimangono in realtà operanti, ma non discussi. Sia il giuspositivismo critico sia il realismo giuridico hanno sostenuto a lungo che questo approccio omissivo alla teoria generale è una ideologia che permette al giurista e al giudice di operare scelte filosofiche che influenzano il suo operato, senza dichiararle e giustificarle.

Quando Herbert Hart scrisse il suo famoso manuale di filosofia del diritto, lo intitolò *Il concetto di diritto*. Desiderava riappropriarsi del concetto di senso comune, secondo l'approccio della filosofia analitica del linguaggio ordinario, pensando di poterne trarre importanti lezioni per la teoria giuridica. Come avvenne. Dal canto mio ho cercato nel mio piccolo di seguire questa linea. Il concetto di diritto non è solo necessariamente presente nel senso comune per identificare l'area del giuridico, ma viene usato da pensatori, filosofi e giuristi per insinuare nel diritto idee e valori. Si compie questo esercizio inserendo degli aspetti preferiti nella definizione del concetto di diritto. Più che di migliorarne la descrizione, si tratta di avvalorare un aspetto o svalutarne qualche altro.

Supponiamo ad esempio che qualcuno produca un concetto di diritto "arricchito" da una riserva monarchica. A dire il vero è stato fatto per secoli, per esempio sostenendo la somiglianza tra l'ordinamento dello stato e quello della famiglia, la famiglia patriarcale beninteso. Ecco si rafforza senza bisogno di dimostrarla l'idea che la gestione dello stato e del diritto è possibile solo con una organizzazione monarchica, che è "naturale" che a capo dello stato ci sia un monarca, ereditario e magari anche assoluto. Se poi inversamente la concezione monarchica e maschile della famiglia aveva bisogno di dimostrazioni, si citava l'esempio dello stato. È una coppia che ha dominato il mondo della dottrina dello stato per secoli, una scelta concettuale che rafforza l'idea monarchica, rendendola per così dire vera per definizione.

È il momento di vedere quale influenza abbiano sulla pratica giuridica professionale e sulla giurisprudenza simili concetti arricchiti<sup>47</sup> di diritto che circolano nella nostra cultura giuridica, diversi da quello informale ma necessario e fondante del senso comune. Ovvero di chiedersi con quali meccanismi concettuali i pregiudizi dei giuristi possono influenzare la loro visione del diritto e quindi la descrizione che ne danno e quindi il diritto stesso.

Ebbene, il concetto di diritto è il luogo non solo degli aspetti comuni, che ci devono essere perché costituiscono il sottofondo della reciproca comprensione, ma anche degli aspetti idiosincratici delle concezioni del diritto, dei dissensi, delle aspirazioni etiche, conoscitive politiche e di interesse più o meno divergenti. Tali concezioni servono a influire sul diritto oltre che descriverlo<sup>48</sup>. Potremmo dire che lo descrivono con effetti ricostruttivi. È *metagiurisprudenza prescrittiva* perché mira a influenzare la cultura giuridica e il diritto<sup>49</sup>. Praticata peraltro solo da una piccolissima minoranza di giuristi e filosofi, perché pochissimi sono quelli che coltivano concezioni del diritto complessive e ancor più rari quelli che cerca-

<sup>47</sup> Si ottiene un simile effetto anche togliendo. Si considerino le concezioni del diritto dei dritti, che eliminano la coazione dalla definizione del diritto. Non perché si pensi veramente che possa esistere diritto senza coazione, ma credendo così di diminuire la centralità della sanzione/coazione nel diritto. Eppure Marx ha spiegato bene che quando non avessimo più da gestire la coazione, non avremmo più il diritto come lo conosciamo. Non avremmo più neppure l'uomo, come lo conosciamo, ma qualcosa di profondamente diverso.

<sup>48</sup> Ad un punto mediano della sua lunga polemica contro il giuspositivismo (in *Law's Empire* cit., p. 33-35) Dworkin attribuisce agli avversari giuspositivisti oltre alla *plain fact view*, anche la *semantic view*; se capisco bene perché non è chiarissimo, questa concezione sosterebbe che il pensiero giuridico si fonda sull'utilizzo di un concetto, forse proprio il concetto di diritto. Per quanto mi riguarda, ritengo che un concetto si possa certamente estrarre dalla pratica sociale (metodologia descrittiva) e questo ho cercato di fare nelle pagine sopra. Un concetto può essere anche usato come cardine di una proposta metodologica *prescrittiva*. I giuspositivisti critici certamente propongono un concetto di diritto; ma la critica di Dworkin alla *semantic theory* mi pare si rivolti contro di lui. È proprio Dworkin che usa una concezione fortemente idiosincratica e caratterizzata del diritto, quindi metodologicamente prescrittiva, un concetto di diritto fortemente idiosincratico, nel tentativo di influenzare la pratica, incoraggiando una giurisprudenza che dovrebbe essere o diventare energicamente interpretativa ad ispirarsi al principio della uguale dignità e rispetto nonché della integrità. Dworkin ha avuto un moderato successo nell'influenzare i teorici del diritto, uno scarso successo nel convincerli e non sono in grado di dire quanto abbia influenzato la giurisprudenza anche solo nel suo paese; l'impressione è che tale influenza sia stata scarsa.

<sup>49</sup> Bisognerebbe ricordare le distinzioni di N. Bobbio, *Scienza giuridica tra essere e dover essere*, "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1968, pp. 475-486. La metagiurisprudenza può essere descrittiva o prescrittiva a seconda che descriva come procede la giurisprudenza o presciva come dovrebbe fare. Quanto al contenuto della prescrizione si può prescrivere alla giurisprudenza di descrivere oppure di prescrivere (per esempio Kelsen prescrive alla giurisprudenza di descrivere). Ovvero si può descrivere il fatto che la giurisprudenza presciva o il fatto che descriva. Infine ci sono ovviamente i discorsi misti, che sono alla fin fine quelli che ci interessano di più. Per esempio quando si dice che il modello esistente di giurisprudenza va bene così com'è; ovvero che non va bene e va modificato.

no di esplicitarle. Bisogna osservare che la maggioranza dei giuristi ne fa a meno e campa alla giornata. Anche nelle sedi più elaborate, dai lavori scientifici dei giuristi accademici alle sentenze delle supreme corti, le concezioni del diritto e le teorie di ampia portata si usano raramente, talora come ornamenti del discorso, talora *à la carte*, a seconda che vengano utili nell'argomento sottomano, anzi talora se ne trovano diverse, incompatibili, nella stessa pagina.

È utile applicare del concetto di diritto una distinzione analitica ben nota, quella tra concetto e concezione<sup>50</sup> che si aggiunge a quella già menzionata di *essentially contested concept*. È stata introdotta dalla filosofia analitica per ristabilire il senso della discussione filosofica. Ai primordi della filosofia analitica (si pensi al neopositivismo) l'approccio alla varietà dei concetti e delle definizioni era piuttosto paradossale. L'analisi consisteva nel congelare i concetti con definizioni e rendere chiara e tener ferma una definizione nel corso della discussione ed ogni cambiamento nei concetti era rappresentato, per così dire, dal modello del fotogramma, come una successione di stati diversi, definizioni diverse, da mettere a confronto in successione.

Nel caso delle scienze naturali le definizioni vengono confrontate in base alla loro utilità nel costruire teorie e il discorso progredisce; nel caso della filosofia non è chiarissimo cosa si può fare delle divergenze concettuali, perché non è chiaro al paleo-analista come si valuti il discorso filosofico. La conclusione della prima filosofia analitica fu spavalda: la discussione filosofica non ha senso perché è un equivoco sulle definizioni, ci si metta d'accordo sulle definizioni con una opportuna ridefinizione o definizione stipulativa e la filosofia svanirà. Quella filosofia analitica evidentemente non era molto tenera verso la storia della filosofia e la filosofia stessa<sup>51</sup>.

Il fatto è che le questioni di definizione non sono solo questione di chiarezza. Le definizioni sono pezzi di teorie e spesso nelle definizioni sono contenuti anche presupposti di fatto; le definizioni sono una parte della nostra visione delle cose. Una definizione di diritto è un pezzo essenziale della nostra idea di cosa sia e debba essere questo aspetto della società. Una filosofia analitica più matura ha

<sup>50</sup> La distinzione tra concetto e concezione di diritto è centrale nell'analisi di Vittorio Villa, in *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, cit. e Id., *Concetto e concezioni di diritto positivo nelle concezioni teoriche del giuspositivismo*, in *Diritto positivo e positività del diritto*, a cura di G. Zaccaria, Giappichelli, Torino, 1991.

<sup>51</sup> Il giurista Glanville Williams applicò la tesi della inutilità delle discussioni ai concetti alla filosofia del diritto, in quello che fu probabilmente il primo saggio analitico di filosofia del diritto. Glanville Williams, da neopositivista non era molto ben visto nella Oxford di Hart, il quale gli dedica solo una stentata noterella in *The Concept of Law*. Molto più popolare fu G. Williams tra i filosofi del diritto analitici italiani, come Scarpelli. Infatti il saggio di Williams apre la raccolta dei filosofi del diritto analitici curata da Scarpelli: G. Williams, *La controversia a proposito della parola «diritto»* (1945), in U. Scarpelli, a cura di, *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano 1976, p. 43 ss.



ammesso che una discussione filosofica sui concetti può legittimamente avvenire in termini analitici. Questo spesso avviene perché i contestanti condividono un concetto, per esempio il concetto di giustizia come uguaglianza, e divergono su alcuni suoi parametri, per esempio i diversi criteri di uguaglianza. Il concetto dunque è il minimo comun denominatore e le concezioni riguardano i punti in discussione.

Quello che non tutti condividono, pur continuando ad intendersi a sufficienza, quello che può essere idiosincratico, sono le diverse concezioni dello stesso concetto di diritto. Si consideri, come esempio, la concezione marxiana e marxista del diritto per cui esso è determinato interamente da qualcosa chiamata lotta di classe. Come possono i marxisti discutere con coloro che non credono che questa proposizione sia abbastanza definita e nella misura in cui lo è non sia universalmente vera? Tuttavia il marxismo applica la propria concezione del diritto come sovrastruttura dei rapporti economici di produzione a un'area di fenomeni sociali che corrisponde al concetto comune di diritto e inoltre fa riferimento esplicitamente alla coazione organizzata. La teoria della lotta di classe mira a spiegare come si organizza la sanzione (la repressione) in una società. Così Kelsen può condividere la tesi di Marx fin dove questi parla del diritto come organizzazione della repressione e contestare il resto (concezione) di Marx sulla funzione sociale del diritto.

A questo punto, provo la tentazione indecorosa di confrontare le teorie del diritto, che propongono concezioni complessive e idiosincratice del diritto, alla follia del matto alla stazione di Pavia. Non sarei il primo a farlo, visto che spesso i giuristi cedono alla tentazione di considerare i filosofi del diritto come un po' matti.

Del resto mettere in ridicolo i problemi filosofici fondamentali è una strategia comune in ogni istituzione, la strategia più frequente ed efficace essendo invece il silenzio. Nel nostro caso entrambe si basano sulla illusione che la pratica e la teoria della giurisprudenza possano evitare i problemi filosofici. Peraltro anche il giurista meno paziente verso le complicazioni filosofiche non pensa veramente che il teorico del diritto sia matto nello stesso senso di colui che crede di essere Napoleone. I filosofi (e tutti siamo filosofi *part-time*) hanno il compito di analizzare l'ovvio; quindi chiediamoci che differenza c'è tra chi, in un mondo pieno di orrori, dichiara improvvisamente che il diritto è pervaso dal valore dell'uguale dignità e rispetto e chi pensa improvvisamente di essere capostazione a Pavia. Aiuta a dare fiducia, ma non può essere conclusivo, il fatto che il teorico sia anche giurista, cioè che conosca il diritto vigente di cui tratta. Il possesso di conoscenze tecnico-giuridiche aiuta a sostenere l'apparenza che si sappia di cosa si parla; ma non può essere sufficiente, dopotutto mentre da un lato è vero che non tutti i teo-

rici del diritto conoscono bene il proprio diritto, dall'altro lato non tutti i giuristi positivi sono sani di mente<sup>52</sup>.

Come ho detto, è intrinseco alla dialettica tra concetto e concezione che le diverse concezioni "non vadano fuori tema" cioè non vadano al di là di variazioni sul tema e che rientrino nell'ambito del concetto comune, ma questo è un requisito così minimale che di solito viene dato per scontato. Quando si parla di teoria *del diritto* ci si aspetta che non si parli di astronomia. Si è visto che anche il folle malato di mania di grandezza può appropriarsi di una posizione giuridica solo se ha una corretta nozione di cosa conti come diritto. Ugualmente le variazioni del teorico devono rientrare in qualche modo tra le idee giuridiche diffuse e plausibili e devono essere presentate in collegamento con caratteristiche considerate indubbiamente parte del diritto, insomma deve dare una interpretazione o una lettura credibile di quanto avviene nella sua cultura nell'area della coazione organizzata, oppure le sue osservazioni non verranno considerate rilevanti<sup>53</sup>. Alcuni pensatori sono più convincenti di altri nel coniugare il solito con l'insolito; questo, per esempio, è una parte considerevole del genio di R. Dworkin.

Il senso comune ha una modalità semplice di controllo della follia, che secondo me non va sottovalutata neppure in questi casi. Guarda infatti con diffidenza alle tesi (giuridiche) che comportano un diretto *self-aggrandisement* di chi le propone. Un qualunque solitario pseudo-Napoleone o pseudo-principessa-Anastasia incontra assai rapidamente il giudizio di follia, a meno che non paia invece un truffatore. Consapevole che il diritto è una impresa sociale, la gente si aspetta che la grandezza e la titolarità di poteri giuridici vengano sostenuti da *altri*, è per questo che il re dei tempi storici girava circondato da flabelliferi o littori. È una richiesta del tutto sensata e legittima vista la natura sociale e collettiva dell'impresa giuridica.

Qualcosa di analogo a questo sentimento non è privo di effetti anche nell'area teorica. Qui non si tratta di credersi imperatore, non si tratta di follia, ma si tratta di sostenere che al diritto appartengano necessariamente caratteristiche non del tutto ovvie, che al proponente sembrano importanti o essenziali. La discussione teorica è alquanto più accogliente verso il *self-aggrandisement* che non il senso comune. Proviamo a dirlo nel modo più brutale, capovolgendo la cosa: una con-

<sup>52</sup> Un caso famoso di paranoia con delirio di grandezza fu quello di un alto magistrato, Daniel Paul Schreber, Presidente della Corte di Appello di Dresda. Il quale ha descritto egli stesso il proprio delirio in un libro pubblicato nel 1903, *Memorie di un malato di nervi*. Il caso è famoso perché fu studiato da Freud come prototipico caso di paranoia. Il Presidente Schreber, a quanto si capisce, si attribuiva poteri e capacità non giuridiche ma "mistiche", quindi la sua follia non aveva a che fare con il diritto. È possibile pertanto che le sue sentenze fossero giuridicamente corrette. Lo scritto di Freud si trova in italiano in S. Freud, *Casi clinici*, 6: *Il presidente Schreber* (1910), Bollati Boringhieri, Torino, 1975.

<sup>53</sup> Qualcuno dirà: "Hai visto l'ultimo articolo di Jori? Poveretto, è diventato proprio strano".

cezione che sottolinea un aspetto del diritto piuttosto che un altro ha spesso come risultato la tutela degli interessi, degli obbiettivi o dei valori di chi la propone, beninteso indirettamente e in linea generale. Questo viene notato spesso ed è al centro del concetto di *ideologia*, la tutela di valori o interessi sotto la apparenza di descrizione e conoscenza o di definizioni. La differenza tra ideologia e follia con usurpazione peraltro non sta solo nella natura indiretta e generale della ideologia, non ci accontentiamo del fatto che Savigny sostenesse che la elaborazione del sistema deve essere affidata alla giurisprudenza dottrinale, di cui Savigny era guarda caso un illustre membro, piuttosto che sostenere che lui stesso, Friedrich Carl von Savigny, era il vero Kaiser. Come si è detto, una concezione propone una visione non solo coerente ma in qualche modo credibile in base alle opinioni correnti del diritto e almeno in questo senso debolmente razionale. Quella di Savigny era indubbiamente una concezione del diritto che incarnava mirabilmente un modo di vedere il diritto del suo tempo e del suo paese.

Una concezione del diritto dunque, per quanto idiosincratca non è la appropriazione folle di una carica pubblica. Ma non bisogna dimenticare che le tre o quattro principali concezioni contemporanee del diritto hanno tutte una implicazione anche prescrittiva: si sottolinea un aspetto del diritto, del legislatore, della giurisprudenza o dello studio del diritto o delle costituzioni, ma si chiede anche che questo aspetto sia potenziato, che ad esso sia data più importanza nella pratica giuridica, nella politica e nella teoria del diritto. Si auspica che si rafforzino i poteri di alcuni operatori del diritto piuttosto che di altri.

## 5. *Il vecchio e il nuovo*

Riprendendo ora alcune osservazioni fatte nel primo paragrafo, se ordiniamo le concezioni del diritto in base al loro rapporto con il diritto vigente, possiamo trovare tra loro un evidente tratto comune. Le più diffuse e influenti concezioni, pur differenziandosi ed essendo in disaccordo su molte cose, si assomigliano per l'entusiasmo che dimostrano nel rilevare le novità del diritto del loro tempo. È evidente che ciascuna, nel suo tempo e ambiente giuridico, si è trovata di fronte a innovazioni importanti del diritto e non si può non vedere che queste novità al di là dei tentativi di distacco "scientifico" sono anche vivamente approvate, sono viste come progresso.

Ho più volte preso ad esempio di questo entusiasmo il giuspositivismo degli inizi, la Scuola dell'Esegesi coeva alla introduzione del Codice civile francese. Qui il teorico si trovava di fronte alla novità del Codice, un diritto civile che si presentava completo, sistematico, coerente e in effetti incarnava queste qualità in

grado radicalmente superiore al passato; ed ecco una concezione del diritto<sup>54</sup> che sottolinea e sponsorizza queste caratteristiche, il Codice. Altrove, abbiamo una teoria fatta a misura di un forte diritto parlamentare, con un parlamento dai poteri giuridicamente illimitati, in cui il diritto legislativo è l'elemento innovatore di un diritto giurisprudenziale raffinato; ecco l'imperativismo di John Austin. O si pensi alla concezione del diritto della scuola storica, cui si è accennato or ora menzionando Savigny, guarda caso così singolarmente adatta a rispecchiare e valorizzare il diritto e la cultura giuridica dominante nella Germania del suo tempo. Ed ora è arrivato il neo-costituzionalismo che isola ed eternizza con un *definitional stop*<sup>55</sup> il diritto delle costituzioni rigide e delle dichiarazioni dei diritti dell'Occidente, sviluppato negli ultimi due secoli a partire dal grande esperimento costituzionale della Rivoluzione americana<sup>56</sup> e diffuso dappertutto a partire dalla seconda guerra mondiale.

Il diritto è una pratica in cui si tenta di controllare le azioni sociali attraverso norme e coazione organizzata. Il senso della pratica giuridica, il senso minimale, è questo. Secondo Scarpelli questo fa sì che la giurisprudenza e la teoria debbano rassegnarsi ad avere una inevitabile portata normativa, non scientifica. Quanto ho detto delle concezioni del diritto sembra confermarlo. La teoria del diritto non è per questo condannata alla ideologia, a fingere di descrivere mentre in realtà cerca di prescrivere. Può evitare l'ideologia, secondo Scarpelli, solo dichiarando le scelte normative e politiche che le proprie concezioni e teorie comunque hanno. Cioè verso quali scelte si cerca di influenzare la pratica giuridica. Solo andando caparbiamente ad analizzare i propri concetti per enuclearne le parti che implicano valutazioni. Il modello teorico di Scarpelli è ispirato in questo al modello parlamentare, dove la legislazione è basata su scelte di valore (scelte faziose se vogliamo) compiute pubblicamente e attribuite alla responsabilità politica della parte che le propone.

Tutto questo accade perché, come ho detto, il diritto è un fenomeno diverso da un oggetto materiale, con una esistenza diversa da quella degli oggetti materiali, indifferenti a quello che pensiamo di essi. Il diritto è composto da comportamenti umani mossi da credenze, e queste non si vedono e non si toccano; le cre-

<sup>54</sup> Sul tema ho utilmente consultato: P. Chiassoni, *Scuola dell'esegesi. Progetto di voce per un "Vademecum" giuridico*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 2, 2003, pp. 335 ss.

<sup>55</sup> L'espressione è di H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law* (1968), OUP 2<sup>a</sup> ed. 2008, p. 5 che lo chiama un "abuse of definition". È ovvio che per Hart non tutte le definizioni teoriche sono abusi, solo quelle che servono a celare scelte di valore.

<sup>56</sup> Secondo S.E. Finer, *A Theory of Government*, O.U.P., Oxford 1997, vol. III, p. 1501 ss. la Rivoluzione americana inventò non solo il governo costituzionale, ma anche "inventò l'invenzione" del governo e dello Stato, cioè l'idea che una forma di stato possa e debba essere progettata, discussa e stabilita nei dettagli istituzionali, come un meccanismo. Un'idea illuminista e rivoluzionaria che venne ripresa e diffusa dalla Rivoluzione Francese e che da allora ci sembra ovvia.

denze sono influenzate da altre credenze, significati, linguaggio, dalle descrizioni e teorie su di esse e specialmente su cosa è importante in esse. Di questo va tenuto conto se non vogliamo proporre delle finzioni.

Con questo non ho sostenuto che il mondo del diritto sia un mondo di folli o semi-folli, che usano i concetti con totale disinvoltura per ottenere qualche vantaggio di posizione. Ci sono tuttavia delle somiglianze curiose, che non mancano di scandalizzare gli estranei e vanno attentamente considerate. Per esempio gli avvocati in tribunale dicono cose faziose, sia pure a vantaggio di altri e non a vantaggio immediato di sé stessi. E la fanno franca quando sposano la tesi opposta col cliente successivo. Se il metodo giuridico, l'argomentazione che accompagna le azioni giuridiche, non è una illusione, è vero tuttavia che le sue premesse non sono molto rigide e definite, quindi è relativamente facile far scivolare qualche premessa interpretativa *ad hoc* in una argomentazione giuridica, per assicurarsi una conclusione gradita. In certe circostanze lo fanno tutti, tutti se lo aspettano, questo a quanto pare rende la pratica accettabile.

In termini sufficientemente generali, questa pratica prende la apparenza della teoria. Si parla ad esempio di teorie della interpretazione giuridica, quando si tratta in realtà della scelta di un possibile argomento interpretativo, all'improvviso preferito tra tutti i possibili, per assicurare la conclusione preferita presentata come l'unica possibile, la *right answer*. Questo tipicamente è il *modus operandi* di Robert Alexy, il quale ci presenta nei suoi libri lunghi elenchi di argomenti giuridicamente opinabili come fossero dimostrazioni, aggiungendo appunto di volta in volta premesse *ad hoc*. Puntualmente e minuziosamente il giusrealismo, da almeno cinquant'anni, nega la cogenza di simili argomenti interpretativi (molti giusrealisti peraltro proseguono nella direzione dello scetticismo completo, dove non li segue).

Peraltro sono rari i giuristi con una concezione del diritto elaborata, alla Savigny, alla Hart, alla Alexy o alla Dworkin. La maggior parte aggiunge argomenti *à la carte* quando servono nei singoli casi. I limiti di questo modo di procedere sono due: che è sotto mentite spoglie, quindi ideologico; e che il metodo è più incerto dei risultati sostanziali che dovrebbero essere basati su di esso, quindi inutile<sup>57</sup>.

A questo punto, direi che il neo-costituzionalismo, soffre del limite di fondazione di ogni concezione del diritto che pretende di essere il concetto. Il suo

<sup>57</sup> Una tesi analoga alla distinzione tra concetto e concezione a proposito del giuspositivismo è adombrata da J. Coleman, *Negative and Positive Positivism*, in *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, ed. by M. Cohen, Duckworth, London, 1984, trad. it. *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, cit., p. 260 ss. La distinzione di Coleman è fatta per rispondere alle obiezioni di Dworkin alla sua nozione di positivismo giuridico, ma osservo che in sostanza il suo *negative positivism* è composto da elementi minimali che qualcuno vorrebbe integrare con l'aggiunta di una più ricca e controversa panoplia di caratteristiche (dunque si tratta di una concezione) nel *positive positivism*.

aspetto ideologico è di mettere in ombra alcune delle implicazioni meno attraenti e certamente meno nuove dei diritti costituzionalizzati<sup>58</sup>. Questa è ideologia, la cosa è stata già più volte rilevata. Nella sostanza è pur sempre connessa al trionfalismo, che appare oggi così evidente per altre concezioni del diritto trionfalistiche del passato. Questa somiglianza tra le concezioni vecchie e nuove è perfettamente rilevata, per quanto riguarda la interpretazione, da Claudio Luzzati: “il freddo teorico del diritto, d'altra parte, potrebbe cinicamente osservare che in realtà non è cambiato niente. Per i giuristi che si fanno suggestionare dalla metafora della bilancia, la ponderazione è un procedimento infallibile, né più né meno di come appariva il sillogismo nei sogni dei positivisti ottocenteschi [...]. L'acida conclusione potrebbe essere la seguente: proprio come avveniva ieri col sillogismo, anche oggi con la ponderazione si cerca di spargere una fitta cortina fumogena per proteggere le operazioni della classe giudiziaria e degli addetti ai lavori dalle critiche”<sup>59</sup>. Ogni aspetto del diritto che oggi sembra magnifico e progressivo domani mostrerà i suoi limiti e i suoi inconvenienti; la concezione che lo magnifica verrà accusata di aver nascosto il modo in cui i poteri del momento ne avranno usato e abusato, sembrerà superata e vecchia. Esattamente come accade oggi per i codici e la scuola dell'esegesi o per l'ideale monarchico dietro l'accentramento di Luigi XIV o per l'illuminismo pre-codificatore di Maria Teresa; o per l'imperativismo parlamentare del secolo d'oro della Gran Bretagna. Gli storici del futuro dovranno scrivere libri per convincere i posteri che le costituzioni e le dichiarazioni dei diritti fatte ai nostri tempi furono un grande progresso. Eppure non solo i meriti ma anche i limiti etico-politici del costituzionalismo sono già ben evidenti a chi non vuole farsi ciecamente partigiano del presente. L'enuncia con la forza necessaria, ma anche con equanimità, Anna Pintore: “[il neo- costituzionalista] in realtà tratta come inevitabile, unanime e irreversibile solo un prodotto contingente, una tra le possibili declinazioni del contratto [sociale], di solito frutto di un com-

<sup>58</sup> R. Dworkin in *Law's Empire* sostiene la co-estensionalità del diritto come da lui concepito con il diritto dei giuspositivisti. Come ho detto, non capisco bene quale sia il criterio o il modo in cui tale co-estensione verrebbe ottenuta. Egli imputa dunque ai giuspositivisti non un errore di delimitazione del diritto ma una insufficienza di comprensione o interpretazione di questa area comune. Non fosse che sugli *obiter dicta* di Dworkin non si può fare alcun affidamento, questa osservazione sarebbe compatibile con la mia tesi della compresenza di concezioni diverse nella stessa area giuridica approssimativamente identificata dal senso comune.

<sup>59</sup> C. Luzzati, *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrine*, cit., nel Cap. IV intitolato “Dalla catena alla bilancia” (cioè dalla catena del ragionamento sillogistico alla bilancia del bilanciamento dei principi), p. 322. Luzzati nota anche le differenze tra paleo-giuspositivismo e neo-costituzionalismi di oggi nella possibile maggiore apertura e provvisorietà delle conclusioni ottenute con il metodo della ponderazione dei principi rispetto alla dogmatica sistematica *d'antan*. Salvo poi notare che tale maggiore apertura è peraltro assente in alcuni autori come Dworkin e Ferrajoli (Luzzati, op. cit., pp. 323-4); indipendentemente dal modo specifico in cui ciascuno ritiene che il diritto possa e debba giungere alle conclusioni corrette (le loro).

promesso più o meno stabile o fragile, e comunque legato a una storia particolare (anche se si tratta di una storia che ha la pretesa di imporre universalmente la propria razionale superiorità).<sup>60</sup> Pintore sta dicendo una parola a favore del principio democratico, che con tutti i suoi inconvenienti ha anche il vantaggio di non essere legato a una specifica dottrina dei diritti, che varia per ogni teorico che la propone.

Qual è il rapporto tra le idee qui esposte e le concezioni del diritto parti di una ormai secolare discussione?

L'analisi di metagiurisprudenza descrittiva sviluppata in queste pagine pretende di mettersi per un momento al di sopra di tutte queste concezioni del diritto. Per fare teoria del diritto bisogna per un istante pretenderlo; pur sapendo che qualunque soluzione proposta entrerà nel novero delle idee normative che vanno valutate anche per il loro possibile effetto normativo sul diritto. Per questo devo menzionare una osservazione che mi muove Juan Ruiz Manero, commentando il mio libro del 2010<sup>61</sup>. Credo che in effetti Manero individui la più grave e generale difficoltà non solo della mia posizione ma di ogni tentativo di giuspositivismo metodologico.

*“Si tengo razón en mis intuiciones, y estas dan cuenta, efectivamente, de creencias compartidas en la comunidad jurídica, tales creencias son incompatibles con la opción de Mario [Jori] por una propuesta de metodología jurídica como la “hecha por Hans Kelsen con su acostumbrada claridad, y continuada por los Bobbio, los Hart y los Scarpelli, que impone a la ‘ciencia jurídica’ detectar u declarar la indeterminación, y a la jurisprudencia manifestar el ejercicio de su propia discrecionalidad ineliminable” (p. 120). Optar por esta propuesta implica considerar que nuestras comunidades jurídicas están equivocadas en un punto central de su manera de entender su propia práctica, y esto, a su vez, es incompatible con entender, como entiendo Mario en un pasaje que ya he citado, que la práctica de nuestras comunidades jurídicas “en su conjunto hace lo que dice hacer y lo hace en el modo en que piensa que lo hace” (p. 15). Pues las discusiones que en nuestras comunidades se generan en torno a las decisiones judiciales parecen suponer, a mi modo de ver y por decirlo con Robert Alexy, la aceptación de la idea de la “única respuesta correcta” como idea regulativa”.*

Manero dunque obietta che, secondo la mia ricostruzione, la giurisprudenza funziona solo perché ideologicamente essa tiene celata la natura discrezionale

<sup>60</sup> A. Pintore, *I diritti insaziabili*, “Teoria politica”, 2, 2000. L'autrice difende (con misura) il principio democratico, come un principio che nelle costituzioni moderne dovrebbe equilibrare i diritti (concessi da un costituente storico e interpretati dai giudici).

<sup>61</sup> J. R. Manero, *Aclarar lo que, una vez aclarado, resulta obvio. Sobre Del diritto inesistente de Mario Jori*, “Diritto e questioni pubbliche”, 2011. Si veda anche la prefazione della edizione in castigliano del libro.

delle proprie operazioni e quindi nasconde il proprio potere. *Arcana imperi* si sarebbe detto nel Seicento. Ogni tentativo di andare oltre sarebbe per il giurista un passo verso la distruzione della pratica giuridica.

Confesso che questa critica mi mette alquanto a disagio. Mi consolo osservando che questo problema non riguarda solo il mio libretto. La principale debolezza messa in luce dall'argomento di Manero, secondo me, è intrinseca a questo tipo di lavori analitici. Posso citare, a questo riguardo, un notissimo scritto di Herbert Hart, *The Nightmare and the Noble Dream*<sup>62</sup>. L'incubo di cui parla Hart in questo saggio è appunto il sospetto che i giuristi riescano a svolgere la loro funzione nella società solo in quanto fingono di fare quello che non fanno e fanno quello che non si deve sapere che fanno. In breve, solo perché imbrogliano. Il nobile sogno di cui parla il titolo naturalmente è quello di Ronald Dworkin, che esista una unica corretta risposta a tutte le questioni giuridiche. Ma cosa fare se si deve concludere che una parte considerevole del diritto, che si finge o sogna di ritrovare già formato e fissato in norme generali, risulta inventato dai giudici e giuristi al momento della applicazione? Se i giudici si inventano le risposte in sede di applicazione, se il metodo giuridico non è affatto solo una cinghia di trasmissione, tramite le parole della legge, delle decisioni di un potere politico legittimo perché democratico, allora le decisioni sono in parte il prodotto di un potere nascosto, nascosto in piena luce, che non può essere considerato legittimo in quanto nascosto e soprattutto perché non è legittimato dal principio democratico. Giudici e in minor misura i giuristi rientrerebbero allora fin troppo bene nella categoria dei piccoli tiranni di cui parla Montesquieu<sup>63</sup>. A ovviare questo pericolo aspirano tutte le risposte della *right answer*. L'inconveniente della risposta dworkiniana, come pure di quella di Alexy, è che non sappiamo cosa farcene di una risposta giusta che, a quanto pare, nessuno riesce a dimostrare e forse neppure a formulare.

Sull'altro versante abbiamo le teorie interamente scettiche, al modo del giusrealismo scettico, che incarnano senza esitazioni il *Nightmare* dei giuristi, per cui il pensiero giuridico è una forma di superstizione il cui funzionamento sociale dipende dalle illusioni o dal cinismo dei partecipanti. Il giusrealismo ci ha mostrato quanta incertezza rimanga nella interpretazione e applicazione delle regole anche più dettagliate, figuriamoci per la interpretazione/applicazione di principi espressi in testi altisonanti e sommari come le costituzioni nella parte delle di-

<sup>62</sup> L'articolo venne originariamente pubblicato nella *Georgia Law Review* del 1977. È considerato giustamente così significativo da essere ripreso nel titolo della bella biografia di H.L.A. Hart: N. Lacey, *A Life of H. L. A. Hart, The Nightmare and the Noble Dream*, OUP, Oxford 2004.

<sup>63</sup> Il signor di Montesquieu, *Spirito delle Leggi*, lib. VIII, cap. II §34: "Ei si forma de' piccoli tiranni che hanno tutt'i vizi d'un solo. In breve ora diventa insoffribile tutto ciò che vi resta di libertà, s'alza un solo tiranno ..." (1748), Dalla Tipografia del Monitore delle due Sicilie, Napoli 1819.



chiarazioni dei diritti. Il problema dei metodi “nuovi” dei neo-costituzionalisti è che sono in realtà nella forma vecchissima delle interpretazioni di dichiarazioni apodittiche e di principio; una attività più vecchia ed enormemente più incerta della interpretazione di testi sistematicamente ordinati di regole di condotta. Il loro grado di metodicità è scarso, nel senso che il metodo è più controverso delle soluzioni che aspira a raggiungere.

Un mio vecchio articolo *Il giurista selvaggio*<sup>64</sup> è ispirato alla discussione che rivoluzionò l'antropologia culturale post-vittoriana. Il pensiero selvaggio per l'antropologo post-vittoriano può essere internamente coerente ai suoi propri principi e in questo senso razionale e suscettibile di dimostrare conclusioni *justa sua principia*. Può essere anche socialmente utile, ma coerenza interna e utilità non rendono accettabili i suoi principi per l'antropologo occidentale, il quale se ne serve solo per comprendere e prevedere come si comporteranno i selvaggi. Dobbiamo concludere alla fine che il giurista è come lo stregone e il teorico del diritto scettico è come l'antropologo? Le credenze giuridiche sarebbero infondate, ma funzionerebbero svolgendo una funzione sociale, operando sulle illusioni dei giuristi selvaggi e dei cittadini selvaggi che vi credono. Uno stregone presenta le proprie pratiche magiche come efficaci, ma esse sono efficaci solo sulla psiche e le emozioni dei selvaggi che vi credono; il tutto funziona nella misura in cui non si sa che non funzionano nel modo in cui pretendono di funzionare.

Inutilmente alcuni neo-stregoni cercherebbero di ristabilire il prestigio delle superstizioni (e istituzioni) smascherate, dichiarando che si tratta di danze della pioggia interpretative basate sul valore dell'integrità della vita selvaggia. È solo un altro modo per dire che decidono a piacer loro. La diffusione delle spiegazioni corrette porterebbe con sé inevitabilmente la rovina delle pratiche “selvagge” descritte. Naturalmente ciò richiederebbe che teorie analitiche e le società selvagge venissero effettivamente a contatto. L'antropologo post-vittoriano poteva essere pressoché certo che gli Ashanti da lui descritti non avrebbero letto i suoi grossi volumi scritti in inglese e pubblicati a Londra, sicché lo stregone Ashanti poteva continuare tranquillamente ad esercitare la sua professione in Ghana. Forse il teorico del diritto può essere ugualmente certo che nessun serio operatore giuridico si curerà delle sue teorie e concezioni, favorevoli o sfavorevoli che siano alle pratiche giuridiche. Si tratterebbe però di una risposta piuttosto paradossale alla osservazione di Manero e agli incubi di Hart.

Secondo me, una diversa linea di risposta viene suggerita dagli atteggiamenti di due classici del giuspositivismo critico, Hart e Scarpelli. Entrambi credevano (come del resto Kelsen) nel ruolo parzialmente creativo della giurisprudenza e

<sup>64</sup> M. Jori, *Il giurista selvaggio. Un contributo alla metodologia della descrizione sociale*, “Sociologia del Diritto”, 1, 1974, p. 85 ss.

della interpretazione, ma non per questo pensavano che il mondo giuridico dovesse rinunciare alla sua tradizionale funzione di descrizione del diritto in funzione della sua applicazione, né che essa potesse aver luogo solamente al riparo della superstizione e dell'inganno. È particolarmente significativo a questo proposito, ed è stato sempre per me una costante materia di riflessione, il saggio di Scarpelli in cui egli si dichiara giuspositivista pentito. Lo propongo come esempio di esplicitazione dei fondamenti e dei limiti delle proprie scelte. In esso Scarpelli, di fronte alla insufficienza (contingente) del legislatore italiano, dichiarava di essere giunto a porre le proprie speranze nell'operato della Corte costituzionale, che si presentava ai suoi occhi come un organo creativo, giudiziario-politico. Questo vuol dire, secondo Scarpelli, che la Corte opera come una aristocrazia, una aristocrazia del merito (o di servizio) a integrazione e correzione della democrazia degli eletti, condividendo attraverso le sentenze di costituzionalità una parte del potere politico, legislativo e costituzionale. È una proposta di giurisprudenza prescrittiva, evidentemente sofferta e presa soppesando i costi e gli inconvenienti in termini di democrazia, come tale presentata consapevolmente come una proposta illuministica di ingegneria costituzionale, sia pure assecondando una tendenza che Scarpelli vedeva già in atto. Chi ha vissuto la storia successiva della Corte costituzionale italiana, che Scarpelli non ha potuto vedere, può oggi dire che questo è puntualmente avvenuto. Scarpelli propone un atteggiamento esplicito e dichiarato al livello appropriato, cioè dichiaratamente politico, piuttosto che al livello immaginario e onirico a cui lo collocano un Dworkin e in genere i vari esponenti della tesi della risposta giusta in materia di diritti. La Corte tuttavia presenta le proprie scelte sempre come le uniche possibili e con questo sembra temere quello che teme Manero. Le scelte sono inevitabili, la differenza tra le due posizioni è riconoscere o nascondere la realtà delle scelte. In parte Scarpelli si muove parallelamente a Hart e d'accordo con la teoria hartiana della interpretazione delle aree grigie; ambedue gli autori naturalmente ispirati da Kelsen<sup>65</sup>. Ma una parte è tipica del solo Scarpelli, il riconoscere che la interpretazione discrezionale in materia costituzionale produce un potere politico in senso pieno, attinente alle scelte generali di una società, un potere che quando non è democratico può essere, nel migliore dei casi, solo aristocratico, cioè di un organo che non è formato dal meccanismo della democrazia rappresentativa e dal voto popolare. La presenza di

<sup>65</sup> In polemica verso il positivismo giuridico molti autori continuano a rimproverare a Kelsen un suo presunto formalismo interpretativo, laddove Kelsen sostiene che ogni interpretazione è parzialmente creativa e quindi ha un elemento discrezionale. Come ho accennato sopra, una volta tanto Dworkin rende giustizia agli avversari, definendo il giuspositivismo come la teoria della discrezionalità interpretativa, che per lui invece, come abbiamo visto, non esiste o non dovrebbe esistere, perché la *right answer* è resa possibile dalla applicazione dei principi e da un atteggiamento correttamente interpretativo.

una aristocrazia del merito<sup>66</sup> o di servizio naturalmente è soluzione tutt'altro che nuova nel mondo e nella storia, anzi vecchia, vecchissima, perlomeno altrettanto di quella ereditaria. Pregi e difetti ne sono ben noti e la originalità di Scarpelli sta nel riconoscere apertamente la realtà di tale potere giudiziario per quello che è, non mascherando una soluzione molto vecchia per una novità.

Guardando dunque la storia della recente discussione sul giuspositivismo e sulle altre concezioni del diritto alla luce della storia, mi pare che il neo-costituzionalismo vi appaia in una luce diversa da come si vorrebbe presentare: come un'istanza della tendenza a considerare nel modo più favorevole le grandi novità del diritto positivo del proprio tempo. Oggi le concezioni della Scuola dell'esegesi vengono menzionate come esempio di errori e orrori giuridici, dal formalismo interpretativo al sistema, dalla completezza alla coerenza. Dobbiamo ricordare però le grandi novità portate dalla prima codificazione, che sono l'altra faccia delle stesse cose, appunto quanto a certezza, ordine, completezza, coerenza<sup>67</sup>. Certo la storia del diritto non era finita, la perfezione non era raggiunta; certezza, completezza, coerenza non erano raggiunti se non come aspirazione, se non nel giustificato entusiasmo per la novità da parte della concezione del diritto paleo-giuspositivista. Quello che era giustificato considerare un progresso non era giustificato considerare perfezione. E certamente, certissimamente la semiotica ci dice che i testi normativi in linguaggio ordinario hanno sempre varie possibilità di interpretazione e quindi che il formalismo interpretativo è falso, posto che qualcuno l'abbia davvero mai sostenuto nella sua forma estrema. Quei teorici elevavano l'esistente, sistematico ma certo non perfetto, all'ideale del diritto.

Ebbene il neo-costituzionalismo oggi è sulla stessa linea quanto all'atteggiamento di fondo, anche se i contenuti sono diversi. Di fronte alle costituzioni rigide dell'occidente democratico e alle dichiarazioni dei diritti si implica che sono perfezione giuridica valida per tutti i tempi e luoghi. Si decide persino che le costituzioni attuali e il loro elenco dei diritti non sono più modificabili, so-

<sup>66</sup> Osservo che in tutte le aristocrazie del merito, il merito è riconosciuto per selezione da parte di un potere politico: spesso, un tempo, erano pregressi meriti militari. Si tratta quindi di una aristocrazia di servizio. L'esempio storico più importante di una simile aristocrazia è senz'altro quello cinese, dove i dirigenti della amministrazione/giudici erano selezionati con concorsi pubblici letterari (noi occidentali li chiamiamo *mandarini*). Scarpelli nell'articolo non affronta il problema. U. Scarpelli, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi* (1987) in *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, a cura di A. Schiavello e V. Velluzzi, Torino 2005, pp. 96-103: vedi anche U. Scarpelli, *Il positivismo giuridico rivisitato* (1989), citato all'inizio di questo saggio.

<sup>67</sup> Se accettiamo l'immagine data da Bobbio dell'evoluzione del diritto europeo moderno, in N. Bobbio, *Il Positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto* (1961), Torino 1996, l'accentramento assolutista e il relativo rafforzamento del legalismo sono stati la prima necessaria fase storica che ha portato, dopo la Rivoluzione francese, all'abolizione della monarchia assoluta e alla separazione dei poteri, quindi all'affermazione del principio di stretta legalità, di cui la codificazione segnò un passo ulteriore.

no la “fine della storia”. Di nuovo. Si implica che si tratta di un problema di mancata attuazione, che si risolveranno nella pienezza dei tempi e che verranno smentiti i timori che ogni risultato positivo abbia un suo costo e i suoi intrinseci limiti. In particolare ci si affretta a nascondere la ovvia verità che la maggior tutela di certi diritti ha come costo i corrispettivi doveri e i limiti posti ad altri diritti e che il conflitto tra essi e la creatività giudiziaria rispetto alla loro interpretazione e bilanciamento abbia come costo l’incremento di un potere non democratico e, finora, mascherato da non potere.

Anche a me piacciono i diritti e le costituzioni rigide, lo confesso, ma non al punto da illudermi che non si tratti del prodotto di scelte contingenti, che il tutto sia senza costi e non richieda dolorose scelte. Tanto meno penso che piacciono a tutti come piacciono a me, anzi mi sembra evidente il contrario. Il punto di partenza, non molto volentieri ricordato negli altri paesi occidentali, è il fatto storico che le Costituzioni rigide sono state inventate negli Stati Uniti d’America, i quali al momento sono il paese più potente e con maggiore influenza del mondo. Metà dei sostenitori occidentali dei diritti non ama affatto il particolare *mix* di diritti che prevale negli U.S.A. in questo momento, anzi qualche sostenitore delle concezioni dei diritti sembra amarlo meno di ideologie e posizioni politiche che non hanno nessun posto per diritti, stato di diritto, divisione dei poteri e democrazia. Inoltre, metà degli stessi cittadini degli U.S.A., a quanto risulta dai sondaggi e dalle elezioni, dissente in modo radicale dalle idee in proposito dell’altra metà. Soprattutto, una parte assai grande del mondo, dobbiamo ammetterlo purtroppo, non è governata democraticamente; una parte assai grande rifiuta con ardore principi di uguaglianza come quello tra uomo e donna; uno dei paesi più popolosi ha una società ostinatamente divisa in caste; molti credono fermissimamente che la libertà di religione sia una cosa orribile, meritevole della pena capitale, naturalmente quando è esercitata a danno della propria religione; l’indipendenza del giudiziario alla fine è limitata ai soli paesi occidentali. Sono cose incompatibili con qualunque interpretazione della Dichiarazione dei diritti che vengono subito in mente: in tutti questi casi il rispetto dei principi della Dichiarazione universale dei diritti, se c’è, è solo a parole e spesso non c’è neppure questo. Da parte mia, desidero certo un futuro in cui tutto il mondo sia (almeno) come la Danimarca<sup>68</sup>: cerco però di non scambiare i miei desideri per descrizioni o previsioni.

Mi pare dunque che possa essere utile guardare alla teoria del diritto anche dal punto di vista di concezioni del diritto che tentano di staccarsi maggiormente dall’adorazione del contingente e del positivo. Sono le posizioni dei Kelsen, Bob-

<sup>68</sup> Il World Happiness Report 2015 mette la Danimarca al primo posto ([http://world-happiness.report/wp-content/uploads/sites/2/2016/03/HR-V1\\_web.pdf](http://world-happiness.report/wp-content/uploads/sites/2/2016/03/HR-V1_web.pdf)). Si potrebbe notare che tutti i parametri su cui si basa il rapporto sono scelte politiche.

bio, Ross, Hart e degli Scarpelli<sup>69</sup>. Non ci vuole molto per rendersi conto del perché approcci di questo genere non siano popolari tra i giuristi; essi disseminano di impacci la strada verso conclusioni forti, producono ostacoli, distinzioni, necessità di accordarsi su ogni definizione; rendono difficile e forse impossibile fondare i propri argomenti altrimenti che, ultimativamente, su scelte. Si ottengono dubbi invece che risposte, ciò genera frustrazione.

Questo non accade di certo al neo-costituzionalismo sul continente e al dworkinismo negli Stati Uniti. Si capisce l'attrattiva di simili soluzioni "gagliarde" rispetto al giuspositivismo critico, una filosofia che per sponsorizzare un più incisivo intervento di una corte costituzionale è costretta a farlo (con Scarpelli) ammettendo che si tratta di una aristocrazia di servizio, con un costo di democrazia. Si salva la coscienza di chi crede che le scelte politiche debbano essere pubbliche ed esplicite, ma si rende la proposta assai meno attraente e persuasiva perché ne sono resi pubblici i costi.

Ho notato più volte in queste pagine che Dworkin definisce il giuspositivismo come la teoria della discrezionalità. Con riferimento al giuspositivismo critico, l'autore statunitense coglie nel segno, poiché le scelte interpretative del giurista giuspositivista alla Hart non sono nascoste sotto una definizione idiosincratica del diritto, come sono invece quelle di Dworkin. Ciò che può rendere davvero le teorie del diritto indifferenti verso la pratica giuridica non è la loro presunta scientificità, che non c'è, ma la loro mancanza di influenza. Lo studio del diritto del passato lontano ha talora questa caratteristica, salvo naturalmente quando la storia del diritto è usata per influenzare i giuristi del presente.

## 6. Conclusione

Riassumendo. Il senso comune ci dice dunque in quale area della realtà sociale dobbiamo guardare per trovare il diritto e gli indizi che troviamo in abbondanza in questa zona, quella della sanzione organizzata, permettono anche al laico di individuare il diritto vigente pur senza conoscerne granché. Questa evidenza sostituisce la testimonianza di occhi e tatto, che valgono per gli oggetti materiali, ma non valgono per le credenze che costituiscono la esistenza del diritto. Nella area

<sup>69</sup> Con le parole di Luigi Ferrajoli: "Ricordo che negli anni Sessanta e Settanta la battaglia principale che conducemmo all'interno della magistratura italiana fu appunto diretta contro l'ideologia del "giudice bocca della legge", che occultava le inevitabili scelte etico-politiche operate dall'interprete (tanto più conformiste e conservatrici quanto più negate e inconsapevoli) ... Quella connessione viene invece da costoro [da Alexy a Atienza] presentata come "connessione concettuale": la giustizia o comunque una qualche pretesa di giustizia" e un qualche minimo etico, vengono con essa presentati come connotati del diritto e dei concetti giuridici, come condizioni necessarie della giuridicità dei fenomeni indagati ..." L. Ferrajoli, op. ult., cit., p. 6.

giuridica si trova un apparato di poliziotti, giudici, esperti di diritto, comandi (testi), scritture, uniformi, cartelli stradali, carceri, aule di tribunali. Sono tutti indizi visibili delle opinioni che costituiscono la esistenza di un diritto vigente. Il diritto che in questo modo troviamo in tutte le società è però una realtà complessa, la cui descrizione dettagliata va al di là del senso comune, al modo in cui una locomotiva è piena di macchinari complessi conosciuti solo dagli esperti. Le persone non esperte tuttavia sanno cosa sono le locomotive, sono perfettamente in grado di individuare e interagire con le locomotive, quando prendono il treno.

Nella nostra società i giuristi trovano norme di riconoscimento, ordinamenti giuridici, fonti del diritto che auto-identificano e auto-circoscrivono quel diritto con maggior precisione. Le trovano naturalmente se ci sono là dove tutti guardano, nel diritto vigente. Mentre tutti sanno cosa è il diritto vigente del loro paese e sanno cosa palesemente non lo è, non tutti sanno quali siano le fonti del diritto e non sanno quale sia la loro gerarchia e come funziona la legislazione, come è limitata dalla Costituzione e così via. Lo strumento delle "fonti" è maneggiabile solo dai giuristi.

Questo procedimento in due fasi di individuazione/determinazione del diritto spiega alcuni apparenti paradossi su cui si tormenta da tempo la teoria del diritto, non solo quella giuspositivistica della norma fondamentale e della norma di riconoscimento.

Il giurista, come tutti, fa riferimento al senso comune, mediante il quale individua il diritto vigente, un insieme che ai suoi occhi professionali si auto-precisa con proprie autodeterminazioni, divenendo qualcosa che il giuspositivismo chiama, con parecchio ottimismo, un ordinamento giuridico.

Dunque nel settore della vita sociale in tal modo identificato dal senso comune come diritto vigente, il giurista troverà di solito nelle nostre società delle fonti coordinate, un ordinamento, qualcosa che indubbiamente in parte esiste *in rebus* e in parte è il prodotto della nostra visione costruttiva<sup>70</sup>; troverà una norma di riconoscimento (è la tesi di Hart). Questi concetti e parole chiariscono l'operare del senso comune in materia giuridica, ma già appartengono alla teoria del diritto o alla dogmatica giuridica. La teoria duale qui proposta della individuazione

<sup>70</sup> Che il sistema/ordinamento e la completezza fossero *in rebus* o opera della giurisprudenza fu una questione che molto occupò Giovanni Tarello e che gli sembrò un aspetto decisivo per la critica al giuspositivismo. Si veda per esempio il suo intervento in *Il diritto come ordinamento*, in *Atti del X Congresso nazionale di filosofia del diritto*, Bari, 3-5 ottobre 1974, Giuffrè, Milano, 1975). Molte delle osservazioni di Tarello possono essere rivolte pari pari a critica delle costruzioni del neo-costituzionalismo. Tarello riteneva che questo dimostrasse che la giurisprudenza "descrittiva" non era empirica e non era descrittiva ma ideologica e in qualche senso (era un filosofo acuto) aveva ragione. Cerco di dimostrare che tuttavia non è questo il punto, che la descrizione di credenze non può essere come la descrizione di oggetti materiali e comprende necessariamente scelte e ricostruzioni, ma può essere ugualmente obbiettiva.

/determinazione del diritto, permette di spiegare la apparente contraddizione per cui il diritto è individuato immediatamente dal senso comune, ma nello stesso tempo può essere determinato e descritto solo con strumenti tecnico-giuridici di cui si viene in possesso con faticoso studio. In estrema sintesi il mio argomento è che per poter usare le norme giuridiche che determinano il (resto di) un diritto è necessario avere già individuato quel diritto.

Il punto, affrontato in questo saggio va considerato un tentativo di perfezionare la teoria giuspositivista della norma di riconoscimento, da sempre un punto debole del giuspositivismo critico. Ho anche rilevato la presenza di solito tacita di un concetto di diritto nel cuore delle operazioni di senso comune. Varianti di questo concetto-base emergono alla luce del sole come concezioni più o meno idiosincratiche nella cultura giuridica e servono a operazioni ideologiche e culturali assai elaborate di una minoranza di giuristi e filosofi. Sono l'oggetto di discussioni come quella a favore o contro il giuspositivismo o il neo-costituzionalismo.

Il problema rimane ostinatamente invisibile al neo-costituzionalismo e in genere ai giuristi e giudici impegnati nelle operazioni giuridiche. Il motivo per cui ciò può accadere è che essi sanno già (come tutti noi) quale sia il diritto vigente, perché ci operano dentro e non hanno bisogno di scoprirlo. Sono come un verme nella mela, che nella mela si muove con grande competenza e conoscenza e che non ha bisogno di guide per raggiungerla perché ci vive dentro; per il verme la mela è il mondo, proprio come il "suo" diritto vigente è il mondo professionale dell'operatore giuridico. E come per tutti gli altri il diritto vigente è parte del mondo sociale che hanno intorno.





FERRANDO MANTOVANI

EROSIONE DEL PRINCIPIO DELLA RISERVA DI LEGGE,  
INTERROGATIVI E RIMEDI <sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. La funzione del principio della riserva di legge. – 2. La «costante» storica della finalità garantista e la «variabile» della *ratio* di garanzia. – 3. La reiezione della riserva di legge negli ordinamenti dittatoriali e totalitari. – 4. L'attuale erosione della riserva di legge negli ordinamenti democratici liberali. – 5. Le cause dell'erosione. – 6. Gli inquietanti interrogativi e i possibili rimedi. – 7. Considerazioni conclusive.

1. *La funzione del principio della riserva di legge*

Nei moderni ordinamenti liberaldemocratici, di *civil law*, il principio di legalità si articola – come è noto – in tre principi specifici, interdipendenti ed inscindibili, perché funzionalmente diretti ad un'unica finalità garantista, pur se operanti nei tre diversi piani delle fonti, della formulazione e della validità nel tempo della legge penale: 1) il *principio della riserva di legge*; 2) il *principio di tassatività-determinatezza*; 3) il *principio di irretroattività*.

Per quanto concerne, più specificamente, il *principio della riserva di legge*, esso, di fronte alla pluralità di possibili fonti normative, intende riservare il *monopolio legislativo penale* al Potere legislativo. Con la duplice conseguenza di escludere dalle fonti del diritto penale: 1) innanzitutto le fonti non scritte; 2) nonché le fonti scritte diverse dalla legge (o dagli atti aventi forza di legge), cioè ogni altro atto normativo del potere esecutivo, della pubblica amministrazione.

La funzione del suddetto principio consiste, pertanto, primariamente non nella salvaguardia della certezza giuridica, come non si è mancato di affermare, cui provvedono invece, sotto i rispettivi profili, i principi di tassatività-determinatezza e di irretroattività della legge penale. E ciò per la duplice ragione: 1) perché la legge penale, come è sovente accaduto nella esperienza legislativa italiana, specie recente, può essere di contenuto del tutto incerto, per la genericità, vaghezza, oscurità della sua formulazione, mentre una fonte scritta sublegislativa, quale un atto regolamentare del potere esecutivo, ben può essere, come sovente avviene, più precisa e tassativa della legge; 2) perché, concepita la

<sup>(\*)</sup> Il presente scritto è destinato agli Studi in onore del Professor Lorenzo Morillas Cueva, Cattedratico di diritto penale nell'Università di Granada.

legge in funzione di certezza, si farebbe salva la possibilità di una disciplina penale regolamentare, anche diretta ed autonoma, del potere esecutivo, che è proprio ciò che con tale riserva si è sempre inteso evitare.

Con l'attribuzione del *monopolio della criminalizzazione* al Potere legislativo si è inteso perseguire il duplice scopo: 1) di evitare, respingendo le fonti materiali e subordinando il giudice alla legge, una prima possibilità di *arbitrio del potere giudiziario* (alla seconda possibilità, insita nell'incertezza della legge, provvede il principio di tassatività-certezza); 2) di evitare, ancor prima, l'*arbitrio del potere esecutivo*: il «soggetto costituzionalmente più pericoloso».

## 2. La «costante» storica della finalità garantista e la «variabile» della ratio di garanzia

Nella storia del principio della riserva di legge la finalità della garanzia è sempre stata una costante: fin dai primordi.

Già nella speculazione greca l'idea della «legge» – come non si è mancato di rilevare – venne intesa quale simbolo di razionalità, scudo contro l'arbitrio del potere e garanzia di eguaglianza di trattamento rispetto alle decisioni caso per caso, prese sulla base delle mutevoli valutazioni soggettivistiche e non esenti dalle influenze delle passioni. E l'istanza legalitaria trova precedenti storici anche nel diritto romano, in quello comunale e nella criminalistica medievale. Ed anticipazioni fin dalle prime Carte medievali di libertà, per le quali ogni limitazione alle sfere individuali richiedeva l'intervento della legge, alla cui formazione dovevano collaborare gli stessi interessati, personalmente (così per i nobili dell'epoca feudale) o tramite rappresentanti.

Ma il moderno principio della riserva fu una conquista, nell'ambito del più generale principio di legalità, del pensiero illuministico-liberale quale reazione allo strapotere dello Stato di polizia e nuova garanzia della libertà del cittadino. Fino ad assurgere ad idea-forza degli ordinamenti liberaldemocratici, con la conseguente «costituzionalizzazione» nelle Costituzioni, ancor più se rigide, e il solenne riconoscimento in Carte europee ed internazionali.

Mutevole, però, nel tempo, l'individuazione della *ratio essendi*, del fondamento del principio della riserva di legge. Col passaggio da visioni idealizzate a visioni più realistiche del suddetto principio.

Nella visione «ottimistica» dell'Illuminismo democratico tale principio si fondava sulle seguenti idee-base (da riconsiderare per vedere se e quanto delle originarie motivazioni di esso restino oggi valide): 1) la *limitazione delle libertà individuali* nella misura strettamente necessaria *pro bono pacis*; 2) la *tripartizione dei poteri* dello Stato; 3) la *supremazia del potere legislativo*, in quanto rappresentante di

tutta la «società unita» per contratto sociale e, come tale, incapace di essere ingiusto verso se stesso; 4) la *intrinseca giustizia della legge*, perché per definizione postula la compenetrazione del diritto naturale nel diritto positivo; 5) la *garanzia della massima certezza*, essendo la libertà la regola e la pena l'eccezione; 6) l'assoluta *subordinazione del giudice alla legge penale*, con la preclusione della stessa interpretazione da parte del giudice, mera «bocca della legge»; 7) l'*inammissibilità di controllo sulla legge* affidato ad una giurisdizione autonoma rispetto all'assemblea legislativa.

Smentite dagli ostinati dati di realtà, sono venute meno certe «illusioni illuministiche» sulla reale tripartizione dei poteri, sulla non pericolosità del potere legislativo (identificantesi con la maggioranza parlamentare e le forze di governo), sul garantismo e supremazia della legge (espressione della maggioranza politica e da limite al potere esecutivo, divenuta strumento anche di governo): con la sua possibile illegalità sostanziale (anche se varata secondo le procedure costituzionali).

Ma pur nell'attuale realtà politico-costituzionale la riserva di legge ha conservato una sua validità garantista. Mutando però la *ratio* della funzione di garanzia, individuata non più o non tanto nell'ideale del potere legislativo, rappresentativo dell'«unione» dell'intero popolo. Bensì nella realtà del potere legislativo come lo specchio più fedele (o meno infedele) del corpo sociale e, comunque, come centro dialettico della maggioranza o della minoranza, tendendosi anche a ravvisare in essa un istituto diretto più specificamente a tutelare i diritti delle minoranze che ad assicurare, immediatamente, una qualche forma di garanzia individuale. Ma restando, comunque, ferma la convinzione che la rappresentatività del Parlamento, coinvolgente nelle sue decisioni la maggioranza e minoranza e lo stesso procedimento legislativo, fondato sul dibattito parlamentare e snodantesi attraverso plurimi vagli critici, facciano ancora oggi del potere legislativo, nonostante la crisi di rappresentatività dei cittadini e i *deficit* di democraticità, quello più idoneo a garantire il cittadino contro arbitri e limitazioni della propria libertà e dei propri diritti. O, comunque, il «costituzionalmente» meno pericoloso. Garanzie individuate, altresì, nel controllo di costituzionalità della legge ad opera della Corte costituzionale e nel controllo nel merito mediante il *referendum* abrogativo.

### 3. La reiezione della riserva di legge negli ordinamenti dittatoriali e totalitari

Nella sua storia il principio della riserva di legge ha subito erosioni e reiezioni. Una prima scossa al suddetto principio di legalità, nella rigidità concepita dal liberalismo classico, si è avuta con l'irrompere del Positivismo penale e il conseguente spostamento del centro di attenzione dal delitto al delinquente e dalla pe-

na retributiva alle misure di prevenzione speciale. Per la verità, il suddetto principio non fu mai ripudiato dalla Scuola positiva, che «politicamente» continuò a ravvisare nella legalità formale una difesa dell'individuo contro l'onnipotenza statale e la forza bruta della maggioranza. Tuttavia nella nuova prospettiva di un diritto penale impostato sulla lotta contro la pericolosità criminale del soggetto, il fondamento logico-giuridico del *nullum crimen nulla poena sine lege* viene necessariamente incrinato rispetto, anzitutto, alla tassatività del fatto e, soprattutto, alla determinatezza delle conseguenze penali. Ed in materia di pericolosità sociale la legalità formale e il divieto di analogia venivano a mancare del fondamento logico-giuridico.

Ma motivo di profonda meditazione e di eloquente monito è la costante storica della reiezione del principio della riserva di legge nella sua funzione garantista nei regimi dittatoriali e, ancor più integralmente, nei regimi totalitari.

Già con l'avvento dei regimi dittatoriali europei dello scorso secolo il principio in questione ha subito, così in Italia, una reiezione, per così dire, parziale, poiché, pur non essendo formalmente respinto come tale, è fatto oggetto di una mutazione genetica della sua *ratio essendi*. A riprova della polivalenza di una identica categoria giuridica, il principio della riserva di legge è concepito non più nella sua primaria funzione garantista, ma innanzitutto in funzione autoritaria, antilluministica e antigiusnaturalistica, quale statocentrica affermazione del primato della legge di uno Stato autoritario, che non ammette altra fonte del diritto al di fuori delle leggi da esso emanate, manifestazioni uniche ed inderogabili della sua volontà. E in contraddizione con una concezione garantista del suddetto principio: la previsione nei codici e nella legislazione penale speciale di figure di reato, fortemente politicizzate, vaghe, onnicomprensive, veicoli per raccordare la legge penale alla ideologia autoritaria e strumenti per la sua difesa.

Ma la proclamata ed integrale reiezione del principio della riserva di legge si ebbe nel periodo tra le due guerre mondiali. Ove la crisi del vecchio Stato liberale, con l'affermazione di nuove concezioni dei rapporti tra individuo e Stato e con una più chiara coscienza critica del carattere formale del garantismo liberale, porta alla nascita del *totalitarismo*, tragica connotazione del secolo scorso, che dà l'avvio al *totalitarismo penale*, con epicentri nella Unione sovietica e nella Germania nazionalsocialista.

A) Nell'Unione sovietica e poi nei vari Paesi socialisti, il *diritto penale socialista*, fondato sul marxismo-leninismo e con la critica marxista al «feticismo borghese della legalità formale» e il passaggio alla «legalità sostanziale», si snoda attraverso le tre fasi: 1) la fase dello scontro rivoluzionario, con *rifiuto della legalità formale tout court* attraverso l'abrogazione della legislazione penale zarista e la creazione giurisprudenziale del diritto, con la propria fonte nella «coscienza socialista» della giustizia; 2) la fase dello *sforzo di costruzione di una nuova legalità*

*rivoluzionaria classista*, volta a realizzare la difesa ed i fini progressivi della dittatura del proletariato. Con la prima formalizzazione nei Principi direttivi del diritto penale, circoscritto alla sola parte generale e rimettendo ancora alla coscienza rivoluzionaria del giudice la determinazione dei fatti criminosi. E si perviene alla costruzione di un sistema penale – conclusasi la guerra civile con l’affermazione del nuovo potere sovietico – soltanto col Codice penale del 1922, fondato su una concezione materiale del reato, comprensiva di ogni condotta pericolosa per l’ordinamento socialista e col ricorso all’analogia in assenza di una norma incriminatrice. E la coscienza giuridica socialista, degradata da fonte primaria del diritto, resta pur sempre lo strumento integrativo della legge, attraverso cui il giudice arriva alla essenza sociale dei fatti, e la legalità rivoluzionaria realizza la «conformità allo scopo»; 3) la fase, coincidente con la stabile strutturazione della nuova società socialista e col disgelo poststaliniano, del *tentativo di recupero del principio di legalità*, con l’intento di sfuggire alle precedenti fratture della certezza giuridica come pure agli eccessi della astrattezza del formalismo legislativo, fondando l’applicazione della legge sulla rilevanza sociale del fatto. E col Codice del 1960 si ripristina il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, col divieto dell’analogia e della retroattività della legge penale, e si conserva il valore pratico della nozione materiale del reato soltanto a favore del reo, non considerandosi reati i fatti ritenuti socialmente non pericolosi. Caduto il comunismo, la nuova fase di transizione verso un ordinamento democratico-garantista ha prodotto il codice penale della Federazione russa del 1996, con una più integrale riaffermazione del principio di legalità-tassatività. Analoghe fasi sono riscontrabili anche negli altri Paesi comunisti, Cina compresa.

B) Ma la più radicale reiezione del principio di legalità nelle sue tre componenti della riserva di legge, della tassatività-determinatezza e dell’irretroattività, si ebbe nella Germania nazionalsocialista. Ove, senza cambiamento legislativo totale, ma con una riforma parziale dei testi legislativi, si trasformò il codice penale liberale del 1871 nel codice del totalitarismo nazista. Metamorfosi operata, anzitutto, con la sostituzione del paragrafo 2, consacrante il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, con una nuova formulazione, incriminatrice non solo dei fatti dichiarati espressamente punibili, ma anche di chi si merita punizioni secondo il pensiero fondamentale di una legge penale e secondo il «sano sentimento del popolo». Fonte, quest’ultima, amplissima e così vaga, che non solo superò l’ambito di una vera e propria analogia, ma che trovò la suprema espressione nella volontà del capo (*Führer*). I cui ordini, anche informali, finirono per abolire non solo la certezza del diritto, ma la stessa «giuridicità», fino al terrorismo penale nazista e all’impunità o alla doverosità della violenza pure dei lager e degli olocausti. Col crollo del regime nazista si ritornò subito al ripristino, da parte della stessa Commissione alleata di controllo, del testo originario del suddetto par. 2.

Dalle paradigmatiche vicende soprariferite due le *costanti storiche emergenti*, di una forte valenza pedagogica: 1) il ripudio del principio di legalità, nelle sue tre componenti garantiste, ad ogni avvento di regimi autoritari e totalitari; 2) la riaffermazione del suddetto principio ad ogni ritorno allo Stato liberaldemocratico.

#### 4. *L'attuale erosione della riserva di legge negli ordinamenti democratici liberali*

Nei tempi presenti si è riproposto in termini nuovi il fenomeno dell'erosione del principio della riserva di legge, della tassatività-determinatezza e, conseguentemente, dell'irretroattività. Novità, individuabile ed individuata in una «rete normativa», complessa, legislativa, sublegislativa ed internazionale: un intreccio di fonti, cui non si sottrae nemmeno il diritto penale. Con un primo paradosso: che tali principi, sopravvissuti, nei regimi liberaldemocratici, a tutti gli attacchi frontali (della critica ideologica, psicoanalitica, scientifica) e recuperati dalla moderna dottrina nel loro valore garantista, sono oggi vulnerati – ironia della storia – nonostante la loro espressa consacrazione in Costituzioni, addirittura rigide, quale quella italiana.

Quanto poi al loro *grado di erosione*, si parla, a seconda delle diverse accennazioni, di «crisi o, addirittura, di eclissi» o, soltanto, di «relativizzazione», essendo il suddetto principio operante in misura diversa, nella sua assolutezza, nel medesimo diritto punitivo, penale, amministrativo e civile. E circa la *valutazione*, il fenomeno erosivo è considerato negativamente, come perdita valoriale e motivo di inquietudini, oppure con rassegnazione per la sua inevitabilità di fronte al nuovo che avanza. Quando non anche positivamente, con l'auspicio, sotto l'onda altresì dell'antipolitica e delle «miserie del legislatore», di un maggior pluralismo delle fonti. Nell'implicita convinzione dell'utile collettivo, derivante dall'integrazione del diritto penale ad opera innanzitutto del giudice nazionale e comunitario. E sotto l'effetto inebriante di questo «nuovo che avanza», il solo fatto del porsi l'interrogativo circa i rischi del sacrificio delle garanzie democratico-rappresentative del principio della riserva di legge viene considerato uno «scrupolo veteroilluminista».

#### 5. *Le cause dell'erosione*

A questo proposito occorre, innanzitutto, distinguere, per così dire, tra: 1) le *cause indirette*, perché concorrono ad indebolire la *ratio* democratico-garantista della riserva di legge. Riscontrabili anche fuori dei confini italiani e ravvisate nei

mutamenti della democrazia reale, costituiti dal declino della centralità del Parlamento e della sua crescente inettitudine a fungere da luogo istituzionale di esempio della razionalità discorsiva; dalla perdita di capacità progettuale e di attitudine innovativa della politica; dall'indebolimento dei partiti e dalle derive populistiche delle maggioranze governative; dalla tendenza alla personalizzazione e alla mediatizzazione della politica; dallo scadimento delle qualità e del livello culturale e professionale del personale politico; 2) le *cause dirette*, perché concorrono direttamente alla erosione della riserva di legge e del più generale principio di legalità anche nelle ulteriori componenti della certezza e della non retroattività. E rispetto alle quali occorre ulteriormente distinguere: a) le *cause endogene*; b) le *cause esogene* nazionali, sovranazionali e internazionali.

A) *Endogene* sono le cause interne alla stessa legge e costituite dalla *patologia della legislazione penale*, esistendo uno stretto rapporto direttamente proporzionale tra la suddetta patologia e l'erosione giurisprudenziale della riserva di legge. E consistente, tale patologia: 1) nella inflazione legislativa, dovuta ad una logorica produzione, senza tregua e senza riposo, di leggi, non di rado più simboliche che necessarie, volte a declamare la sollecitudine politica a contrastare certe forme di criminalità o a rispondere a certe istanze sociali di sicurezza; 2) nella *endemica instabilità della legislazione* per il susseguirsi di regolamentazioni, abrogazioni, modificazioni, neo-regolamentazioni; 3) nella *sciatteria* linguistica ed *oscurità* del prodotto legislativo, per incultura od incuria tecnico-giuridica; 4) nella *legislazione per «clausole»*, ispirata a principi etico-sociali e ormai caratteristica dei moderni ordinamenti, rimettendosi alla discrezionalità dei giudici le scelte non effettuate dal legislatore; 5) nella *indeterminatezza della norma penale*, essendo la norma indeterminata non un *prius*, ma un *posterius* rispetto al concreto agire umano, poiché rimette al giudice la determinazione del contenuto precettivo della stessa caso per caso; 6) nella *decodificazione*, con la sovrapposizione sul tronco del codice penale della mala pianta della *legislazione speciale*, fino a privarlo della sua centralità. Col secondo paradosso: che tale codice finisce per essere, spesso, lo strumento meno usato nella pratica giudiziaria, con profonda alterazione della *complementarietà* delle leggi speciali; troppe, complesse confuse, sovrappoventesi, instabili. E siffatto scadimento del Parlamento nella tutela del principio di legalità comporta un terzo paradosso: della irrinunciabile funzione di garanzia del principio della riserva di legge, purché il Parlamento provveda non alla formulazione tecnica dei testi legislativi, ma al solo «controllo» garantista della produzione legislativa.

B) *Esogene nazionali* sono le cause di erosione esterne alla legge penale, ma pur sempre interne all'apparato statale. Consistenti nella proliferazione delle fonti normative, attribuite:

1) al crescente *ruolo del potere esecutivo* nell'attività normativa per la *tecnicizzazione* delle moderne società, richiedente conoscenze e competenze proprie degli apparati ministeriali; per la necessità di fronteggiare in modo rapido ed efficiente la complessità tecnica dei problemi; per l'esigenza di conciliazione di interessi potenzialmente collidenti, operata attraverso l'imprescindibile intervento di atti della pubblica amministrazione. Nonché nella eterointegrazione della fattispecie incriminatrice ad opera di fonti legislative extrapenali o sub-legislative, come tali erosive dell'assolutezza della riserva di legge;

2) nella *creatività normativa giurisdizionale*, concetto che però, per il suo significato imprecisato, polivalente, viene usato per indicare realtà diverse o contrapposte nell'ambito della crescente espansione dei poteri giudiziari, segnata dal passaggio illuministico del «giudice-bocca della legge» al più realistico «giudice-interprete della legge», fino all'inquietante «giudice-creatore di diritto penale». E, quindi, da creatività giurisdizionali non erosive a creatività giurisdizionali erosive o, addirittura, demolitrici della riserva di legge, anche se non sono sempre nitidi i confini di tale fondamentale distinzione. Non contrasta con la riserva di legge la *creatività giurisdizionale interpretativa*, stante la inevitabilità della interpretazione della legge, sia per la sua «genericità» ed «astrattezza» rispetto al caso concreto, sia per la presenza, in ogni parola di legge, di un «nucleo» di evidente chiarezza e di un «alone» di significati variabili. E, conseguentemente, la non riduzione dell'attività interpretativa ad una mera operazione «ricognitiva», e la insopprimibilità di un suo «margine di creatività», contribuendo a costruire, nella realtà del momento storico, la «norma». Pur sempre restando, a differenza dell'analogia, nell'ambito della disposizione di legge, anche se dilatata, come nell'interpretazione estensiva, sino al limite della sua massima estensione. Contrasta, pertanto, col principio della riserva di legge non la suddetta ineliminabile indeterminatezza insita nella legge, quando, quale che siano le tecniche di formulazione e gli elementi utilizzati (rigidi o elastici, ma non vaghi, indeterminati, etico-emotivi, cari ai regimi dittatoriali, totalitari, fondamentalisti), la fattispecie raggiunga – presa nel complesso dei suoi segni linguistici e ad interpretazione compiuta – il grado di determinatezza necessario e sufficiente a consentire al giudice di individuare il tipo di fatto predeterminato nella sua unità di disvalore. Ma contrasta col suddetto principio la indeterminatezza al livello dello stesso precetto generale ed astratto, precludendo di stabilire già *a priori* ciò che è lecito o vietato.

Sono invece erosive, ma non distruttive, della riserva di legge, perché pur sempre ancorate ad un disposto legislativo: 1) la *creatività giurisprudenziale della «supplenza giudiziaria»*, concretantesi: *a*) nella attribuzione legislativa al giudice di poteri «delegati» di politica criminale, da parte di un legislatore non in grado di elaborarli, per la composizione di aspri conflitti; *b*) nell'*intervento innovativo diretto*, da parte del giudice, per la tutela di interessi emergenti, ma non ancora legislativi.



vamente riconosciuti per i cronici ritardi del legislatore, attraverso la c.d. «interpretazione evolutiva» di vecchie fattispecie, incriminatrici o scriminanti, nate e concepite per altre finalità di tutela.

Ma una vera e propria reiezione della riserva di legge e frattura del vincolo di soggezione del giudice alla legge hanno avuto luogo con l'esperienza della creatività giurisprudenziale della eufemistica «interpretazione costituzionalizzata», che, in nome dell'adeguamento del diritto ai cambiamenti storici e ai principi costituzionali, assume a fonte del diritto non la legge penale ordinaria, doverosamente interpretata secondo la Costituzione, ma i principi, i valori e le finalità, sanciti o postulati dal testo costituzionale, ai quali si pretende di dare immediata applicazione giurisprudenziale, nel duplice senso della elargizione di particolari tutele o di scriminare fatti previsti dalla legge penale come reati, al fine di risolvere conflitti altrimenti insanabili alla stregua delle scriminanti codificate. Col compimento, così, non dei doverosi atti di giurisdizione (del *jus dicere*), cioè di applicazione della legge, ma di autentici atti di sovranità (del *jus facere*), cioè di creazione del diritto. E per la duplice ragione, stante il vigente ordinamento italiano: *a*) che i cambiamenti storici e i segni dei tempi debbono essere vagliati dal legislatore parlamentare, l'unico organo costituzionale investito del potere di adeguare la legislazione al «nuovo che avanza» (se meritevole di considerazione giuridica); *b*) che compito del magistrato, non meno essenziale, è di applicare le leggi interpretate, sì, secondo i principi della Costituzione. Nei limiti, però, in cui gli è consentito dal testo di legge. O, altrimenti, rimettere al giudizio della Corte costituzionale le ritenute incompatibilità della legge con la Costituzione.

C) *Esogene sovranazionali o internazionali* sono le cause di erosione della riserva di legge, costituite da fonti normative del diritto europeo comunitario (pur non essendo fonte di diritto penale europeo) o del diritto internazionale e del conseguente raccordo ed adeguamento del diritto interno alla suddetta normativa. Rispetto alla quale occorre, però, distinguere tra: 1) la normativa comunitaria o internazionale con *incidenza indiretta* sul diritto penale interno (quali le convenzioni europee, le direttive comunitarie generiche, le decisioni-quadro e il diritto internazionale pattizio), la quale, richiedendo una trasposizione legislativa statale, non contrasta almeno formalmente con la riserva di legge. Anche se ne stemperano la sostanza, trattandosi di obblighi di criminalizzazione, che di fatto espropriano il singolo parlamento sia dell'iniziativa legislativa, sia della scelta del contenuto della tutela penale e della politica criminale; 2) la normativa comunitaria con *incidenza diretta* sul diritto penale interno, perché, non bisognosa della suddetta trasposizione legislativa ed in forza del primato del diritto comunitario (come interpretato dalla giurisprudenza comunitaria), che impone al giudice interno l'adozione di interpretazioni conformi alla suddetta normativa o la disapplicazione della legge statale in caso di contrasto col diritto comunitario, non su-

perabile in via interpretativa. Similmente per il diritto internazionale consuetudinario, che entra direttamente nel diritto penale italiano in forza del c.d. «ordine di esecuzione in bianco», di cui all'art. 10/1 della Costituzione (fermo però la sua conformità alla Costituzione, sottostando esso al controllo della Corte costituzionale), con l'offerta al giudice di criteri interpretativi e l'imposizione al legislatore di provvedere alla tutela degli interessi internazionalmente protetti.

## 6. *Gli inquietanti interrogativi e i possibili rimedi*

I fenomeni sopraelencati di erosione, di allontanamento o di abbandono del principio della riserva, se da un lato impongono una doverosa presa di atto, concernendo essi lo stato di salute di tale principio, da altro lato pongono una serie di interrogativi.

A) E precisamente: 1) se i suddetti fenomeni, nelle loro attuali dimensioni, siano maggioritari o minoritari. E la risposta appare essere, non inverosimilmente, nel primo senso, concernendo ancora specifici settori normativi e non l'intero sistema penale, legislativo e giudiziario, contrassegnato tuttora da un'ampia osservanza della riserva di legge: anche nell'ordinamento italiano e non di meno, se non andiamo errati, negli altri ordinamenti europei; 2) se tale principio continui a costituire, nella complessità delle attuale realtà, un «valore», pur coi suoi ridimensionamenti valoriali rispetto alle originarie concezioni ottimistiche e senza enfattizzazioni e mitizzazioni. Interrogativi, la cui risposta è positiva, almeno secondo la dottrina maggioritaria italiana, anche in forza del memore dato storico della duplice costante, che ne segna la vita: il ripudio del principio della riserva di legge e, più in generale, dell'intero principio di legalità, con l'avvento dei più penetranti totalitarismi ed il ripristino di tali principi col ritorno alle libertà democratiche; 3) se, ancor prima, esista a tutt'oggi una *possibile alternativa* in grado di assicurare quel «tanto di garanzia», assicurato dal principio della riserva di legge (specie se assoluta), e sostitutiva di tale principio. La risposta è fundamentalmente negativa, perché le prospettive dischiuse dall'allontanamento del diritto penale dal suddetto principio sono nel senso che esso serve, come ha sempre servito, non per assicurare una maggior giustizia, ma per cumulare l'arbitrio del legislatore e l'arbitrio del giudice. E sempre resta il problema di fondo, quando si esce dai confini della legge, di quali sono le altre fonti del diritto penale, i valori sostanziali ed obiettivamente conoscibili cui fare riferimento, gli strumenti di conoscenza per attingere con obiettiva certezza da tali valori la giustizia sostanziale. Con l'inevitabile pericolo che, trattandosi di valori legati a correzioni filosofiche della realtà, ciò che finisce per decidere è l'ideologia dell'interprete, dottrinale e giurisdizionale, o il finalismo dello Stato. E secondo l'ordinamento italiano il principio

della riserva di legge, perentoriamente affermato dall'art. 25 della Costituzione, impedisce di sbarazzarsi del legislatore. E se le suddette premesse hanno un fondamento, ne sono conseguenti corollari: 1) innanzitutto, non solo la non difesa e, ancor più, la non condivisione e non auspicio di ulteriori sviluppi erosivi del principio della riserva di legge, ma anche la *enfaticizzazione dell'ineluttabilità* dei fenomeni erosivi, favorendo ed incrementando così o addirittura legittimando le tendenze giurisdizionali, sopra esaminate, ad una «interpretazione creativa», col conseguente passaggio dal «diritto vivente» al «diritto libero». Come pure la non opposizione al processo di «europeizzazione» del diritto penale per l'eccepcito *deficit* di democraticità; 2) la ricerca e l'individuazione di un *sistema di rimedi* non solo per contenere i suddetti fenomeni erosivi e per ridurre le distorsioni, ma per la ricostruzione del principio della riserva di legge nella nuova realtà della pluralità di fonti, con il recupero della legalità coinvolgente non solo le fonti interne, ma anche le fonti comunitarie. Il problema, quindi, non è l'abbandono del principio della riserva di legge, pur se ammaccato, ma la sua rivitalizzazione, curandone le ammaccature o comunque quelle più profonde.

B) Sul piano teorico ed astratto, appaiono se non sufficientemente agevoli, almeno non impossibili:

1) i *rimedi contro le cause erosive endogene*, eliminabili con l'eliminazione della «patologia della legislazione penale»: dell'inflazione e della instabilità legislativa, con la ricodificazione e con la ripristinata centralità del codice penale e la complementarietà marginale della legislazione speciale, giustificabile se circoscritta ai settori delle materie eminentemente tecniche e alla legislazione derogatoria con carattere di temporaneità ed eccezionalità e dell'emergenza; della *sciatteria linguistica*, con formulazione delle norme penali secondo chiarezza-determinatezza e con la correttezza ed uniformità del linguaggio usato, da affidare alla competenza tecnica dei formulatori dei testi legislativi, dotati della capacità di essenzializzazione e semplificazione in lucide sintesi;

2) i *rimedi contro le cause erosive esogene nazionali*: dei ritardi legislativi rispetto alle esigenze di tutela, con lo sveltimento del processo di produzione legislativa, attraverso anche l'abolizione del sistema bicamerale vigente in Italia. Cause eliminabili innanzitutto riportando l'attività giurisdizionale nel suo alveo istituzionale, costituito dalla applicazione della legge, con quell'ineliminabile coefficiente di «creatività interpretativa». Ma non dalla «creatività giurisdizionale del diritto», attività non consentita, anche costituzionalmente, al giudice. E che resta una funzione impropria della magistratura, anche quando è dovuta a «patologia legislativa» (favorendo le leggi indeterminate, oscure, illeggibili e le supplenze giudiziarie, la creatività del giudice). Erosione della riserva di legge superabile non con la legittimazione di tale impropria funzione, perché attribuibile a cattiva gestione del potere legislativo, bensì con la eliminazione di tale gestione;

3) i *rimedi contro le cause erosive esogene sovranazionali*, di meno agevole e più complessa attuazione, poiché le fonti normative comunitarie, non solo non sono ovviamente eliminabili, ma sono destinate ad intensificarsi con l'intensificazione del processo di integrazione europea, con la conseguente accentuazione dell'erosione del principio della riserva di legge. E stante la non eliminabilità delle suddette fonti e tenuto, altresì, conto che l'elaborazione, la formulazione e l'approvazione delle normative comunitarie sono operate dalla attività congiunta (la c.d. codecisione) non solo del Parlamento, rappresentativo dei popoli europei, ma soprattutto di istituzioni rappresentative dei governi e che esprimono il «Governo» della Comunità stessa, il rimedio che si propone è il seguente. L'elaborazione, per cominciare, di una legalità comunitaria, costruita su basi democratiche all'interno di una ricostruzione dell'intera costruzione europea. Con l'auspicio, quindi, di un'evoluzione istituzionale, che assicuri al Parlamento la stessa funzione legislativa, spettante oggi ai Parlamenti nazionali: con le leggi penali incentrate sul principio di legalità (riserva di legge, tassatività-determinatezza, irretroattività). Sicché la «copertura legislativa» della norma penale sarebbe assicurata, direttamente all'origine, al livello europeo, innanzitutto per quanto concerne la normativa comunitaria con incidenza diretta sulla legislazione penale interna.

## 7. *Considerazioni conclusive*

Tutto ciò premesso e passando dal piano teorico ad astratto al piano pratico e concreto, imprescindibile è l'interrogativo: se gli Stati coinvolti siano in grado e abbiano la volontà di attuare i rimedi adeguati per il recupero e la salvaguardia del principio della riserva di legge, nella sua dimensione nazionale e comunitaria, immaginabili senza una profonda inversione giuridico-politico-culturale. O se, viceversa, lascino sviluppare, per inerzia, rassegnazione, impotenza o non volontà, il processo di logoramento del suddetto principio, non sembrando muoversi le moderne società, sempre più complicatorie e destabilizzanti, verso una siffatta inversione giuridico-politico-culturale: nel quadro di un più generale «disordine giuridico».

Il futuro deciderà se l'attuale tendenza espansiva di questo «disordine giuridico» resterà soltanto una fase acuta, e quindi transitoria, coincidente con una crisi della nostra civiltà. O, invece, una crisi cronica e progressiva, per cui, attraverso nuovi sviluppi, sarà destinata a caratterizzare stabilmente i nostri ordinamenti giuridici, facendosi dell'insicurezza giuridica e dell'*arbitrium iudicis* sintomi, assieme ad altri sintomi più inquietanti, della decadenza della nostra civiltà, per il riaffiorare di concezioni torbide del mondo.

FRANCESCO PALAZZO

PER UN RIPENSAMENTO RADICALE DEL SISTEMA DI PREVENZIONE  
*ANTE DELICTUM*

SOMMARIO: 1. La trasformazione funzionale delle misure di prevenzione. – 2. I presupposti indiziari e la funzione surrogatoria. – 3. La funzione di tutela dell'economia svolta dalle misure di sicurezza patrimoniali, in particolare. – 4. Le misure di prevenzione nella giurisprudenza della Cedu. – 5. Le misure di prevenzione nella giurisprudenza della Cassazione. – 6. L'interpretazione "tassativizzante" come interpretazione conforme a Costituzione – 7. Interpretazione "tassativizzante" e logica indiziaria. – 8. Conclusioni.

1. *La trasformazione funzionale delle misure di prevenzione*

È difficile non concordare con la saggezza della convinzione popolare secondo cui "prevenire è meglio che reprimere"<sup>1</sup>. E anche la riflessione del pensiero penalistico della modernità ha tentato di affrancarsi dal peso dell'idea ancestrale della retribuzione della colpa per sviluppare piuttosto il teleologismo preventivo. Prevenzione generale e prevenzione speciale hanno così cercato di liberare il diritto penale da ogni incrostazione metafisica, orientandolo nettamente verso l'utilitarismo del prevenire. Senza, peraltro, mai riuscire né a fugare il senso di frustrazione e di impotenza di una pena bensì "preventiva" ma pur sempre "tardiva" perché *post patratum factum*.

È dunque del tutto comprensibile che l'idea di una prevenzione *ante delictum* abbia sempre allettato molto i legislatori ma anche la c.d. opinione pubblica, interessatissima alla possibilità di massimizzare l'utilità dell'intervento *lato sensu* sanzionatorio stroncando davvero sul nascere, o prima di nascere, il crimine. E se la prevenzione *ante delictum* reca con sé quella forte componente di incertezza ineluttabilmente caratterizzante qualunque giudizio prognostico, non è forse vero che la stessa incertezza conoscitiva affligge gli insondabili meccanismi della deterrenza generale e l'auspicato processo rieducativo del condannato? Con la conse-

<sup>1</sup> Per un sintetico ma efficace quadro della prevenzione *ante delictum*, anche sotto il profilo storico, v. F. BASILE, *Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione*, in *Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. Aspetti sostanziali e aspetti procedurali*, in *Giur. it.*, 2015, 1520 (con ivi contributi anche di V. MAIELLO, F. MENDITTO, A.M. MAUGERI, L. FILIPPI, M.F. CORTESI).

guenza, allora, che non solo la prevenzione *ante delictum* troverebbe nella logica delle cose la base della sua legittimità sostanziale, ma che anche i problemi posti dalla sua disciplina normativa sarebbero in definitiva quelli consueti di equilibrio e bilanciamento tra le esigenze di prevenzione del crimine e quelle di garanzie dell'individuo, indipendentemente dal fatto che si versi nel campo del diritto penale repressivo o in quello della prevenzione *ante delictum*: e, dunque, fondamentalmente legalità e giurisdizione.

Non è un caso che le misure di prevenzione abbiano in Italia accompagnato senza interruzione tutta la storia recente del nostro diritto penale<sup>2</sup>. Anche se indubbiamente esse hanno trovato una consolidazione e un accreditamento davvero senza precedenti negli ultimissimi anni. Il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, rivisto e corretto dalla l. 17 ottobre 2017, n. 161, segna non solo uno sviluppo veramente significativo degli strumenti di prevenzione *ante delictum*, ma anche una svolta culturale, quanto meno nella cultura politica, rispetto a questa tipologia d'intervento. Ne sono segnali chiari innanzitutto un certo trionfalismo con cui le forze politiche – d'ispirazione progressista o “di sinistra” – hanno presentato all'opinione pubblica quelle riforme legislative; e poi, sotto il profilo simbolico ma non per questo meno espressivo, il fatto che il coacervo indistinto di questa normativa sia stato etichettato sotto la nobile dicitura di *codice antimafia*<sup>3</sup>. Raggiungendosi così il vistoso e non lusinghiero paradosso per cui l'ordinamento penale italiano, a distanza di settant'anni dalla Costituzione, non può disporre di un nuovo *codice penale* e ancora si avvale di quello prodotto dal fascismo, mentre può contare su un *codice delle misure di prevenzione* legittimate, anche sotto il profilo “nominale” dell'intitolazione del documento che le contiene, dal richiamo al fenomeno criminoso che – a torto o a ragione – ha comunque sparso i semi maggiormente illiberali nel sistema.

Dicevamo che le misure di prevenzione hanno accompagnato tutta la storia recente del nostro ordinamento giuridico. E si sono sempre prestate a svolgere quel “lavoro sporco” che si esitava a chiedere al diritto penale tradizionale. Ed è per questo che, quasi per un certo senso di pudore, le misure di prevenzione, lungi dall'essere esibite come una medaglia al merito, assumevano una collocazione un po' appartata nell'universo penalistico. E gli sforzi anche teorici di riportare le misure di prevenzione a questo universo miravano essenzialmente ad

<sup>2</sup> Ancora attuale rimane la ricostruzione di G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979. Recentemente, v. per tutti V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum: lineamenti generali*, in V. MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, vol. XII, Torino, 2015, 302 ss.

<sup>3</sup> Cfr. C. VISCONTI, *Codice antimafia: luci e ombre della riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 145 ss.

evitare che esse si sottraessero alle garanzie della legalità e della giurisdizione<sup>4</sup>. Dunque, da questo punto di vista, *nihil sub sole novi*. Ciò che c'è di nuovo, invece, è la funzione sostanziale che alle misure di prevenzione è stata oggi attribuita senza più pudori.

Nate originariamente per “contenere” la pericolosità delle *classi marginali* incarnate dalle figure degli “oziosi” e “vagabondi”, le misure di prevenzione erano allocate – non saprei dire se più per cautela o più per furbizia – nel diritto di polizia. Il loro presupposto risiedeva in una generica pericolosità soggettiva ancorché sostanzialmente presunta dall'appartenenza del soggetto alle classi socialmente temibili o disturbanti in quanto non integrate nell'assetto dello Stato liberale fondato sulla proprietà prima fondiaria e poi industriale.

L'altra funzione sostanziale cui vengono piegate le misure di prevenzione prima dell'avvento della Costituzione è quella di contrastare il *dissenso politico*. Il fascismo ne fa, come noto, largo uso pur sempre nel presupposto che si trattava di contenere una pericolosità soggettiva destinata a sfociare in gravissimi reati contro lo Stato e i suoi organi costituzionali. Dunque, sempre in una logica, quantomeno apparente, ancorata ad una fattispecie soggettiva di pericolosità sebbene più specifica ma non meno temibile per la sopravvivenza stessa dell'ordinamento.

E si arriva così alla trasformazione funzionale subita in epoca repubblicana. Se l'originaria loro destinazione alle classi marginali e al dissenso politico avrebbe gettato un'ombra pesante sulla loro costituzionalità, l'orientamento funzionale alle forme più gravi della criminalità, a cominciare da quella mafiosa, sradica invece il primo motivo di forte perplessità costituzionale e indirizza verso la più asettica ricerca di una base formale, normativa di legittimazione costituzionale in parallelo a quanto avviene per il sistema punitivo con l'art. 25.2 Cost. E, nonostante l'accendersi di un dibattito assai vivace negli anni Settanta in quanto preveggenza dei pericoli d'involuzione autoritaria di questo strumento<sup>5</sup>, è poi risultato abbastanza agevole rintracciare una previsione costituzionale che si presti ad accogliere nel suo seno le misure di prevenzione ancorché esse non beneficino – a differenza della pena – di una espressa menzione nel testo della Carta<sup>6</sup>. E così, da un lato, s'invocano norme che niente hanno a che fare con la pena, quali l'art. 13 o l'art. 16 Cost., concepite cioè come norme “vuote di fini” e dunque capaci di legittimare ogni limitazione alle libertà rispettivamente garantite purché siano ri-

<sup>4</sup> Sui rapporti tra prevenzione *ante delictum* e diritto penale, v. G. VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di B. Petrocelli*, III, Milano, 1972, 1591 ss.

<sup>5</sup> V. gli atti dello storico Congresso di Alghero (26-28 aprile 1974): *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975.

<sup>6</sup> Per una ricostruzione del dibattito sul fondamento costituzionale delle misure di prevenzione, v. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, p.g., Milanofiori Assago, 2017, 827 ss.

spettati i requisiti di forma e di sostanza (pochi questi ultimi, in verità) ivi previsti. Oppure, d'altro lato, e con impostazione in certo senso opposta, ci si richiama a norme proprie del sistema penale, qual è essenzialmente l'art. 25.3 Cost., istaurando un avvicinamento al diritto penale punitivo destinato ad avere in seguito grandi sviluppi. L'art. 25.3 Cost., sebbene non imponga costituzionalmente la previsione delle misure *di sicurezza*, ne legittima l'esistenza: anzi, legittima l'esistenza di qualunque misura fondata esclusivamente sulla pericolosità soggettiva (criminale) del destinatario, non essendo il presupposto del commesso reato sufficiente a modificare la *ratio* sostanziale, la funzione propria delle misure ivi previste, che è appunto quella di fronteggiare la pericolosità e non di punire il fatto criminoso.

Non si è mancato poi di innalzare ulteriormente, per così dire, il livello di riconoscimento costituzionale delle misure di prevenzione individuandolo addirittura nell'art. 2 Cost. Sarebbe, cioè, primario ed inderogabile dovere dello Stato tutelare i diritti fondamentali dei suoi cittadini nel modo più efficace e, dunque, anche e anzitutto con la prevenzione *ante delictum* proprio per la sua capacità di operare senza attendere la verifica del pregiudizio. E così, mentre si riecheggia qui il "luogo comune" dei pregi utilitaristici della prevenzione come ragione sostanziale di legittimazione di questi strumenti, le loro garanzie vengono di conseguenza identificate con quelle proprie non tanto della "materia penale" quanto delle limitazioni in cui esse consistono. Questa tesi, non poco suggestiva anche per la sua linearità, rischia di realizzare una sorta di paradosso storico. In effetti, la norma che è maggiormente espressione – l'art. 2 Cost. – dell'ispirazione liberal-solidaristica del nostro Stato viene assunta a base giustificativa di uno degli strumenti più illiberali – le misure di prevenzione – che abbiamo conosciuto in campo penale.

Ma, come dicevamo dianzi, ciò che segna in modo decisivo il passaggio all'era repubblicana delle misure di prevenzione non è tanto la veste formale di legittimazione, trovata in questa o quella norma che si presti allo scopo, quanto il mutamento di funzione sostanziale dell'istituto, che è sotto gli occhi di tutti e che ha trovato quasi una sorta di consacrazione attraverso il consenso politico e sociale nelle più recenti riforme. In breve: le misure di prevenzione si sono in sostanza affrancate dalla fattispecie soggettiva di pericolosità ed hanno definitivamente acquisito una funzione surrogatoria della repressione penale fondata su una logica francamente indiziaria<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> In ambito scientifico si è recentemente manifestata una forte corrente critica verso la torsione subita dalle misure di prevenzione: v. gli Atti del V Convegno dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (Milano, 18-19 novembre 2016), *Delle pene senza delitto. Le misure di prevenzione nel sistema contemporaneo: dal bisogno di controllo all'imputazione del sospetto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 399 ss.; e gli Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo



## 2. I presupposti indiziari e la funzione surrogatoria

Mentre prima, pur con la loro finalità illiberale di strumenti di neutralizzazione e di controllo della marginalità sociale ovvero del dissenso politico, le misure di prevenzione avevano il reato, la manifestazione criminosa o antisociale (più o meno generica), quale punto di riferimento *futuro*, oggi quasi tutte le misure di prevenzione hanno il reato come punto di riferimento *passato*: lo presuppongono, cioè, assumendo nella sostanza la finalità intrinsecamente incostituzionale di colpirlo altrimenti nell'impossibilità di provarne l'esistenza nell'ordinario processo di cognizione.

Nonostante la farraginosità e oscurità del testo degli articoli 1 e 4 del *Codice antimafia* (d.lgs. 159/2011)<sup>8</sup>, che certamente meriterebbe censure severe quanto ad "accessibilità" o anche solo "leggibilità" piuttosto che trionfalistici compiacimenti, è facile rendersi conto che pressoché tutte le categorie di destinatari delle misure fanno riferimento al *sospetto di reati commessi*<sup>9</sup>. Le formule generalmente utilizzate per individuarli sono, infatti, o quella di «indiziati» di aver commesso reati più o meno determinati o quella del «debba ritenersi» che abbiano commesso reati. Non spostano il quadro complessivo, contribuendo solo a renderlo più confuso e deprecabile quanto a oscurità espressiva, alcune apparenti eccezioni. E così, ad esempio, la lettera *b*) dell'art. 4, prevedendo espressamente gli «istigatori, i mandanti e i finanziatori» dei reati indicati nelle lettere precedenti può far sorgere il dubbio che il legislatore intenda distinguere all'interno della generale categoria dei concorrenti queste specie qualificate, escludendo il concorrente "semplice". Tanto più, poi, che alla lettera successiva – lett. *i*) – la formula utilizzata è quella più generica dell'"agevolazione", ove semmai potrebbe sorgere il dubbio che non siano ricompresi gli istigatori e i "mandanti". Ma si tratta di macroscopiche imperfezioni di formulazione che non spostano l'assunto della natura surrogatoria ed indiziaria delle misure di prevenzione.

Semmai, una qualche smentita potrebbe venire dalla lettera *e*), che fa riferimento a «coloro che abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della legge 20 giugno 1952, n. 645 [contro la ricostituzione del partito fascista], e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuino a svolgere una attività analoga a quella precedente». Qui sembrerebbe

penale (Cagliari, 29-31 ottobre 2015), *La giustizia penale preventiva*, Milano, 2016. Già prima una posizione radicalmente critica era stata espressa da D. PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure "praeter delictum"*, Napoli, 1996.

<sup>8</sup> Per un'analisi puntuale, oltre a V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum*, cit., 302 ss., v. A. BALSAMO, *Codice antimafia*, in *Dig. Disc. Pen.*, agg., Torino, 2014.

<sup>9</sup> Cfr. M. PELISSERO, *I destinatari della prevenzione "praeter delictum": la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 439 ss.

che il primo presupposto della misura sia non tanto l'indizio di aver commesso il delitto di ricostituzione del partito fascista, ma proprio l'accertamento giudiziale del reato; mentre l'altro presupposto sembrerebbe poter consistere in un'attività successiva ed "analoga" alla precedente: con un'apertura verso la c.d. analogia anticipata *in malam partem*, certamente molto problematica anche in materia di prevenzione.

Meno oscura e più lontana dal paradigma indiziario è la previsione della lettera g), ove sono menzionati coloro che «siano stati condannati per uno dei delitti previsti nella legge 2 ottobre 1967, n. 865, e negli articoli 8 e seguenti della legge 14 ottobre 1974, n. 497, e successive modificazioni [disposizioni in materia di armi], quando debba ritenersi, per il loro comportamento, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie col fine indicato nella lettera d) [di sovversione e terrorismo]». Qui, invero, il primo presupposto non è più l'indizio ma chiaramente la condanna per uno dei reati indicati; mentre l'altro presupposto riecheggia evidentemente un accertamento di pericolosità soggettiva specifica.

Nettamente al di fuori della logica indiziaria e rispondenti ad un diverso paradigma preventivo sono, invece, le due previsioni di cui alle lettere d) ed f), ove ci si riferisce – con formule tra loro non perfettamente coincidenti – a «coloro che pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi» diretti alla commissione di reati determinati. Qui non solo non è utilizzato il paradigma del sospetto del reato pregresso, ma si richiede un accertamento in sede di processo di prevenzione di una fattispecie complessa di pericolosità, in cui il comportamento oggettivo presupposto (gli atti preparatori od esecutivi) costituiscono un sintomo univoco di una pericolosità soggettiva da accertare ulteriormente muovendo da quel dato fortemente sintomatico.

### 3. *La funzione di tutela dell'economia svolta dalle misure di sicurezza patrimoniali, in particolare*

In tempi relativamente recenti il sistema delle misure di prevenzione ha sviluppato potentemente gli strumenti di natura patrimoniale e, in particolare, la confisca<sup>10</sup>. Ebbene, non sembra di andare lontani dal vero affermando che con la

<sup>10</sup> V. per una efficace sintesi, A.M. MAUGERI, *La confisca di prevenzione: profili controversi nella più recente giurisprudenza*, in *Giur. it.*, 2015, 1534 ss.; F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione patrimoniali: profili generali*, *ivi*, 1529 ss. Più di recente e ampiamente, A.M. MAUGERI, *La prevenzione patrimoniale e la legittimità della confisca di prevenzione come modello di "processo" al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovranazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 572 ss.; ID., *La confisca di prevenzione come sanzione del possesso ingiustificato di valori, tra fattispecie ad hoc e unexplained wealth orders*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di E. Dolcini*, a cura di F. Basile, G.L. Gatta, C.E. Paliero, F. Viganò, II, Milano, 2018, 929 ss.

confisca il sistema preventivo, senza abbandonare la logica indiziaria – anzi! – ha sviluppato anche un’ulteriore funzione che potrebbe dirsi di prevenzione sistemico-economica. La logica indiziaria è resa manifesta dal duplice presupposto alternativo indicato (dall’art. 20) (i) nella sproporzione tra valore dei beni disponibili e reddito dichiarato ovvero attività economica svolta nonché (ii) nei «sufficienti indizi» che i beni siano il frutto di attività illecita o ne costituiscano il reimpiego. La funzione sistemico-economica è desumibile dal fatto che i beni sono confiscabili, in sostanza, per la supposta loro origine illecita, a prescindere da una loro “pericolosità” in ogni caso anche concettualmente opinabile quale caratteristica della cosa in sé. In sostanza, la funzione che la confisca di prevenzione sembra prevalentemente assolvere, insieme del resto anche alla c.d. confisca allargata, è quella di evitare il pericolo – non tanto o non solo di commissione di nuovi reati, quanto soprattutto – di inquinamento del sistema economico mediante l’immissione di capitali illeciti<sup>11</sup>. Sulla base, naturalmente, del mero sospetto dell’origine illecita.

Orbene, un tale orientamento funzionale della confisca non solo va decisamente oltre il legittimo obiettivo dell’ordinamento esprimibile nell’icastica formula secondo cui “il delitto non paga”, ma finisce per esorbitare dal tradizionale orizzonte tanto repressivo che preventivo del diritto penale legato a fatti e soggetti determinati per guardare invece all’orizzonte indeterminato del sistema economico. Un siffatto paradigma sanzionatorio del tutto nuovo non è certamente irrazionale nel presupposto, appunto, che certe moderne forme di criminalità non per caso dette “sistemiche” hanno dimensioni e consistenza economiche capaci di alterare le condizioni fisiologiche del sistema. Conseguentemente, l’utilizzazione di una confisca costruita in questi termini così indifferenziati e presuntivi presupporrebbe da parte del legislatore una selezione molto oculata dei reati-presupposto, soprattutto quando si opera nella logica indiziaria della prevenzione. Ebbene, non può non sorprendere negativamente allora il fatto che – anche a seguito delle più recenti riforme – la confisca di prevenzione sia prevista in rapporto ad una serie davvero vastissima di reati<sup>12</sup>. Toccherà alla giurisprudenza dare prova di grande cautela nel fare ricorso alla confisca per sproporzione (con implicita presunzione dunque di illiceità) quando non sussistano elementi fortemente univoci della provenienza illecita dei beni dalla specifica attività criminosa, il cui indizio costituisce presupposto della misura. Dovrà, insomma, saper evitare la giurisprudenza che la confisca per sproporzione si risolva, nel so-

<sup>11</sup> V. incidentalmente su questo punto Corte cost., 8 novembre 2017-21 febbraio 2018, n. 33, in materia di confisca c.d. allargata.

<sup>12</sup> F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca “di prevenzione” nell’ordinamento italiano*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, cit., 910 ss.

spetto di un qualche reato quale che sia, in una sanzione aggiuntiva diretta a colpire *in sé e per sé* la sproporzione ingiustificata dei beni posseduti.

È chiaro, poi, che questa orientazione finalistica della confisca di prevenzione comporta che essa possa essere logicamente svincolata dall'ulteriore presupposto della pericolosità soggettiva del "proposto"<sup>13</sup>. Ed in effetti, se lo scopo è quello – per così dire "a valle" – di evitare l'inquinamento del sistema economico generale, è sufficiente (il sospetto della origine illecita dei beni a giustificarne l'ablazione<sup>14</sup>. E del resto la stessa legge fa a meno di quel presupposto e addirittura dell'esistenza fisica del "proposto" allorché consente la confisca anche in caso di morte di quest'ultimo. La giurisprudenza sembra aver avuto consapevolezza di questi rischi di degenerazione della confisca di prevenzione quando ha richiesto invece l'esistenza di una pericolosità soggettiva nel titolare dei beni<sup>15</sup>. Anche se poi, non certo irragionevolmente data la finalità dell'istituto, ha precisato che è sufficiente l'esistenza della pericolosità al momento dell'acquisizione dei beni e non necessariamente anche al momento dell'applicazione della misura. Con l'ulteriore precisazione, anch'essa consequenziale alla finalità dell'istituto, che è sufficiente che i beni suscettibili di ablazione siano stati acquisiti mediante il successivo reimpiego della "provvista" originariamente accumulata in presenza della pericolosità<sup>16</sup>.

Concludendo sul processo evolutivo delle misure di prevenzione, non possiamo fare a meno di segnalare ciò che ci sembra sorprendente, quasi stupefacente, in questo processo. Accompagnate originariamente da quell'alone di diffidenza e di conseguente estraneità al diritto penale loro derivante dall'essere strumenti agili di controllo della marginalità sociale e del dissenso politico, le misure di prevenzione superano tutto sommato brillantemente il vaglio sostanziale di costituzionalità attraverso l'ancoraggio a questa o a quella norma costituzionale. Ma nello stesso tempo, mentre cresce la sensibilità costituzionale nella cultura giuridico-penale, le misure di prevenzione si installano sempre più radicalmente nel sistema secondo una linea evolutiva che ne corrobora la funzione prima surrogatoria e indiziaria e poi, con il potenziamento della confisca, la funzione extrapenale di salvaguardia del sistema economico. Tutto ciò sembra oggi essere dato per scontato, mentre l'attenzione critica si polarizza sui profili per così dire esteriori della legalità delle misure di prevenzione. Che, forse, la legalità costituisca il cavallo di

<sup>13</sup> Su questo aspetto decisivo, v. specialmente D. BIANCHI, *Le modifiche sostanziali alle misure ablatorie di prevenzione nel segno della pericolosità reale*, in *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, a cura di A. Giarda, F. Giunta, G. Varraso, Milanofiori Assago, 2018, 326 ss.

<sup>14</sup> Cass. V, 23 gennaio 2014, Di Vincenzo, in *CED Cass.*, n. 16311/2014.

<sup>15</sup> Cass. S.U., 26 giugno 2014, Spinelli, in *Giur. it.*, 2015, 971, con commento di R. BARTOLI; in *Dir. pen. proc.*, 2015, 707 ss., con commento di V. MAIELLO.

<sup>16</sup> Cass. II, 13-27 marzo 2018, Alma.

Troia per mettere in discussione la loro sconvolgente evoluzione in strumenti sempre più vasti e funzionalmente concorrenziali rispetto alla repressione penale? O che forse il rafforzamento della legalità possa compensare la debolezza del fondamento sostanziale delle misure di prevenzione come si sono evolute in epoca repubblicana e specialmente negli ultimi anni?

#### 4. *Le misure di prevenzione nella giurisprudenza della Cedu*

Anche in Europa la “metabolizzazione” delle misure di prevenzione italiane da parte della Corte di Strasburgo è avvenuta senza prestare soverchia attenzione al loro profilo funzionale<sup>17</sup>. Salvo da ultimo, quando, proprio nella nota sentenza De Tommaso<sup>18</sup>, si è manifestata l’opinione in parte dissenziente di un giudice che con molta nettezza ha messo in forse la reale estraneità delle misure alla “materia penale”<sup>19</sup>. Ma, per il resto, lo schema di ragionamento ormai consolidato è abbastanza lineare.

Il discrimine fondamentale è costituito dal contenuto della misura, se privato della libertà personale oppure no. Solo i provvedimenti privativi della libertà, infatti, ricadono sotto le garanzie forti degli articoli 5 e 6 della Cedu e soggiacciono dunque anche al vincolo sostanziale di tipo finalistico, analiticamente indicato nelle varie lettere dell’art. 5 Cedu: e nell’elenco delle varie tipologie di provvedimenti privativi della libertà non compaiono le misure di prevenzione. Una volta escluso, però, che le nostre misure di prevenzione siano contenutisticamente qualificabili come privative della libertà personale, esse rientrano sotto le garanzie di cui al 4° e al 1° Protocollo addizionale, rispettivamente per le misure personali e per quelle patrimoniali. Tutto ciò, poi, nella fondamentale premessa, sempre ribadita finora dalla Corte, che le misure di prevenzione non attengano alla “materia penale” in ragione, appunto, dell’assenza di carattere “punitivo”.

Su questa base argomentativa si deve, pertanto, concludere che lo scopo di prevenzione della criminalità legittima senz’altro le nostre misure nel loro contenuto di provvedimenti solamente limitativi della libertà di circolazione ovvero

<sup>17</sup> G. BIONDI, *Misure di prevenzione e CEDU*, in *Cass. pen.*, 2017, 2072 ss.

<sup>18</sup> Corte Edu, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1039, con nota di V. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*. V. ancora: A.M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l’Italia per mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera*, in *www.penalecontemporaneo.it*; F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, *ivi*; ID., *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza De Tommaso*, *ivi*.

<sup>19</sup> Si tratta dell’*Opinione in parte dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque*.

della proprietà. E, inoltre, i requisiti convenzionali di disciplina – per così dire “modali” – imposti dai due Protocolli citati si riassumono nella *legalità* della previsione e nella *necessità* e *proporzione* del provvedimento limitativo rispetto allo scopo in uno Stato democratico.

Solo il secondo introduce un requisito di tipo sostanziale e funzionale, che viene inteso dalla Corte di Strasburgo in modo abbastanza forte in rapporto alle misure personali, ove si arriva talvolta a richiedere addirittura che la limitazione della libertà sia necessaria all’esigenza di fronteggiare un pericolo concreto di realizzazione del reato. Mentre decisamente più debole diventa il requisito della necessità/proporzione in rapporto alle misure patrimoniali, ove si riconosce un largo “margine di apprezzamento” ai singoli Stati: in particolare all’Italia in ragione dell’esistenza e delle caratteristiche di una estesa e virulenta criminalità organizzata e mafiosa in particolare<sup>20</sup>.

Peraltro, anche per quanto riguarda le misure personali, la Corte in questa materia non sembra così propensa a sindacare l’effettiva realtà funzionale e sostanziale delle misure, superando la squama della qualificazione formale ed esteriore data dal legislatore: lo dimostra la uniformità dell’orientamento giurisprudenziale secondo il quale le misure di prevenzione sono estranee alla “materia penale”. Salvo la coraggiosa opinione dissenziente di cui s’è detto a proposito della sentenza De Tommaso.

In conclusione, dunque, anche nella giurisprudenza della Corte Edu l’unico metro alla stregua del quale valutare la legittimità delle misure di prevenzione è quello della legalità/determinatezza della loro disciplina.

##### *5. Le misure di prevenzione nella giurisprudenza della Cassazione*

Qualunque istituto giuridico vive la sua vita reale nella quotidiana dimensione applicativa ad opera specialmente della giurisprudenza. E ciò vale in modo particolare per le misure di prevenzione a causa sia della disciplina legislativa così imperfetta e stratificata da lasciare largo margine interpretativo, sia della problematicità funzionale di questi istituti stretti come sono tra perduranti sospetti di inciviltà giuridica e indubbia efficacia nel contrasto dei fenomeni criminali. La giurisprudenza sembra essere pienamente consapevole di tutto ciò e in effetti, soprat-

<sup>20</sup> Va, peraltro, segnalata la recente sentenza che, seppure in rapporto ad un’ipotesi di confisca – come quella urbanistica – ritenuta afferente alla “materia penale”, ne ha affermato la sproporzione in ragione della obbligatorietà che ne impedirebbe l’adeguamento alla concreta gravità del fatto: Corte Edu, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia. Sarebbe paradossale che il requisito della proporzione fosse inteso più rigorosamente nella “materia penale” che nel campo della prevenzione.

tutto negli ultimi tempi, va maturando qualche orientamento diretto a cercare di contenere i rischi di possibile deriva di questo tormentato e discutibile istituto.

Sono due i fronti principali sui quali pare attestarsi la giurisprudenza nel compiere questo sforzo, diciamo così, “garantista”.

In primo luogo, quello della pericolosità soggettiva quale presupposto indefettibile di tutte le misure di prevenzione. Dopo qualche sbandamento, invero poco comprensibile specie in rapporto alle misure personali ove il requisito è espressamente richiesto dalla legge, oggi la giurisprudenza ritiene di non poter fare a meno dell'accertamento in concreto della pericolosità del soggetto “proposto”<sup>21</sup>. E ciò, ovviamente, sarebbe funzionalmente coerente con uno scopo realmente preventivo delle misure, così da smentire tendenzialmente la logica invece surrogatoria ed indiziaria dell'istituto. Sennonché, essendo siffatta logica – come abbiamo visto – marcatamente impressa dal legislatore alla disciplina delle nostre misure, ne viene che nella prassi applicativa può anche avvenire il contrario. E cioè che sia proprio la pericolosità soggettiva a soccombere – per così dire – dinanzi ad un solido accertamento ancorché indiziaro di uno o più reati pregressi: insomma, non è da escludere che in qualche giudice meno consapevole l'accertamento del presupposto oggettivo – pur sempre indiziaro – eroda o attenui l'impegno accertativo del presupposto soggettivo della pericolosità.

In secondo luogo, e soprattutto, vistoso è l'impegno della giurisprudenza per consolidare l'altro punto di forza, o meglio di resistenza, delle misure di prevenzione: e cioè la loro legalità/determinatezza a fronte di previsioni legislative largamente deficitarie sotto questo profilo. Si parla in proposito ormai ricorrentemente di “interpretazione tassativizzante”, spesso ascrivendola a merito della giurisprudenza più sensibile e consapevole. Ed in effetti non si possono negare le buone intenzioni e la condivisibilità dell'obiettivo. Anche se, occorre francamente riconoscerlo, lo sforzo tassativizzante della giurisprudenza può esporre il fianco a una duplice critica di non poco momento.

Per un verso, l'interpretazione tassativizzante può apparire quasi un atto di usurpazione della giurisprudenza che si sostituisce al compito disatteso colpevolmente dal legislatore, avallandone in qualche modo le malefatte. Per un altro verso, conferire legalità alle misure di prevenzione significa in qualche modo consolidarle e dunque non solo dare per scontata la “categoria sanzionatoria” della prevenzione *ante delictum* ma anche e soprattutto significa dare implicita legittimazione alla fisionomia funzionale che esse sono venute storicamente assumendo nel senso della logica surrogatoria e indiziaria. Rinunciando così a fare della legalità quel cavallo di Troia capace di aggredire un istituto da ripensare radicalmente.

<sup>21</sup> Cass. S.U., 30 novembre 2017-4 gennaio 2018, n. 111.

È dunque opportuno dedicare qualche ulteriore considerazione a questo *trend* giurisprudenziale dell'interpretazione tassativizzante in materia di misure di prevenzione.

## 6. *L'interpretazione "tassativizzante" come interpretazione conforme a Costituzione*

A proposito dell'interpretazione tassativizzante si possono svolgere due ordini di considerazioni: su un piano generale e su un piano particolare, con specifico riferimento al tema delle misure di prevenzione.

In via generale, l'interpretazione tassativizzante è riconducibile al *genus* dell'interpretazione *conforme a Costituzione*<sup>22</sup>, che – com'è notissimo – costituisce non solo un vero e proprio obbligo per il giudice in ragione del superiore rango proprio della Costituzione, ma è anche fortemente incentivata dalla granitica giurisprudenza della Corte costituzionale che dichiara inammissibili tutte le questioni in cui il giudice *a quo* non abbia previamente esperito il tentativo di interpretazione conforme. Come ben si sa, la Corte ha icasticamente e ripetutamente affermato che il giudizio incidentale di legittimità costituzionale può essere promosso non già perché la disposizione potrebbe essere interpretata in senso difforme a Costituzione ma solo quando non può essere interpretata in modo conforme.

L'interpretazione conforme è senz'altro uno strumento da salutare positivamente per la vita, diremmo quasi per la vitalità, dell'ordinamento. Essa infatti consente una penetrazione per dir così "capillare" dei valori costituzionali nell'ordinamento evitando i "traumi" e gli scossoni della dichiarazione d'incostituzionalità. L'ordinamento sfrutta così una sua capacità di autoadeguamento ai valori costituzionali che ne garantiscono una più piena e rapida attuazione. Certamente, l'interpretazione conforme contribuisce per contro a dilatare i poteri del giudice, specie quando il legislatore non sia pronto, efficace e convinto

<sup>22</sup> Sull'interpretazione conforme a Costituzione, v. la fondamentale "voce" di M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir. – Annali*, vol. IX, Milano, 2016, 391 ss. Con specifico riferimento alla materia penale, v. D. PULITANO, *Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a Costituzione e ruolo 'creativo' del giudice*, in *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, a cura di I. Pellizzone, Milano, 2017, 65 ss.; M. D'AMICO, *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, *ivi*, 25 ss. Altrettanto interessante è il tema dell'interpretazione conforme al diritto europeo, anzi forse reso più complesso e delicato dalla 'eterogeneità' dei parametri di conformità rispetto alla norma interna: v., per tutti, A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015, con un ampio saggio introduttivo del Curatore, *Nei meandri dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*.



nel trasfondere i valori costituzionali nel tessuto normativo. Non c'è dubbio, infatti, che per non incorrere nella sgradita "sanzione" dell'inammissibilità della questione incidentale, il giudice comune può sentirsi sollecitato a forzare i limiti dell'interpretazione conforme, tanto più in quanto tali limiti sono costituiti da null'altro che dall'ampiezza semantica del materiale linguistico: dunque, limiti dotati di insopprimibile elasticità.

Tutto ciò premesso, sembra chiaro che quel particolare tipo di interpretazione conforme costituito dall'interpretazione tassativizzante in materia coperta da riserva di legge, presenti alcuni caratteri peculiari. Invero, mentre di regola il parametro costituzionale di conformità è un parametro contenutistico, cioè un determinato valore costituzionale capace di orientare appunto contenutisticamente il significato normativo di una disposizione, nel nostro caso il discorso è diverso. E ciò in quanto il parametro di conformità costituzionale è dato dalla determinatezza, cioè non già da un valore contenutistico bensì da un principio di formulazione della legge penale, di qualunque contenuto essa sia. Così stando le cose, ne viene in primo luogo che l'interpretazione tassativizzante, mentre orienta il giudice a conferire un contenuto determinato alla norma, rimane relativamente indifferente a quale debba essere questo contenuto. Inoltre, e conseguentemente, è anche chiaro che una cosa è la scelta tra più possibili opzioni interpretative effettuata in base al criterio della maggiore determinatezza, altra cosa è colmare un vuoto di significato normativo con un contenuto che non trovi un criterio ispiratore se non nell'esigenza comunque di determinatezza.

Tutto ciò anche senza contare il fatto che non sempre è facile distinguere l'ipotesi di un'opzione tra più soluzioni interpretative tutte possibili e quella di una più radicale indeterminatezza che possa essere colmata solo attingendo altrove il contenuto normativo. E senza contare poi che potrebbero darsi casi in cui parametri costituzionali di conformità contenutistica confliggano con quello della determinatezza, nel senso cioè che l'opzione più conforme ad un parametro costituzionale sia anche quella meno determinata.

È bensì vero che la Corte costituzionale in tema di determinatezza ha elaborato, specie negli ultimi anni, un criterio secondo il quale la norma può dirsi indeterminata solo quando, nonostante l'esperimento di tutti gli strumenti ermeneutici a disposizione, non risulta possibile attribuire alcun significato plausibile alla disposizione: criterio c.d. della non-interpretabilità della disposizione<sup>23</sup>. Così che si può ragionevolmente pensare che l'interpretazione conforme tassativizzante sia possibile solo nel caso di plurime opzioni interpretative, mentre nel caso di vuoto contenutistico la norma sarebbe non-interpretabile e dunque sarebbe necessario

<sup>23</sup> V. *ex multis* Corte cost., 18 dicembre 2003-13 gennaio 2004, n. 5; 30 luglio-1 agosto 2008, n. 327.

sollevare questione di costituzionalità. Ma è anche vero che ci si muove comunque su un terreno particolarmente scivoloso, in cui si finisce per richiedere al giudice valutazioni e decisioni ermeneutiche estremamente complesse e articolate, e inoltre sotto la pressione costituita dalla inammissibilità in ragione dell'insufficienza degli sforzi compiuti per dare un'interpretazione conforme.

In conclusione, quella particolare specie di interpretazione conforme che è l'interpretazione tassativizzante in materia penale accentua notevolmente il protagonismo ermeneutico del giudice ancora di più di quanto già non faccia la "comune" interpretazione conforme. E il paradosso sta nel fatto che l'interpretazione tassativizzante trae origine proprio dall'intento di rimediare ad una carenza del legislatore nell'esercitare quel suo monopolio delle fonti cui contribuisce il principio di determinatezza.

### 7. Interpretazione "tassativizzante" e logica indiziaria

Passando ora all'interpretazione tassativizzante nello specifico campo delle misure di prevenzione, va detto che lo sforzo della giurisprudenza è stato davvero notevole anche se ovviamente non ha potuto... fare miracoli. La logica surrogatoria ed indiziaria ha condizionato l'opera della giurisprudenza più coraggiosa.

Preliminarmente, occorre precisare che il deficit di legalità/determinatezza affligge il sistema delle misure di prevenzione su due piani: quello dei presupposti e quello dei contenuti delle misure. La nostra attenzione si concentrerà sul primo, ma non si può non fare un cenno anche al secondo. Qui v'è stata, come si sa, una coraggiosa sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione che è addirittura giunta alla *disapplicazione* (o *abrogazione*) dell'art. 75 del d.lgs. 159/2011 nella parte in cui punisce la violazione della prescrizione di "vivere onestamente e rispettare le leggi"<sup>24</sup>. A tale dirimente risultato la Cassazione è giunta sulla base delle censure formulate al riguardo dalla sentenza Cedu De Tommaso, assunte a parametro di riferimento di una interpretazione conforme al principio di legalità che ha travolto una parte dell'espressione linguistica della fattispecie. Tanto che successivamente la stessa Corte di cassazione, nella sua II sezione, ha ritenuto invece di dover sollevare questione di legittimità costituzionale<sup>25</sup>. Ora, non c'è dubbio che dalla sentenza Paternò si possono e debbono trarre due insegnamenti. In primo luogo, essa costituisce una conferma di quanto dicevamo prima in ordine alle pe-

<sup>24</sup> Cass. S.U., 27 aprile 2017-5 settembre 2017, n. 40076, Paternò, in *Giur. it.*, 2018, 452, con nota di F. BASILE, *Quale futuro per le misure di prevenzione dopo le sentenze De Tommaso e Paternò?*, *ivi*, 456 ss. Nello stesso senso, poi, ma con riferimento all'inosservanza del divieto di partecipare a pubbliche riunioni, Cass. I, 10 luglio 2018, n. 31322.

<sup>25</sup> Cass. II, ord. 25-26 ottobre 2017, n. 49194.

cularità dell'interpretazione conforme tassativizzante e alla sua capacità di assecondare un'ermeneutica tendenzialmente distante o addirittura disancorata dal testo legale. In secondo luogo, al di là del fatto che qui la questione di determinatezza riguarda direttamente il contenuto precettivo di una fattispecie criminosa (e, dunque, *in primis* l'art. 25.2 Cost.), la sentenza dovrebbe suonare come un severo monito per il legislatore a ripensare – quantomeno alla luce dei parametri di legalità fissati dai Protocolli addizionali della Cedu – tutti i contenuti delle misure di prevenzione per selezionare quelli che siano compatibili con quei parametri e dunque con l'art. 117.1 Cost. espungendo invece quelli che siano a rischio di indeterminatezza.

Chiusa la parentesi e venendo ora ai presupposti delle misure, va subito ribadito sempre preliminarmente che alla “tassativizzazione” del sistema di prevenzione *ante delictum* sfuggirà comunque il suo nucleo (teoricamente) centrale costituito dalla fattispecie soggettiva di pericolosità. È infatti ormai del tutto assodato, dopo le definitive e risalenti precisazioni della dottrina più autorevole, che il giudizio di pericolosità ha un margine ineliminabile di indeterminatezza – anzi, una struttura logicamente indeterminata – dovuta al suo carattere prognostico<sup>26</sup>. Con un apparente ma significativo ossimoro, si potrebbe dire che il giudizio di pericolosità *accerta* un dato *incerto* per definizione perché futuro, cioè la probabile commissione di fatti criminosi di là da venire. È dunque del tutto logico che lo standard di certezza accertativa del giudizio di responsabilità e di quello di pericolosità non può che essere radicalmente diverso: il primo, in quanto accerta l'esistenza di un fatto passato, può collocarsi “al di là di ogni ragionevole dubbio”; il secondo, in quanto accerta la probabile esistenza di un fatto futuro, non può che consistere in un ragionevole dubbio.

Dunque, l'opera di tassativizzazione della fattispecie di pericolosità riguarderà necessariamente non tanto il giudizio prognostico quanto piuttosto gli indici fattuali, i dati sintomatici che ne costituiscono la “base”: insomma, un materiale di dati di fatto indicati dalla legge al giudice come ragionevole premessa da cui muovere per formulare il giudizio di pericolosità. E questa indicazione legislativa costituisce la prima selezione in astratto – per così dire – dei soggetti destinatari delle misure, sulla quale opererà poi la seconda selezione in concreto effettuata dal giudice con l'accertamento della soggettiva pericolosità.

Posto tutto ciò, veniamo all'imponente opera svolta di recente dalla giurisprudenza comune. Questa opera tassativizzante si è svolta a due livelli. Su un primo livello la Cassazione ha proceduto ad un'operazione di *precisazione semantica* di molte espressioni utilizzate dal legislatore per designare i presupposti di fatto del

<sup>26</sup> Per tutti, P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 646 ss.

giudizio di pericolosità, così da restringere i risultati della prima selezione dei destinatari effettuata dal legislatore. E così è avvenuto, ad esempio, quando la Corte ha precisato che l'“appartenenza” ad un'associazione mafiosa va intesa nel senso di partecipazione all'associazione o di concorso esterno alla medesima, con l'esclusione di ogni altra forma di contiguità<sup>27</sup>. Ovvero quando è stato precisato che per “traffici delittuosi” vanno intese le sole ipotesi di commercio illecito di beni materiali e non il mero delinquere per finalità di arricchimento<sup>28</sup>. Si tratta, in questi casi, di un'attività interpretativa certamente conforme al canone della determinatezza e del tutto plausibile ed apprezzabile in quanto rimane sul terreno dell'ermeneutica del testo scegliendo i significati maggiormente rispondenti ai principi costituzionali e agli scopi del sistema di prevenzione.

Su un secondo livello l'interpretazione conforme non può non scontare il carattere *indiziario* proprio – come abbiamo visto – della maggior parte delle fattispecie elencate dal legislatore agli artt. 1 e 4 d.lgs. 159/2011. Qui l'opera tassativizzante va alla ricerca di ciò che non è detto, o è detto in forma sostanzialmente tautologica e vuota di contenuto, dal legislatore: cioè alla ricerca degli elementi di fatto in concreto dotati di *efficacia indiziante* dei reati delle varie categorie indicate dalla legge. Quando, ad esempio, l'art. 1 lettera *a*) parla di «coloro che debbano ritenersi, *sulla base di elementi di fatto*, abitualmente dediti a traffici delittuosi», segnala certamente l'esigenza – peraltro ovvia – che il giudizio indiziario debba avvenire sulla base di un qualche “elemento di fatto” ma altrettanto chiaramente non provvede a nessuna indicazione specifica di quali possano e debbano essere questi “elementi di fatto”. In qualche articolata e dotta sentenza ci si sforza di chiarire come sia possibile e doveroso per il giudice procedente fare appello a tutta una serie di elementi il cui implicito richiamo da parte della legge e il cui concreto accertamento da parte del giudice escluderebbero la radicale indeterminatezza della fattispecie di pericolosità<sup>29</sup>. Ma, per la verità, rimane incontestabile la constatazione che quegli “elementi di fatto” non sono legislativamente predeterminati. E forse nemmeno avrebbero potuto esserlo proprio in quanto si tratta non già di elementi costitutivi di un tipo di fatto, ma di materiale fattuale rilevante nella sua capacità indiziaria: e tale capacità indiziaria dipende dall'insieme – il c.d. “compendio probatorio” – di dati fattuali non facilmente predeterminabili a priori ma integrantisi tra loro nella concretezza dell'*hic et nunc*.

<sup>27</sup> Cass. I, 14 giugno 2017-30 novembre 2017, n. 54119, Sottile, secondo la quale la nozione di “appartenenza” evoca “il far parte o almeno il rendere un contributo concreto al gruppo”; cfr. altresì Cass. S.U., 30 novembre 2017, Gattuso.

<sup>28</sup> Cass. VI, 21 settembre 2017, n. 53003, D'Alessandro.

<sup>29</sup> V. in particolare, con dovizia di argomentazioni, Cass. I, 15 giugno 2017-9 gennaio 2018, n. 349.

Ed è a questo punto che la giurisprudenza compie un passo davvero decisivo e coraggioso sulla via della tassativizzazione. In effetti, alla luce soprattutto delle pronunce più recenti, si può dire che la Cassazione perviene a stabilire quale sia il preciso senso di quel “requisito indiziario” al centro della fattispecie di volta in volta presupposto delle misure preventive. E non può che essere un senso “processuale”. Sembra distinguere, la Corte, tra ipotesi di pericolosità c.d. generica e c.d. specifica. Quanto alla pericolosità generica, viene addirittura richiesto che si possa fare riferimento ad un accertamento giudiziale di responsabilità per uno o più fatti criminosi pregressi, indifferente essendo che a tale accertamento si pervenga nello stesso giudizio di prevenzione ovvero sia stato conseguito in un precedente o parallelo processo di cognizione. Quanto alla pericolosità specifica, è necessario un accertamento giudiziale (nello stesso processo di prevenzione ovvero in altro processo di cognizione) di *elementi indiziari* di uno o più fatti criminosi corrispondenti alle tipologie indicate dalla legge<sup>30</sup>.

Si tratta evidentemente del massimo sforzo di tassativizzazione che poteva essere effettuato in via giurisprudenziale. In tal modo, senza ovviamente poterne stravolgere la logica surrogatoria e indiziaria, il sistema di prevenzione viene invece strettamente collegato con quello punitivo, finendo le misure di prevenzione per assumere la fisionomia di misure di sicurezza largamente generalizzate<sup>31</sup>. Esse, infatti, coi contenuti della sorveglianza speciale e della confisca, tendono a divenire sanzioni conseguenti ad un accertamento giudiziale pieno o semipieno di reati pregressi oggi previsti in numero davvero esorbitante e di natura molto eterogenea. Con la non trascurabile precisazione che la “grammatica probatoria” del processo di cognizione è ben diversa da quella propria del processo di prevenzione; e che anche la “significanza indiziaria” di elementi accertati nel processo di cognizione è ben diversa da quella che quegli stessi elementi possono più facilmente dispiegare nel processo di prevenzione.

Così stando le cose, è chiaro che il sistema di prevenzione *ante delictum* finisce per essere funzionalmente indifferente alle diverse manifestazioni criminologiche di pericolosità soggettiva, per diventare invece uno strumento parallelo a quello punitivo congegnato in modo da colpire più agevolmente tutti quei reati per i quali il legislatore avverta un’esigenza di semplificazione accertativa: o perché obiettivamente di più difficile accertamento (come principalmente quelli “di mafia”) o perché avvertiti come specialmente “allarmanti” (come ad esempio quello di *stalking*). Ne risulta naturale, in questa logica, una tendenza fortemente espan-

<sup>30</sup> V. Cass. II, 14 giugno 2017, n. 36258, Celini, secondo la quale le esigenze di tassatività «vengono soddisfatte direttamente dal giudice, selezionando i fatti posti a base del giudizio di pericolosità, in particolare le pronunce penali che hanno affermato definitivamente la responsabilità per la commissione dei delitti o la sussistenza di gravità indiziaria degli stessi».

<sup>31</sup> In qualche modo lo riconosce la stessa sentenza Cass. I, n. 349/2018, già citata.

siva della prevenzione *ante delictum* al punto da diventare una sorta di doppione del sistema punitivo. Ed è forse sintomatico, sotto questo profilo, che le misure di prevenzione abbiano alla fine dato corpo addirittura ad un *codice* (non vogliamo dire *in sostituzione* di quello penale, di cui ancora attendiamo la riforma organica).

## 8. Conclusioni

Nel momento storico attuale, nonostante le grandi preoccupazioni espresse dalla scienza penale e processuale (cui modestamente aggiungiamo queste nostre riflessioni) per l'involuzione fortemente illiberale determinata dal sistema della prevenzione *ante delictum*, non c'è certo da attendersi un'inversione di rotta. Nel clima di intensificazione della paura per la criminalità, il legislatore – senza grandi distinzioni di bandiera – sembra aver riscoperto le potenzialità delle misure di prevenzione, specie di quelle patrimoniali, senza avvertirne né l'esigenza di un equilibrato coordinamento col sistema punitivo né la necessità di una più scrupolosa osservanza dei principi costituzionali in materia di libertà e proprietà e neppure di una decorosa tecnica di formulazione legislativa.

La giurisprudenza comune ha finito per svolgere un ruolo da protagonista. Lo sforzo compiuto con l'interpretazione conforme ha mostrato una doppia valenza: da un lato, è indubbiamente rivelatore di una sensibilità garantista, condivisa oggi dalla Corte di Strasburgo, per i profili "modali" della legalità; dall'altro, però, nella misura in cui si sono prodotti risultati di "tassativizzazione" del sistema, quest'ultimo finisce per apparire legittimato nella sua attuale distorta fisionomia funzionale di doppione surrogatorio ed indiziario di quello punitivo.

In questo momento, la Corte costituzionale è investita di alcune decisive questioni, pur sempre concernenti il profilo della legalità/determinatezza, costante fronte insieme di crisi e di resistenza delle misure di prevenzione. Conosciamo la opportuna, doverosa e condivisibile cautela della Corte nell'assumere posizioni di frontale opposizione con la politica legislativa specie in materia penale e, d'altronde, il *petitum* delle questioni pendenti la vincola al profilo della legalità/determinatezza. Ma quando vuole la Corte sa anche inviare messaggi inequivoci ad un legislatore, in verità per lo più inerte. Qui la posta in gioco sottostante alle questioni di legalità è ben più grossa, poiché si sta profilando un tacito ma consistente spostamento dell'asse del sistema penale complessivo a favore della prevenzione *ante delictum* con conseguente alterazione dei principi sostanziali e processuali vigenti in materia di responsabilità penale. Una pronuncia di incostituzionalità, forte anche dell'orientamento di Strasburgo, sebbene provocata dalle carenze di legalità/determinatezza della disciplina, potrebbe nondimeno suonare come un implicito ma forte richiamo al legislatore affinché maneggi con minore

disinvoltura uno strumento da sempre “compromesso” e che dovrebbe comunque rimanere marginale nel sistema complessivo di contrasto alla criminalità.

Nonostante che la ripetizione martellante di quelle formule “indiziato”, “indiziati” e “si debba ritenere” ci appaia quasi spudorata nel rivelare la vera e ormai consolidata natura della prevenzione *ante delictum*, non desistiamo dal credere alla necessità di un ripensamento radicale del sistema. Tutt'altra dovrebbe infatti essere la base su cui poggiare un sistema preventivo più accettabile dal punto di vista costituzionale. E cioè quella della pericolosità soggettiva come pilastro fondante della misura di prevenzione: una pericolosità certo rimessa all'accertamento in concreto del giudice, ma “indiziata” da elementi fattuali legislativamente determinati e non già “indizianti” i più svariati reati pregressi di cui non si abbia piena la prova. Questa prospettiva di recupero della pericolosità soggettiva rappresenterebbe un radicale ripensamento della materia capace di conferire una meno fragile base costituzionale al sistema: anche al costo di mettere nel conto, in questa prospettiva, un'eventuale flessione... della determinatezza nell'accertamento dei presupposti applicativi delle misure.





**Studi**



ROBERTO BARTOLI

I PUNTI E LE LINEE NEL CONTRASTO AL TERRORISMO  
INTERNAZIONALE <sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. La lezione di Paolo Grossi: il punto e la linea. – 2. La fase del contrasto al terrorismo associativo strutturato. – 3. La fase del contrasto al terrorismo associativo destrutturato. – 4. La fase del contrasto al terrorismo individuale. – 5. La direttiva europea 2017/541: una nuova quarta fase? – 6. La trasformazione del concetto di terrorismo. – 7. Il nuovo paradigma di atto preparatorio basato su finalità criminosa generica. – 8. Vecchie e nuove tensioni con i principi di garanzia. La fattispecie associativa. – 8.1. Le fattispecie interrelazionali e monosoggettive connesse ad attività terroristiche. – 8.2. Istigazione e apologia dei reati di terrorismo. – 9. Verso nuovi strumenti di tutela: dalla Corte costituzionale alle Corti europee e dall'offensività alla proporzione.

1. *La lezione di Paolo Grossi: il punto e la linea*

Una delle grandi lezioni che ci ha donato il prof. Paolo Grossi è che il fenomeno socio-giuridico può essere guardato da due angoli visuali: dalla vicinanza del momento contingente oppure dalla distanza della prospettiva. Lo sguardo ravvicinato del momento contingente è quello del “vigentista” che si occupa del diritto positivo ed è destinato a cogliere il punto che di volta in volta si segna nello svolgersi degli accadimenti. Lo sguardo di chi vede le cose in prospettiva è quello dello storico ed è destinato a tracciare la linea che lega i diversi punti<sup>1</sup>.

Scopo di queste poche pagine è di soffermarsi sui diversi punti che sono stati segnati nel contrasto al terrorismo internazionale, per poi tentare di individuare la linea, o meglio, le linee che in qualche modo uniscono tali punti, e ciò nella convinzione che il fenomeno del terrorismo internazionale e gli strumenti per contrastarlo hanno ormai una loro storia, contratta nel tempo, ma ben articolata nei diversi passaggi. Storia dalla quale si possono ricavare alcune direttrici di fondo molto signifi-

<sup>(\*)</sup> Contributo realizzato per il progetto di ricerca “*Nuove tecnologie e lotta al (cyber)terrorismo ed al discorso d'odio in prospettiva europea*”, responsabile scientifico Roberto Flor.

<sup>1</sup> P. GROSSI, *Storicità del diritto*, Napoli, 2006, p. 9: «lo storico del diritto ha, secondo me, la funzione primaria di fungere da coscienza critica del giurista di diritto positivo. Costui ha di fronte quel punto fisso della linea, che è il diritto vigente, e spesso, isolandolo e immobilizzandolo, è troppo proteso ad assolutizzarlo. Lo storico del diritto deve richiamarlo alla elementare ma salvante verità che quel punto non è qualcosa di distaccato e di distaccabile ma anzi ben inserito in una linea che nasce prima, prosegue fino all'oggi e addirittura continua verso il futuro».

cative soprattutto per il tema penalistico fondamentale del rapporto di tensione che intercorre tra esigenze di tutela ed esigenze di garanzia.

## 2. *La fase del contrasto al terrorismo associativo strutturato*

Fino a qualche anno fa si era soliti affermare che la storia della lotta al terrorismo poteva essere distinta in due grandi fasi: la fase degli anni 70-80 del secolo scorso, caratterizzata dalla lotta al terrorismo interno, e quella del nuovo terzo millennio, caratterizzata dal contrasto al terrorismo internazionale<sup>2</sup>.

Oggi, si può tranquillamente ritenere che la stessa fase del contrasto al terrorismo internazionale può essere distinta in almeno tre periodi:

- 1) il primo periodo, segnato dall'attacco alle Torri gemelle di New York e che va dal 2001 al 2003;
- 2) il secondo periodo, contraddistinto dagli attentati di Madrid e di Londra e che va dal 2004 al 2011;
- 3) il terzo periodo, segnato da numerosi attentati realizzati in diversi Stati dell'Europa (Belgio, Francia, Danimarca, Svezia, Gran Bretagna), che va dal 2012 fino ai giorni nostri.

Il primo può essere definito il periodo del terrorismo internazionale strutturato.

Dal punto di vista fenomenologico è senz'altro la forma più grave, sia per la sussistenza di un'organizzazione per l'appunto saldamente strutturata (Al Qaeda), sia perché tale associazione ha dato concreta attuazione al suo programma criminoso ponendo in essere gli attentati alle Torri Gemelle e al Pentagono, attentati che per dinamiche e conseguenze si è indotti ad assimilare a un attacco bellico. D'altra parte, non ci stancheremo mai di precisare che si è trattato non di attacchi bellici ma criminali, in quanto realizzati non da uno Stato ma da un'organizzazione criminale. In estrema sintesi, possiamo dire che in questo primo periodo sul piano associativo, l'organizzazione presenta una struttura pesante e verticale e l'atto terroristico, oltretutto effettivamente realizzato, tende ad essere oggettivamente grave e finalizzato alla destabilizzazione politica di uno Stato.

Dal punto di vista della reazione "giuridica" occorre distinguere tra la strategia posta in essere dagli Stati Uniti d'America e quella degli Stati europei. Gli Stati Uniti hanno realizzato una strategia del tutto inedita, denominata guerra al terrore, caratterizzata dall'impiego di strumenti bellici contro un'organizzazione criminale

<sup>2</sup> M. PELISSERO, *Delitti contro la personalità dello Stato*, in M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, Torino, 2010, p. 5 ss.

di terrorismo internazionale<sup>3</sup>. Non è questa la sede per ripercorrere i numerosi problemi posti da questa strategia, sia sul piano del diritto nazionale che su quello del diritto internazionale e, in particolare, del diritto umanitario: sotto quest'ultimo profilo, basti ricordare soltanto l'elaborazione della figura dei c.d. "combattenti illegittimi" e il trattamento riservato a questa categoria di soggetti totalmente privo di garanzie. Una cosa è certa: si è assistito non solo a una torsione delle categorie giuridiche tradizionali, ma a volte addirittura al rovesciamento del diritto in strumenti di mera violenza fuori da qualsiasi limite e controllo (Guantánamo *docet*).

Per quanto riguarda l'Europa, non è stata accolta la strategia della guerra al terrore, ma sono stati adottati strumenti di contrasto di diritto penale. In particolare, riguardo alle fonti europee, sulla scia di quanto disposto dalle Nazioni Unite attraverso la risoluzione n. 1373/2001, il Consiglio d'Europa ha adottato la decisione quadro sulla lotta al terrorismo internazionale (Dec. 2002/475/GAI), dove si prevede la definizione di reato terroristico (art. 1), il reato di organizzazione terroristica e di partecipazione alla stessa (art. 2), e i reati connessi alle attività terroristiche (art. 3). In particolare, per reati terroristici si intendono una serie di atti intenzionali specificamente indicati che sul piano oggettivo possono arrecare grave danno a un paese o a un'organizzazione internazionale, e sul piano soggettivo sono commessi per perseguire tre diverse finalità: intimidazione della popolazione, costrizione di pubblici poteri, destabilizzazione di un Paese. Per quanto riguarda l'associazione, essa viene intesa come un'organizzazione strutturata di più di due persone, stabile nel tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere reati terroristici, con la conseguenza che l'associazione deve perseguire una duplice finalità: quella – per così dire – intermedia degli atti/reati terroristici e quella finale di intimidazione o costrizione o destabilizzazione. I reati connessi alle attività terroristiche sono individuati nel furto aggravato, estorsione, formazione di documenti falsi.

Per quanto riguarda le fonti nazionali, l'Italia ha adottato due leggi. Con la legge n. 438/2001 è stato modificato l'art. 270-*bis* c.p., aggiungendo la finalità di terrorismo "anche internazionale" e si è introdotto l'art. 270-*ter* c.p., consistente nell'assistenza agli associati. Con la legge n. 34/2003 è stata prevista la fattispecie di atti di terrorismo con ordigni micidiali o esplosivi (art. 280-*bis* c.p.), a ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale per la repressione degli attentati terroristici mediante utilizzo di esplosivo (assemblea generale O.N.U., New York, 15 dicembre 1997).

<sup>3</sup> In argomento v. F. RESTA, *11 settembre: attentato alle libertà? I diritti umani dopo le Torri Gemelle*, Roma, 2011; inoltre, sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, Torino, 2008.

### 3. La fase del contrasto al terrorismo associativo destrutturato

Il secondo periodo è contraddistinto dagli attentati di Madrid e di Londra e va dal 2004 al 2011 e può essere definito il periodo del terrorismo internazionale “destrutturato”.

Dal punto di vista fenomenologico, si deve osservare come l’associazione terroristica presenti una struttura meno pesante e verticale in quanto più leggera e orizzontale, definita a rete o a cellule dislocate all’interno dei singoli Stati presi di mira. Per quanto riguarda l’atto terroristico, la finalità ultima tende a spostarsi dalla coazione/destabilizzazione di uno Stato alla intimidazione della popolazione, mentre la finalità intermedia si caratterizza per la realizzazione di atti che continuano ad avere una consistenza offensiva significativa<sup>4</sup>.

Dal punto di vista giuridico, sulla scia di alcune risoluzioni dell’O.N.U. che prevedevano le fattispecie di reclutamento (*recruiting*, risoluzione n. 1617 del 2005) e incitamento (*incitement*, risoluzione n. 1624/2005), il Consiglio d’Europa ha adottato la Convenzione sulla prevenzione del terrorismo (Varsavia, 16 maggio 2005). In essa si rafforza il gruppo di reati connessi alle attività terroristiche prevedendo l’incriminazione di fatti monosoggettivi consistenti nella provocazione pubblica (art. 5)<sup>5</sup>, nel reclutamento, da intendersi come istigazione/accordo a commettere atti terroristici o a partecipare a un’associazione (art. 6)<sup>6</sup> e nell’addestramento, inteso come fornire istruzioni al fine di commettere reati terroristici (art. 7)<sup>7</sup>, reclutamento e addestramento puniti soltanto dal lato di chi istiga o istruisce. Inoltre, a pochi anni di distanza, viene adottata la decisione quadro 2008/919/GAI, che riforma l’art. 3 della Decisione quadro del 2002, prevedendo le stesse identiche fattispecie della provocazione pubblica, del reclutamento e dell’addestramento, sempre dal solo lato di chi recluta o addestra.

<sup>4</sup> F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Padova, 2016, p. 13 ss.

<sup>5</sup> Articolo 5: «Ai fini della presente Convenzione, si intende per “pubblica provocazione per commettere un atto di terrorismo” diffondere od in qualsiasi altro modo rendere disponibile un messaggio al pubblico con l’intenzione di incitare alla commissione di un reato di terrorismo se tale condotta, che sostenga direttamente o indirettamente la commissione di reati di terrorismo, cagioni il pericolo che uno o più di tali reati possa essere commesso».

<sup>6</sup> Articolo 6: «Ai fini della presente Convenzione, si intende per “reclutamento per il terrorismo” sollecitare un’altra persona a commettere o a partecipare alla commissione di un reato di terrorismo, ovvero ad aderire ad un’associazione o ad un gruppo al fine di contribuire alla commissione di uno o più reati di terrorismo dell’associazione o del gruppo».

<sup>7</sup> Articolo 7: «Ai fini della presente Convenzione, si intende per “addestramento per il terrorismo” fornire istruzioni per la fabbricazione o l’uso di esplosivi, armi da fuoco o altre armi ovvero sostanze nocive e pericolose, nonché di altri metodi o tecniche specifiche allo scopo di commettere un reato di terrorismo o di contribuire alla sua commissione, con la consapevolezza che la formazione procurata ha lo scopo di servire alla realizzazione di tale obiettivo».

Per quanto riguarda le fonti nazionali, di grande rilievo è la legge n. 155/2005, che nella sostanza dà attuazione alla Decisione quadro del 2002 e alla Convenzione di Varsavia. In particolare, anzitutto l'art. 270-*sexies* c.p. contiene una definizione di terrorismo anche internazionale nella sostanza identica a quella contenuta nelle fonti internazionali, ma con una significativa differenza: mentre le fonti internazionali, oltre alla finalità finale terroristica, consistente nella intimidazione o nella costrizione o nella destabilizzazione, indicano in modo dettagliato anche i singoli "reati terroristici" (la c.d. finalità intermedia), nel nostro ordinamento invece ci si limita a fornire una definizione di finalità terroristica riferita a condotte non specificate.

Inoltre, vengono previste le fattispecie di arruolamento (art. 270-*quater*), secondo cui, fuori dalle ipotesi di partecipazione nell'associazione di cui all'art. 270-*bis*, si punisce colui che arruola (non anche l'arruolato), di addestramento (art. 270-*quinquies*), secondo cui, sempre fuori dalla partecipazione nell'associazione, si punisce chi addestra e istruisce e chi viene addestrato (non anche l'istruito), e le fattispecie di istigazione e apologia dei delitti di terrorismo (art. 414, comma 3, c.p.), aggravate se commesse attraverso strumenti informatici o telematici.

Per quanto riguarda la prassi applicativa, in questo periodo di estremo interesse sono quelle sentenze in cui si puniscono per la partecipazione ad associazione terroristica soggetti che operano all'estero in contesti riconducibili al conflitto bellico. Secondo un'opinione dottrinale<sup>8</sup>, fatta propria poi anche dalla maggioranza della giurisprudenza di legittimità<sup>9</sup>, la nuova definizione di terrorismo internazionale di cui all'art. 270-*sexies* c.p., nel momento in cui qualifica come terroristiche anche le altre condotte previste come tali "da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia", consentirebbe di applicare la Convenzione O.N.U. del 1999 per la repressione dei finanziamenti al terrorismo ai fatti realizzati in contesti di conflitto armato. Tuttavia, tale opinione non può essere accolta, in quanto non solo per i contesti bellici trova applicazione il diritto umanitario e in particolare le Convenzioni di Ginevra con i relativi Protocolli Aggiuntivi, ma soprattutto, i due contesti di conflitto bellico e di pace devono essere tenuti fermamente distinti proprio riguardo al fenome-

<sup>8</sup> A. VALSECCI, *La definizione di terrorismo dopo l'introduzione del nuovo art. 270 sexies c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1113 ss.; ID., *Sulla definizione di terrorismo "in tempo di guerra"*, in *Dir. pen. contemp.*, 2012, 191 ss.; F. VIGANÒ, *La nozione di "terrorismo" ai sensi del diritto penale*, in F. SALERNO (a cura di), *Sanzioni "individuali" del Consiglio di Sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, Padova, 2010, p. 193 ss.

<sup>9</sup> Cfr. Cass. pen., 22 novembre 2013-21 gennaio 2014, Legori, in *CED Cass.*, n. 2843/2014; Cass. pen., Sez. V, 18 luglio 2008-7 gennaio 2009, Laagoub Abdelkader, *ivi*, n. 75/2009; Cass. pen., Sez. V, 4 luglio 2008-22 ottobre 2008, Ciise Maxamed, *ivi*, n. 39545/2008; Cass. pen., Sez. I, 11 ottobre 2006-17 gennaio 2007, Bouyahia Maher, *ivi*, n. 1072, 2007.

no terroristico<sup>10</sup>. Non si può dimenticare infatti la circostanza che in presenza di contesti bellici, allorché una parte risulta avere un certo sopravvento rispetto all'altra, esiste la tendenza a qualificare come terroristici atti di guerra conformi allo *jus in bello* realizzati da coloro che, pur soccombendo, sono combattenti legittimi. In buona sostanza, si determina una disparità di trattamento tra legittimi combattenti, per cui uno stesso identico fatto conforme allo *jus in bello* si considera atto terroristico punibile se commesso da combattenti della parte "irregolare", mentre si considera lecito se realizzato da combattenti della parte "regolare". Con l'effetto finale di minare la stessa efficacia del diritto internazionale umanitario che "disciplina" e limita le modalità di conduzione del conflitto armato proprio grazie al principio della parità di trattamento tra combattenti legittimi.

A dire il vero, il tema meriterebbe ulteriore approfondimento in quanto al momento risulta molto più problematica di quanto si possa pensare la qualificazione della "realtà" Isis<sup>11</sup>. Posto infatti che in Siria è presente un conflitto armato non internazionale, al quale si applicano le Convenzioni di Ginevra con i relativi Protocolli Aggiuntivi, se si considera l'Isis un gruppo armato collegato a una parte del conflitto siriano, esso non potrebbe essere considerato un gruppo terroristico. Con la conseguenza che, a rigore, stando al diritto internazionale umanitario, sarebbe legittimo il comportamento di chi espatria per andare a combattere nelle file dell'Isis o di chi, rimanendo all'interno di un determinato Stato, solidarizza con chi sta combattendo. Ponendosi comunque poi la questione se la violazione sistematica dello *jus in bello* possa portare a qualificare un gruppo collegato a una parte in conflitto come terroristico. Se invece l'Isis non si considera collegato a una parte in conflitto, allora tale gruppo, in quanto realtà associativa, può essere qualificato come terroristico.

A sostegno di questa seconda interpretazione la giurisprudenza tende a richiamare alcune risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'O.N.U. in cui si identificano i *foreign fighters* con i terroristi e più precisamente si indicano alcuni gruppi che operano in contesti di conflitto armato, Isis compreso, come terroristici<sup>12</sup>. Tuttavia, non solo l'operatività delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza risulta problematica sul piano delle fonti interne, ma il loro stesso contenuto tende a suscitare alcune perplessità anche sul piano del diritto internazionale<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Sul punto, sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Ancora equivoci in tema di terrorismo internazionale nei contesti di conflitto armato*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1728 ss.

<sup>11</sup> In argomento, v. per tutti AA. VV., *I conflitti in Siria e Libia. Possibili equilibri e le sfide al diritto internazionale*, a cura di N. Ronzitti e E. Sciso, Torino, 2018.

<sup>12</sup> V. per tutte Cass. pen., Sez. I, 6 ottobre 2015-1° dicembre 2015, Halili El Madhi, in *CED Cass.*, n. 47489/2015, Le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza O.N.U. sono: n. 2170 e n. 2178 del 2014 e nn. 2199, 2214 e 2249 del 2015.

<sup>13</sup> Oltre a RONZITTI, *I conflitti in Siria e Libia*, cit., nella letteratura penalistica, cfr. L. DELLA TORRE, *Tra guerra e terrorismo: le giurisprudenze nazionali alla prova dei foreign fighters*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it.*, p. 1 ss.



#### 4. La fase del contrasto al terrorismo individuale

La terza fase del terrorismo internazionale e del suo contrasto è contraddistinta da numerosi attacchi in molti Stati dell'Europa e va dal 2012 fino ai giorni nostri e può essere definita come la fase del terrorismo internazionale individuale.

Sul piano associativo, la stessa partecipazione del "terrorista" alla compagine organizzativa tende a farsi non solo labile e incerta, ma spesso chi agisce, lo fa per iniziativa del tutto individuale, mentre le associazioni terroristiche si limitano a rivendicare *ex post* l'atto commesso (si parla di lupi solitari o zombie). Inoltre, con la formazione dell'Isis, nasce il fenomeno di chi, presente in uno Stato occidentale, si reca nei territori del c.d. Califfato al fine di combattere quella che viene considerata una Guerra Santa (c.d. *foreign fighters*) o di chi, una volta recatosi in tali territori, ritorna negli Stati occidentali. Sul piano degli atti terroristici, la finalità ultima è ormai esclusivamente quella di intimidire la popolazione, mentre la finalità intermedia consiste in atti che possono presentare anche un significativo disvalore, ma che prevalentemente risultano dotati di minore efficacia.

Dal punto di vista giuridico, sul piano delle fonti internazionali, con la risoluzione n. 2178/2014, l'O.N.U. concentra la propria attenzione soprattutto sulla figura del c.d. *foreign fighter*, mentre il Consiglio d'Europa adotta il protocollo addizionale per la prevenzione del terrorismo (Riga, 22 ottobre 2015), dove sono ulteriormente incrementati i reati a carattere monosoggettivo connessi alle attività terroristiche: atto di ricevere addestramento (art. 3)<sup>14</sup>, il viaggio all'estero (art. 4)<sup>15</sup>, nonché il finanziamento di viaggio all'estero (art. 5)<sup>16</sup> e l'organizzazione e agevolazione di viaggi all'estero (art. 6)<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Articolo 3: «Ai fini del presente Protocollo, con "atto di ricevere un addestramento a fini terroristici" si intende l'atto di ricevere da un'altra persona istruzioni, compresa l'acquisizione di conoscenze o competenze pratiche, per la fabbricazione o l'uso di esplosivi, armi da fuoco o altre armi o sostanze nocive o pericolose, ovvero per altre tecniche o metodi specifici, al fine di commettere o contribuire alla commissione di un reato di terrorismo».

<sup>15</sup> Articolo 4: «Ai fini del presente Protocollo, con "viaggi all'estero a fini terroristici" si intende l'atto di recarsi in uno Stato diverso da quello di cittadinanza o di residenza al fine di commettere un reato di terrorismo o contribuire o partecipare alla sua commissione, oppure di impartire o ricevere un addestramento a fini terroristici. Ciascuna Parte adotta le misure necessarie per qualificare come reato i viaggi all'estero a fini terroristici quali definiti al paragrafo 1, in partenza dal proprio territorio o effettuati dai propri cittadini, qualora praticati illecitamente e intenzionalmente. A tal fine ciascuna Parte può stabilire le condizioni richieste dai suoi principi costituzionali, in conformità con gli stessi».

<sup>16</sup> Articolo 5: «Ai fini del presente Protocollo, con "finanziamento di viaggi all'estero a fini terroristici" si intende la fornitura o la raccolta, con qualsiasi mezzo, direttamente o indirettamente, di fondi che consentono, in tutto o in parte, a una persona di effettuare viaggi all'estero a fini terroristici quali definiti all'articolo 4, paragrafo 1, del presente Protocollo, sapendo che i fondi saranno destinati, in tutto o in parte, ad essere utilizzati a tale scopo».

<sup>17</sup> Articolo 6: «Ai fini del presente Protocollo, con "organizzazione o agevolazione di viaggi all'estero a fini terroristici" si intende qualsiasi azione di organizzazione o di agevolazione che aiuti

In Italia entra in vigore la legge n. 43/2015. Per quanto riguarda il diritto penale, viene prevista la punibilità anche dell'arruolato (art. 270-*quater* c.p.) e riguardo all'addestramento si prevede la punibilità anche dell'istruito nonché dell'auto-istruito, quando questi ultimi pongono in essere comportamenti finalizzati alla commissione di condotte con finalità di terrorismo. Inoltre, si introduce la fattispecie relativa all'organizzazione di viaggi (art. 270-*quater*.1), che punisce chiunque organizza, finanzia o propaganda viaggi in territorio estero finalizzati al compimento di condotte con finalità di terrorismo. Con la legge n. 153/2016, si prevede la fattispecie relativa ai finanziamenti di condotte con finalità di terrorismo (art. 270-*quinquies*.1), nonché la sottrazione di beni o denaro sottoposti a sequestro (art. 270-*quinquies*.2) e gli atti di terrorismo nucleare (art. 280-*ter*).

##### 5. *La direttiva europea 2017/541: una nuova quarta fase?*

Prima di compiere alcune considerazioni di fondo su questa evoluzione del contrasto al terrorismo internazionale, c'è da chiedersi se dal 2017 non si sia aperta una nuova quarta fase, in quanto la recente direttiva n. 541 del 2017 impone nuovi obblighi di criminalizzazione rispetto ai quali l'Italia sembra risultare inadempiente<sup>18</sup>.

Più precisamente, è indubbio che lo Stato italiano risulti adempiente rispetto a tutta una serie di obblighi – per così dire – classici, già presenti nelle fonti sovranazionali precedenti.

Così, deve ritenersi assolutamente pacifico l'adempimento rispetto agli obblighi di incriminazione dei reati di terrorismo (art. 3), dei reati riconducibili a un gruppo terroristico (art. 4), dell'organizzazione di viaggi a fini terroristici (art. 10) e del finanziamento (art. 11). In particolare, rispetto al primo obbligo, vero che, come accennato, a differenza di quanto si stabilisce nella direttiva e più in generale nelle fonti internazionali ed europee, l'Italia ha codificato la finalità di terrorismo senza indicare i singoli reati di terrorismo, è anche vero che tutti i reati indicati dalla direttiva sono penalmente rilevanti sul territorio nazionale<sup>19</sup>.

una persona a effettuare viaggi all'estero a fini terroristici quali definiti all'articolo 4, paragrafo 1, del presente Protocollo, realizzata sapendo che l'aiuto così fornito è diretto a fini terroristici».

<sup>18</sup> Per un'analisi dettagliata della Direttiva europea, cfr. F. FASANI, *L'impatto della direttiva antiterrorismo sulla legislazione penale sostanziale italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 12 ss; S. SANTINI, *L'Unione Europea compie un nuovo passo nel cammino della lotta al terrorismo: una prima lettura della direttiva 217/541*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, p. 1 ss.

<sup>19</sup> Si deve notare come la nuova Direttiva abbia inserito tra i nuovi reati di terrorismo quelli c.d. informatici, comunque già coperti dal nostro sistema attraverso la circostanza del terrorismo di

Parimenti, si può ritenere che la pubblica provocazione (art. 5)<sup>20</sup> sia coperta dall'art. 414, comma 4, c.p. e che il reclutamento (art. 6)<sup>21</sup> sia coperto dall'art. 270-*quater* c.p. Riguardo alla prima ipotesi, da un lato, la direttiva sembra indicare condotte diverse dall'istigazione in quanto generiche e dai destinatari indeterminati, consistenti nella diffusione e nella divulgazione, tuttavia il riferimento all'"intento di istigazione" riconduce queste condotte alla determinazione criminosa, richiedendosi oltretutto espressamente la creazione di un pericolo. Dall'altro lato, la fattispecie italiana, pur incriminando espressamente l'istigazione, non fa riferimento al pericolo concreto e prevede anche l'apologia, ma, stando all'interpretazione costituzionalmente orientata, l'istigazione deve creare un pericolo concreto<sup>22</sup> e l'apologia è nella sostanza una forma di istigazione<sup>23</sup>. Con riferimento al reclutamento, mentre l'art. 6 della direttiva punisce la mera istigazione tra privati anche se in forma unilaterale e non accolta, la fattispecie italiana, escluso che punisca un vero e proprio "reclutamento", si ritiene che punisca un serio ed effettivo accordo tra arruolatore e arruolato. Tuttavia, un'anticipazione della tutela che copre anche la mera sollecitazione unilaterale ancorché non accolta si ha nel momento in cui la prassi applicativa ha attribuito rilevanza anche all'ipotesi del tentativo<sup>24</sup>.

Più problematico risulta l'adempimento agli obblighi di incriminazione della fornitura di addestramento (art. 7)<sup>25</sup> e della ricezione di addestramento (art. 8)<sup>26</sup>.

cui all'art. 270-bis.1 c.p. Sul c.d. *cyber-terrorismo*, cfr. R. FLOR, *Cyber-terrorismo e diritto penale in Italia*, in R. WENIN e G. FORNASARI (a cura di), *Diritto penale e modernità*, Napoli, 2017, p. 325 ss.

<sup>20</sup> Articolo 5: «Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché sia punibile come reato, se compiuta intenzionalmente, la diffusione o qualunque altra forma di pubblica divulgazione di un messaggio, con qualsiasi mezzo, sia online che offline, con l'intento di istigare alla commissione di uno dei reati di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettere da a) a i), se tale comportamento, direttamente o indirettamente, ad esempio mediante l'apologia di atti terroristici, promuova il compimento di reati di terrorismo, creando in tal modo il pericolo che uno o più di tali reati possano essere commessi».

<sup>21</sup> Articolo 6: «Gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare che sia punibile come reato, se compiuto intenzionalmente, l'atto di sollecitare un'altra persona a commettere o contribuire alla commissione di uno dei reati di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettere da a) ad i), o all'articolo 4».

<sup>22</sup> Corte cost., sentenza n. 16/1973; Corte cost., sentenza n. 71/1978

<sup>23</sup> Corte cost., sentenza n. 65/1970; Corte cost., sentenza n. 71/1978.

<sup>24</sup> In questo senso v. acutamente F. FASANI, *L'impatto della direttiva antiterrorismo*, cit., p. 17, che cita Cass. pen., Sez. I, 9 settembre 2015-9 ottobre 2015, *Elesi Elviz*, in *CED Cass.*, n. 40699/2015.

<sup>25</sup> Articolo 7: «Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché sia punibile come reato, se compiuto intenzionalmente, l'atto di impartire istruzioni per la fabbricazione o l'uso di esplosivi, armi da fuoco o altre armi o sostanze nocive o pericolose ovvero altre tecniche o metodi specifici al fine di commettere o contribuire alla commissione di uno dei reati di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettere da a) a i), nella consapevolezza che le competenze trasmesse sono destinate ad essere utilizzate a tale scopo».

I problemi sorgono perché mentre la direttiva, parlando soltanto di “istruzioni”, unifica tutte le condotte di addestramento, la fattispecie italiana distingue tra addestramento e istruzione. Tuttavia, questa discrasia non pone tanto problemi dal lato attivo del “docente”, ma dal lato del “discente”, in quanto il legislatore italiano non solo ha incriminato anche l’auto-istruzione, ma soprattutto ha differenziato la tipicità oggettiva dell’addestrato da quella dell’istruito/auto-istruito, richiedendo che in queste ultime ipotesi siano posti in essere comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte con finalità di terrorismo. Ecco allora che se la direttiva viene interpretata nel senso che si incrimina il vero e proprio addestramento implicante una partecipazione attiva alla formazione, la legislazione italiana va addirittura oltre la normativa europea; ma se la direttiva viene invece interpretata nel senso che si incrimina l’istruzione in quanto tale, si deve ritenere che l’Italia, nel momento in cui prevede la necessità che siano realizzati atti univoci, risulti inadempiente<sup>27</sup>. E a favore di quest’ultima prospettiva depone l’undicesimo considerando, che oltre ad attribuire rilevanza all’auto-apprendimento, estende il concetto di addestramento alla acquisizione di informazioni e conoscenze<sup>28</sup>.

Ma soprattutto, si deve ritenere che l’Italia sia senz’altro inadempiente rispetto agli obblighi di incriminazione relativi ai viaggi a fini terroristici. Per quanto riguarda i viaggi in uscita, ad oggi gli atti preparatori di un singolo viaggio non possono essere puniti dall’art. 270-*quater*.1 c.p. che si riferisce alle condotte organizzative, mentre possono comportare l’applicazione di misure di prevenzione,

<sup>26</sup> Articolo 8: «Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché sia punibile come reato, se compiuto intenzionalmente, l’atto di ricevere istruzioni per la fabbricazione o l’uso di esplosivi, armi da fuoco o altre armi o sostanze nocive o pericolose ovvero altre tecniche o metodi specifici al fine di commettere o di contribuire alla commissione di uno dei reati di cui all’articolo 3, paragrafo 1, lettere da a) ad i)».

<sup>27</sup> Per questa alternativa, cfr. F. FASANI, *L’impatto della direttiva antiterrorismo*, cit., p. 18 ss.

<sup>28</sup> Undicesimo considerando: «la qualificazione come reato dell’atto di ricevere un addestramento a fini terroristici integra il reato esistente consistente nell’impartire addestramento e, in particolare, risponde alle minacce derivanti da coloro che preparano attivamente la commissione di reati di terrorismo, compresi coloro che in ultima istanza agiscono da soli. L’atto di ricevere addestramento a fini terroristici comprende l’acquisizione di conoscenze, documentazione o abilità pratiche. L’auto-apprendimento, anche attraverso Internet o la consultazione di altro materiale didattico, dovrebbe altresì essere considerata ricevere addestramento a fini terroristici qualora derivi da una condotta attiva e sia effettuato con l’intento di commettere o di contribuire a commettere un reato di terrorismo. Nel contesto di tutte le circostanze specifiche del caso, tale intenzione può essere dedotta ad esempio dal tipo di materiale consultato e dalla frequenza della consultazione. Pertanto, scaricare un manuale al fine di fabbricare esplosivi per commettere un reato di terrorismo potrebbe essere assimilato all’atto di ricevere un addestramento a fini terroristici. Al contrario, il semplice fatto di visitare siti web o di raccogliere materiale per finalità legittime, ad esempio a scopi accademici o di ricerca, non è considerato ricevere addestramento a fini terroristici ai sensi della presente direttiva».

in quanto l'art. 4 d.lgs. n. 159/2011 individua tra i potenziali destinatari di tali misure coloro che, operando in gruppi o isolatamente, «pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti [...] a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche». La direttiva, invece, impone di punire «l'atto di recarsi in un paese diverso [...] al fine di commettere o contribuire alla commissione di un reato di terrorismo [...] o di partecipare alle attività di un gruppo terroristico [...] o di impartire o ricevere un addestramento a fini terroristici» (art. 9, comma 1). E siccome obiettivo della direttiva è non solo quello di bloccare per tempo coloro che intendono espatriare con il fine di realizzare atti terroristici, ma anche la stessa possibilità di punire efficacemente «il viaggio» che dipende dalla capacità di intervenire prima della sua realizzazione, si deve ritenere che il baricentro della fattispecie si sposterà più sul tentativo che sul delitto consumato.

Rispetto ai viaggi in entrata, la direttiva, non senza qualche contraddizione e disfunzionalità, consente ai singoli Stati di scegliere se incriminare la semplice entrata (art. 9, comma 2, lett. a) oppure l'ipotesi meno repressiva degli «atti preparatori intrapresi da una persona che entri in tale Stato membro con l'intento di commettere o di contribuire alla commissione di un reato di terrorismo».

La circostanza che l'Italia non sia adempiente non è motivo sufficiente per auspicare l'adeguamento del nostro ordinamento nel senso indicato dalla direttiva, perché, come vedremo meglio in seguito, l'incriminazione di viaggi determinerebbe un arretramento della tutela tale da punire lo stesso esercizio della libertà di circolazione<sup>29</sup>.

## 6. *La trasformazione del concetto di terrorismo*

Quali sono le «linee» che possono unire i diversi punti che abbiamo esaminato? La prima considerazione di fondo che si può compiere attiene alla trasformazione del fenomeno terroristico e alla corrispondente trasformazione degli strumenti di contrasto che, a nostro avviso, hanno avuto come esito finale la trasformazione dello stesso concetto di terrorismo.

In estrema sintesi, si può affermare che il fenomeno terroristico si è trasformato sotto tre diversi profili. Anzitutto, per quanto riguarda le modalità aggressive, esso si è fatto sempre meno associativo e sempre più individuale, nel senso che i soggetti tendono sempre di più ad agire svincolati da un vero e proprio collegamento con le associazioni terroristiche organizzate per il perseguimento di un programma criminoso. In secondo luogo, per quanto riguarda gli atti ter-

<sup>29</sup> V. anche F. FASANI, *L'impatto della direttiva antiterrorismo*, cit., p. 20.

roristici, che costituiscono la finalità c.d. intermedia dell'associazione e che a volte si concretizzano in veri e propri attentati, essi sono sempre meno gravi e quindi sempre meno capaci di arrecare un grave danno a un Paese: proprio anche perché realizzati da singoli soggetti estranei ad associazioni, gli attentati si caratterizzano per una minore portata offensiva. Senza considerare che i destinatari degli attacchi sono sempre meno bersagli aventi connotazioni politiche e sempre di più vittime innocenti del tutto estranee al "conflitto". Infine, sempre in ragione della minore portata offensiva degli attentati e quindi della scarsa idoneità a condizionare l'operato di uno Stato, la finalità ultima è divenuta meno politica, orientata cioè alla costrizione dei pubblici poteri o alla destabilizzazione politico-sociale, e più – per così dire – fine a se stessa, diretta cioè a intimidire la popolazione.

Dal punto di vista giuridico e degli strumenti di contrasto, come emerge in modo piuttosto evidente dalla disamina che abbiamo compiuto, la tendenza è stata nel senso di "rincorrere" questa trasformazione, prevedendo fattispecie incriminatrici che, riferendosi a fatti monosoggettivi collocati al di fuori delle dinamiche associative e in enorme anticipo rispetto ai risultati offensivi, finiscono per punire atti preparatori della stessa fattispecie associativa o comunque atti preparatori di un vero e proprio atto preparatorio<sup>30</sup>. In particolare, ferma restando la fattispecie associativa, si può osservare come si sia passati da fattispecie in cui si punivano soggetti che in qualche modo erano vicini ad una associazione e svolgevano una funzione di reclutamento/addestramento (si pensi alla formulazione originaria del reclutamento e dell'addestramento non solo nell'ordinamento italiano, ma anche nelle fonti internazionali), a fattispecie sempre più sganciate dalle associazioni, in cui si attribuisce rilevanza a una dinamica relazionale a due, punendo anche il soggetto "sollecitato" (si pensi alle attuali fattispecie di reclutamento e addestramento), fino ad arrivare a fattispecie interamente monosoggettive (auto-istruzione, finanziamento, organizzazione di viaggi e viaggi).

Ebbene, questa trasformazione ha enorme rilevanza e merita la massima attenzione proprio perché finisce per incidere sullo stesso concetto di terrorismo. A ben vedere, infatti, il concetto di terrorismo in tempo di pace si è sempre basato su due pilastri portanti: sul piano oggettivo, sulla dimensione associativa e sul piano soggettivo non solo – e non tanto – sulla finalità intermedia criminosa, quanto piuttosto sulla finalità finale a carattere politico. E questi due aspetti oggettivo e soggettivo sono sempre stati strettissimamente connessi, sia perché non può esserci finalità politica senza una dimensione "collettiva", sia perché è grazie alla dimensione associativa e in particolare alla componente "organizzati-

<sup>30</sup> M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in *Quest. giust.*, Speciale settembre 2016, p. 105 ss.

va” che poi si possono effettivamente perseguire gli obiettivi politico-criminosi. Ciò è talmente vero che il doppio dolo specifico è stato utilizzato per interpretare in chiave di offensività la stessa dimensione associativa valorizzando i riflessi proprio sul requisito dell’organizzazione, e ciò anche al fine di evitare che fossero incriminate forme associative costituenti esercizio della libertà di associarsi. In particolare, secondo la visione tradizionale, la finalità offensiva che anima il gruppo deve riflettersi anche sull’assetto organizzativo per caratterizzarlo in termini di idoneità al raggiungimento dello scopo illecito, ragion per cui per raggiungere gli obiettivi politici di destabilizzazione è necessario che lo stesso programma criminoso, come del resto richiesto espressamente dalla definizione di cui all’art. 270-*sexies* c.p., sia in grado di arrecare un grave danno al Paese; e questa offensività del programma criminoso deve poi a sua volta riflettersi sulla stessa organizzazione che deve risultare strutturalmente idonea a realizzarlo<sup>31</sup>.

Lo scenario muta completamente nel momento in cui si depotenzia la dimensione associativa per valorizzare quella individuale. Da un lato, infatti, si ha a che fare con condotte per l’appunto individuali riconducibili al paradigma dei delitti di attentato o degli atti preparatori. Dall’altro lato, mutano le stesse finalità: quella intermedia difficilmente potrà essere orientata ad attentati capaci di arrecare un grave danno a un paese; quella finale cessa di essere autenticamente politica di costrizione/destabilizzazione di uno Stato, divenendo piuttosto quella di spargere terrore e impaurire la popolazione. In buona sostanza, nel momento in cui si attribuisce rilevanza a comportamenti individuali così distanti dal vero e proprio attacco terroristico si viene a creare una sorta di sproporzione di scala tra il fatto realizzato e le finalità che si perseguono (atto idoneo a recare grave danno capace di costringere o destabilizzare uno Stato).

Ed eccoci al nodo di fondo. Da un lato, si viene a creare un vero e proprio scollamento tra le finalità perseguite e i mezzi utilizzati e incriminati. Detto in altri termini, quella dell’art. 270-*sexies* c.p. è una definizione che si attaglia perfettamente a un terrorismo concepito oggettivamente come un fenomeno associativo con finalità politiche; quando però il fenomeno diviene in qualche modo individuale, quella definizione risulta disfunzionale, in quanto sul piano individuale la finalità ultima finisce per coincidere con quella meramente intimidatoria, mentre l’atto terroristico violento difficilmente può arrecare un grave danno ad un paese. Con la conseguenza che il dolo specifico non può giocare alcun ruolo nel dotare le fattispecie non associative di idoneità offensiva<sup>32</sup>. Dall’altro lato, come vedremo

<sup>31</sup> Per un quadro sintetico ed efficace della visione tradizionale riferito poi all’associazione terroristica, v. F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, cit., p. 207 ss.

<sup>32</sup> In tal senso anche F. FASANI, *I martiri invisibili. Quale ruolo per il diritto penale nella lotta al terrorismo islamico?*, in questa *Rivista*, 2015, p. 494 ss.

meglio in seguito, si determina un'anticipazione così consistente della tutela che diviene concretissimo il rischio di incriminare lo stesso esercizio di determinati diritti.

Insomma, e concludendo sul punto, si ha sempre di più l'impressione che si sia ormai in presenza di due tipologie di terrorismo. Posto che in entrambe le ipotesi il disvalore si incentra sulla strumentalizzazione di vittime innocenti indeterminate per qualità e quantità, tuttavia sembra esservi un terrorismo "tradizionale" associativo in cui l'attacco è strumentale a finalità politiche, al quale si affianca un terrorismo "moderno" individuale finalizzato al mero spargimento di terrore, vale a dire un terrorismo che prescinde da una reale finalità politica ed è nella sostanza fine a se stesso.

Ma se le cose stanno così, la seconda tipologia terroristica, pur avendo una carica oggettiva offensiva per certi aspetti minore, non essendo mai in grado di porre davvero in pericolo la stabilità del Paese, tuttavia, proprio perché sganciata da finalità politiche e orientata a spargere terrore nella popolazione, soprattutto se cavalcata dal populismo politico, sembra esprimere il massimo del disvalore. In buona sostanza, in questa seconda prospettiva il terrorista viene visto come il portatore di una disumanità totale proprio in quanto il fatto realizzato è fine a se stesso, gratuito, svincolato da scopi e quindi espressione di una prospettiva nichilista negatrice di qualsiasi valore. Ma un siffatto "disvalore nichilistico da disumanità" risulta potenzialmente rintracciabile in qualsiasi comportamento "cruento" destinato a suscitare paura nella popolazione, dovendoci quindi chiedere se non si tratti di una nuova forma di nemicalizzazione del diritto penale, per il vero suscettibile di essere estesa a qualsiasi reato "scellerato" privo di finalità utilitaristica.

### *7. Il nuovo paradigma di atto preparatorio basato su finalità criminosa generica*

La seconda considerazione di fondo che vogliamo sviluppare attiene alla circostanza che è stato elaborato ormai un nuovo paradigma di atto preparatorio.

In estrema sintesi, secondo quella che possiamo definire la visione tradizionale, la fase precedente al tentativo può assumere rilevanza secondo due diverse direttrici<sup>33</sup>.

Da un lato, come abbiamo già visto, ad assumere rilevanza è la dimensione associativa e, più precisamente, la dimensione associativa il cui disvalore risiede nelle finalità illecite, la quale, ad essere rigorosi non costituisce un atto preparatorio ma un paradigma a sé, visto che ha come finalità un programma criminoso gene-

<sup>33</sup> In argomento, v. di recente F. VIGANÒ, *Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione penale antiterrorismo*, in *ius17@unibo.it*, 2009, p. 171 ss. (ora consultabile anche in *www.discrimen.it*, sezione "Riviste").



rico e incentra il suo disvalore sull'organizzazione. E poiché rispetto alle tipologie di associazione con finalità illecite, soprattutto se poi connesse ad ulteriori finalità politiche, si pone il rischio di andare a colpire non solo – e non tanto – intenzioni criminose che in realtà possono mancare, ma piuttosto addirittura il mero esercizio della libertà di associarsi, per ovviare a questi rischi è unanime convinzione non solo che l'organizzazione di mezzi e di persone costituisca la ragione dell'autonoma incriminazione rispetto ai reati-fine, nonché la ragione della legittimità costituzionale di una tutela così anticipata, ma anche che tale organizzazione debba avere una certa idoneità a perseguire le finalità<sup>34</sup>. In particolare, vero che la dimensione – per così dire – soggettivo-finalistica è solo in parte capace di connotare di disvalore il fatto, perché trattasi di finalità generica (programma criminoso), è soprattutto la struttura organizzativa che esprime disvalore.

Dall'altro lato, v'è la prospettiva anticipatoria individuale, che si presenta molto più articolata<sup>35</sup>. Anzitutto, per qualsiasi ipotesi venga in gioco, una quota di disvalore si recupera già anche sul piano soggettivo, nel momento in cui la finalità criminosa deve essere comunque determinata: un qualsiasi atto che precede il tentativo necessita non solo della individuazione astratta di una fattispecie da realizzare, ma anche dell'adoperarsi in concreto per la sua realizzazione. Sul piano oggettivo si deve poi distinguere tra delitto di attentato e veri e propri atti preparatori. Il primo non esige una interrelazione tra soggetti, ma implica uno stadio piuttosto avanzato dell'*iter criminis*: si parla di direzione univoca degli atti. L'atto preparatorio è invece ancora più anticipato, perché si prescinde dalla univocità (e a maggior ragione dalla idoneità), ma al fine di evitare l'incriminazione di mere intenzioni si tende a richiedere che vi sia una interrelazione tra soggetti, in quanto è proprio grazie a questa interrelazione che è possibile individuare il passaggio dalla mera intenzione criminosa alla vera e propria azione: si pensi alle due forme più anticipate di atto preparatorio consistenti nell'istigazione privata non accolta (es. art. 302 c.p.) e nel mero accordo (art. 304 c.p.).

Ebbene, le nuove fattispecie introdotte a contrasto del terrorismo internazionale sono tutte ipotesi non riconducibili né al paradigma associativo, né a quello degli atti preparatori, bensì a un nuovo paradigma anticipatorio<sup>36</sup>. In particolare, queste fattispecie non sono riconducibili al paradigma associativo, in quanto, per espressa previsione legislativa, devono essere realizzate da soggetti che non fanno parte di un'associazione (v. artt. 270-*quater*, 270-*quater*.1, 270-*quinquies*, 270-*quinquies*.1 c.p.). Ma non sono riconducibili nemmeno al paradigma degli atti preparatori, sia

<sup>34</sup> Esprime perplessità *tout court* sulla legittimità della fattispecie associativa V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, Napoli, 2013, p. 235 ss.

<sup>35</sup> Spunti in T. PADOVANI, *Plurisoggettività nel reato e come reato*, Pisa, 2015, p. 190 ss.

<sup>36</sup> Sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 1 ss.

perché una parte di loro prescinde dalla interrelazione tra soggetti (artt. 270-*quater*.1 e 270-*quinquies*.1 c.p.), sia perché, e soprattutto, in tutte le ipotesi gli atti sono orientati alla finalità terroristica che è una finalità del tutto generica e indeterminata. In buona sostanza, è come se il legislatore avesse assemblato insieme il programma generico, la finalità indeterminata, che deve contraddistinguere una organizzazione, con comportamenti individuali tipici degli atti preparatori, comportamenti che tuttavia non si possono definire preparatori proprio perché riferiti a una finalità del tutto generica e non a uno specifico reato che si vuole realizzare.

Non solo. Prima della direttiva del 2017 si può ritenere che questo risultato fosse – per così dire – tutto italiano e dipendesse dalla particolare formulazione della finalità criminosa. Ed infatti, come abbiamo accennato più volte, mentre nelle fonti internazionali la finalità è connessa a specifici reati, in Italia è connessa a condotte generiche, con la conseguenza che mentre nelle fonti europee i reati connessi ad attività terroristiche possono godere di maggiore determinatezza in quanto alla fin fine si devono orientare verso uno dei reati specificati, nelle fonti italiane il programma criminoso risulta essere del tutto generico. Adesso, però, con la direttiva del 2017 anche l'Europa sembra aver dato rilevanza a questo modello anticipatorio, in quanto l'art. 13 della direttiva sancisce che «affinché un reato di cui all'articolo 4 o al titolo II sia punibile non è necessario che un reato di terrorismo sia stato effettivamente commesso, né è necessario, nei casi di reati di cui agli articoli da 5 a 10 e all'articolo 12, stabilire un collegamento con altro reato specifico elencato nella presente direttiva»<sup>37</sup>.

La conseguenza finale è che, come vedremo nel prossimo paragrafo, quasi sempre si finisce per incriminare la mera condivisione/adesione a un programma ideologico ancorché basato sull'impiego della violenza.

## 8. *Vecchie e nuove tensioni con i principi di garanzia.*

### *La fattispecie associativa*

Alla luce di quanto abbiamo appena affermato, risulta piuttosto evidente come la legislazione di contrasto al terrorismo internazionale contenga numerose fattispecie che si pongono in fortissima tensione con i principi di garanzia.

Anzitutto, uno sguardo alla prassi consente di osservare come risulti molto problematica la stessa applicazione della fattispecie associativa prevista dall'art.

<sup>37</sup> Cfr. S. SANTINI, *L'Unione Europea compie un nuovo passo nel cammino della lotta al terrorismo*, cit., p. 7.

270-*bis* c.p.<sup>38</sup>. Da un lato, infatti, quando si contesta un'associazione autonoma da associazioni terroristiche "pacificamente" riconosciute, l'allentamento interpretativo della fattispecie passa dal programma criminoso, ricostruito in termini così generici da identificarsi con la stessa finalità di destabilizzazione politica; attraverso il requisito dell'organizzazione, che risulta essere del tutto destrutturato, nel senso che si attribuisce rilevanza alle singole condotte a prescindere dall'esistenza di un'organizzazione autonoma rispetto a tali comportamenti; ed arriva al concetto di partecipazione, dove ciò che assume rilevanza sono soltanto condotte a supporto di un'organizzazione (proselitismo, indottrinamento, diffusione di documenti) che tuttavia in realtà non esiste. Dall'altro lato, quando si contesta l'ipotesi della "cellula" collegata ad associazioni terroristiche "pacificamente" riconosciute (si tratta ormai della maggioranza delle ipotesi), la tendenza è o a prescindere da un accertamento di un collegamento con la "casa madre" oppure ci si accontenta di un collegamento unilaterale proveniente dai singoli soggetti, la quale viene dedotta proprio dalle condotte di proselitismo, indottrinamento, propaganda nel momento in cui si ritiene vi sia stata un'adesione al programma dell'associazione, con la conseguenza finale che ciò che si incrimina altro non è che l'aver manifestato apprezzamenti e condivisioni di una ideologia, tanto aberrante quanto si vuole, ma alla fine soltanto condivisa. Così, ad esempio, di recente, nel noto "caso Fatima", è stata condannata per 270-*bis* c.p. un donna che stava organizzando un viaggio di trasferimento dell'intera famiglia per raggiungere la sorella che si era trasferita nel c.d. Stato islamico per "combattere la jihad", e nel punto cruciale della sentenza si afferma quanto segue: «si è pertanto ritenuto che il partecipe non dovesse essere necessariamente in contatto diretto con i referenti del nucleo centrale associativo e, dunque, con gli esponenti del califfato propriamente inteso come punto essenziale della rete e fosse piuttosto sufficiente il consapevole collegamento con uno degli snodi anche periferici della rete stessa, là dove si fosse tradotto in un supporto alle finalità perseguite dal califfato stesso», con la conseguenza che «l'esaltazione e la condivisione degli scopi degli attentati e l'*egira* stessa fossero indicatori di un comportamento di piena associazione alla struttura preceduta dalla adesione ai precetti dell'islam radicale»<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> In argomento, cfr. F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, cit., p. 238 ss.; nonché, volendo, R. BARTOLI, *Legislazione e prassi*, cit., p. 11 ss.

<sup>39</sup> Cass. pen., Sez. I, 16 aprile 2018-20 ottobre 2018, Sergio, in *CED Cass.*, n. 49728/2018. Cfr. inoltre Cass. pen., Sez. II, 27 aprile 2018-28 agosto 2018, Waqas, *ivi*, n. 38208/2018, dove si afferma «la risposta alla chiamata alla *jihad* non costituisce la prova della condotta di partecipazione, ma segna il momento in cui si instaura il legame tra il singolo e l'associazione [...] l'effettivo inserimento potrà essere logicamente desunto dalle condotte poste in essere dal singolo di cui risulti certa l'adesione al programma dell'associazione». Nella stessa prospettiva cfr. Cass. pen., Sez. VI, 23 febbraio 2018-11 settembre 2018, Afli ed altri, in *CED Cass.*, n. 40348/2018, resa in sede cautelare,

A ciò si deve aggiungere poi che, una volta destrutturata l'associazione, finisce per ridursi lo spazio applicativo delle altre fattispecie interrelazionali o monosoggettive, in quanto, sempre come accaduto ad esempio nel recente "caso Fatima", essendo tali fattispecie caratterizzate dalla clausola di riserva "fuori dai casi di cui all'art. 270-*bis*", una volta appurata la partecipazione si esclude l'applicazione degli altri delitti.

### 8.1. *Le fattispecie interrelazionali e monosoggettive connesse ad attività terroristiche*

In secondo luogo, se si muove dalla genericità del proposito criminoso, tutte le fattispecie interrelazionali o monosoggettive finiscono per incriminare la mera condivisione/adesione ad una visione ideologica o comunque a una "finalità politica". E a ben vedere, ciò è confermato dalla prassi, anche in considerazione del fatto che spesso i procedimenti si basano esclusivamente su intercettazioni soprattutto telefoniche, dove nella sostanza se da un lato si esaltano atti di violenza realizzati, si compie attività di indottrinamento etc. dall'altro lato ci si limita a questo.

In particolare, il reclutamento, anche se concepito come accordo, e le condotte di addestramento/istruzione sono riferite a finalità criminose del tutto generiche, con la conseguenza che risulta sufficiente aver compiuto dichiarazioni a sostegno dell'Isis e aver scaricato alcuni filmati per essere considerati responsabili. A maggior ragione ciò vale per le condotte monosoggettive: per l'auto-istruzione, non per nulla corretta con il riferimento alla univocità degli atti, che tuttavia la prassi tende a non valorizzare<sup>40</sup>; nonché per le condotte di finanziamento, di organizzazione di viaggi e di viaggio (assente nel nostro sistema), che in mancanza di qualsiasi interrelazione e connesse a finalità così generiche, risultano del tutto inidonee a esprimere una reale disvalore.

Insomma, fino a che la finalità è generica, non si può parlare di veri e propri atti preparatori.

Consapevoli della delicatezza del tema, si può anche ritenere opportuno che alcune di queste fattispecie possano essere corrette in via interpretativa, ma si deve avere anche il coraggio di affermare che alcune ipotesi sono – per così dire – incorreggibili. In particolare, primo passaggio correttivo è dotare tutte le fat-

dove, pur partendo dalla premessa che occorre provare la sussistenza di un legame tra la cellula e l'organizzazione criminale, si finisce per accontentarsi della circostanza «che gli altri odierni indagati abbiano manifestato preoccupazione e timore di essere coinvolti, rivelato contatti con altri soggetti esterni [...], offrono [offerta] immediata disponibilità a sostenere le spese legali nell'interesse dell'arrestato».

<sup>40</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. V, 19 luglio 2016-9 febbraio 2017, Hamil, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 626 ss., con nota di R. BARTOLI, *L'autoistruzione è più pericolosa dell'addestramento e dell'istruzione: verso un sovvertimento dei principi?*

tispecie connesse ad attività terroristiche di una finalità specifica, nel senso che tutte le condotte di tali reati devono essere orientate alla realizzazione di un reato ben determinato, riconducendo le ipotesi al paradigma dell'atto preparatorio classico. Secondo passaggio è dotare le fattispecie di interrelazione: così, la fattispecie di reclutamento deve essere interpretata come accordo mentre quella di addestramento come vera e propria preparazione, in vista di uno specifico attentato. Infine, le fattispecie monosoggettive devono essere concepite come delitti di attentato, dove assumono rilevanza atti univocamente diretti a realizzare uno specifico reato, e se ciò non è possibile ci troviamo di fronte alla incriminazione di atti che costituiscono l'esercizio di un diritto. Ebbene, mentre per l'autoistruzione è la stessa legge a parlare di atti univoci, le altre fattispecie di finanziamento, organizzazione di viaggi non sembrano compatibili con il criterio della univocità degli atti, collocandosi in una dimensione spazio-temporale necessariamente priva di unidirezionalità. Per quanto riguarda il viaggio, che ripetiamo essere assente dal nostro sistema, proprio perché maggiormente prossimo al possibile attentato, ad assumere disvalore è quello in entrata, piuttosto che quello in uscita.

## 8.2. *Istigazione e apologia dei reati di terrorismo*

Un discorso a sé merita infine l'istigazione pubblica e l'apologia. Anzitutto si deve osservare come nonostante la Corte costituzionale abbia ricondotto l'apologia a una forma di istigazione, tuttavia la circostanza che il legislatore continui a incriminare tale condotta accanto a quella di istigazione protrae un equivoco che ha come effetto finale quello di depotenziare il ruolo del pericolo concreto proprio riguardo all'apologia: quindi, in sostanza, sarebbe ormai opportuno eliminare una volta per tutte il riferimento all'apologia.

Una conferma di questo assunto si ha dalla prassi applicativa dove il pericolo concreto, già trascurato rispetto all'istigazione, finisce per perdere completamente di rilevanza quando si tratta di apologia, come dimostrano alcune recenti sentenze in cui si è punito per apologia di terrorismo coloro che hanno postato sul social *Facebook* registrazioni e video relativi all'Isis e da cui emerge che la pericolosità della condotta non è tanto misurata sul pericolo di commettere un reato, ma piuttosto sul soggetto agente: «è pacifico che si è inneggiato apertamente allo Stato islamico ed alle sue gesta ed [a]i suoi simboli e, al fine di valutare il rischio effettivo della consumazione di altri reati derivanti dall'attività di propaganda i giudici [...] non hanno tenuto conto dei contatti [...] con altri soggetti già indagati per terrorismo islamico, affermando contraddittoriamente che lo stesso fosse estraneo a frequentazioni di gruppi religiosi più estremisti o valorizzando la cir-

costanza che fosse estraneo a frequentazioni religiose»<sup>41</sup>. Senza considerare che la dimensione pubblica della istigazione finisce per essere in contraddizione con la necessità che l'istigazione non sia generica ma determinata, vale a dire orientata verso specifici soggetti.

E la scarsa rilevanza attribuita al pericolo concreto non deve meravigliare più di tanto. Ed infatti, o si adotta un'interpretazione e un accertamento del pericolo rigorosissimi, facendo riferimento all'unità di contesto-temporale tra l'istigazione e il passaggio all'azione realizzante il reato<sup>42</sup>, ma nessuna sentenza che è stata pronunciata rientra in questo *standard*. Oppure si deve prendere atto che nei reati di opinione risulta difficile individuare quel passaggio "dalle parole ai fatti", o comunque "dalle parole al pericolo di fatti", fatti dovrebbero oltretutto consistere nell'esercizio di una violenza. Difficoltà derivante dalla circostanza che le condotte istigatorie si caratterizzano per un'intrinseca distanza dai fatti, come anche per l'esistenza di una sproporzione di scala tra la "micro-condotta" con cui si esprime il pensiero e il "macro-evento" di esercizio della violenza che si dovrebbe "cagionare". E ciò vale ancora di più nel momento in cui l'istigazione o l'apologia riguardano "delitti di terrorismo", dove rientrano addirittura le fattispecie già molto anticipate dell'arruolamento, dell'addestramento etc.

Ma soprattutto il vero tema diventa se abbia senso incriminare reati di opinione all'interno di un contesto democratico<sup>43</sup>. A ben vedere, infatti, in un contesto autoritario l'incriminazione dei reati di opinione è coerente e funzionale con l'esigenza di eliminare il pluralismo nella manifestazione del pensiero: «è rispetto alla tutela degli interessi politici dello Stato che l'anticipazione della tutela è giunta a criminalizzare anche le forme di contestazione verbale dell'ordine costituito nella logica del *crimen lesae maiestatis*. La loro presenza in un sistema segna, dunque, il limite estremo di criminalizzazione del dissenso delle minoranze rispetto al potere costituito ed il codice Rocco prevedeva un ampio numero di fattispecie funzionali a questo scopo, distribuite tra i delitti contro la personalità dello

<sup>41</sup> Cass. pen., Sez. V, 25 settembre 2017-12 dicembre 2017, Dibrani, in *CED Cass.*, n. 55418/2017. Nello stesso senso cfr. Cass. pen., Sez. I, 4 aprile 2017-15 maggio 2017, Dibrani, *ivi*, 24103/2017; Cass. pen., Sez. I, 17 dicembre 2015-3 novembre 2016, El Hanaoui, *ivi*, n. 46178/2016; Cass. pen., Sez. I, 6 ottobre 2015-1° dicembre 2015, Halili El Madhi, *cit.*, n.47489/2015, dove si punisce per aver condiviso un documento intitolato "Lo stato islamico: una realtà che ti vorrebbe comunicare", osservando che, da un lato, «l'apologia può avere ad oggetto anche un reato associativo [...] cosicché il pericolo concreto può concernere non solo la commissione di atti di terrorismo, ma anche la partecipazione di taluno a un'associazione di questo tipo» e, dall'altro, che il documento diffuso su internet non sollecitava solo un'adesione ideologica in virtù del suo particolare contenuto di esaltazione dell'Isis.

<sup>42</sup> M. PELISSERO, *La parola pericolosa*, in *Quest. giust.*, 2015, n. 4, p. 42.

<sup>43</sup> In argomento, cfr. ampiamente C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008; L. ALESIANI, *I reati di opinione: una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006.

Stato (artt. 266, 272, 290, 291, 292, 293, 302 e 303 c.p.) e contro l'ordine pubblico (artt. 414 e 415 c.p.)»<sup>44</sup>.

Ma all'interno di uno Stato democratico le cose stanno in modo decisamente diverso. In una democrazia, infatti, l'incriminazione dei reati di opinione per tutelare la democrazia stessa mostra tutta la sua contraddittorietà, in quanto la democrazia si basa proprio sul pluralismo delle opinioni, con la conseguenza che per tutelare la democrazia si deve passare da una sua negazione. Insomma, alla base della incriminazione dei reati di opinione in una democrazia finisce per esserci nient'altro che, e a maggior ragione, un'incriminazione del dissenso delle minoranze che tuttavia confligge con una democrazia che non può che basarsi sulla tutela della libertà del pensiero.

#### *9. Verso nuovi strumenti di tutela: dalla Corte costituzionale alle Corti europee e dall'offensività alla proporzionalità*

Quali i possibili rimedi a questo stato di cose? Una cosa è certa: un'opinione piuttosto diffusa e spesso ribadita sottolinea come il nostro sistema stia combattendo il terrorismo internazionale senza ricorrere a misure eccezionali e senza rinunciare ai principi garantistici. Questo tuttavia non sembra corrispondere al vero, in quanto si è in presenza ormai di una legislazione, peraltro molto frammentata, il cui risultato finale è uno e uno solo: anticipare la soglia della punibilità in modo tale da punire comportamenti che alla luce dei canoni classici del diritto penale non assumerebbero rilevanza penale.

D'altra parte, non c'è dubbio che, se si considera il vento che soffia in questo momento in tutta Europa, vi sono pochissimi margini per far valere i principi di garanzia nel contrasto al terrorismo internazionale. Il legislatore, sia esso nazionale o europeo, e direi quale che sia l'orientamento politico, non se lo sogna nemmeno di porre argini a un diritto penale che sembra ormai aver superato il limite. Muovendosi infatti in una prospettiva di tolleranza zero del rischio attentato, il diritto penale viene impiegato per situazioni rispetto alle quali lo strumento più coerente sarebbe sicuramente quello delle misure di prevenzione: tuttavia la carcerazione preventiva consente di ottenere una neutralizzazione che altrimenti non si potrebbe raggiungere con misure non custodiali che incidono soltanto sulla libertà di circolazione.

L'unico potere che può essere in grado di porre argini è il potere giudiziario. Tuttavia, la stessa giurisprudenza ha finito per farsi portatrice delle istanze generalpreventive forse addirittura più dello stesso legislatore. Lo dimostra per tutti la

<sup>44</sup> M. PELISSERO, *La parola pericolosa*, cit., p. 40.

circostanza che le nuove fattispecie interrelazionali e monosoggettive hanno trovato scarsa applicazione, non tanto per una loro interpretazione restrittiva e correttiva, quanto piuttosto in virtù del corrispondente ampliamento del reato di associazione con finalità di terrorismo: in particolare, è l'idea che sia sufficiente una adesione unilaterale per essere partecipi ad un'associazione a dissolvere il paradigma classico associativo. E una volta dilatata la fattispecie di associazione non ha nemmeno più senso interrogarsi sulla legittimità delle fattispecie connesse al terrorismo (senz'altro fortemente indiziate di illegittimità), queste ultime non trovando più applicazione.

Se così stanno le cose, sembra allora realizzarsi il vero obiettivo del terrorismo. È sempre più mia convinzione, infatti, che il terrorismo non sia in grado di uccidere direttamente la democrazia, ma che piuttosto sia capace di indurre la democrazia al proprio suicidio, facendo scoppiare le contraddizioni che la caratterizzano: è la democrazia che a causa del terrorismo può suicidarsi violando quegli stessi valori in nome dei quali contrasta lo contrasta.

La lotta al terrorismo, quindi, non è soltanto la lotta della democrazia contro le organizzazioni criminali e i singoli terroristi, ma è anche, e alla fin fine soprattutto, lotta della democrazia contro se stessa, contro i rischi di autodistruggersi per contrastare il terrorismo: come ha affermato un giudice che ha davvero combattuto il terrorismo a tutela della democrazia, «questo è il destino della democrazia, agli occhi della quale non tutti i mezzi sono permessi, e che non ha a disposizione tutti i mezzi dei suoi nemici. A volte la democrazia combatte con una mano legata dietro la schiena. Nonostante ciò la democrazia prevale, dal momento che preservare il ruolo della legge e riconoscere le libertà individuali costituisce un'importante componente della sicurezza di una democrazia. Alla fine, essi rafforzano sia la democrazia che il suo spirito, permettendole di superare le sue difficoltà»<sup>45</sup>.

Pur potendo sembrare utopistico, occorre pertanto soffermarsi sui possibili rimedi. Ebbene, per quanto riguarda la legislazione nazionale occorre distinguere tra il controllo di legittimità costituzionale nazionale e il controllo – per così dire – europeo.

Sotto il primo profilo si potrebbero attivare addirittura tre diverse tipologie di sindacato. Anzitutto, alcuni delitti potranno essere sindacati non solo in quanto “sbilanciati”, ma anche addirittura in quanto incriminazioni dello stesso esercizio di diritti: si considerino in particolare le fattispecie monosoggettive del finanziamento e dell'organizzazione di viaggi, nonché, là dove venisse introdotta, la fattispecie che incrimina il viaggio stesso. In secondo luogo, nonostante la sua difficile

<sup>45</sup> A. BARAK, *I diritti umani in tempi di terrorismo. Il punto di vista del giudice*, in S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Napoli, 2009, p. 46 s.



giustiziabilità, si potrebbe far valere il principio di offensività trattandosi di atti preparatori molto anticipati.

In particolare, si potrebbe aggredire la circostanza che si tratta di condotte connesse a una finalità generica e in questa prospettiva potrebbe dubitarsi della legittimità del reclutamento, dell'addestramento e delle altre fattispecie monosoggettive, inducendo quantomeno a interpretazioni correttive che valorizzino la finalità di commettere uno specifico reato.

Infine, potrebbe essere compiuto un sindacato di razionalità, sia per rafforzare attraverso la ragionevolezza un giudizio sull'*an/quomodo* dell'incriminazione (si pensi al raffronto tra artt. 302 e 304 c.p. che almeno richiedono una finalità determinata e gli articoli 270-*quater* e *quinquies* c.p. che addirittura puniscono il mero soggetto "passivo" discendente), sia soprattutto attraverso la proporzione per incidere sul trattamento sanzionatorio. In particolare, sotto quest'ultimo aspetto, non si può fare a meno di osservare come da un lato vi siano problemi di trattamento sanzionatorio – per così dire – interni alle fattispecie: si pensi *in primis* alla differenziazione tra "lato attivo" e "lato passivo" nella fattispecie di arruolamento e alla mancata differenziazione sul lato passivo tra addestrato e istruito/auto istruito. Dall'altro lato, sulla base di una comparazione "esterna" tra fattispecie, si deve osservare come condotte preparatorie rispetto alla fattispecie di associazione o ad ulteriori atti preparatori siano nella sostanza punite come quelle di partecipazione a un'associazione. Così, l'arruolatore è punito come i vertici di un'associazione, con la reclusione da 7 a 15 anni. L'arruolato è punito con la reclusione da 5 a 8 anni, vale a dire con una pena nel minimo identica a quella del partecipe a un'associazione (punito con la reclusione da 5 a 10 anni). L'addestratore, l'istruttore, l'addestrato, l'istruito e l'auto-istruito sono puniti come il partecipe ad un'associazione, con la reclusione da 5 a 10 anni. L'organizzatore di viaggi è punito come l'arruolato con la reclusione da 5 a 8 anni, e cioè con una pena nel minimo identica a quella del partecipe a un'associazione. Il finanziatore è punito come l'arruolatore con la reclusione da 7 a 15 anni, e cioè con una pena identica a chi ricopre un ruolo di vertice nell'associazione. Senza considerare che reclutamento e addestramento sono puniti con pene molto più consistenti di quelle comminate per i delitti di cui agli artt. 302 e 305 c.p.

Sotto il secondo profilo, la legislazione nazionale può essere "sindacata" alla luce del diritto dell'Unione. Non si può dimenticare, infatti, che oggi il principio di proporzione è espressamente enunciato nell'art. 49 della Carta di Nizza e che ha il rango dei Trattati in virtù dell'art. 6 TUE. Nelle materie di "competenza penale" dell'Unione, quindi, la Corte di Lussemburgo può essere chiamata a sindacare la proporzione della legislazione nazionale.

Ed anche in questa prospettiva si potrebbero attivare diverse tipologie di sindacato. Anzitutto, possono esservi margini per un sindacato sulla adeguatezza del mezzo allo scopo, per cui si tratterà di capire se la legislazione nazionale sia in grado di perseguire gli scopi che ha di mira oppure risulti in qualche modo distonica. In particolare, questo concetto di proporzione come adeguatezza del mezzo allo scopo può essere considerato l'aspetto più innovativo della proporzione in prospettiva europea, seppure difficile da utilizzare per la sua alta componente valutativa. Si pensi alla fattispecie che incrimina viaggi in uscita, rispetto alla quale può essere realmente punito soltanto il tentativo, determinandosi così una anticipazione della tutela che risulta davvero sproporzionata rispetto allo scopo, soprattutto se poi tale scopo coincide con la finalità terroristica generica e indeterminati di cui all'art. 270-*sexies* c.p.

Ma la legislazione nazionale potrà essere valutata anche in relazione alla normativa europea, secondo un confronto – per così dire – a due. Esempio di questo sindacato è la sentenza El Dridi che ha deciso sulla compatibilità della disciplina italiana dell'immigrazione irregolare con la direttiva rimpatri. E in questa prospettiva si possono fare valere soprattutto le ipotesi in cui la legislazione italiana risulta essere più arretrata di quella europea. Così, ad esempio, per quanto riguarda il reclutamento, se l'Italia si orienta nel senso di punire la sollecitazione non accolta, va da sé che non è possibile punire il soggetto "arruolato", cosa che fa l'Italia mentre non fa l'Europa.

Il vero nodo problematico è però quando la stessa legislazione europea prevede soglie di punibilità ancora più anticipate di quelle italiane: si pensi alla direttiva del 2017 che incrimina i viaggi. Ebbene, in queste ipotesi, al netto del possibile ricorso ai controlimiti da parte della Corte costituzionale, vi sarebbe la possibilità di sindacare lo stesso diritto penale europeo attraverso il ricorso in annullamento alla Corte UE per contrasto con fonti primarie UE. Rispetto a questo sindacato si vengono a riprodurre logiche simili a quelle del sindacato della Corte costituzionale, ancorché con difficoltà peculiari derivanti proprio dalla dimensione sovranazionale. In particolare, da un lato, si potrà compiere un sindacato di proporzione, complesso per le ragioni di alta valutatività già viste, concernente la razionalità e l'idoneità dei mezzi rispetto allo scopo. Dall'altro lato, si potranno far valere i principi e i diritti della Carta di Nizza, meccanismo che verrebbe ulteriormente implementato nel momento in cui l'Unione Europea dovesse aderire alla CEDU. D'altra parte, non si può fare a meno di osservare come questa strada di potenziamento del sindacato della Corte di giustizia sulle normative penali non sia al momento particolarmente realistica, sia per il tendenziale *self restraint* della Corte a sindacare la legittimità delle fonti euro-unitarie, sia

per la tendenza della Corte a scaricare sui giudici *a quo* nazionali la disapplicazione delle norme nazionali “illegittime”<sup>46</sup>.

Tuttavia, è bene ribadirlo, fino a quando non si tornerà ad applicare in modo rigoroso la fattispecie di associazione con finalità terroristica, negando rilevanza all’adesione unilaterale e richiedendo la prova di legami reali tra i soggetti indiziati e l’organizzazione, il sistema non sarà in grado di arginare questa china illiberale.

<sup>46</sup> In argomento cfr. la tesi dottorale di F. ROSSI, *Il contrasto al terrorismo internazionale nelle fonti penali multilivello*, Ferrara, 2018, p. 190.



GUSTAVO CEVOLANI – VINCENZO CRUPI

COME RAGIONANO I GIUDICI: RAZIONALITÀ, EURISTICHE  
E ILLUSIONI COGNITIVE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Pensieri lenti e pensieri veloci. – 3. Illusioni cognitive e trappole mentali nel ragionamento giudiziario. – 3.1. Ancore irrilevanti. – 3.2. (S)ragionare con l'incertezza: Linda e Dina. – 3.3. (S)ragionare con l'incertezza: intuizione e statistica. – 4. Una giustizia prevedibilmente irrazionale? – Riferimenti bibliografici.

1. *Introduzione*

In un ormai famoso studio del 2011, gli autori esaminarono le decisioni di otto giudici israeliani che si avvicendarono su due tribunali lungo un periodo di dieci mesi. Furono raccolti i dati relativi a cinquanta sedute giornaliere, durante le quali il giudice doveva decidere a favore o contro la richiesta di libertà condizionale avanzata dai detenuti di quattro grandi istituti penitenziari (in totale furono registrate 1112 decisioni, il 64% delle quali contro la concessione della libertà condizionale). Lo scopo dello studio era registrare la percentuale di decisioni positive (cioè a favore del detenuto) e l'andamento giornaliero di questo numero. A questo scopo, ogni giornata fu divisa in tre periodi, separati dalle due pause che il giudice si prendeva per riposare e consumare una merenda o un pranzo (l'orario delle pause era a discrezione del giudice). I risultati furono eclatanti: la percentuale di decisioni a favore della libertà condizionale si attestava regolarmente attorno al 65% all'inizio di ognuno dei tre periodi (quindi all'apertura mattutina della seduta, subito dopo la prima pausa e subito dopo la seconda), per poi scendere inesorabilmente quasi a zero (e comunque ampiamente sotto al 20%) verso la fine dello stesso periodo. In altre parole, sembra che un detenuto possa nutrire buon speranze di vedersi concessa la libertà condizionale se il suo caso viene discusso da un giudice "fresco", all'inizio del giorno o dopo una pausa; ma che le sue *chance* si riducano drasticamente man mano che la seduta procede e siano quasi nulle se si arriva in vista della prossima pausa, quando il giudice è presumi-

bilmente stanco, annoiato e affamato<sup>1</sup>.

I risultati appena citati sono inquietanti perché mettono in discussione l'idea di una giustizia affidabile, imparziale e soprattutto "oggettiva". Chiunque riconosce, magari malvolentieri, che "anche i giudici sono umani", come del resto gli avvocati, i medici, i poliziotti, i politici e qualsiasi altra figura che svolga un ruolo particolarmente delicato per le sue ricadute sulla vita delle altre persone. Tuttavia, riesce molto difficile ammettere che decisioni potenzialmente esiziali dipendano in modo sistematico da fattori irrilevanti e, in teoria, del tutto estranei al contesto della decisione stessa (come il momento in cui un caso viene discusso e la sua vicinanza alla pausa pranzo). Ma questo è appunto ciò che lo studio sui "giudici affamati" sembra dimostrare.

Il buon funzionamento dell'ordinamento legale e giuridico di un paese dipende, in modo significativo, dalla qualità delle decisioni e delle scelte dei suoi protagonisti: giudici, pubblici ministeri, giurati, avvocati, periti, testimoni, investigatori e così via. Inoltre, nella misura in cui la legislazione è il prodotto delle scelte e deliberazioni, individuali e collettive, di professionisti del diritto, queste determineranno anche la qualità del sistema stesso di norme e leggi che regola le azioni e interazioni delle figure citate. Per questo motivo, lo studio del ragionamento giuridico – cioè di come giudici, pubblici ministeri e giurati comprendono e valutano le informazioni in loro possesso, ne traggono le dovute conclusioni e, a partire da queste, prendono determinate decisioni – ha attratto l'attenzione non solo degli studiosi di diritto, ma anche di filosofi, logici, psicologi, economisti, informatici e in generale di chiunque si interessa allo studio della razionalità umana<sup>2</sup>. Il ragionamento giuridico rappresenta infatti solo una delle forme di "ragionamento esperto" – accanto per esempio al ragionamento medico – in cui sono all'opera le facoltà di cognizione, inferenza e decisione proprie degli esseri umani in generale, applicate a un ambito professionale specifico (cfr. Festa 2010, pp. 99-100). Comprendere il ragionamento giuridico e le sue caratteristiche peculiari serve quindi sia a far luce sulla ragione umana in generale sia a mettere alla prova diverse "teo-

<sup>1</sup> Lo studio originale è Danziger, Levav e Avnaim-Pesso (2011, si veda in particolare la figura 1 a p. 6890), ripreso poi da moltissimi altri, compreso Kahneman (2011, pp. 48-9), che ne ha curato la pubblicazione su PNAS (la prestigiosa rivista della *National Academy of Science* americana). L'interpretazione più comune, suggerita anche dagli autori, è che il deperimento progressivo delle risorse cognitive dei giudici determini una tendenza a scegliere l'opzione "di *default*", cioè a favore dello *status quo*. Commenti critici rilevanti sui dettagli dello studio e soprattutto sulla sua interpretazione sono in Weinshall-Margel e Shapard (2011) e Glöckner (2016).

<sup>2</sup> Della vasta letteratura sull'argomento, ci limitiamo a citare alcuni utili contributi recenti in italiano, in cui il lettore potrà trovare numerosi riferimenti agli studi originali: si vedano in particolare Canale (2013) e Tuzet (2010) per il ragionamento giuridico in generale, Gulotta (2011) per la psicologia forense e investigativa e Festa (2010) e Garbolino (2014) per una prospettiva epistemologica.

rie della razionalità” in un settore particolare.

Nel corso degli ultimi decenni, gli studiosi del ragionamento (soprattutto psicologi ed economisti) hanno accumulato un'impressionante mole di dati sul funzionamento del nostro cervello e sulle caratteristiche dei processi mentali che usiamo per ragionare e prendere la miriade di decisioni, grandi e piccole, necessarie a condurre le nostre attività quotidiane. Queste ricerche stanno rapidamente crescendo per numero e importanza, come testimoniato dal premio Nobel assegnato lo scorso anno a Richard Thaler, un economista comportamentale americano dell'università di Chicago, “per avere gettato un ponte fra l'analisi economica e quella psicologica delle decisioni individuali” (cfr. Sunstein e Thaler 2008). Il premio si aggiunge al Nobel per l'economia già assegnato nel 2002 allo psicologo israeliano Daniel Kahneman, un pioniere di questo campo di studi (assieme al suo storico collaboratore Amos Tversky, morto prima di poter ricevere il premio) col quale lo stesso Thaler collaborava da anni (cfr. Kahneman 2011).

I risultati ottenuti da questi studiosi fanno luce sui meccanismi che stanno alla base dei nostri ragionamenti e delle nostre decisioni; ma documentano, soprattutto, le deviazioni sistematiche e prevedibili del pensiero umano dalle regole della teoria del ragionamento corretto (in particolare la logica e la teoria della probabilità). Il fatto che tutti noi, compresi esperti, professori e professionisti, utilizziamo strategie di ragionamento che deviano regolarmente da quelle prescritte dalla teoria ha naturalmente implicazioni di notevole rilevanza pratica. Non a caso, ha attirato l'attenzione di molti professionisti in diversi ambiti; per esempio, i medici hanno cominciato a studiare le proprie modalità di ragionamento e diagnosi alla luce degli studi psicologici, nel tentativo di correggerle e migliorarle<sup>3</sup>. Nel presente saggio, ci concentriamo invece sul ragionamento giudiziario, con lo scopo di offrire una breve rassegna della letteratura sui processi decisionali e sulle loro distorsioni in ambito legale. Anche se circoscritta, tale letteratura è già sufficientemente ampia da non permettere un trattamento completo in questa sede; ci limiteremo quindi ad alcuni temi ed esempi che crediamo più interessanti per un lettore professionista di diritto penale. Nel prossimo paragrafo 2, descriviamo rapidamente i principali risultati della psicologia cognitiva e dell'economia comportamentale relativi al ragionamento e alla decisione individuale. Nel paragrafo 3, consideriamo più nel dettaglio alcuni esempi di distorsione cognitiva nel ragionamento giudiziario. Infine, nel paragrafo 4 suggeriamo alcune conclusioni, alcune connessioni con altre aree di

<sup>3</sup> Per una introduzione all'ormai ampia letteratura sullo studio empirico del ragionamento e delle decisioni in ambito clinico rimandiamo a Motterlini e Crupi (2005, 2006); una selezione di contributi fondamentali sull'argomento sono raccolti in Crupi, Gensini e Motterlini (2006). Motterlini (2008) è un'accessibile rassegna in italiano.

studio e alcune idee per successive direzioni di ricerca.

## 2. *Pensieri lenti e pensieri veloci*

Lo studio della razionalità umana – cioè di come si dovrebbe ragionare, di cosa si dovrebbe credere alla luce di certe informazioni, di quali decisioni si dovrebbero prendere dati i propri fini e i mezzi a disposizione – è un tema filosofico tradizionale, che appartiene all’ambito della cosiddetta epistemologia o teoria generale della conoscenza umana (inclusa la conoscenza scientifica). All’inizio dello scorso secolo, le riflessioni sulla razionalità più influenti sono state però sviluppate soprattutto da economisti di formazione matematica. La ragione è duplice. In primo luogo, se si ammette una definizione ampia dell’economia come “la scienza che studia il comportamento umano come relazioni fra fini e mezzi scarsi con impieghi alternativi” (Robbins 1932), una spiegazione economica consisterà nel mostrare come certi fenomeni sociali siano il risultato dell’interazione di numerose scelte e azioni finalizzate a “massimizzare l’utilità” degli individui coinvolti. In secondo luogo, a partire dai lavori sulla probabilità di Pascal e Fermat nel Seicento e di Bayes nel secolo successivo, i matematici hanno sviluppato strumenti sempre più raffinati per costruire una teoria formale che specifica in modo rigoroso come gli individui dovrebbero agire per massimizzare la loro utilità. I loro risultati ampliarono in maniera essenziale la teoria del ragionamento corretto, fino ad allora limitata alla tradizionale logica aristotelica e stoica. La confluenza di interessi che, attorno alla metà del secolo scorso, riunì queste tre tradizioni (filosofica, economica e matematica) portò allo sviluppo della cosiddetta teoria della scelta razionale, che ambisce a descrivere come un’ideale soggetto razionale debba ragionare e prendere decisioni<sup>4</sup>.

A partire dagli anni settanta del secolo scorso, la teoria della scelta razionale è andata incontro a crescenti critiche e cambiamenti. Da un lato, gli psicologi (in particolare i già citati Tversky e Kahneman) cominciano a studiare sistematicamente, sia con esperimenti di laboratorio sia sul campo, il modo in cui le persone (dalla gente comune agli esperti ai professionisti) ragiona e prende decisioni nella pratica<sup>5</sup>. Dall’altro lato, anche gli economisti si interessano all’indagine empirica del

<sup>4</sup> Per una brevissima ricostruzione storica di questo percorso, con riferimenti alla letteratura essenziale, si vedano Festa e Cevolani (2013, cap. 2) e Festa e Crupi (2009). Hargreaves Heap al. (1992) offre un’introduzione accessibile e completa alla teoria della scelta razionale.

<sup>5</sup> Per l’approccio *heuristics and biases* si vedano soprattutto l’ormai classica raccolta curata da Tversky e Kahneman (1982) e l’autorevole rassegna di Kahneman (2011), che contengono tutti i



comportamento di soggetti impegnati in scelte di tipo economico (in senso lato) e cominciano a sviluppare modelli per predire e spiegare tali comportamenti, modelli che tengono conto dei risultati della psicologia cognitiva sopra citati e spesso si discostano dalla teoria della scelta razionale classica<sup>6</sup>. Questo filone di ricerca produce una massa considerevole e crescente di dati che sembra suggerire una conclusione chiara: il ragionamento degli esseri umani in carne ed ossa viola, in modo sistematico e prevedibile, le regole di scelta razionale che la teoria attribuisce ai suoi soggetti ideali. In altre parole, gli esseri umani sarebbero “prevedibilmente irrazionali” (Ariely 2008): posti di fronte a determinate condizioni (riproducibili in laboratorio), essi tendono sistematicamente a fare scelte che, secondo la logica formale e la teoria della probabilità, sono errate o subottimali.

Il dibattito sull’interpretazione di questi risultati è stato e continua ad essere molto acceso. Una proposta non unanime, ma che raccoglie molti consensi fra studiosi di vari ambiti, è quella della “teoria del doppio processo” (o “dei due sistemi”). Secondo questa teoria, quando ragioniamo, prendiamo decisioni e tentiamo di risolvere problemi, nel nostro cervello sono solitamente all’opera due diversi processi o sistemi che lavorano in parallelo – i cosiddetti sistema 1 e sistema 2. La descrizione di questi due sistemi varia da autore a autore e non è facile individuare una loro caratterizzazione precisa e coerente che tenga conto di tutte le diverse proposte. L’idea di fondo è però che il sistema 1 sia essenzialmente “intuitivo” e reagisca agli stimoli e ai problemi in tempi molto rapidi, in modo semi-automatico, involontario e spesso inconscio, impiegando una quantità minima di risorse cognitive; mentre il sistema 2 sia essenzialmente “deliberativo” e impieghi processi che richiedono un’attivazione esplicita da parte del soggetto, un tempo di elaborazione molto più lungo e una significativa quantità di risorse mentali.

Per esempio, in condizioni normali, riconoscere il viso di un amico o di un familiare non richiede né tempo né sforzi particolari: è un compito che il sistema 1 svolge in automatico e senza intervento (né consapevolezza) da parte del soggetto. Anche trovare il doppio di 7 è un compito di questo tipo, almeno per chiunque abbia ricevuto un’istruzione elementare, anche se non per un bambino di sei anni.

riferimenti necessari a orientarsi in una letteratura ormai vastissima. Per un diverso approccio si vedano gli originali contributi di Gerd Gigerenzer (2002, 2007, 2014). Si può notare (cfr. Crupi 2016) che sia Tversky e Kahneman sia Gigerenzer si ispirano, pur arrivando a conclusioni molto diverse, al lavoro pionieristico sul concetto di “razionalità limitata” di Herbert Simon (1982, 1997), scienziato poliedrico e Nobel per l’economia nel 1978, che è anche all’origine della svolta comportamentale e cognitiva in economia (si veda la nota successiva).

<sup>6</sup> Questi due filoni di ricerca corrispondono, in prima approssimazione, all’economia sperimentale (per cui Vernon Smith riceve il Nobel assieme a Kahneman) e all’economia comportamentale. Si vedano, rispettivamente, Smith (2010) e Dharmaraj (2016) con Camerer *et al.* (2004). Per un’introduzione a questo campo di studi si può leggere Motterlini e Guala (2011).

Invece, trovare la quarta parte di 368, per esempio, richiede almeno un momento di riflessione e solitamente un calcolo esplicito, che applichi alcune regole imparate a scuola. Gli esempi si possono moltiplicare: guidare l'automobile richiede sforzo e concentrazione mentale da parte del principiante, che si affida principalmente al sistema 2; ma diventa un compito di routine, demandato al più efficiente sistema 1, quando si diventa esperti guidatori. E così via.

La teoria dei due sistemi fa alcune previsioni sul modo in cui gli esseri umani ragionano. In primo luogo, nella stragrande maggioranza delle situazioni, il sistema 1 sembra in grado di farsi carico, in modo efficace e discreto, della quasi totalità dei compiti quotidiani che si presentano al soggetto (camminare per strada evitando gli ostacoli, guidare fino al lavoro e così via). Di conseguenza, il sistema 2 è chiamato in causa solo in una minoranza di casi, quelli che richiedono in modo esplicito l'attenzione e la concentrazione del soggetto (trovare una nuova strada perché quella abituale è interrotta, eseguire un calcolo complicato e così via). Infine, la teoria offre una spiegazione degli "errori cognitivi", cioè delle deviazioni sistematiche dal comportamento idealmente razionale sopra citate. Tali errori, o meglio *bias* o "distorsioni", avvengono, in prima approssimazione, quando un problema richiederebbe l'intervento del sistema 2 ma invece sollecita una risposta veloce e intuitiva da parte del sistema 1, risposta che tuttavia è sbagliata. Consideriamo un esempio concreto:

*Un telefono cellulare e la sua custodia costano assieme 110 euro.*

*Il telefono costa 100 euro più della custodia.*

*Quanto costa la custodia?*

Chi legge per la prima volta questo problema ha quasi sicuramente in mente una risposta facile: 10 euro. Per trovarla, il lettore non ha fatto alcuno sforzo, gli è semplicemente "venuta in mente", in modo quasi automatico e irresistibile: è il sistema 1 all'opera. Alcuni lettori (di solito una minoranza) si saranno anche accorti che la risposta, per quanto intuitiva, è sbagliata: se la custodia costasse 10 euro, il telefono dovrebbe costare 110 euro e il totale farebbe 120, invece che 110 come dichiarato. Trovare la risposta corretta (5 euro) richiede un po' di tempo e un certo sforzo di riflessione, se non la soluzione con carta e penna di un semplice sistema di due equazioni con due incognite. Ma per molti soggetti sperimentali, correggere la risposta intuitiva mettendo all'opera il sistema 2 risulta molto difficile, anche dopo che si siano convinti che è sbagliata. Un'interpretazione di questo fatto è la seguente: il problema del telefono assomiglia molto a problemi del tipo "trova la differenza", che siamo abituati a risolvere fin dall'infanzia. Per affrontare questi problemi, ci si può spesso affidare a una semplice regola: se hai due numeri e c'è una diffe-

renza da calcolare, la risposta è la differenza fra i due numeri. Questa semplice strategia, una sorta di “scorciatoia mentale” o “euristica”, come la chiamano gli psicologi, funziona bene in molti casi, ma può portare all’errore nel problema del telefono e in altri simili<sup>7</sup>.

Quando, come nel caso appena visto, la struttura di un problema sollecita una risposta veloce e intuitiva del sistema 1, senza che il sistema 2 possa intervenire per controllarla ed eventualmente correggerla, il soggetto può cadere in una sorta di “trappola mentale”. Un’ormai vasta letteratura suggerisce che queste trappole siano all’opera molto più frequentemente di quanto potremmo aspettarci e possano portare ad errori anche gravi e a distorsioni sistematiche delle nostre capacità decisionali in diversi ambiti. Gli psicologi hanno identificato e catalogato alcune decine di queste trappole, dando vita a un vero e proprio programma di ricerca, il cosiddetto approccio *heuristics and biases* allo studio del ragionamento e delle decisioni. Nel prossimo paragrafo, consideriamo tre esempi concreti in ambito giuridico.

### 3. *Illusioni cognitive e trappole mentali nel ragionamento giudiziario*

Gli studiosi che si sono occupati di ragionamento giuridico si sono tradizionalmente concentrati sulle decisioni prese dalle giurie e dai singoli giurati, che rivestono un ruolo centrale nei sistemi di tradizione anglosassone, in particolare quello inglese e americano. Il risultato è che, dal punto di vista degli studi empirici sull’argomento, “il comportamento dei giudici rimane una specie di mistero” (Rachlinski e Wistrich 2017, p. 204); e, dal punto di vista teorico, nessuno dei molti modelli di ragionamento giudiziario sul campo risulta soddisfacente (Posner 2010, cap. 1). Nel corso degli ultimi vent’anni, tuttavia, l’attenzione degli studiosi ha cominciato a spostarsi anche sui giudici, tanto che oggi possediamo un’ancora ridotta, ma già significativa, quantità di dati, anche sperimentali, sulle loro modalità di ragionamento e decisione (Viscusi 1999; Vidmar 2011; Klein e Mitchell 2010; Posner 2010). Una buona parte di questo lavoro di ricerca è stato

<sup>7</sup> Il problema del telefono è una libera variazione sul problema originale introdotto dallo studioso di decisioni Shane Frederick (2005), che suona così: “Una racchetta e una pallina costano assieme 1,10 dollari; la racchetta costa 1 dollaro più della pallina; quanto costa la pallina?”. È la prima delle tre domande che compongono il “test di riflessione cognitiva”, proposto da Frederick proprio per mettere alla prova la capacità dei soggetti sperimentali di resistere alle decisioni intuitive del sistema 1 e applicare il sistema 2 per correggerle. Per chi volesse cimentarsi col test, ecco gli altri due problemi: “Se 5 macchine impiegano 5 minuti a costruire 5 oggetti, quanto tempo impiegheranno 100 macchine a farne 100?” e “In un laghetto, una macchia di ninfee raddoppia di superficie ogni giorno. Se le ninfee impiegano 48 giorni a coprire tutto il laghetto, quanto impiegheranno a coprirne la metà?”.

prodotto da tre studiosi americani che citeremo spesso nelle prossime pagine: Chris Guthrie, un giurista della Vanderbilt University di Nashville, Jeffrey Rachlinski, uno psicologo della Cornell University e Andrew Wistrich, un giudice del distretto della California. Questi autori hanno preso in prestito dagli psicologi la teoria dei due sistemi per progettare esperimenti e sviluppare un nuovo modello di ragionamento giudiziario (Guthrie, Rachlinski e Wistrich 2001, 2007). Il messaggio centrale di questi studi è che “anche i giudici sono umani”: come gli altri soggetti sperimentali e la gente comune, si affidano più o meno consciamente a euristiche e scorciatoie di ragionamento che possono portarli a trarre conclusioni sbagliate o prendere decisioni irrazionali.

### 3.1. *Ancore irrilevanti*

Come sanno bene i pubblicitari e i venditori, le persone che devono stimare una quantità ignota o valutare un bene (che sia una casa o un tubetto di dentifricio) tendono a individuare un numero che possa servire come punto di riferimento, rispetto al quale “agganciare” la propria scelta. Tale numero funziona come un’ancora (nel gergo degli psicologi) e può influenzare in modo molto significativo le valutazioni finali dei soggetti. Per esempio, se tento di vendere la mia auto usata a diecimila euro, quando chiaramente ne vale meno della metà, posso comunque aspettarmi di spuntare un prezzo migliore rispetto a quello che avrei ottenuto iniziando la trattativa con una richiesta di soli cinquemila euro. La mia richiesta, anche se assurda, tende infatti ad “ancorare” la valutazione del compratore, che sarà portato ad accettare un prezzo finale più alto rispetto a quello che avrebbe ottenuto partendo da un’ancora più bassa. Allo stesso modo, può capitare che scegliamo di non comprare un prodotto al prezzo “pieno” di 50 euro, ma che lo compreremmo se il cartellino del prezzo ci avvertisse che prima costava 100 e ora è scontato a 50.

Il cosiddetto effetto ancoraggio è uno dei fenomeni più potenti e più studiati dagli psicologi e può farci cadere in trappole decisionali più o meno serie. È stato documentato in numerosi esperimenti: anche ancora del tutto irrilevanti, e riconosciute dai soggetti sperimentali come tali, hanno un notevole effetto sulle loro stime. In un famoso studio, per esempio, Tversky e Kahneman chiesero ai partecipanti di stimare la percentuale di nazioni africane in seno all’ONU (Tversky e Kahneman 1974; Kahneman 2011, capitolo 11). All’inizio dell’esperimento facevano girare una ruota della fortuna truccata, che si fermava solo sul numero 10 o sul numero 65. I partecipanti prendevano nota del numero uscito e poi rispondevano a due domande: se la percentuale richiesta fosse maggiore o minore del numero uscito e quale fosse la loro migliore stima di tale percentuale. Il gruppo che

aveva visto uscire il 10 produsse una stima media del 25%; quello che vide il 65, valutò in media il 45%. Anche se i soggetti avrebbero dovuto ignorare un'informazione ovviamente irrilevante ai fini della loro scelta, le loro valutazioni risultarono chiaramente sensibili all'ancora fornita dal numero uscito sulla ruota.

L'effetto ancoraggio gioca un ruolo importante in molte scelte quotidiane e professionali. In particolare, potrebbe influenzare le stime di giudici e giurati, che sono chiamati a valutare per esempio l'entità di un risarcimento o la durata della detenzione di un imputato ritenuto colpevole. Dato l'effetto pervasivo delle ancore, soprattutto sulle decisioni prese in condizioni di alta incertezza e sulla base di informazioni scarse e magari contraddittorie, come spesso sono quelle in ambito legale, è lecito aspettarsi che anche i professionisti del diritto (come del resto, per esempio, i medici) non siano immuni dall'effetto ancoraggio. Questo è in effetti ciò che sembra emergere da alcuni studi sperimentali e in particolare dai lavori della psicologa tedesca Birte Englich e dei suoi collaboratori.

In una serie di studi, gli sperimentatori analizzarono le decisioni di giudici, avvocati e laureati in legge relative alla durata della condanna da infliggere a imputati di casi ipotetici, per controllare se emergesse un effetto ancoraggio. In ogni studio, un gruppo riceveva un'ancora "bassa" e un altro un'ancora "alta"; tali ancore erano comunque chiaramente irrilevanti ai fini della decisione. Per esempio, nel primo studio su un ipotetico caso di stupro, i partecipanti dovevano immaginare di ricevere la telefonata di un giornalista che chiedeva se la condanna sarebbe stata più lunga di 1 anno (ancora bassa) o di 3 anni (ancora alta). Nel secondo caso (una donna sorpresa a rubare alcuni oggetti da un supermercato, con una dozzina di precedenti per lo stesso reato), l'ancora (3 o 9 mesi) era fornita dalla richiesta di condanna dell'accusa; le istruzioni spiegavano chiaramente che tale richiesta era stata "determinata a caso" a fini sperimentali. Il terzo caso è particolarmente significativo. A 52 giovani laureati in legge, con già alcune esperienze come giudici in diversi tribunali tedeschi, fu richiesto di mettersi nei panni del giudice di un processo per l'ipotetico caso di furto al supermercato. I partecipanti, divisi in due gruppi, ricevettero una descrizione accurata del caso e una coppia di dadi truccati (a loro insaputa). Lanciando i dadi e sommando i risultati, i soggetti dovevano compilare col numero risultante la casella corrispondente alla richiesta di condanna (in mesi) dell'accusa. In un gruppo, i dadi erano truccati in modo da fornire l'ancora bassa di 3 mesi; nell'altro, i partecipanti ottenevano l'ancora alta di 9 mesi. La decisione finale dei partecipanti dimostrò un effetto ancoraggio: il primo gruppo propose in media una condanna di poco più di 5 mesi, contro i quasi 8 mesi richiesti dal secondo gruppo (Englich, Mussweiler e Strack 2006, p. 194). I risultati di questo terzo studio confermarono quelli dei primi due: numeri chiaramente irrilevanti possono influenzare il giudizio di pro-

fessionisti su casi legali ipotetici ma realistici.

Risultati simili emergono anche da quello che al momento è forse il più grande studio condotto sulle decisioni di giudici esperti. A una conferenza tenuta a New Orleans nel 1999, gli sperimentatori reclutarono 167 giudici federali, cui fu somministrato un questionario con diverse domande (Guthrie, Rachlinski e Wistrich 2001). Fra queste, una riguardava il caso ipotetico di un querelante che era rimasto paralizzato dopo esser stato investito dal camion di una ditta; l'indagine successiva aveva accertato che i freni del camion erano difettosi a causa di una manutenzione inadeguata. Ai giudici, divisi in due gruppi, veniva chiesto di valutare l'ammontare del risarcimento che avrebbero concesso alla vittima. A uno solo dei due gruppi veniva fornita un'altra informazione: che la difesa aveva chiesto l'annullamento del processo in quanto il risarcimento non avrebbe superato la soglia dei 75 000 dollari, sotto la quale una corte federale non può occuparsi di casi simili. Questa cifra stabiliva un'ancora teoricamente irrilevante, poiché i dettagli del caso (la vittima aveva perso il lavoro da elettricista e subito danni gravi) suggerivano chiaramente che la mozione della difesa fosse insensata, dato che il risarcimento avrebbe sicuramente superato la soglia richiesta (come dimostrato dal fatto che solo 2 giudici sui cinquanta che lessero la mozione approvarono l'annullamento). Ciò nonostante, il gruppo di giudici non esposti all'ancora propose un risarcimento medio di quasi 1 250 000 dollari, mentre quello che aveva letto la richiesta della difesa valutò il risarcimento adeguato a 882 000 dollari di media.

Questo risultato mostra come, in casi realistici, anche una richiesta insensata o chiaramente inadeguata da parte della difesa (o dell'accusa) può influenzare in maniera significativa le decisioni di giudici esperti. In alcuni casi, l'effetto ancoraggio produce addirittura risultati ridicoli. In un altro esperimento condotto da Guthrie, Rachlinski e Wistrich (2009), relativo a un ipotetico caso di *mobbing* sul lavoro, giudici esperti furono influenzati dalla dichiarazione della querelante, che spiegò di aver visto in una serie TV che la vittima di un caso simile al suo aveva ricevuto più di 400 000 dollari di risarcimento. Esperimenti simili sono stati replicati con successo più volte; Rachlinski, Wistrich e Guthrie (2015) discutono gli studi più significativi e concludono che l'effetto ancoraggio influenza in modo eccessivo e prevedibile le decisioni dei giudici in contesti sperimentali. Estendere questa diagnosi al contesto di processi reali richiede cautela, sia perché è difficile escludere variabili estranee sia perché spesso le ancore che influenzano i giudici in casi concreti (testimonianze degli investigatori, richieste di risarcimento, ecc.) possono contenere informazioni rilevanti (anche se distorte) ai fini del processo. Alcuni studi recenti sembrano tuttavia confermare che l'effetto ancoraggio influenza le scelte dei giudici impegnati in processi reali (Chang, Chen e Lin 2016), in linea con quanto documentato in altri campi.

### 3.2. (S)ragionare con l'incertezza: Linda e Dina

La maggior parte delle nostre decisioni quotidiane – “devo prendere l'ombrello uscendo di casa?” – viene presa in condizioni di incertezza più o meno seria e sulla base di dati spesso ambigui o incompleti (come le previsioni del tempo viste in TV o una veloce occhiata al cielo per valutare quanto sia probabile che piova). Ciò è particolarmente vero anche per le decisioni prese in un tribunale, in particolare da giudici e giurati. È vero che la formula “oltre ogni ragionevole dubbio” suggerisce una virtuale certezza come ideale a cui tendono le decisioni giudiziarie, ma è chiaro che l'incertezza rimane ineliminabile e un'alta probabilità della correttezza della decisione presa è il massimo a cui possiamo aspirare.

Come abbiamo ricordato, la teoria della scelta razionale, e in particolare il calcolo della probabilità, permette in molti casi di arrivare a stime coerenti della probabilità degli eventi rilevanti e, di conseguenza, a decisioni fondate. Tuttavia, a partire da alcuni ormai classici studi di Tversky e Kahneman (1982, 1983), una vasta letteratura ha mostrato che i soggetti sperimentali, più o meno esperti, tendono a violare le regole del ragionamento probabilistico, arrivando a conclusioni sistematicamente erranee. Un esempio particolarmente chiaro di questo fenomeno è dato dal cosiddetto problema di Linda, forse il più noto fra gli esperimenti di psicologia cognitiva recente. Si consideri la seguente descrizione di una persona immaginaria (Kahneman 2011, p. 172):

*Linda, trentun anni, è single, molto intelligente e senza peli sulla lingua. Si è laureata in filosofia. Da studentessa si interessò molto ai problemi della discriminazione e della giustizia sociale, e partecipò anche a manifestazioni antinucleari.*

Tale descrizione venne presentata a tre diversi gruppi di studenti, di diversa competenza in materia di teoria della probabilità e statistica, incluso un gruppo di dottorandi esperti di teoria della decisione della Stanford Business School. Dopo aver letto la descrizione di Linda, i soggetti dovettero ordinare otto possibili “scenari” relativi a Linda dal meno al più probabile (assegnando a ognuno un numero da 1 a 8). Fra i diversi scenari, c'erano questi tre (Kahneman 2011, p. 173):

*Linda è una cassiera di banca. [A]*

*Linda è militante del movimento femminista. [B]*

*Linda è una cassiera di banca ed è militante del movimento femminista. [A&B]*

Anche se la descrizione di Linda risale ai primi anni Ottanta e suona un po' datata, il lettore non avrà difficoltà a formarsi una propria opinione sulla probabilità relativa di questi tre scenari. Molto probabilmente, il suo giudizio concorderà con quello dei soggetti sperimentali almeno per quanto riguarda lo scenario A e lo scenario A&B. La grande maggioranza degli studenti (cioè l'85% o più, anche nel gruppo degli "esperti") valutarono "bancaria e femminista" come più probabile di "bancaria" alla luce della descrizione di Linda (Tversky e Kahneman 1983). Questa scelta è facilmente comprensibile, ma viola in maniera plateale una delle regole più basilari della teoria della probabilità, per cui una congiunzione di enunciati (come A&B) non può essere più probabile dei suoi enunciati componenti (come A e B) presi separatamente<sup>8</sup>. Non è quindi possibile che "Linda è bancaria e femminista" sia più probabile di "Linda è bancaria". La ragione è semplice: chiunque sia una bancaria femminista è anche, necessariamente, una bancaria; quindi l'insieme delle bancarie femministe è compreso in quello delle bancarie ed è quindi più probabile che Linda appartenga al secondo che al primo.

A partire dagli anni Ottanta, il problema di Linda è stato studiato in moltissimi esperimenti, che hanno modificato diversi dettagli dello studio originale, confermandone sostanzialmente la conclusione: le persone tendono a violare le regole del ragionamento probabilistico corretto anche in casi semplici come questo. Secondo Tversky e Kahneman, questa "fallacia della congiunzione" si può spiegare facendo riferimento alla nozione di "rappresentatività"<sup>9</sup>. Secondo questa idea, quando una persona deve stabilire la probabilità di un certo scenario o evento tende a basarsi su una stima di quanto esso sia rappresentativo di una classe di eventi che appare naturalmente rilevante per il caso in questione. Nel caso di Linda, è evidente che la sua descrizione assomiglia molto a quella di una femminista e pochissimo allo stereotipo della bancaria: per questo, siamo irresistibilmente portati a ritenere "bancaria e femminista" più probabile di "bancaria" e basta. Questa "euristica della rappresentatività" è una strategia di ragionamento molto naturale, intuitiva e che richiede un minimo sforzo (è, in altre parole, un'operazione da sistema 1) e può essere spesso molto utile. Tuttavia, può impedire alle persone di considerare e soppesare tutte le informazioni

<sup>8</sup> Più in generale, se X e Y sono due enunciati tali che X è "incluso" in Y, nel senso che tutte le possibili situazioni che rendono vero X rendono vero anche Y, allora la probabilità di X è al massimo uguale a quella di Y, ma non superiore:  $p(X) \leq p(Y)$ . In particolare, per qualsiasi congiunzione A&B di enunciati, abbiamo che  $p(A \& B) \leq p(A)$  e  $p(A \& B) \leq p(B)$ .

<sup>9</sup> La letteratura sul problema di Linda è ormai vastissima, come la mole di discussione critica sulla sua corretta interpretazione. Ci limitiamo qui a rimandare il lettore a Cevolani e Crupi (2016) per una breve rassegna e alcune proposte originali.



rilevanti e di ragionare correttamente sulle probabilità in gioco, cioè a utilizzare il sistema 2 per arrivare a una conclusione ponderata e corretta. Questa deviazione dal giudizio razionale “potrebbe avere implicazioni di vasta portata”, come notano Tversky e Kahneman (1982, p. 97), “poiché non abbiamo buoni motivi di credere che i giudizi degli analisti politici, dei giurati, dei giudici e dei medici siano immuni all’effetto congiunzione.”

In particolare, non è difficile immaginare come la rappresentatività possa influenzare anche i ragionamenti e le scelte dei principali attori in ambito giuridico. Per esempio, dovendo valutare la probabilità che l’imputato di un processo sia effettivamente colpevole, giudici e giurati potrebbero (più o meno consciamente) osservare il suo comportamento e valutare quanto questo assomigli a quello di un “tipico imputato colpevole”: nervoso, sudato, a disagio davanti al giudice, restio a incrociare lo sguardo e così via. Questo giudizio di rappresentatività potrebbe facilmente interferire e cancellare un più neutrale giudizio di probabilità, che dovrebbe invece basarsi sulla quantità e qualità delle informazioni a favore e contro l’ipotesi di colpevolezza, più che su impressioni estemporanee. D’altra parte, si può immaginare che almeno i giudici, grazie alla loro formazione specifica e all’esperienza accumulata, siano in grado di controllare ed eventualmente correggere l’uso di euristiche potenzialmente fuorvianti.

Per controllare come giudici esperti ragionassero sul problema di Linda, Guthrie, Rachlinski e Wistrich (2009) ne hanno ideato una versione “legale”, relativa a un’ipotetica causa civile. A una conferenza tenuta a New York nel 2008, gli autori sottoposero a 103 giudici specializzati in diritto amministrativo con diversi anni di esperienza (circa 10 di media) il seguente questionario:

*Supponi di presiedere a un caso relativo a una controversia di lavoro fra Dina El Saba, un’impiegata pubblica, e l’agenzia per cui lavorava in precedenza. Prima di essere licenziata, Dina era la segretaria di un manager di nome Peter. Dato che le sue valutazioni interne all’agenzia erano tutte fra “media” e “sopra la media”, Dina sostiene che il suo licenziamento sia un caso di discriminazione illecita. Peter ammette che le valutazioni del rendimento di Dina siano quelle citate, ma sostiene che l’agenzia l’abbia licenziata per ripetute violazioni dei regolamenti e delle norme sul posto di lavoro. Fra le altre cose, Dina faceva troppe pause durante l’orario di lavoro e prendeva giorni di ferie inaspettati. Secondo Peter, inoltre, Dina si vestiva in un modo che metteva a disagio sia i colleghi sia i visitatori, coprendosi quasi interamente di nero. Infine, Peter lamentava che Dina si comportasse in modo “strano” e “scostante”, rifiutandosi di pranzare mentre colleghi maschi erano presenti nella sala mensa.*

*Basandosi solo su questi fatti, quanto è probabile che (metti in ordine di proba-*

*bilità [likelihood] i seguenti scenari, usando “1” per il più probabile, “2” per il secondo più probabile, “3” per il terzo e “4” per quello meno probabile di tutti:*

\_\_\_\_\_ *L’agenzia abbia illecitamente discriminato Dina sulla base delle sue credenze religiose islamiche. [B]*

\_\_\_\_\_ *L’agenzia volesse diversificare la propria forza lavoro. [A]*

\_\_\_\_\_ *L’agenzia ha seguito i propri regolamenti d’impiego interni.*

\_\_\_\_\_ *L’agenzia volesse diversificare la propria forza lavoro ma abbia anche illecitamente discriminato Dina sulla base delle sue credenze religiose islamiche. [A&B]*

Il caso è chiaramente simile al problema di Linda e per questo abbiamo indicato con le stesse lettere le coppie di scenari corrispondenti nei due casi: “A” per “bancaria” e “diversificazione della forza lavoro”, “B” per “femminista” e “discriminata per la sua religione”, e “A&B” per la congiunzione corrispondente. La descrizione introduttiva del caso di Dina rende lo scenario B (“discriminazione”) particolarmente vivido e rappresentativo, e più plausibile dello scenario A (“diversificazione”); è quindi facile che le persone siano portate a commettere la fallacia della congiunzione, valutando la loro congiunzione A&B come più probabile di A. In effetti, dei 99 giudici che risposero al questionario, 84 violarono, in un modo o nell’altro, la regola della congiunzione, in una proporzione identica a quella ottenuta nello studio originale su Linda (Guthrie, Rachlinski e Wistrich, 2009, pp. 1510-12). Tuttavia, mentre l’85% dei soggetti alle prese con il problema di Linda valutò “bancaria e femminista” (A&B) come più probabile di bancaria (A), solo 48 giudici su 99 (quindi circa la metà) scelsero questo ordinamento nel problema di Dina, valutando “diversificazione e discriminazione” (A&B) come più probabile di “diversificazione” (A). I restanti 36 (poco più di un terzo del totale, il 40% di chi scelse un ordinamento erroneo) commisero la fallacia della congiunzione rispetto al congiunto più rappresentativo, valutando “diversificazione e discriminazione” (A&B) come più probabile di “discriminazione” (B). Un motivo di questa differenza può essere che lo scenario A nel caso di Linda (“bancaria”) è poco rappresentativo rispetto alla descrizione del personaggio, mentre lo scenario A nel caso di Dina (“diversificazione”) è meno rappresentativo dello scenario B (“discriminazione”) ma comunque plausibile nel complesso. In ogni caso, anche l’esperimento con gli esperti di diritto amministrativo conferma la tendenza sistematica dei soggetti sperimentali, in condizioni appropriate, a violare la regola della congiunzione.

### 3.3. (S)ragionare con l’incertezza: intuizione e statistica

Come abbiamo visto discutendo il problema di Linda, ragionare sulla probabilità relativa di eventi o scenari alternativi è un compito che tende a indurre in errore sia persone comuni sia professionisti come i giudici. Lo stesso accade quando le informazioni rilevanti ai fini della decisione sono esse stesse di natura probabilistica. Ciò è molto frequente in tutti quegli ambiti, inclusi quello medico e quello giuridico, in cui occorre ragionare a partire da dati incerti o imprecisi, come risultati di test di laboratorio (per esempio una radiografia o l'analisi del DNA), resoconti di testimoni o testimonianze di investigatori, professionisti e periti. In tutte queste situazioni, che richiedono un ragionamento probabilistico più o meno complesso, ci si può aspettare che le persone, compresi gli esperti, si affidino a "scorciatoie" di ragionamento intuitive ma potenzialmente fuorvianti.

Un altro classico studio di Tversky e Kahneman (1972) illustra bene questo punto. Agli studenti che parteciparono all'esperimento fu proposto il seguente problema (Kahneman 2001, p. 183):

*Di notte, un taxi è coinvolto in un incidente e tira dritto. In città sono attive due agenzie di taxi, la Verde e la Blu. Ti sono forniti i seguenti dati:*

- L'85 per cento dei taxi della città è Verde e il 15 per cento Blu.*
- Un testimone ha identificato il taxi come Blu.*

*Il tribunale ha verificato l'attendibilità del testimone ponendolo nelle stesse condizioni della notte dell'incidente e ha constatato che egli ha riconosciuto ciascuno dei due colori l'80 per cento delle volte e non lo ha fatto il 20 per cento delle volte.*

*Qual è la probabilità che il taxi coinvolto nell'incidente fosse Blu anziché Verde?*

La teoria della scelta offre una risposta precisa a questo problema. In assenza della testimonianza, dovremmo pensare che la probabilità che il taxi coinvolto nell'incidente sia Blu sia solo del 15%, dato che questa è la percentuale di taxi della ditta Blu. Quando il testimone (che è piuttosto attendibile, anche se non infallibile) riconosce il taxi come Blu, dovremmo modificare (cioè, incrementare) questa stima ragionando come segue. Supponiamo che in città ci siano esattamente 100 taxi, 15 Blu e 85 Verdi. Il testimone riconosce correttamente il colore quattro volte su cinque (cioè l'80% delle volte): quindi individuerà correttamente 12 taxi Blu su 15 (cioè l'80% di 15), ma crederà di vedere un taxi Blu quando in realtà è Verde in 17 casi su 85 (cioè il 20% di 85). In totale, il testimone crederà di vedere un taxi Blu in 29 (=12+17) casi su 100, ma solo in 12 di questi 29 casi la sua testimonianza sarà attendibile. Quindi la risposta al no-

stro problema è che la probabilità che il taxi coinvolto nell'incidente sia davvero blu, alla luce della testimonianza, è di circa il 41% (cioè 12/29)<sup>10</sup>.

Questa soluzione è poco intuitiva perché la probabilità che il taxi sia Blu rimane al di sotto del 50% – è quindi comunque più probabile che sia Verde – anche in presenza di una testimonianza ragionevolmente attendibile del contrario. Infatti, la risposta più comune fra i soggetti sperimentali è che tale probabilità sia all'incirca l'80%, quindi identica all'attendibilità del testimone. In altre parole, i soggetti si concentrano esclusivamente sulla testimonianza "Blu" dimenticando che la sua probabilità iniziale è molto bassa e che l'ipotesi alternativa è comunque molto probabile. Questo comportamento, documentato sperimentalmente e sul campo in moltissimi ambiti differenti, è stato appunto chiamato "fallacia del tasso di base" (*base rate fallacy* o *base rate neglect*): le persone sottostimano sistematicamente la probabilità iniziale degli eventi, dimenticando di utilizzarla per aggiornare le proprie stime in presenza di nuova informazione<sup>11</sup>. Una spiegazione del fenomeno lo attribuisce all'euristica della rappresentatività discussa nel paragrafo precedente: i soggetti valuterebbero all'80% la probabilità che il taxi sia

<sup>10</sup> Quella esposta è una versione informale (basata sul metodo delle cosiddette frequenze naturali) del ragionamento basato sul calcolo delle probabilità, che tende a rendere più trasparente il problema e la sua soluzione (cfr. Gigerenzer 2002). Come si può controllare facilmente, lo stesso risultato si raggiunge con una semplice applicazione del teorema di Bayes. Chiamiamo  $p(V)$  e  $p(B)$ , rispettivamente, la probabilità iniziale (cioè in assenza di ulteriori informazioni specifiche) che il taxi sia Verde oppure Blu. Chiamiamo  $T$  la proposizione che il testimone ha identificato il taxi come Blu; siano inoltre  $p(T|V)$  e  $p(T|B)$ , rispettivamente, la probabilità che il testimone identifichi (erroneamente) un taxi Verde come Blu e quella che identifichi (correttamente) un taxi Blu come Blu. Il teorema dice allora che la probabilità che il taxi sia davvero Blu, dato che il testimone l'ha identificato come blu, è uguale a:

$$p(B|T) = \frac{p(T|B) \times p(B)}{p(T|B) \times p(B) + p(T|V) \times p(V)} = \frac{0,8 \times 0,15}{0,8 \times 0,15 + 0,2 \times 0,85} \cong 0,41$$

Per una discussione generale della cosiddetta epistemologia bayesiana si vedano Howson e Urbach (1993) e Festa (1996); sull'applicazione della razionalità bayesiana e sui suoi limiti, specialmente in ambito medico, si vedano Motterlini e Crupi (2005).

<sup>11</sup> Questo errore è anche chiamato "inferenza inversa", con riferimento al fatto che le persone tendono a confondere la probabilità di  $A$  dato  $B$  con quella "inversa", di  $B$  dato  $A$ . Per esempio, nel problema dei taxi ai soggetti si chiede di valutare la probabilità che il taxi sia effettivamente blu dato che il testimone dice che è blu, cioè  $p(B|T)$ , ma molti di loro rispondono con una stima vicina alla probabilità inversa che il testimone dica "blu" dato che il taxi è in effetti blu, cioè  $p(T|B)$ . Un altro caso tipico in cui si riscontra la fallacia è quello dell'interpretazione di un test clinico per la diagnosi di una malattia: anche medici esperti tendono a confondere la probabilità che il test sia positivo, dato che il paziente è malato (la cosiddetta sensibilità del test) con la probabilità che il paziente sia effettivamente malato a fronte di un test positivo. Se la malattia in questione è rara, la prima probabilità può essere molto alta e la seconda (che è quella che interessa al paziente) molto bassa. Su questi argomenti si vedano Gigerenzer (2002) e Motterlini e Crupi (2005).

Blu perché “testimoniare Blu quando il taxi è Blu” è molto più vicino allo stereotipo del “testimone affidabile” di quanto non sia “testimoniare Verde quando il taxi è Blu” e questa valutazione fa passare in secondo piano le altre informazioni statistiche pure rilevanti (cfr. Baron 2006, p. 150).

Le implicazioni di questi risultati per il ragionamento giudiziario e in generale giuridico sono piuttosto chiare. Giudici, giurati e investigatori devono quotidianamente valutare le probabilità relative di diversi eventi sulla base di indizi, testimonianze, referti e informazioni ambigue, in condizioni di alta incertezza e di scarsità di tempo e risorse (anche cognitive). Come abbiamo già notato, queste sono le condizioni ideali che favoriscono uno stile di pensiero “veloce”, intuitivo e basato su euristiche, a scapito del pensiero “lento” e deliberativo. Inoltre, gli esperimenti suggeriscono che gli esseri umani faticano a ragionare correttamente su eventi incerti e ad applicare le regole della probabilità anche in condizioni apparentemente più favorevoli, per esempio nell’ambiente “asettico” di un laboratorio e senza pressioni emozionali o temporali. D’altra parte, i giudici sono senz’altro ragionatori esperti, attenti ad evitare trappole e conclusioni affrettate e esplicitamente istruiti a considerare attentamente i diversi aspetti di ogni problema decisionale. Non è quindi chiaro come un giudice reagirebbe a un problema di tipo legale ma strutturalmente simile a quello del taxi visto sopra e quali sarebbero le strategie di ragionamento che impiega.

Per rispondere a questa domanda, Guthrie, Rachlinski e Wistrich (2001) sottoposero ai 167 giudici già reclutati per l’esperimento sull’effetto ancoraggio (cfr. paragrafo 3.1) la descrizione realistica di un caso civile ispirato a un caso classico della giurisprudenza inglese, il *Byrne v. Boadle* del 1863. Questo caso è importante perché esemplifica per la prima volta in tempi moderni la cosiddetta dottrina del *res ipsa loquitur* (“i fatti parlano da soli”) relativa a cause per negligenza: in alcune circostanze, e in assenza di informazioni certe sulla responsabilità dell’imputato, questa si può inferire direttamente dalla natura stessa dell’incidente o del danno subito dalla vittima. Nel caso più semplice, per esempio, se una radiografia rivela un bisturi all’interno dell’addome del paziente, si può ritenere responsabile il chirurgo che l’ha operato senza ulteriori prove a carico. In generale, la responsabilità dell’imputato si può inferire, seconda la *res ipsa*, quando il fatto o l’incidente “ordinariamente” non accade se non in caso di negligenza (cfr. Pylman 2010).

Nel caso proposto ai soggetti sperimentali, la vittima viene colpita e ferita da un grosso barile che veniva sollevato dagli operai di un magazzino. I proprietari del magazzino, che vengono denunciati per negligenza, ammettono che la caduta del barile può essere stata provocata o da un fissaggio improprio del carico, oppure dall’imprevedibile rottura delle corde. Nel corso dell’indagine sulle procedure e i materiali del magazzino, gli ispettori della sicurezza arrivano alle seguenti

conclusioni (Guthrie, Rachlinski e Wistrich 2001, p. 808):

*Se un carico viene assicurato in modo improprio, ha il 90% di probabilità di cadere.*

*Se invece un carico viene assicurato correttamente, c'è solo l'1% di probabilità che cada.*

*Gli operai del magazzino sbagliano nell'assicurare un carico solo 1 volta su 1000.*

Ai giudici veniva chiesto: “quant'è probabile che il barile che ha colpito la vittima sia caduto a causa della negligenza di uno degli operai?”. I giudici dovevano rispondere scegliendo uno fra quattro intervalli di probabilità: 0-25%, 26-50%, 51-75% e 76-100%.

Come si può vedere, il problema è simile a quello del taxi. La risposta corretta alla domanda si può calcolare utilizzando il teorema di Bayes: c'è poco più dell'8% di probabilità che la causa della caduta sia davvero la negligenza di un operaio, dato che l'errore è, a priori, estremamente improbabile<sup>12</sup>. Tuttavia, di fronte a questo problema, molte persone tenderebbero a ignorare l'ultima informazione fornita e a stimare come molto probabile (90% o poco meno) la negligenza, commettendo la fallacia del tasso di base. In effetti, solo il 40% circa dei 159 giudici che risposero al problema scelse la risposta corretta (0-25%), mentre un altro 40% scelse l'intervallo di probabilità più alto (76-100%), che contiene la probabilità (90%) che appare nella prima informazione citata dal problema (il restante 20% dei giudici si divise quasi equamente fra i restanti due intervalli). Come notano gli autori, la prestazione dei giudici fu piuttosto buona, se confrontata con quella di gente comune e professionisti in altri campi che emerge dalla letteratura sperimentale; tuttavia, la maggioranza dei giudici sbagliò a rispondere e i due terzi fra questi scelsero la risposta scorretta più estrema, come previsto dagli sperimentatori.

L'esperimento suggerisce che, in un processo reale, un giudice potrebbe valutare come molto probabile la colpevolezza dell'imputato anche se i dati statistici a disposizione non giustificano questa conclusione. In effetti, la decisione di colpevolezza del giudice sarebbe in linea con la dottrina del *res ipsa loquitur*, e quindi

<sup>12</sup>Chiamando  $p(N)$  la probabilità di negligenza da parte di un operaio,  $p(C|N)$  la probabilità di caduta del carico data un'assicurazione negligente e  $p(C|\text{non-}N)$  la probabilità (complementare alla precedente) di caduta data un'assicurazione corretta, possiamo calcolare la probabilità di negligenza data la caduta del carico è pari a:

$$p(N|C) = \frac{p(C|N) \times p(N)}{p(C|N) \times p(N) + p(C|\text{non-}N) \times p(\text{non-}N)} = \frac{0,9 \times 0,001}{0,9 \times 0,001 + 0,01 \times 0,99} \cong 0,08\bar{3}$$

corretta dal punto di vista giurisprudenziale, almeno per quanto riguarda il diritto anglosassone. È stato anzi suggerito che la *res ipsa* sia appunto un caso in cui un errore di ragionamento (la fallacia del tasso di base) si sia surrettiziamente infiltrato nella giurisprudenza<sup>13</sup>. Già nel 1979, d'altra parte, il giurista David Kaye rilevava questa tensione fra dottrina giuridica e teoria della probabilità, sostenendo che “la formulazione convenzionale della dottrina è come minimo fuorviante e dovrebbe essere sostituita con un'accurata esposizione delle condizioni che giustificano l'inferenza del *res ipsa*” (Kaye 1979, p. 1457). È interessante notare che questa consapevolezza da parte dei professionisti del diritto ha verosimilmente motivato un processo di revisione che ha portato, l'ultima volta nel 2009, a una correzione della dottrina da parte dell'American Law Institute, un'organizzazione di giudici, giuristi e professionisti legali che si propone di semplificare e correggere alcuni aspetti del *common law* americano, attraverso pubblicazioni che trovano ampio credito in tribunale (cfr. Rachlinski e Wistrich 2017, p. 212). Anche questo processo di revisione, comunque, non è rimasto esente da critiche e l'uso e l'interpretazione di dati statistici e di inferenze probabilistiche in ambito giuridico rimane un punto estremamente delicato e controverso (Pylman 2009; Engel 2012). In queste condizioni, la tendenza sistematica a violare le regole del ragionamento probabilistico documentate dagli esperimenti discussi sopra risulta ancora più preoccupante e meritevole di essere ulteriormente analizzata.

#### 4. Una giustizia prevedibilmente irrazionale?

Riassumendo i risultati di circa vent'anni di studi empirici sul ragionamento e le decisioni dei giudici, Rachlinski e Wistrich (2017, p. 216) concludono che “i giudici si affidano pesantemente al ragionamento intuitivo per valutare le controversie legali”, usano sistematicamente “semplici scorciatoie mentali come guida per ragionare sui materiali legali” e per questo motivo, pur impiegando occasionalmente forme di ragionamento più deliberative, “rimangono esposti a errori di giudizio”. Inoltre, i dati indicano che questi errori non diminuiscono “con l'esperienza o la specializzazione” del giudice (*ibidem*). Questa valutazio-

<sup>13</sup> La fallacia è stata invocata per criticare argomentazioni (da parte sia della difesa sia dell'accusa) in diversi casi che hanno attirato l'attenzione dei media. L'esempio più celebre è forse il processo al campione di football americano O. J. Simpson, sul quale intervenne a più riprese il famoso statistico I. J. Good (1995, 1996) con due lettere a *Nature*; argomenti simili sono stati avanzati da Gigerenzer (2002). Altri casi noti che sollevato dubbi relativi al ragionamento probabilistico utilizzato da avvocati, giurati e giudici sono quelli di Sally Clark (Fenton *et al.* 2016) e di Amanda Knox (Taroni *et al.* 2016).

ne delle prestazioni cognitive dei giudici non è sorprendente alla luce di ciò che psicologi ed economisti comportamentali ci dicono sul modo in cui gli esseri umani giudicano, ragionano e prendono decisioni. In questa prospettiva, i giudici non si comportano diversamente da altri professionisti, come medici, manager, consulenti finanziari, politici e, in ultima analisi, dalla gente comune. Un'ulteriore conferma viene dal test di riflessione cognitiva che, come abbiamo brevemente ricordato nel paragrafo 2, è progettato per controllare quanto le persone siano in grado di “tenere a freno” le strategie di ragionamento intuitive ma potenzialmente fuorvianti del sistema 1 e attivare invece il sistema 2 di fronte a problemi simili a quello del telefono e della custodia. Dei quasi trecento giudici cui il test fu somministrato, circa un terzo diede la risposta intuitiva ma errata a tutte e tre le domande e solo un giudice su sette rispose correttamente a tutte e tre (Guthrie, Rachlinski e Wistrich 2007, pp. 14-16).

Naturalmente, l'immagine del giudice che emerge dalle ricerche che abbiamo discusso in questo articolo è piuttosto lontana da quella ideale che il pubblico si aspetta e anzi pretende: cioè quella di giudici che “devono essere equanimi, imparziali, pazienti, saggi, efficienti e intelligenti [...] accantonare le proprie convinzioni politiche e i propri pregiudizi, prendere decisioni razionali e rispettare il diritto” (*ivi*, p. 204). Come si aspettano i cosiddetti realisti, i giudici sembrano essere semplicemente “troppo umani” per soddisfare le alte aspettative della società e dei “legalisti” (o “formalisti”, cfr. Posner 2010). In effetti, i casi che abbiamo presentato nelle pagine precedenti sembrano dimostrare che i giudici sono costantemente influenzati da informazioni irrilevanti e sbagliano sistematicamente a valutare rischi e probabilità connessi a eventi incerti. Inoltre, anche se in questo articolo ci siamo limitati a discutere alcune trappole mentali (effetto ancoraggio, fallacia della congiunzione, fallacia del tasso di base), i giudici risultano suscettibili a molte altre illusioni cognitive studiate dai ricercatori (cfr. Kahneman 2011): in particolare, la cosiddetta fallacia del senno di poi (Guthrie *et al.* 2001, 2007, 2009; Rachlinski *et al.* 2011), quella della conferma (Rachlinski *et al.* 2013; Rassin *et al.* 2010), quella dello scommettitore (Chen *et al.* 2016), l'effetto incorniciamento (Guthrie *et al.* 2001, 2009), l'effetto contrasto in contesti di decisioni sequenziali (Leibowitch 2016; Rachlinski *et al.* 2013), la dipendenza dal formato numerico in cui vengono richieste o presentate le informazioni rilevanti (Gigerenzer 2002; Rachlinski *et al.* 2013, 2015) e altre ancora.

Questi risultati possono sollevare legittime preoccupazioni sul corretto funzionamento dei nostri sistemi legali, di cui i giudici rappresentano un elemento ovviamente fondamentale. Inoltre, due considerazioni contribuiscono ad aggravare queste preoccupazioni. In primo luogo, in questo saggio ci siamo concentrati esclusivamente sugli errori, distorsioni e fallimenti della razionali-



tà di tipo cognitivo, cioè che hanno origine in deviazioni sistematiche e prevedibili dai canoni della razionalità dovute a quella che potremmo chiamare l'architettura del nostro cervello. Esiste tuttavia una vasta letteratura su diverse altre potenziali fonti di errore nel ragionamento giudiziale: in particolare, i pregiudizi ideologici (specialmente politici, ma anche religiosi, razziali o di genere), il comportamento strategico indotto dalla pressione dei media, della politica o di altre autorità giuridiche (per esempio la corte d'appello o la corte costituzionale), le distorsioni introdotte dai vincoli procedurali, dalla burocrazia e dal contesto legale, e le emozioni e altri fattori psicologici che influenzano le decisioni dei giudici. Le illusioni cognitive costituiscono solo una delle possibili fonti di errore in ambito giuridico, che coesiste e interagisce con molte altre di diversa natura<sup>14</sup>.

In secondo luogo, nelle pagine precedenti abbiamo scelto di concentrarci solo sul ragionamento e le decisioni dei giudici, ignorando gli altri attori del sistema legale: legislatori, giurati, avvocati, investigatori, testimoni, periti, ma anche vittime e imputati. Per ognuna di queste figure, ricercatori di diversi orientamenti e discipline hanno prodotto una mole di studi più o meno ampia sulle deviazioni dovute sia alle trappole mentali di tipo cognitivo sia agli altri fattori che abbiamo citato<sup>15</sup>. Nel complesso, questa letteratura delinea un ramificato intreccio di decisioni interdipendenti, ognuna delle quali a rischio costante di errore. Questi stessi studi, tuttavia, suggeriscono anche ragioni per non abbandonarsi al pessimismo sulla sorte dei nostri sistemi giuridici, per diverse ragioni. In particolare, sia esperimenti sia ricerche sul campo suggeriscono che i giudici sono nel complesso ragionatori e decisori probabilmente superiori alla media (Rachlinski e Wistrich 2017, Rachlinski *et al.* 2012). Per esempio, la loro prestazione sul test di riflessione cognitiva è pari a quella degli studenti delle migliori università americane; nell'esperimento sul caso di negligenza, il 40% di loro ha evitato la fallacia del tasso di base e scelto la risposta corretta di un problema non semplice in un tem-

<sup>14</sup> Per alcune rassegne recenti sui possibili errori che affliggono il ragionamento giudiziario, incluse le illusioni cognitive, si vedano per esempio Rachlinski e Wistrich (2017), Teichman e Zamir (2014), Klein e Mitchell (2010), Howitt (2018, cap. 23), Edmond *et al.* (2017), Koehler e Meixner (2015) e Posner (2010).

<sup>15</sup> La letteratura più vasta e consolidata è quella sui giurati, si vedano come soli esempi MacCoun (1989) e Diamond *et al.* (2011). Altri riferimenti sulle diverse figure citate si possono trovare per esempio in Sunstein *et al.* (1998, 2002), Schauer (2009), e in manuali come Zamir e Teichman (2014) e Howitt (2018). Un problema molto generale, ma di ovvia rilevanza in particolare per l'ambito legale, riguarda le strategie che le persone impiegano per acquisire, ricercare, valutare, comunicare e applicare nel ragionamento e nella decisione dati, indizi, testimonianze e informazioni di vario tipo (cfr. Festa 2010, Garbolino 2014). Gli studi empirici su vari aspetti di questo problema, anche in ambito legale, sono già significativi, si vedano per esempio Kerstholt e Jackson (1998), Lidsey *et al.* (2003), Lagnado e Harvey (2008) e Dahlman *et al.* (2016).

po ridotto; e altri esperimenti indicano che, in circostanze specifiche, i giudici sono in grado di resistere a particolari illusioni cognitive meglio di altri soggetti (si veda per esempio Wistrich *et al.* 2005 sulla fallacia del senno di poi). Inoltre, come abbiamo ricordato, al momento non è ancora chiaro (principalmente a causa della difficoltà di progettare studi sul campo) in che misura i risultati degli esperimenti possano essere direttamente estrapolati a casi che vedono i giudici impegnati in processi reali e quindi quale sia l'impatto concreto delle distorsioni cognitive sulla pratica giudiziaria<sup>16</sup>.

Un altro argomento che merita la massima attenzione e richiede la cooperazione di ricercatori e professionisti è il cosiddetto *debiasing*, cioè l'analisi e la progettazione di procedure e tecniche in grado di contrastare l'influenza delle illusioni cognitive e ridurre l'impatto negativo, sia in generale sia relativamente a situazioni e compiti specifici. Questo progetto interpreta in senso costruttivo i risultati che abbiamo discusso in questo articolo, nella convinzione che una visione più realistica della razionalità umana e dei suoi fallimenti, quale emerge dagli studi empirici sul comportamento umano, sia essenziale per correggere gli errori e limitarne la portata. In particolare, lo psicologo tedesco Gerd Gigerenzer del Max Planck Institut di Berlino ha da anni avviato un vero e proprio programma di ricerca su quelle che chiama euristiche "veloci e frugali", che mira a identificare le condizioni di "validità ecologica" della nostra razionalità limitata, cioè quelle che rendono efficienti le nostre strategie intuitive di ragionamento e possono evitarci di cadere in trappole mentali<sup>17</sup>. Altre proposte che vanno in questa direzione si propongono di sviluppare strumenti sia concettuali sia pratici (per esempio *software*) basati sull'approccio bayesiano alla razionalità per assistere e correggere il ragionamento e la decisione in condizione di incertezza<sup>18</sup>.

In conclusione, la massa di studi empirici, che si è accumulata nel corso degli ultimi decenni ed è in piena espansione, testimonia di un rinnovato interesse per un campo di indagine, molto vasto e che si nutre di contributi da diverse discipline, che potremmo chiamare, in mancanza di un'etichetta migliore, "psicologia, economia e diritto". Esso include sia gli approcci di orientamento cli-

<sup>16</sup> Da un punto di vista teorico, la questione della "validità esterna" dei risultati sperimentali è un problema metodologico cruciale e onnipresente nello studio empirico del comportamento umano; per una discussione approfondita si veda Guala (2005).

<sup>17</sup> Sul ruolo delle euristiche nel ragionamento giuridico si vedano in particolare Gigerenzer e English (2006) e Dhimi (2003); Hoffrage *et al.* (2000) e Lindsey *et al.* (2003) discutono le strategie per rendere efficace la comunicazione di informazioni probabilistiche in ambito processuale. Sul programma di Gigerenzer in generale si vedano Gigerenzer (2002, 2007, 2014), Gigerenzer, Todd e ABC Research Group (1999) e Gigerenzer e Selten (2001).

<sup>18</sup> Si vedano per esempio Strnad (2007), Taroni *et al.* (2014), Zenker *et al.* 2015 e Fenton *et al.* (2016). Su diverse strategie di *debiasing* si può leggere utilmente anche Paglieri (2016).

nico, come la tradizionale psicologia e psichiatria forense (Gulotta 2011; Howitt 2018) e gli approcci più recenti basati sui risultati della neuroscienza (Pietrini e Pellegrini 2016), sia quella che potremmo chiamare psicologia legale o giuridica (che abbiamo analizzato in questo saggio), con contributi dall'analisi psicologia cognitiva e dall'economia comportamentale (che riprende la tradizione dell'analisi economica del diritto con un orientamento più empirico). È ancora presto per tentare una valutazione complessiva dei risultati finora ottenuti, dato che manca al momento una cornice teorica stabile, condivisa e coerente nei quali inquadrarli. Ma il loro impatto non solo sulla scienza, ma anche sulla pratica, del diritto è ormai innegabile, come testimoniano alcune recenti proposte volte a integrare questi contributi in riforme più o meno ambiziose del sistema legale (si vedano per esempio Benforado 2015 e Richards 2016)<sup>19</sup>.

Col presente contributo, abbiamo tentato, senza alcuna pretesa di completezza, di fare luce su un campo di ricerca in grande sviluppo, che richiede la collaborazione, a vari livelli, sia degli studiosi di diritto, sia dei professionisti in ambito legale, sia di psicologi, economisti e filosofi interessati all'analisi della razionalità umana. In particolare, crediamo che la conoscenza di questi studi sia ormai essenziale per la formazione di giudici, pubblici ministeri, avvocati e altri professionisti, ai fini di migliorare la loro consapevolezza dei processi cognitivi e decisionali alla base della loro attività quotidiana. A questo scopo, integrare i programmi di studio, a tutti i diversi livelli di istruzione e formazione, con un'introduzione ai risultati dell'indagine empirica del comportamento e delle decisioni appare come un contributo importante a qualsiasi progetto che miri a migliorare il funzionamento del sistema legale e la qualità delle sue ricadute sull'intera società. Speriamo che il presente saggio possa aiutare a fare un piccolo passo in questa direzione.

### *Riferimenti bibliografici*

ARIELY, D. (2008), *Prevedibilmente irrazionale: le forze nascoste che influenzano le nostre decisioni*. Tr. it. Rizzoli, Milano.

BARON, J. (2000), *Thinking and Deciding*. Cambridge University Press, New York, 4rd ed.

<sup>19</sup> Per esempio, nel 2015 il Forensic Science Regulator inglese, l'organizzazione governativa che si occupa di controllare e migliorare la qualità dei servizi di scienza forense nel sistema penale, ha pubblicato un documento di linee guida, dal titolo "Effetti delle distorsioni cognitive rilevanti per le perizie nella scienza forense", che mette in guardia i lettori dai rischi dovuti alle trappole mentali in ambito legale. In Italia la consapevolezza della rilevanza di questi studi non sembra ancora molto diffusa, ma si veda per esempio Martino *et al.* (2016).

BENFORADO, A. (2015), *Unfair: The New Science of Criminal Injustice*. First edition. New York: Crown Publishers.

CAMERER, C., LOEWENSTEIN, G., RABIN, M., a cura di (2004), *Behavioral Economics: Past, Present, and Future*. MIT Press, Cambridge (MA).

CANALE, D. (2013), “Il ragionamento giuridico”, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli.

CHANG, Y., CHEN, K.-P. e LIN, C. C. (2016). “Anchoring Effect in Real Litigation: An Empirical Study”, Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics, No. 744.

CRUPI, V. (2016), “Razionalità, ragionamento e cognizione”, in Dell’Utri, M. e Rainone, A. (a cura di), *I modi della razionalità*, Mimesis, Milano-Udine, pp. 81-98.

CRUPI, V., GENSINI, G. F. e MOTTERLINI, M., a cura di (2006), *La dimensione cognitiva dell’errore in medicina*. Franco Angeli, Milano.

DAHLMAN, C., ZENKER, F. e SARWAR, F. (2016), “Miss Rate Neglect in Legal Evidence”, *Law, Probability and Risk* 15 (4): 239-50.

DANZIGER, S., LEVAV, J. e AVNAIM-PESSO, L. (2011), “Extraneous Factors in Judicial Decisions.” *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* 108 (17): 6889-92.

DHAMI, S. S. (2016), *The Foundations of Behavioral Economic Analysis*. Oxford: Oxford University Press.

DHAMI, M. K. 2003. “Psychological Models of Professional Decision Making.” *Psychological Science* 14 (2): 175-80.

DIAMOND, S.S., ROSE, M.R., MURPHY, B. e MEIXNER, J. (2011), “Damage Anchors on Real Juries”, *Journal of Empirical Legal Studies*, 8(1), pp. 148-178.

EDMOND, G. et al. (2017), “Thinking Forensics: Cognitive Science for Forensic Practitioners.” *Science & Justice* 57 (2): 144-54.

ENGEL, C. (2012), “Neglect the Base Rate: It’s the Law!”, *Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods Bonn* 2012/23.

ENGLISH, B., MUSSWEILER, T. e STRACK, F. (2006), “Playing Dice With Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts’ Judicial Decision Making”, *Personality and Social Psychology Bulletin* 32 (2): 188-200.

FENTON, N., NEIL, M. e BERGER, D. (2016), “Bayes and the Law”, *Annual Review of Statistics and Its Application* 3, pp. 51-77.

FESTA, R. (1996), *Cambiare opinione. Temi e problemi di epistemologia bayesiana*, CLUEB, Bologna.

FESTA, R. (2010). “Epistemologia bayesiana della testimonianza e sue applicazioni nella pratica clinica e giudiziaria”. In: Vincenti, U. (a cura di), *Diritto e clinica* 2, Jovene, Napoli, pp. 99-144.

FESTA, R. e CRUPI, V. (2009), “Dai giochi d’azzardo ai test diagnostici: la teoria della decisione nella medicina clinica”, *Logic and Philosophy of Science*, 7, pp. 69-94.

FORENSIC SCIENCE REGULATOR (2015), "Cognitive bias effects relevant to forensic science examinations", <https://www.gov.uk/government/publications/cognitive-bias-effects-relevant-to-forensic-science-examinations>

FREDERICK, S. (2005), "Cognitive Reflection and Decision Making", *Journal of Economic Perspectives* 19 (4): 25-42.

GARBOLINO, P. (2014), *Probabilità e logica della prova*, Giuffrè Editore, Milano.

GIGERENZER, G. (2002), *Quando i numeri ingannano*. Tr. it. Raffaello Cortina, Milano, 2003.

GIGERENZER, G. (2007). *Decisioni intuitive: quando si sceglie senza pensarci troppo*. Tr. it. Raffaello Cortina, Milano, 2009.

GIGERENZER, G. (2014), *Imparare a rischiare: come prendere decisioni giuste*. Tr. it. Raffaello Cortina, Milano.

GIGERENZER, G., TODD, P.M. e ABC RESEARCH GROUP (1999), *Simple Heuristics that Make Us Smart*. Oxford University Press, New York.

GIGERENZER, G., SELTEN, R. (2001) (a cura di), *Bounded Rationality. The Adaptive Toolbox*. MIT Press, Cambridge (MA).

GIGERENZER, G. e Engel, C., a cura di (2006). *Heuristics and the Law*. Dahlem Workshop Reports. MIT Press, Cambridge, MA.

GILOVICH, T., GRIFFIN, D., KAHNEMAN, D. (2002) (a cura di), *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*. Cambridge University Press, New York.

GLÖCKNER, A. (2016), "The irrational hungry judge effect revisited: Simulations reveal that the magnitude of the effect is overestimated", *Judgment and Decision Making*, 11 (6), pp. 601-610.

GOOD, I. J. (1995), "When batterer turns murderer", *Nature*, 375, p. 541.

GOOD, I. J. (1996), "When batterer becomes murderer", *Nature*, 381, p. 481.

GREENE, E. e LESLIE, E. (2007), "Decision Making, in Criminal Justice." In D. CARSON *et al.* (a cura di), *Applying Psychology to Criminal Justice*, John Wiley & Sons Ltd., Chichester, UK, pp. 183-200.

GUALA, F. (2005), *The Methodology of Experimental Economics*. Cambridge University Press, Cambridge, New York.

GULOTTA, G. (2011), *Compendio di psicologia giuridico-forense criminale e investigativa*. Giuffrè, Milano.

GUTHRIE C., RACHLINSKI J.J. e WISTRICH A.J. (2001), "Inside the judicial mind", *Cornell Law Review* 86(4), pp. 777-830.

GUTHRIE, C., RACHLINSKI, J.J. E WISTRICH, A. J. (2002), "Judging by Heuristic: Cognitive Illusions in Judicial Decision Making", *Cornell Law Faculty Publications*, 862.

GUTHRIE C., RACHLINSKI J.J. e WISTRICH A.J. (2007), "Blinking on the bench: how judges decide cases", *Cornell Law Review*, 93(1), pp. 1-43.

GUTHRIE C., RACHLINSKI J.J. e WISTRICH A.J. (2009), "The 'hidden judiciary': an empirical examination of executive branch justice". *Duke Law Journal*, 58(7), pp. 1477-530.

HARGREAVES HEAP, S., HOLLIS, M., LYONS, B., SUGDEN, R., WEALE, A. (1992), *La teoria della scelta. Una guida critica*. Tr. it. Laterza, Roma/Bari, 1996.

- HOFFRAGE, U., LINDSEY, S., HERTWIG, R. e GIGERENZER, G. (2000), "Communicating Statistical Information." *Science* 290 (5500): 2261-62.
- HOWITT, D. (2018), *Introduction to Forensic and Criminal Psychology*. Sesta edizione. Pearson, New York.
- HOWSON, C., URBACH, P. (1993), *Scientific Reasoning: The Bayesian Approach*. Open Court, La Salle, Seconda edizione.
- KAHNEMAN, D., SLOVIC, P., TVERSKY, A. (1982) (a cura di), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Cambridge University Press, New York.
- KAHNEMAN, D. (2011), *Pensieri lenti e veloci*. Tr. it. Mondadori, Milano, 2012.
- KAYE, D.H. (1979), "Probability theory meets *res ipsa loquitur*", *Michigan Law Review* 77(6), pp. 1456-84.
- KERSTHOLT, J. H. e JACKSON, J. L. (1998), "Judicial Decision Making: Order of Evidence Presentation and Availability of Background Information" *Applied Cognitive Psychology* 12 (5), pp. 445-54.
- KLEIN, D. E. e MITCHELL, G., a cura di (2010), *The Psychology of Judicial Decision Making*. Oxford University Press, Oxford, New York.
- KOEHLER, J.J. e MEIXNER, J. (2015), "Decision Making and the Law: Truth Barriers", in Keren, G. e Wu, G. (a cura di), *The Wiley Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making*, John Wiley & Sons, Londra, pp. 749-774.
- LAGNADO, D. A. e HARVEY, N. (2008), "The Impact of Discredited Evidence", *Psychonomic Bulletin & Review* 15 (6), pp. 1166-73.
- LEIBOVITCH, A. (2016), "Relative Judgments", *The Journal of Legal Studies*, 45 (2), pp. 281-330.
- LINDSEY, S., HERTWIG, R., & GIGERENZER, G. (2003), "Communicating statistical DNA evidence", *Jurimetrics*, 43, pp. 147-163.
- MACCOUN, R. J. (1989). "Experimental Research on Jury Decision-Making", *Science*, 244 (4908), pp. 1046-50.
- MARTINO, E., MALIZIA, N. e CARTA, M. (2016), "L'errore psicologico in ambito forense", *Economia & Diritto*, 1° agosto 2016. <http://www.economiaediritto.it/lerrore-psicologico-in-ambito-forense/>.
- MOTTERLINI, M. (2008), *Trappole mentali*, Rizzoli, Milano.
- MOTTERLINI, M. e CRUPI, V. (2005), *Decisioni mediche*, Raffaello Cortina, Milano.
- MOTTERLINI, M. e CRUPI, V. (2006). "Errori e decisioni in medicina", in Crupi, V., G. F. Gensini, e M. Motterlini, a cura di, *La dimensione cognitiva dell'errore in medicina*, Franco Angeli, Milano, pp. 11-42.
- MOTTERLINI, M. e GUALA, F. (2011). *Mente mercati decisioni. Introduzione all'economia cognitiva e sperimentale*. Bocconi, Milano.
- MOTTERLINI, M., PIATTELLI PALMARINI, M., a cura di (2005), *Critica della ragione economica*. Il Saggiatore, Milano.
- PAGLIERI, F. (2016). *La cura della ragione: esercizi per allenare il pensiero*. Il Mulino, Bologna.

- PAGLIERI, F., BONELLI, L. e FELLETTI, S., a cura di (2016). *The Psychology of Argument: Cognitive Approaches to Argumentation and Persuasion*, College Publications, Londra.
- PIATTELLI PALMARINI, M. (1985), *L'illusione di sapere*. Mondadori, Milano.
- PIETRINI, P. e PELLEGRINI, S. (2016), "Neuroscienze e psichiatria forense", *Giornale Italiano di Psicologia* 43 (4), pp. 761-766.
- POSNER, R. A. (2010), *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge (MA).
- PYLMAN, D. J. (2009), "Res Ipsa Loquitur in the Restatement (Third) of Torts: Liability Based upon Naked Statistics Rather than Real Evidence", *Chicago-Kent Law Review* 84:3, article 15.
- RACHLINSKI, J.J. e WISTRICH, A. J. (2017), "Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges", *Annual Review of Law and Social Science* 13 (1), pp. 203-29.
- RACHLINSKI, J.J., GUTHRIE C., WISTRICH A.J. (2006), "Inside the bankruptcy judge's mind", *Boston University Law Review* 86(5), pp. 1227-65
- RACHLINSKI, J.J., WISTRICH, A. J. e GUTHRIE, C. (2011), "Probability, probable cause, and hindsight", *Journal of Empirical Legal Studies*, 8(S1), pp. 72-98.
- RACHLINSKI, J.J., WISTRICH, A. J. e GUTHRIE, C. (2012), "Predictably Incoherent Justice." *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2109843>.
- RACHLINSKI, J.J., WISTRICH, A. J. e GUTHRIE, C. (2013), "Altering attention in adjudication", *UCLA Law Review* 60(6), pp. 1586-618.
- RACHLINSKI, J.J., WISTRICH, A. J. e GUTHRIE, C. (2015), "Can judges make reliable numeric judgments? Distorted damages and skewed sentences", *Indiana Law Journal* 90(2), pp. 695-739.
- RASSIN, E., EERLAND, A. e KUIJPERS, I. (2010), "Let's Find the Evidence: An Analogue Study of Confirmation Bias in Criminal Investigations", *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling* 7 (3): pp. 231-46.
- ROBBINS, L. (1932), *Saggio sulla natura e l'importanza della scienza economica*. Tr. it. UTET, Torino, 1953.
- SIMON, H.A. (1982-1997), *Models of Bounded Rationality*. MIT Press, Cambridge (MA).
- SIMON, H.A. (1997), *Scienza economica e comportamento razionale*. Tr. it. Comunità, Torino, 2000.
- SUNSTEIN, C. R., JOLLS, C. e THALER, R. (1998) "A Behavioral Approach to Law and Economics", *Stanford Law Review* 50(5), pp. 1471-1550.
- SUNSTEIN, C. R., KAHNEMAN, D., SCHKADE, D. e RITOV, I. (2002), "Predictably Incoherent Judgments", *Stanford Law Review* 54 (6), pp. 1153-1215.
- SUNSTEIN, C. R. e THALER, R. (2008). *Nudge. La spinta gentile*. Tr. it. Feltrinelli, Milano, 2014.
- SCHAUER, F. F. (2009), *Thinking like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press, Cambridge (MA).
- TARONI, F., BIEDERMANN, A., BOZZA, S., GARBOLINO, P. e AITKEN, C. (2014), *Bayesian Networks for Probabilistic Inference and Decision Analysis in Forensic Science*, John Wiley & Sons, Ltd., Chichester, UK.

TARONI, F., LUPÀRIA, L., e VUILLE, J. (2016), “La prova del DNA nella pronuncia della Cassazione sul caso Amanda Knox e Raffaele Sollecito”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 1/2016, pp. 155-161.

TEICHMAN, D. e ZAMIR, E. (2014), “Judicial Decision-Making – A behavioral perspective”, in Zamir, E. e Teichman, D. (a cura di) *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press, Oxford, New York.

TUZET, G. (2010), *Dover decidere: Diritto, incertezza e ragionamento*. Carocci, Roma.

TVERSKY, A., KAHNEMAN, D. (1974), “Judgment under uncertainty: heuristics and biases”. In *Science*, 185, 1124-1131. Trad. it. in Kahneman (2011).

TVERSKY, A., KAHNEMAN, D. (1980), “Causal schemas in judgments under uncertainty”. In FISHBEIN, M. (a cura di), *Progress in Social Psychology*. Erlbaum, Hillsdale (NJ).

TVERSKY, A., KAHNEMAN, D. (1982), “Judgments of and by representativeness”. In KAHNEMAN, D., SLOVIC, P., TVERSKY, A. (1982) (a cura di), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Cambridge University Press, New York, pp. 84-98.

TVERSKY, A., KAHNEMAN, D. (1983) “Extensional vs. intuitive reasoning: the conjunction fallacy in probability judgment”. In *Psychological Review*, 90, pp. 293-315.

VIDMAR, N. (2011), “The Psychology of Trial Judging”, *Current Directions in Psychological Science* 20 (1): 58-62.

VISCUSI, W. K. (1999), “How Do Judges Think about Risk?”, *American Law and Economics Review* 1 (1/2): 26-62.

WEINSHALL-MARGEL, K. e SHAPARD, J. (2011), “Overlooked Factors in the Analysis of Parole Decisions.” *Proceedings of the National Academy of Sciences* 108 (42), pp. E833-E833.

WISTRICH, A.J., GUTHRIE, C. e RACHLINSKI, J.J. (2005), “Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding”, *University of Pennsylvania Law Review*, 153, pp. 1277-93.

ZAMIR, E. e TEICHMAN, D., a cura di (2014). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. Oxford University Press, Oxford, New York.

ZENKER, F., a cura di (2013). *Bayesian Argumentation: The Practical Side of Probability*. Springer, Dordrecht.

ZENKER, F., DAHLMAN, C. e SARWAR, F. (2016). “Reliable Debiasing Techniques in Legal Contexts? Weak Signals from a Darker Corner of the Social Science Universe, in Paglieri, F., Bonelli, L. e Felletti, S., a cura di” *The Psychology of Argument: Cognitive Approaches to Argumentation and Persuasion*, College Publications, Londra, pp. 173-196.



CLEMENTINA COLUCCI

NOMOFILACHIA “ESPRESSA” E NOMOFILACHIA “OCCULTA”:  
MECCANISMI DI STABILIZZAZIONE DELLA GIURISPRUDENZA  
NELLA RECENTE EVOLUZIONE DEL DIRITTO PENALE ITALIANO

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi: certezza del diritto e funzione nomofilattica. – 2. La nomofilachia “espressa”: le recenti riforme del giudizio di legittimità. L’art 618 c.p.p. e il “precedente vincolante”. – 3. La nomofilachia “occulta” giurisdizionale: l’inammissibilità per contrasto con il consolidato orientamento e la pronuncia del principio di diritto nei casi di ricorsi inammissibili. – 4. La nomofilachia “occulta” extra-giurisdizionale: linee guida, prassi e convenzioni. – 5. (...segue) Le relazioni preventive dell’Ufficio del Massimario. – 6. Conclusioni.

1. *Cenni introduttivi: certezza del diritto e funzione nomofilattica*

I temi della coerenza e della prevedibilità nell’interpretazione sono da tempo tornati al centro del dibattito penalistico. Ritenuta un valore imprescindibile, la stabilizzazione del dato normativo, e della sua applicazione, è un obiettivo a cui deve tendere – si sostiene – ogni riforma che riguardi *lato sensu* la giustizia penale.

L’urgenza della questione ha molteplici cause, ma è difficile negare come tra queste un ruolo decisivo spetti alla crisi della legge ordinaria come “atto-fonte” del diritto penale. Crisi che riguarda sia il profilo della sua legittimazione, sia quello concernente la sua reale capacità di imbrigliare la realtà nelle maglie della fattispecie penale condizionando effettivamente l’attività della giurisprudenza<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Se ci si astrae dalle dinamiche contingenti che affliggono la legalità penale, si può intravedere, come radice dell’attuale disorientamento, la crisi del formalismo giuridico a base linguistica. L’aver troppo a lungo negato la flessibilità della parola, facendo riferimento alla legalità formale come esaltazione parossistica della *littera legis*, ha prodotto, come effetto contrario, un crescente scetticismo circa la capacità comunicativa dell’enunciato linguistico e della stessa parola. Anche di recente, si è sottolineato efficacemente, come le parole, e dunque anche le parole del legislatore, nascondano “un abisso di significati: evidenti, riflessi e criptici” (così PAPA M., *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2017, 1), risultando assai meno controllabili di quanto comunemente si pensi. È la stessa filosofia del diritto ad insegnare che qualora si ricercasse *ex novo* il significato ‘reale’ di una qualsiasi parola, saremo destinati a non trovare nulla: ogni formulazione letterale, infatti, acquista il suo senso in base al contesto – normativo e applicativo – nel quale si trova inserita. In tal senso, si è giustamente sottolineato come il concetto di “forma”, perché possa mantenere un valore e contrapporsi al formalismo, debba riferirsi non tanto alla singola parola, bensì alla complessità del linguaggio (in questo senso, da ultimo, cfr. PAONESSA C., *Parola e linguaggio nel diritto penale. La garanzia della forma oltre il formalismo*, in *Studi Senesi*, vol.

A prescindere da quale possa essere la via d'uscita rispetto ad un problema dalla portata così ampia, nondimeno la perdita di determinatezza della fattispecie ha condotto alla ricerca della "chimera" della stabilità del diritto penale altrove. In tal senso, l'istanza di certezza si è trasformata in una richiesta di prevedibilità: se la prima, considerata come un fine tendenziale di ogni ordinamento, non è più raggiungibile per il tramite della legge, sarà l'applicazione delle norme ad opera dei giudici ad assolvere tale funzione, dovendo risultare, a tal fine, prevedibile. A ciò ha fortemente contribuito la giurisprudenza europea intervenuta in applicazione dell'art. 7 CEDU: nella celebre sentenza *Contrada c. Italia* la Corte EDU ha fornito della nozione di legalità un significato comprensivo anche del formante giurisprudenziale, superando il perno della legalità legislativa e incentrandosi sulla garanzia che l'ordinamento deve apportare, prescindendo dalla fonte formale: che il precetto sia preciso e conoscibile, nonché prevedibile nella sua applicazione giudiziaria.

Si è dunque definitivamente creato un meccanismo "a bilancia", i cui i due piatti sono rappresentati dalla legalità legislativa e da quella giurisprudenziale<sup>2</sup>. I due formanti sono chiamati ad equilibrarsi, e laddove la crisi della legge porti un *deficit* di determinatezza della norma, la giurisprudenza è *de facto* chiamata a supplire, assicurando la prevedibilità delle interpretazioni fornite.

CXXIX, 2017, 303 ss. e in part. 310, ora consultabile anche in *www.discrimen.it*, sezione "Pubblicazioni"). Per ogni ulteriore approfondimento sul tema, per tutti, cfr. SACCO R., *Interpretazione del diritto. Dato oggettivo e spirito dell'interprete*, in DERIDDA J.-VATTIMO G., (a cura di), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Roma-Bari, 1998, 111 ss.; ROSS A., *Diritto e giustizia*, Torino, 2000, 108 ss.; DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006; PALAZZO F. C., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in DOLCINI E.-PALIERO C. E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, 515 ss.; PULITANÒ D., *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, *ivi*, 657 ss.; VOGLIOTTI M., *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni Fiorentini*, 2015, 131 ss.; VELLUZZI V., *Interpretazione, interpreti e diritto penale. Brevi riflessioni*, in questa *Rivista*, 2016, 229 ss.

<sup>2</sup> Sul tema, senza alcuna pretesa di completezza, cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011; ID., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, fasc. 3/2016, 13 ss.; G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008; ID., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, in *Foro it.*, 2000, 137 ss.; ID., *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997; F. GIUNTA, *Al capezzale del diritto penale moderno (e nella culla, ancora vuota, del suo erede)*, in questa *Rivista*, 2015, 383 ss.; ID., *Dal governo della legge al governo degli uomini? A proposito delle influenze reciproche fra diritto e processo*, in *Critica al diritto*, fasc. 1, 2013, 84 ss.; ID., *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in questa *Rivista*, 2011, 77 ss.; G. INSOLERA, *Luci ed ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle Corti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. 4, Napoli, 2010, 2351 ss.; ID., *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'"epoca dei giudici"*, in questa *Rivista*, 2012, 285 ss.; F. PALAZZO, *La legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 3/ 2016, 4 ss.; D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 29 ss.

La versione europea della legalità dovrebbe essere letta come un incremento di garanzie per il singolo. Tuttavia, laddove si pretenda che non solo la disposizione legislativa sia chiara, ma che anche la sua applicazione giurisprudenziale lo sia – assumendo che la nuova legalità nasca dal cumulo tra testo e interpretazione – il capovolgimento dei piani è passo tanto corto quanto probabile. Non ci vorrà molto ad affermare, di fronte ad una disposizione non chiara nel suo dato formale ma la cui applicazione giurisprudenziale risulti solida, seppur “creativa”, che la norma è conoscibile e prevedibile in quanto uno dei due formanti – quello giurisprudenziale – l’ha dotata di tali caratteristiche.

Lo scenario sommariamente descritto denuncia chiaramente che la vita della legalità, legislativa o “allargata”, è entrata in un processo di evoluzione del quale non è in alcun modo possibile, ad oggi, prevedere gli sviluppi e gli esiti. Un simile mutamento non può che portare l’attenzione sul funzionamento del formante giurisprudenziale, e sul modo di “produzione” di quella prevedibilità di cui si è detto.

È proprio in tale contesto che viene in esame la funzione nomofilattica e il ruolo che essa può assumere rispetto alla fondamentale istanza di garanzia che è a fondamento della legalità penale.

Nell’epoca della perdita della certezza del diritto scritto, la funzione nomofilattica potrebbe riacquistare un ruolo dirimente nell’assetto complessivo dell’ordinamento, specie se finisse con l’essere intesa nella sua veste di elemento stabilizzatore di un diritto dagli effetti realmente preconizzabili *ab initio*, anche in considerazione della sua natura “para-costituzionale”, che ne implica l’ineliminabilità a mezzo di una legge ordinaria<sup>3</sup>.

Sorta a fine Ottocento, è solo a partire dall’emanazione dell’ “ordinamento giudiziario” – R.D. n. 12 del 1942 – che essa assume tratti ben precisi e un posto centrale tra le funzioni della Corte di cassazione<sup>4</sup>, alla quale viene affidato non solo il tradizionale compito di garantire l’esatta osservanza della legge, ma anche quello di assicurarne l’uniforme interpretazione. È la prima volta che si afferma in un testo normativo, il distacco dal modello teorico illuminista, ammettendo che la certezza del diritto, non più ricercata nel solo dato testuale, debba essere assicurata anche dalla giurisprudenza della Suprema Corte.

L’art. 65 dell’ordinamento giudiziario si fa custode di un’identità di funzioni in realtà solo apparente, celando dietro la sua immutata lettera, che sembrerebbe

<sup>3</sup> Cfr. Corte Cost., 7 maggio 1982, n. 86.

<sup>4</sup> Suggestiva l’affermazione di CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 1995, 989, il quale, in merito al mutamento delle funzioni della Corte di Cassazione alla quale venne per la prima volta affidata nel 1837 la funzione di unificazione della giurisprudenza, afferma “*Il legislatore ha perso la partita con i giudici: spariscono i referes: ‘diritto’ equivale a ‘jurisprudence des tribunaux’ governata dalla cassazione, insediata al terzo livello, impone una lettura uniforme dei testi, cassando le decisioni infedeli alle sue massime. Insomma è diritto quello che la Cassazione dichiara tale!*”.

aver conservato invariata la nomofilachia per quasi 80 anni, un movimento di riforma che ha condotto ad un vero e proprio mutamento – o per meglio dire “mutazione” – del modo in cui la Corte assolve al compito di assicurare l’“uniforme interpretazione della legge”.

Infatti, se “la nomofilachia è la risposta legislativa alla postmodernità del discorso giuridico”<sup>5</sup>, la sua *vis* espansiva e il suo necessitato rafforzamento sono stati perseguiti in un primo momento attraverso un processo di vera e propria “autoriforma” interna alla Corte stessa e, solo recentemente, per mezzo di un intervento legislativo – L. 103/2017, c.d. “riforma Orlando” – che ha portato alla modifica di alcuni istituti del giudizio di legittimità.

La richiesta di prevedibilità e il nuovo ruolo “affidato” alla Corte, insieme alla carenza di strumenti idonei ad assolverli, hanno fatto sì che la funzione nomofilattica abbia assunto fisionomie diverse finendo per esondare dagli argini degli istituti ad essa dedicata e inoculandosi in funzioni differenti da quelle canonicamente destinate alla stabilizzazione interpretativa, finanche al di fuori della funzione giudiziaria.

In quest’ottica l’analisi prenderà le mosse da quella che potremmo chiamare nomofilachia “espressa”. Una nomofilachia manifesta, esplicita, che si inverte in una serie di istituti appositamente dedicati a tale funzione, e recentemente rafforzati ad opera della legge 103/2017.

Come già detto, tuttavia, questi non esauriscono il panorama complessivo relativo all’effettivo strumentario consegnato nelle mani della Suprema Corte: in questo senso, si manifesta un secondo genere di nomofilachia, stavolta “occulta”, nella quale si apprezza la distorsione funzionalistica di molteplici disposizioni normative e strumenti in chiave nomofilattica.

Il riferimento corre, da un lato, all’utilizzo “non ortodosso” di alcuni istituti i quali, pur trovandosi in *sedes materiae* molto diverse da quelle espressamente destinate alla stabilizzazione giurisprudenziali, svolgono purtuttavia un ruolo oggettivamente nomofilattico. Dall’altro, in particolare, si ha riguardo alle interpretazioni fornite dalle relazioni dell’Ufficio del Massimario – che intervengono non solo con la funzione di chiarire lo stato della giurisprudenza, ma anche al fine di proporre all’organo giudicante la via da seguire – nonché alle linee guida interpretative, sempre più frequentemente emanate dalla Corte a seguito dell’entrata in vigore di nuove normative, con l’obiettivo di portare gli operatori del settore “a conoscenza della proposta di interpretazione della norma”<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> CANZIO G., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2017, 2.

<sup>6</sup> MAMMONE G., *Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2017*, Corte di Cassazione, Roma, 26 gennaio 2018, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 54.

In questa prospettiva pare pertanto possibile immaginare una ulteriore bipartizione della nomofilachia “occulta” in relazione alla natura giurisdizionale o meno degli strumenti funzionalmente impiegati in senso nomofilattico.

## 2. *La nomofilachia “espressa”: le recenti riforme del giudizio di legittimità. L’articolo 618 c.p.p. e il “precedente vincolante”*

Pur non essendo prevista a livello costituzionale, la funzione nomofilattica è il principale compito affidato alla Cassazione; a tale compito fanno da *pendant* una serie di istituti che mirano esplicitamente alla stabilizzazione della giurisprudenza.

Scorrendo velocemente gli istituti che il codice di rito dedica a tale funzione, prima di dedicarsi a quelli oggetto di modifica ad opera della legge 103/2017, è necessario affrontare il caposaldo rappresentato dall’art. 610 c.p.p.

Posto all’interno della disciplina dell’assegnazione dei ricorsi alle singole Sezioni ad opera del Primo Presidente, prevede che quest’ultimo, qualora individui questioni di particolare importanza o ritenga necessario dirimere un contrasto precedentemente insorto tra le Sezioni semplici, ha la facoltà – d’ufficio, su richiesta del Procuratore generale o dei difensori delle parti – di assegnare il ricorso alla Sezione Unite, facendo così scattare il meccanismo del confronto senza passare dal vaglio dei giudici delle singole Sezioni.

Il meccanismo della rimessione ha il dichiarato scopo di rafforzare la funzione nomofilattica nel primo momento utile, ovvero nel momento in cui i ricorsi presentati alla Corte passano dal vaglio del Primo Presidente.

Tale obiettivo è condiviso anche dall’art. 618 c.p.p., salito agli onori di cronaca per le modifiche subite ad opera della recente riforma, e che al primo comma prevede il meccanismo ordinario di rimessione della *quaestio iuris* alle Sezioni Unite: laddove la singola Sezione si trovi a dover decidere su una questione di diritto oggetto di effettivo o potenziale contrasto, essa ha la facoltà di rimetterne la decisione al *plenum*. Il ruolo svolto da tale disposizione non può che passare dalla sua lettura combinata con l’art. 172 disp. att. c.p.p., il quale, per favorire la formazione di orientamenti stabili, prevede che il Presidente possa restituire il ricorso nuovamente alla Sezione qualora siano già stati assegnati alle Sezioni Unite ricorsi sulla medesima questione, o qualora il contrasto risulti già risolto<sup>7</sup>. La disposizione garantisce che l’intervento della composizione più autorevole della Corte sia invocato solo ove strettamente necessario, evitando che, intervenendo più volte sulla medesima questione, il valore delle sue pronunce sia svilito.

<sup>7</sup> Ma al secondo comma si esclude tale possibilità laddove il ricorso sia stato rimesso da una sezione semplice, dopo l’intervento delle Sezioni Unite, con “l’enunciazione delle ragioni che possono dar luogo ad un nuovo contrasto”.

Se questo è il quadro prima dell'intervento della riforma Orlando, lo stato dell'arte può considerarsi sicuramente mutato a seguito della novella legislativa, che ha trovato il suo cuore proprio nel forte impulso a quella funzione nomofilattica che può definirsi "espressa".

I rilevanti interventi operati dalla legge 103/2017, tesi a "fluidificare" l'attività della Corte<sup>8</sup> ineriscono la legittimazione ad impugnare, la sfera di controllo demandata al giudice di legittimità, l'*iter* procedimentale, il potere di annullamento senza rinvio, il sistema delle sanzioni in caso di declaratoria di inammissibilità.

Tutte queste misure, la cui portata è assai ampia, sono accomunate dallo scopo di ridurre il numero di ricorsi decisi dalla Corte, in modo da alleggerirne il carico di lavoro e, indirettamente, migliorarne la funzione nomofilattica, secondo il consolidato insegnamento per cui la forza del precedente è inversamente proporzionale al numero di pronunce sul medesimo tema.

Ed è proprio nel tentativo di ridurre il carico di lavoro, e rendere dunque più realistica tale funzione, che la recente riforma ha finito per rendere meno "ambiguo" il carattere di quel vertice rappresentato dalla Corte, prediligendo più la salvaguardia dello *ius constitutionis* che dello *ius litigatoris*<sup>9</sup>.

Vero protagonista della riforma del giudizio di legittimità è il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 618 c.p.p. che, senza tante formalità, inserisce il vincolo del precedente nel nostro ordinamento<sup>10</sup>, stabilendo che "se una sezione della corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a quest'ultime, con ordinanza, la decisione di ricorso".

<sup>8</sup> SCALFATI A., *Fluidificare il procedimento in Cassazione: proposte concrete e non rivoluzionarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 129 ss.

<sup>9</sup> La felice espressione "vertice ambiguo" è stata utilizzata da uno dei maggiori studiosi del sistema del precedente per definire il carattere bipolare della nostra Corte, sempre divisa tra la funzione di tutela dello *ius litigatoris* e dello *ius constitutionis*. V. TARUFFO M., *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991.

<sup>10</sup> La dottrina sul tema del precedente è sconfinata ed ha interessato in primo luogo i civilisti. Fondamentali risultano gli studi di GORLA G., voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII, 1990, 2 ss.; MATTEI U., voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. civ.*, vol. XIV, 1996, 148 ss.; BIN M., *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, Padova, 1995; TARUFFO M., *Dimensione del precedente giudiziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 412 ss. Sul valore del precedente nell'ordinamento penale, essenziale CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2014. Inoltre, v. FIANDACA G., *Il diritto penale fra legge e giudice*, Padova, 2002; DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale*, cit.; DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 13 ss.; MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 29 ss.; ID., *Common Law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di M. Ronco*, Torino, 2017, 151 ss.; VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016, 213 ss.

Esso affianca alla disposizione principale, che prevede la possibilità della Corte di rimettere la questione oggetto di attuale o possibile contrasto alle Sezioni Unite, un'ipotesi derogatoria a tale sistema discrezionale previsto dal 1° comma. Nell'ipotesi in cui la *quaestio iuris* sulla quale la Sezione semplice si trovi a dover decidere sia già stata oggetto di un intervento da parte delle Sezioni Unite, essa dovrà attenersi all'approdo ermeneutico raggiunto da quest'ultime, oppure, se intenda discostarsene, sarà obbligata<sup>11</sup> a sollevare la questione nuovamente di fronte al *plenum* della Corte, invitandolo a riconsiderare la propria scelta, e lasciando che sia quest'ultimo a stabilire se sia opportuno aggiornarlo o, al contrario, confermarlo. I due meccanismi di rimessione – facoltativa e obbligatoria – previsti dai primi due commi dell'art 618 c.p.p. coesistono: laddove la *quaestio iuris* sia attualmente oggetto di contrasto giurisprudenziale o abbia le potenzialità per esserlo, la singola Sezione è ancora libera di scegliere se pronunciarsi direttamente sul ricorso o se rimettere la questione alle Sezioni Unite. Laddove invece la questione giuridica sia già stata risolta dalle Sezioni Unite il potere decisorio della singola Sezione subisce una forte compressione; essa potrà infatti pronunciarsi sul ricorso laddove intenda farlo in ossequio al precedente delle Sezioni Unite; in caso contrario dovrà lasciare al *plenum* il compito di decidere se confermare il precedente arresto, ovvero modificarlo.

Occorre precisare che un tentativo di rendere vincolante il precedente delle Sezioni Unite, per il tramite della rimessione obbligatoria, era già stato esperito nella proposta fatta in sede di redazione del Progetto definitivo del Codice Vasalli. Allora però il legislatore, dando seguito alle perplessità espresse dalla Commissione parlamentare e cedendo ad un “timore nominalistico” abbandonò l'originaria formulazione. Sembrò, probabilmente, un passo troppo grande verso l'introduzione nel sistema italiano, seppur in forma attenuata, del vincolo del precedente ritenuto estraneo alla nostra tradizione giuridica<sup>12</sup>. Ad esso i codificatori preferirono il meccanismo della rimessione facoltativa di cui sopra.

<sup>11</sup> Che si tratti di un obbligo e non di una facoltà è indubbio, e ricavabile dall'uso dell'indicativo, che nei testi di legge intende sempre un dovere. Cfr. LUDOVICI L., *Il giudizio in Cassazione dopo la riforma Orlando*, in BACCARI G. M., BONZANO C., LA REGINA K., MANCUSO E. M. (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Padova, 2017, 444.

<sup>12</sup> Così Osservazioni governative al progetto definitivo del codice, in CONSO G., GREVI V., NEPPI MODONA G., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, Padova, 1990, 437. Dunque, un vincolo, seppur negativo, in capo alle Sezioni semplici che avrebbero avuto l'obbligo, in caso di distacco, di rimettere la decisione alla composizione più autorevole della Corte, motivando le ragioni per le quali si ritenesse necessario il “*distinguishing*”. ZUCCONI GALLI FONSECA F., *Le nuove norme sul giudizio di Cassazione e la crisi della Corte Suprema*, in *Cass. pen.*, 1990, 529; Secondo parere della Commissione Parlamentare, in CONSO G., GREVI V., NEPPI MODONA G., *op. cit.*

La riforma Orlando ha, invece, ripreso quel progetto allora scartato, conferendo alla struttura della Cassazione una fisionomia maggiormente gerarchica e piramidale, e attribuendo, alla stregua di quanto già avvenuto nel processo civile, solo alle Sezioni Unite “il potere di smentire sé stesse”<sup>13</sup>.

Seppur sia impossibile trarre un bilancio ancorché provvisorio dell'applicazione della novella, è tuttavia necessario tratteggiarne due profili problematici.

In primo luogo, non appare di lieve portata il fatto che il nuovo comma 1-*bis* comporti il passaggio dal principio del “giudice soggetto solo alla legge” a quello del “giudice soggetto (anche) al giudice”. Non pare del tutto convincente la tesi di chi sostiene che la nuova normativa rappresenti solamente una modalità di manifestazione del conflitto interpretativo; si afferma che non si tratterebbe di aver introdotto nel nostro ordinamento il tanto temuto vincolo del precedente, in quanto sulle Sezioni semplici non graverebbe alcun obbligo di uniformarsi alla decisione delle Sezioni Unite, ma un semplice “vincolo negativo” impostogli da un mero onere di manifestare la loro interpretazione eterodossa senza però assumere direttamente una statuizione che smentisca quanto affermato dal Supremo Collegio.

Si afferma che, pur essendo l'*overruling* attuabile solo dalle Sezioni Unite, il meccanismo non risulterebbe efficace se non fosse sollecitato dalle proposte interpretative provenienti dalle Sezioni semplici, che assumono dunque un importante ruolo, facendosi portatrici di istanze di modifica dovute al mutamento del contesto sociale e giuridico nel quale sono chiamate ad operare, salvando così la dialettica giurisprudenziale.

Se è sicuramente vero che la novella non impone un vincolo positivo di tacita uniformazione, è altrettanto vero che si allunga il percorso per arrivare alla stessa meta. Laddove infatti la soluzione interpretativa della *quaestio iuris* rimessa alle Sezioni Unite non venga da queste modificata ma confermata, il giudice rimettente ha di fatto perso la sua libertà interpretativa, che avrebbe portato ad un risultato ermeneutico diverso, e dunque la sua soggezione “soltanto alla legge”<sup>14</sup>.

Da qui emerge il secondo punto problematico: cosa accade se l'obbligo introdotto dalla riforma non viene rispettato? Se il giudice della Sezione semplice, di fronte ad una questione interpretativa che intende risolvere in modo difforme da

<sup>13</sup> LUDOVICI F., *Il giudizio in Cassazione dopo la riforma Orlando*, cit., 444.

<sup>14</sup> Sulla piena compatibilità del vincolo del precedente con il principio della soggezione del giudice soltanto alla legge, di cui all'art. 101, comma 2, della Costituzione, v. CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 227 s.; alcune perplessità su tale compatibilità sono invece espresse da MANNA A., *Aspetti problematici della vincolatività del precedente giurisprudenziale in materia penale in rapporto a talune norme costituzionali*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 184 ss.



quanto fatto dal Supremo Collegio, non rimetta a quest’ultimo la statuizione definitiva ma vada a avanti per la sua strada?

La norma non prevede alcuna sanzione, e tale circostanza sembra assicurare molti sulla “mitezza” di un simile vincolo. Tuttavia essa potrebbe aprire a soluzioni che renderebbero di fatto più forte il vincolo in oggetto quale, ad esempio, il ricorso alla giustizia disciplinare.

Non appare infatti fuori luogo pensare che sarà la giustizia interna al CSM a prevedere sanzioni di tipo disciplinare per i giudici che non si attengono al meccanismo di rimessione, andando contro l’efficacia della funzione nomofilattica.

Una simile soluzione, non interna al processo ma riguardante la figura del giudice, accentuerebbe la gerarchizzazione interna alla Corte – e della magistratura in generale – aggravando quella “soggezione del giudice al giudice” a cui si è accennato in precedenza.

È dunque chiaro come gli istituti e gli interventi citati si inseriscono in quella nomofilachia che possiamo definire “espressa”; si tratta di “regole procedurali della nomofilachia”<sup>15</sup>, che tanto venivano auspicate, nella convinzione che per destreggiarsi nel “fluire del diritto”<sup>16</sup> essa, come meccanismo di formazione del precedente, sia un faro nel mare in gran tempesta.

### 3. *La nomofilachia “occulta giurisdizionale”: l’inammissibilità per contrasto con il consolidato orientamento e la pronuncia del principio di diritto nei casi di ricorsi inammissibili*

Come si è anticipato la macro-categoria della nomofilachia occulta, presenta una duplice forma di manifestazione, l’una intranea rispetto alla giurisdizione, l’altra, diversamente, frutto di elaborazioni e prassi che si collocano al di fuori del processo.

La prima di queste ipotesi vede il coinvolgimento di quegli istituti che, seppur destinati a diversa funzione, sono di fatto utilizzati dalla Corte in funzione di stabilizzazione nomofilattica.

Un primo esempio è la crescente tendenza della Corte di cassazione a dichiarare l’inammissibilità del ricorso secondo il criterio della “manifesta infondatezza” dei motivi, sulla base del contrasto con un “consolidato orientamento giurisprudenziale”. A partire dalla sentenza a Sezioni Unite n. 32 del 2000, poi più

<sup>15</sup> CANZIO G., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, cit., 5.

<sup>16</sup> IACOVIELLO F. M., *Le due Cassazioni*, in ROSSO E., ZILLETTI L., *Il giudizio di cassazione nel processo penale*, Milano, 2011, 47.

compiutamente ripresa da ulteriori e recenti pronunce<sup>17</sup>, la Corte afferma che il carattere manifesto dell'infondatezza dei motivi, che dà luogo alla dichiarazione di inammissibilità "si traduce nella proposizione di censure caratterizzate da evidenti errori di diritto nella interpretazione della norma posta a sostegno del ricorso, il più delle volte contrastate da una giurisprudenza costante e senza addurre motivi nuovi o diversi per sostenere l'opposta tesi, ovvero invocando una norma inesistente nell'ordinamento, solo per indicare le più frequenti ipotesi di applicazione dell'art. 606, comma 3, secondo periodo"<sup>18</sup>.

In una diversa pronuncia la Corte chiarisce che "con riferimento ai motivi che deducano inosservanza od erronea applicazione di leggi, se essi risultino caratterizzati da evidenti errori di diritto nell'interpretazione della norma posta a sostegno del ricorso, come accade nei casi in cui:- si invochi una norma inesistente nell'ordinamento; - si pretenda di disconoscere l'esistenza o il senso assolutamente univoco di una determinata disposizione di legge; - si riproponga una questione già costantemente decisa dal Supremo Collegio in senso opposto a quello sostenuto dal ricorrente, senza addurre motivi nuovi o diversi per sostenere l'opposta tesi"<sup>19</sup>.

Dall'analisi della giurisprudenza si può affermare che ad oggi il vaglio di manifesta inammissibilità rappresentato dall'art. 606, comma 3, c.p.p. possa essere superato solo laddove il ricorso, oltre ad essere privo di pretestuosità del contenuto, posseda "una caratura tale da abilitare il giudice a distaccarsi dall'osservanza del precedente"<sup>20</sup>.

Ed è infatti la stessa Corte a confermare tale dato, pronunciandosi circa l'inesistenza del carattere manifestamente infondato dei motivi del ricorso laddove sia riscontrabile in seno alla stessa un contrasto giurisprudenziale: "il ricorso per cassazione la cui definizione presupponga la risoluzione di problema oggetto di contrasto nella giurisprudenza di legittimità non può considerarsi proposto per motivi manifestamente infondati e, come tale, non è inammissibile"<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Esempio ne sia Cass. pen., sez. V, 12 novembre 2015, n. 16730, in *CED - SentenzeWeb*, pronuncia con la quale la Corte dichiara l'inammissibilità del ricorso che si fondava su una differente interpretazione della categoria della preterintenzione rispetto a quello delineato dall'orientamento ormai consolidato in seno alla giurisprudenza di legittimità, affermando che "la tesi prospettata dal ricorrente, che auspica un sostanziale ritorno ad approdi esegetici da tempo superati, si rivela dunque manifestamente infondata". Cfr. anche Cass. pen., sez. II, 19 dicembre 2017, n. 9486, in *CED - SentenzeWeb*.

<sup>18</sup> Così Cass. pen., Sez. Un., 22 novembre 2000, n. 32, in *CED*, Rv. 217266.

<sup>19</sup> Così Cass. pen., sez. II., 19 giugno 2017, n. 30627, in *CED*, Rv. 270904

<sup>20</sup> MARANDOLA A., *Infondatezza e manifesta infondatezza dei motivi di ricorso per Cassazione: la regola (oggettiva) c'è*, in *Ilpenalista.it*, 3/2018, 4.

<sup>21</sup> Cass. pen., sez. II, 19 giugno 2017, n. 30627, cit., principio già affermato in Cass. pen., sez. VI, 11 luglio 2003, n. 35391, in *CED*, Rv. 226332.

È chiaro che l'utilizzo di un simile vaglio, in assenza di una norma specifica che lo legittimi – a differenza di quanto avviene in sede civile (art. 360 c.p.c.) – rappresenti un modo del tutto “irrituale” di utilizzo del filtro di inammissibilità accordato alle singole sezioni. Oltre a non comprendere bene quale possa essere il contenuto dei motivi nuovi a sostegno dell'opposta tesi, laddove le ragioni di una differente interpretazione possono essere varie ma difficilmente nuove, ulteriori dubbi sulla loro rilevanza sorgono se a ciò si aggiunge la statuizione per cui, a seguito della riforma Orlando, spetta solo alle Sezioni Unite “smentire se stesse”: se non è concesso alla stessa Corte, figuriamoci alle parti.

Se in questo ambito importanza centrale riveste il parametro assunto come filtro di inammissibilità, ed il modo in cui viene espresso, la novella legislativa rischia di amplificare ulteriormente l'effetto distorsivo di un simile uso. Il carattere consolidato dell'orientamento giurisprudenziale risulterà, infatti, irrobustito e difficilmente sindacabile laddove corredato da una sentenza delle Sezioni Unite pronunciata ai sensi del nuovo comma 1-*bis* dell'art. 618; di tal che la declaratoria di manifesta inammissibilità rappresenterà ancor più un filtro nomofilattico di particolare importanza, arrestando in entrata i ricorsi tesi a contestare l'approdo ermeneutico raggiunto.

A ciò si aggiunga che l'utilizzo di tale filtro potrà essere reso ancor più efficace per il tramite dell'inasprimento sanzionatorio che la riforma ha previsto per la parte che presenti un ricorso dichiarato poi inammissibile, ora innalzabile fino al triplo “tenuto conto della causa di inammissibilità”, sempre più calibrato sul parametro della “consapevolezza” del carattere inammissibile del ricorso, e ben presto traducibile nella conoscibilità dell'orientamento consolidato.

Ancor più dubbi sorgono di fronte al fatto che il nuovo “vincolo del precedente” che va delineandosi nel nostro ordinamento si discosta fortemente dal modello di *common law*, che in luogo di pronunce sulla *quaestio iuris*, prevede statuizioni di c.d. *case law*, ovvero di interpretazioni giuridiche intimamente legate al fatto oggetto della decisione. A fronte di tale differenza, v'è da chiedersi, quindi, se non si corra il rischio che la manifesta inammissibilità per contrasto con il consolidato orientamento non sia dichiarata anche al di fuori dei confini del caso deciso nel “precedente” richiamato, laddove il ricorso presenti un fatto differente, data la difficoltà di estendere acriticamente la statuizione giuridica a fatti concreti. E, ancor di più, se non si corra il rischio di fare entrare, per mezzo di un auspicabile *distinguishing* operato in sede di filtro di ammissibilità, solo ciò che si ritiene opportuno lasciando invece fuori ciò che invece risulta “scomodo”.

Ulteriore istituto, che a buon diritto potrebbe rientrare nella categoria in esame, è quello della pronuncia del principio di diritto anche nei casi di inammissibilità del ricorso (nuovo comma 1-*ter* dell'art. 618 c.p.p.).

La novità introdotta non ha solo ampliato le occasioni di pronuncia del principio di diritto, ma ne ha modificato la stessa natura, alla stregua di quanto già avvenuto per il corrispondente istituto civilistico. Originariamente l'enunciazione del principio di diritto era strumentale al giudizio di rinvio, rappresentando un vincolo per il giudice *ad quem*, ma ad oggi la sua funzione è del tutto mutata; esso si rivolge ormai non più solo ai giudici del rinvio, ma potenzialmente a tutti i magistrati e, più in generale, alla totalità degli operatori del diritto, essendosi dunque trasformato in un vero e proprio veicolo dell'esatta osservanza e uniforme interpretazione della legge.

Il potere officioso della Corte di enunciare il principio di diritto in occasione delle declaratorie di inammissibilità del ricorso, permette che esso non attinga alla fattispecie concreta cui si riferisce; in tal modo il giudice di legittimità avvertirà meno il "peso" della decisione sul caso concreto ed enuncerà il principio di diritto quasi sotto forma di "parere", esercitando l'attività nomofilattica in forma consultiva piuttosto che contenziosa.

È vero che il meccanismo delineato dalla riforma, che richiede la sopravvenienza dell'inammissibilità del ricorso, limita la possibilità di eterogenesi dei fini, tale per cui la Corte potrebbe strumentalizzare ricorsi preventivamente resi inammissibili al fine di pronunciare un principio di diritto che operi una *reformatio in peius* dell'interpretazione; tuttavia, non va dimenticato che tra le cause della sopravvenuta inammissibilità vi è anche la rinuncia al ricorso.

Seppur limitata, la possibilità non è esclusa, e per tale ragione l'istituto in oggetto può essere considerato come parte di una nomofilachia intermedia, che ritrova nei suoi confini "umbratili" la possibilità di essere utilizzata in modo non ortodosso.

Il progressivo distacco tra intervento della Corte sullo *ius litigatoris* e sullo *ius constitutionis*, oltre a mutare il ruolo della Corte e ad allontanare il vincolo tendenziale del precedente dal modello di *common law* (che invece si struttura sulla base dei *case law*, agglomerati di fatto e diritto), fa sì che la Corte possa rispondere in modo indiretto a quell'esigenza di prevedibilità senza che si pongano problemi di garanzie in ordine ai mutamenti giurisprudenziali *in peius*.

E la conferma di una simile distorsione si ritrova proprio nelle parole del Procuratore Generale a commento della nuova disciplina: "con l'enunciazione del principio di diritto anche in procedimenti ad esito sterile si apre la possibilità di indicare linee interpretative destinate a valere in via preventiva e così indirettamente a ridurre il contenzioso su determinati temi"<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> FUZIO R., *Intervento del Procuratore Generale della Corte Suprema di Cassazione nell'assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2017*, in [www.procuracassazione.it](http://www.procuracassazione.it), 13.

#### 4. La nomofilachia “oculta extra-giurisdizionale”: linee guida, prassi e convenzioni

Al di fuori di meccanismi, rituali o meno, volti alla stabilizzazione del precedente giurisprudenziale, l’attuale crisi della legge “rispetto alla quale la giurisdizione ha assunto il ruolo di tutore”<sup>23</sup> e l’incapacità della Corte di assumere pienamente il ruolo di guida interpretativa, ha dato adito alla nascita della seconda componente della più ampia categoria della nomofilachia “oculta”.

È proprio nello spazio lasciato aperto dall’indeterminatezza del tipo delittuoso, negli “ambiti di imprecisione destinati *ab origine* ad essere colmati nella fase applicativa”<sup>24</sup>, che si inseriscono alcuni atti di concretizzazione adottati dagli organi giudiziari, e che si profilano come paralleli agli indirizzi interpretativi che la Corte di cassazione dovrebbe fornire per mezzo delle sue pronunce.

Con riguardo a simili ipotesi si può parlare di nomofilachia “oculta extra-giurisdizionale”, sottolineando con tale espressione quel fenomeno, ormai sempre più diffuso, per il quale l’interpretazione nomofilattica fornita dalla Corte si manifesta, non solo al di fuori del giudizio – intendendo con ciò lo scollamento dello *ius constitutionis* dallo *ius litigatoris* –, ma al di fuori della stessa funzione giurisdizionale della Corte.

In tal senso, si fa riferimento a fenomeni differenti, ma accomunati dalla ricerca di una stabilità interpretativa, che si instauri però al di fuori del “processo” latamente inteso.

Un primo esempio è costituito dalle c.d. linee guida. Il fenomeno, mutuato dai settori tecnico-scientifici nei quali rappresentano il condensato prasseologico delle migliori scienze ed esperienze applicative, nasce all’interno dei Tribunali e della Corti di merito. Inizialmente utilizzate per fornire indicazioni operative, si sono nel tempo estese anche all’ambito interpretativo, con lo scopo di “vincolare” il giudice – o più in generale l’operatore giuridico – quantomeno all’interno del singolo ufficio giudiziario o della stessa sezione, alla ricerca di un’omogeneità interpretativa che né il legislatore, né la Corte, sono evidentemente in grado di fornire *in toto*.

L’adozione di linee guida, protocolli e *vademecum* da parte di Uffici giudiziari e Procure è da tempo prassi consolidata, ma solo con le novelle legislative del 2014 e del 2015, riguardanti in particolare l’istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova e della non punibilità per particolare tenuità del fatto, il ricorso a simili atti si è reso più evidente.

<sup>23</sup> GIUNTA F., *Al capezzale del diritto penale moderno*, cit., 384.

<sup>24</sup> GIUNTA F., *ivi*, 385.

Gli elementi che distinguono simili documenti da altri apparentemente analoghi e tesi alla diffusione di prassi procedurali virtuose<sup>25</sup> – e diffuse in particolar modo nel settore civile – sono la tipologia degli operatori coinvolti, lo spazio giuridico nel quale si inseriscono e le finalità che perseguono.

Per quanto riguarda il primo aspetto sembra potersi affermare che la rilevanza di tali atti coinvolga in primo luogo giudici e pubblici ministeri e solo indirettamente gli avvocati; tale limitazione è strettamente legata allo spazio “giuridico” nel quale si inseriscono e alla finalità che perseguono. Quest’ultima è peculiare e interessante: la ricerca di un’omogeneità applicativa che nasca dal confronto e si fondi sul consenso dei giudici di uno stesso ufficio giudiziario, che individuando una linea interpretativa comune, applichino uniformemente il diritto.

La matrice di questi protocolli può avere una duplice provenienza. Da una parte l’adozione di documenti simili da parte degli uffici giudicanti si pone in continuità con la prassi ormai consolidata delle singole Procure. Le stesse, infatti, al fine di rendere chiare agli operatori – polizia giudiziaria *in primis* – discipline che si presentino di difficile interpretazione e bisognose di chiarimenti, emanano linee guida e indirizzi operativi, allegando talvolta anche specifica modulistica<sup>26</sup>.

Dall’essere solo chiarimenti “operativi” tali protocolli si sono spesso spinti oltre fino a “codificare” vere e proprie linee interpretative della norma, a ciò indotti anche dai sempre più presenti *deficit* normativi.

È chiaro che, laddove si formi un orientamento interpretativo costante all’interno della Procura della Repubblica, ciò non risulta affatto ininfluenza sull’attività interpretativa del singolo giudice che, pur rimanendo libera, non è certo insensibile alla posizione stabile di uno dei due attori processuali.

<sup>25</sup> Che protocolli d’intesa tra uffici giudiziari e altri operatori coinvolti nella dinamica processuale, come i Consigli degli ordini degli avvocati, le Procure, Camere ed Osservatori, siano sempre esistiti soprattutto in ambito civile non sminuisce la portata innovativa che le nuove prassi rappresentano. Infatti, i protocolli esistenti riguardavano, fino a poco tempo fa, aspetti meramente procedurali o “marginali”, ed erano volti unicamente alla valorizzazione di prassi virtuose al fine di facilitare lo svolgimento del processo e migliorarne l’efficienza.

<sup>26</sup> Che la cultura delle *best practices* si sia estesa dal campo medico – e in più in generale scientifico – anche a quello giuridico (giudiziario) è dato incontrovertibilmente confermato dal fatto che sul sito internet del CSM vi è un’apposita sezione dedicata alle “buone prassi”. Se è pur vero che esse sono dirette alla migliore gestione dell’organico e alla codificazione dei migliori modelli di organizzazione degli uffici giudiziari “come strumenti per incrementare l’efficienza e l’efficacia della riposta di giustizia attraverso l’elaborazione di comportamenti virtuosi condivisi fra tutti gli operatori del processo”, la loro diffusione conferma la supplenza del giudiziario, e della codificazione della prassi, rispetto all’intervento del legislativo.

Sulla differenza tra le linee guida adottate in campo scientifico e quelle di cui trattasi cfr., BOVE V., *Brevi riflessioni su protocolli e linee guida: è a rischio il principio di legalità*, in *Dir. pen. cont.*, 17 luglio 2015, 6-7.

La seconda matrice da cui prende piede l'utilizzo di linee guida interpretative deriva dalla previsione di riunioni, con cadenza semestrale, all'interno dei singoli uffici giudiziari. Esse sono volte a favorire il dialogo tra i giudici operanti nella medesima sezione, e spesso vengono utilizzate per il confronto riguardo alle novità normative. In particolar modo nei casi in cui, su una certa disposizione, non si siano ancora formati orientamenti consolidati, simili protocolli si delineano quali specifici precipitati della prevedibilità delle decisioni<sup>27</sup>.

Sebbene assumano una rilevanza solo interna, tuttavia essi, come anche i protocolli pattizi frutto dell'attività degli Osservatori, beneficiano della forza istituzionalizzate della giurisdizione. Attraverso l'utilizzo del loro contenuto da parte dei giudici nelle pronunce, il loro valore finisce per identificarsi con quello delle sentenze<sup>28</sup>.

Ma se in occasione degli interventi legislativi sopra citati è emerso con evidenza l'utilizzo delle linee guida nei Tribunali, più recentemente si è assistito alla loro diffusione all'interno della Corte di cassazione, che sempre più spesso ne fa uso in funzione di interpretazione preventiva dei nuovi interventi legislativi “allo scopo di regolare, in mancanza di disciplina specifica proveniente dal legislatore, gli aspetti di diritto intertemporale nascenti dalla successione delle leggi”<sup>29</sup>.

La funzione di interpretazione preventiva che simili linee guida possono assolvere è posta in luce con chiarezza dallo stesso Primo Presidente della Corte di cassazione, il quale, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario ha affermato che “il sistema delle linee guida e della loro diffusione all'esterno della Corte, già praticato largamente nel settore civile, costituisce una indubbia condivisibile innovazione destinata a semplificare il contatto degli utenti con la Corte e, allo stesso tempo a facilitare il lavoro dei colleghi decidenti”<sup>30</sup>.

Si legge che l'importanza di simili documenti risiede nel fatto che, grazie alla loro conoscenza “non solo i magistrati, ma anche gli operatori del settore [...] siano stati posti a conoscenza della proposta di interpretazione della norma [...] evitando le oscillazioni della giurisprudenza, tipiche della prima applicazione di nuove disposizioni legislative [e...] il proliferare delle interpretazioni soggettive”<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Cfr. VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 26-27. L'Autore sostiene che proprio in conseguenza di un simile atteggiamento che il giudice dovrebbe tenere in presenza di una disposizione ‘nuova’, sulla quale nessun orientamento interpretativo si sia ancora consolidato, ne derivi il necessario sforzo di conferire ai principi di diritto individuati contorni il più possibile precisi.

<sup>28</sup> A tal proposito è opportuno sottolineare come essi si stiano diffondendo anche attraverso una sempre crescente pubblicazione del loro contenuto, utilizzato non da ultimo come materiale ‘allegato’ delle proposte di legge presentate in Parlamento.

<sup>29</sup> MAMMONE G., *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2017*, cit., 54.

<sup>30</sup> MAMMONE G., *ivi*, 55.

<sup>31</sup> MAMMONE G., *ivi*, 54.

La rilevanza e la portata che il loro contenuto assume si riscontra all'interno delle linee guida in tema astensione dei difensori – attività che trova la sua legittimità nel Codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze, costituente normativa secondaria e vincolante *erga omnes* – laddove si legge che “rimane affidato alla prudente valutazione dei singoli collegi ogni altra questione su quanto non espressamente previsto dalle presenti linee-guida, con speciale riguardo al bilanciamento, pure eccezionale, del diritto costituzionalmente protetto del difensore con altri diritti parimenti garantiti”<sup>32</sup>.

La nuova prevedibilità della norma penale o penal-processuale passa dunque per il contenuto di questi documenti, che sembrano incidere sempre di più sul carattere stabilizzante della nomofilachia.

È pur vero che nessun valore giuridico gli può essere riconosciuto, ma preoccupanti suonano le parole che si leggono in un documento della Corte di cassazione riportante le linee guida in merito alle principali questioni di diritto intertemporale poste dalla riforma Orlando: “le linee guida allegate, largamente condivise, costituiscono il risultato di una comune e autorevole riflessione che ha coinvolto le Sezioni Penali e la Procura Generale della Corte. Di talché, sembra opportuno che il Collegio, qualora intenda discostarsene, rimetta, anche ex officio, la questione alle Sezioni Unite”<sup>33</sup>.

Sembra dunque che la volontà di discostarsene sia trattata alla stregua del contrasto giurisprudenziale, e dunque, di conseguenza, il loro contenuto e il loro valore alla stregua di una pronuncia.

Il proliferare di queste fonti, a carattere para-normativo, va a costituire, di fatto, una sorta di “cuscinetto” intermedio tra la fonte normativa e la sua applicazione al caso concreto. In tale spazio, di cui ha preso possesso la Corte, si opera una sorta di interpretazione autentica (che, tuttavia, autentica non è, perché non proviene dall'organo che ha creato l'enunciato normativo), sulla cui base, incontestabile, si potrà poi operare il giudizio concreto. Sembra che i documenti in oggetto siano sempre più spesso usati dai giudici della Corte quali “avamposti interpretativi” scaturenti da un dialogo non solo interno alla stessa e non aperto ad altri operatori del diritto, ma totalmente distaccato dalla funzione giudiziaria ad essa affidata. Ecco quindi che di fronte ad una nuova disciplina, prima della sua concreta applicazione e anche in assenza di vuoti normativi che necessitino di un immediato intervento del diritto vivente, si interpone questa *soft law* tutta interna alla Corte.

Se fino ad oggi tale attività è stata frutto dell'autonoma iniziativa giudiziaria, il recente intervento in materia di giudizio di appello sembra inaugurare la delega

<sup>32</sup> *Linee guida – Astensione dei difensori dalle udienze penali.*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 20 luglio 2017.

<sup>33</sup> *Linee guida – Legge n. 103 del 2017*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 20 luglio 2017.



espressa da parte del legislatore a tali “fonti”: nel nuovo art. 599-*bis* infatti, si stabilisce che, fuori dalle ipotesi espressamente previste dalla legge, e per le quali è escluso il concordato in appello, “il procuratore generale presso la Corte d’appello, sentiti i magistrati dell’ufficio e i procuratori della Repubblica del distretto, indica i criteri idonei a orientare la valutazione dei magistrati del pubblico ministero nell’udienza, tenuto conto della tipologia di reati e della complessità dei procedimenti”. Deve necessariamente ritenersi tassativo l’elenco dei reati previsti dal primo comma per i quali rimane precluso il concordato sui motivi di appello; tuttavia non pare di minore importanza la discrezionalità espressamente rimessa nelle mani del Procuratore generale.

Appare dunque scontato rilevare che un simile momento interpretativo è sguarnito di qualsiasi garanzia di contraddittorio e dialettica tra operatori, atteggiandosi quasi come un momento tecnico-attuativo della norma, finendo talvolta per innovarne il contenuto con forza prescrittiva<sup>34</sup>.

##### 5. (...segue) *Le relazioni preventive dell’Ufficio del Massimario*

Ulteriore elemento di quella che abbiamo chiamato “nomofilachia occulta extra-giurisdizionale” risiede nelle c.d. relazioni preventive del Massimario.

Uno dei principali nuclei di attribuzione affidati all’Ufficio del Massimario attraverso i quali esso contribuisce alla formazione della giurisprudenza di legittimità, è quello inerente alla conduzione di ricerche e redazione di relazioni. Ad esso è affidato, per i ricorsi assegnati alla Sezioni Unite, od ogni qual volta lo richiedano i Presidenti delle sezioni semplici, il compito di predisporre il c.d. “foglietto” – che talvolta assume la forma ancor più concisa di “scheda” – cioè una relazione preliminare sulle questioni trattate nel ricorso, accompagnata da una ricerca dei precedenti giurisprudenziali in materia, ostensibile, quest’ultima, anche ai difensori<sup>35</sup>. Oltre a ciò, per i ricorsi assegnati alle Sezioni Unite che presentino questioni oggetto di contrasto o di particolare importanza, ovvero per i ricorsi assegnati alla Sezioni semplici qualora il Presidente della singola Sezione ne faccia richiesta, tale documento è accompagnato da una relazione più ampia.

Quest’ultima, oltre a dare conto dei precedenti giurisprudenziali, riporta anche una rassegna del panorama dottrinale in materia, consentendo ai Collegi di assumere le decisioni con piena cognizione delle posizioni assunte sia in giurisprudenza che in sede scientifica sul punto di diritto in questione. Dette relazioni

<sup>34</sup> Cfr. FERRUA P., *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 10, 1273.

<sup>35</sup> FUMU G., *La Corte di cassazione e l’Ufficio del massimario*, in *www.csm.it*, 18.

preliminari abbondano nel settore civile<sup>36</sup>, nel quale esse sono redatte per quasi tutte le novità legislative, e risultano in numero inferiore nel settore penale, nel quale sono invece quasi esclusivamente stilate per i ricorsi assegnati alle Sezioni Unite<sup>37</sup>.

Infatti, nei casi in cui ad esse siano rimessi ricorsi da parte delle Sezioni semplici (art. 618 c.p.p.) o da parte del Primo Presidente di cassazione (art 610 c.p.p.), perché sulla questione oggetto del ricorso sia presente o possa crearsi in futuro un contrasto giurisprudenziale, o perché la questione risulti di particolare importanza, è opportuno che le Sezioni Unite abbiano a disposizione una quanto più completa base conoscitiva del contrasto, che difficilmente potrebbe essere ricostruita autonomamente.

Le relazioni stilate dall'Ufficio del Massimario, rappresentando una sorta di "istruttoria" che, attraverso il richiamo dei precedenti che formano lo stato della giurisprudenza sulla questione ed evidenziando le pronunce più significative, delineano i confini della questione discussa e i profili dei diversi orientamenti interpretativi che risultano in contrasto.

Ma l'attività si spinge oramai oltre: la relazione (sempre più) spesso non si limita a riferire le tendenze interpretative presenti in giurisprudenza ma, sulla base della ricostruzione "storica" effettuata, il Massimario saggia la compatibilità dei diversi orientamenti con la comparazione del dato normativo individuando e suggerendo poi alle Sezioni Unite le soluzioni interpretative percorribili.

Dell'importanza che negli ultimi anni sta assumendo l'Ufficio del Massimario, in questa sua particolare declinazione, è prova un ulteriore dato. Nel 2011 sono state realizzate due nuove banche dati – RELCIV e RELPEN –, contenenti le relazioni, in particolare quelle sulle novità normative e sulle questioni di particolare rilevanza, prodotte dall'Ufficio del Ruolo e del Massimario, rispettivamente nel settore civile e nel settore penale, e ad oggi risulta uno specifico portale per potervi accedere. A parere dell'allora Primo Presidente Lupo, "la messa a disposizione degli utenti di Italgireweb delle suddette relazioni, in un contesto di ricerca multicanale, che consente una indagine estesa contemporaneamente a tutti gli archivi del sistema, costituisce un ulteriore supporto all'attività nomofilattica della Corte"<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Nel settore civile di recente si è dato avvio alla redazione dei c.d. "quaderni", ovvero studi tematici su importanti novità legislative o su temi molto rilevanti. Esempio ne sono i due "quaderni" pubblicati finora, intitolati "Collegato lavoro, e tutela giurisdizionale" e "Responsabilità sanitaria e tutela della salute", in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)

<sup>37</sup> SCRIMA A., *L'ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione tra storia e attuali prospettive*, in "Obbligazioni e contratti", 2012, 731.

<sup>38</sup> LUPO E., *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2011*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 117.

Vi è da considerare che, spesso, le soluzioni proposte nelle relazioni elaborate dal Massimario in merito ai contrasti interpretativi operano una sintesi fittizia e un consolidamento artificiale degli approdi ermeneutici raggiunti.

Tuttavia, pur ingenerando un allarmante appiattimento della giurisprudenza sulle soluzioni ivi proposte, tali relazioni destano problemi di minore entità. Ciò che maggiormente preoccupa infatti, è il riscontro di un sempre più frequente intervento preventivo dell’Ufficio sulle nuove questioni interpretative, sotto forma di tempestive relazioni che si pongono quale “battistrada ermeneutico”<sup>39</sup> rispetto all’attività della Corte di cassazione, quasi che la “corte del precedente” si risolva sempre più spesso nell’Ufficio del Massimario<sup>40</sup>. Tale dato pare essere il sintomo della rilevanza non più solo interna e meramente ‘istruttoria’ che tali relazioni stanno nel tempo assumendo.

Le preoccupazioni in merito al ruolo che tende ad assumere l’Ufficio del Massimario nell’architettura della Corte<sup>41</sup>, furono già avanzate nel 1949 da Carnelutti. Egli, sulla scia di una complessa critica alla “semplificazione del pensare”, ravvisò il paradigma di tale fenomeno all’interno della Corte nel c.d. foglietto informativo con il quale “l’ufficio del massimario spiana la strada alla giustizia collocandoci una specie di binario, sul quale essa può correre silenziosa e veloce. In altre parole agevola il collegio e, prima di tutti, il relatore la fatica dell’orientamento: la strada è, più o meno esattamente, segnalata”. E non meno lucidamente egli ravvisò in una simile prassi il pericolo di un ruolo legislativo di tale Ufficio che “anziché un semplice centro di raccolta e di coordinazione delle decisioni” si trasforma in tal modo in un “laboratorio diagnostico: e il foglietto indicatore implica una diagnosi del nuovo caso, che il collegio giudicante e per esso il relatore trova bell’e pronta, senza bisogno d’arrovellarsi a pensare”<sup>42</sup>.

E se le inquietudini espresse allora riguardavano unicamente il rapporto tra il Massimario e la singola questione oggetto di decisione da parte della Corte, tale apprensione può oggi essere amplificata.

Come sopra evidenziato, infatti, l’intervento dell’Ufficio non è più limitato a quella sintesi volta ad agevolare il giudice nell’orientarsi nel caso concreto, ma si allarga anche al di fuori del giudizio; spesso le relazioni non fanno riferimento so-

<sup>39</sup> GIUNTA F., *Al capezzale del diritto penale moderno*, cit., 385.

<sup>40</sup> Di tale tendenziale arricchimento del ruolo del Massimario danno conto anche le Camere Penali, che nella sezione dedicata alla descrizione dei risultati di studio raggiunti per il tramite dell’“Osservatorio Cassazione” scrivono che “le prime statistiche elaborate dimostrarono come fosse iniziata una stagione di “adeguamento” degli indirizzi giurisprudenziali al Massimario”, in *www.camerepenali.it*.

<sup>41</sup> Sul tema è illuminante il lavoro di MICHELETTI D., *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in in questa *Rivista*, 2012, 621 ss.

<sup>42</sup> CARNELUTTI F., *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1949, I, 42.

lo al quadro giurisprudenziale presente ma esprimono un vero e proprio parere autonomo anche su questioni non oggetto di esplicito contrasto, facendo assumere all'Ufficio del Massimario sempre più le sembianze di un organo "consultivo".

Il più recente esempio di simile prassi si riscontra con riguardo alla normativa derivante dall'intervento legislativo che ha introdotto il principio di riserva di codice. In particolare, la trasposizione, con alcune modifiche, del contenuto dell'art 12-*sexies* della legge 1 dicembre 1989 n. 898 nel nuovo articolo 570-*bis* c.p., che incrimina la "violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio", ha posto alcuni problemi in punto di successione di leggi, di interferenza con le figure preesistenti e di estendibilità della fattispecie alle nuove forme di aggregazione familiare. Su tali questioni è prontamente intervenuto l'Ufficio del Massimario elaborando una relazione nella quale sono affrontate e "risolte", alla luce degli arresti giurisprudenziali sul tema, le principali questioni poste dal nuovo articolo 570-*bis*<sup>43</sup>.

Volgendo lo sguardo lontano, al di fuori dagli ordinamenti a noi vicini, si possono riscontrare somiglianze tra il ruolo assunto dalle relazioni preventive dell'Ufficio del Massimario e dalle linee guida elaborate dalla Corte, e istituti di interpretazione preventiva presenti in altre Corti Supreme.

Pur non essendo comunemente considerate veri e propri precedenti, particolare interesse ai presenti fini ricoprono alcuni istituti che stanno avendo un certo successo in alcuni ordinamenti e utilizzati ad oggi dalla Corte di Cassazione Cubana, dalla Corte Suprema della Federazione Russa e dalla Corte Suprema Brasiliana; si tratta di enunciazioni formulate dalle Supreme Corti con il fine di determinare l'interpretazione di disposizioni legislative, eliminando, anche in via preventiva, i dubbi interpretativi che possono sorgere<sup>44</sup>.

Si tratta di direttive non nascenti dalla decisione di casi concreti, bensì da decisioni *lato sensu* "normative", finalizzate fin da subito a stabilizzare l'interpretazione delle norme, e che risultano vincolanti sia per i giudici dei gradi inferiori sia, talvolta, per altri organi pubblici<sup>45</sup>.

Un esempio si ritrova nel c.d. Decreto del *Plenum* emanato dalla più autorevole composizione della Corte Suprema Russa. Nato nel periodo sovietico ma tutt'oggi esistente, tale decreto "contiene le posizioni della Corte Suprema formu-

<sup>43</sup> *Relazione tematica sull'introduzione dell'art. 570-bis cod. pen.*, Relazione tematica n. 32/18, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it); recentemente, in tema di misure di prevenzione personali, *Le misure di prevenzione personali: verso un'interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente conforme alla luce dei più recenti arresti della giurisprudenza nazionale ed europea*, Relazione tematica n. 15/2018, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>44</sup> Simili istituti sono stati utilizzati prima dalla Corte Suprema dell'URSS e oggi dalla Corte di Cassazione Cubana dalla Corte Suprema della Federazione Russa, e dopo una riforma del 2004, anche dalla Corte Suprema Brasiliana.

<sup>45</sup> TARUFFO M., *Aspetti del precedente giudiziale*, cit., 47-48.

late per colmare lacune della legge, oppure per spiegare le sue incertezze e contraddizioni. Esso viene considerato un vero atto normativo che gioca per i tribunali russi un ruolo paragonabile a quello dell’editto pretorio per i romani. Benché nell’epoca dell’URSS questi decreti potevano soltanto complementare la legge, ora spesso si emanano per correggerla”<sup>46</sup>.

## 6. Conclusioni

La mutazione genetica che la funzione nomofilattica ha subito e i nuovi volti che essa ha assunto – nelle diverse sfaccettature che abbiamo cercato di descrivere – riflette un dato di più ampia portata. Da più parti si è osservato come il formante giurisprudenziale stia cercando di ricalcare i corollari del principio di legalità. Sul versante del principio di determinatezza, è stata percorsa la strada della possibile declaratoria di incostituzionalità della norma in ragione del contenuto indeterminato da questa assunto nella prassi applicativa, e al contrario, l’esclusione del carattere originariamente indeterminato della fattispecie qualora il “diritto vivente” sia pervenuto all’individuazione di un significato chiaro intellegibile e sicuro della stessa<sup>47</sup>, confondendo in tal modo il metro con l’oggetto del giudizio.

Anche con riferimento al principio di irretroattività si è evidenziato il tentativo di riprodurre i corollari del principio di legalità per il tramite della sua applicazione al diritto vivente sfavorevole<sup>48</sup>, vietando l’applicazione di una giurisprudenza incriminante o peggiorativa a fatti commessi in un tempo precedente al suo consolidamento, se l’evoluzione in tal senso non fosse prevedibile *ex ante*<sup>49</sup>.

In un simile percorso si inserisce a pieno titolo la nomofilachia della Corte che sembra contribuire, nelle proteiformi estensioni sopra descritte, a quel mutamento teso a rendere la giurisprudenza di legittimità “copia del vero”<sup>50</sup> della norma penale.

La ricerca di una stabilizzazione forzata – volta ad un rapido consolidamento dei mutamenti giurisprudenziali e ad evitare l’insorgenza di nuovi contrasti interpretativi – che non passi soltanto per gli istituti ad essa espressamente dedicati, ma anche per “vie traverse”, quali l’utilizzo di un filtro di ammissibilità tarato sul

<sup>46</sup> RUDOKVAS A., *Precedente giudiziario come fonte nell’ordinamento giuridico della Federazione Russa*, in VACCA L. (a cura di), *Casistica e giurisprudenza*, Napoli, 2014, 129 ss.

<sup>47</sup> V. per tutte Corte Cost., 11 giugno 2014, n. 172 con nota di GIUNTA F., *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, in *Giur. Cost.*, 3, 2014, 2738 ss.

<sup>48</sup> Corte EDU, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, in *www.budoc.echr.coe.int*.

<sup>49</sup> DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 28 ss.

<sup>50</sup> PALAVERA R., *Il penalista e il suo partito. L’imprescindibilità del segno nel diritto penale*, Pisa, 2018, 61.

rispetto dell'orientamento consolidato, ma non espressamente previsto dalla legge, fa assolvere alla giurisprudenza il canone della determinatezza. Alla stessa esigenza sembrano rispondere anche quelle forme di *soft law* sopra analizzate, che talvolta colmano le carenze della disciplina legislativa e, sempre più spesso, intervengono in via preventiva anche laddove non si rinvergono patologiche lacune.

Quest'ultime inoltre, insieme al possibile utilizzo dell'art 618, comma 1-ter, sembrano orientarsi a soddisfare anche la garanzia dell'irretroattività dell'interpretazione sfavorevole, attecchendosi alla stregua di un *prospective overruling*. Come noto, tale meccanismo, conosciuto negli ordinamenti di *common law* e di fatto ormai imposto anche ai sistemi continentali, opera laddove il mutamento giurisprudenziale sfavorevole non risulti "*reasonably predictable*", impedendone l'applicazione al caso oggetto di decisione ma mutuando la regola per quelli a venire.

È proprio sotto questo profilo che la nuova nomofilachia sopra descritta sembra accingersi a porre rimedio, attraverso pronunce che non trovino applicazione nel caso concreto, e che dunque si possano porre come "pretesto" per un *overruling* anche in *malam partem* senza che violare i principi di irretroattività e colpevolezza. Ugualmente le forme di *soft law* interne le quali, intervenendo in un momento immediatamente posteriore all'emanazione della normativa, e prima ancora che possano sorgere contrasti interpretativi, forniscono una preventiva esegesi della norma, rendendola così fin da subito prevedibile.

Insomma, oggi non è certamente più possibile fermarsi alle ragioni del formalismo, negando e disconoscendo l'importanza che la giurisprudenza assume nella costruzione dell'ordinamento giuridico: è sicuramente formante, e comunque la si voglia intendere, è innegabile il ruolo fondamentale da essa svolto.

Ma se il peso che essa assume nel plasmare l'ordinamento non è più revocabile in dubbio, diversa cosa è il ruolo sempre più forte riconosciuto (e assunto) dalla Corte di cassazione: problema che ha a che fare più con la necessità e il modo di governare la giurisprudenza che con il ruolo della medesima.

Sotto questo profilo, l'assenza dei presupposti culturali e la mancanza di una consolidata teoria del precedente, definiscono i limiti degli strumenti teorici che consentano un meditato uso del formante giurisprudenziale.

A fronte di ciò il "diritto giurisprudenziale", sul versante della funzione nomofilattica, mostra la sua vocazione ad introdurre nell'ordinamento nuove regole, tanto sostanziali quanto processuali, fino al punto di disciplinare sé stesso, aspirando, più o meno consapevolmente, ad essere sistema. Questa vocazione della giurisprudenza a farsi diritto "autarchicamente giudiziario"<sup>51</sup>, ambendo

<sup>51</sup> GIUNTA F., *Al capezzale del diritto penale moderno*, cit., 385.

all'autosufficienza più completa fino a divenire “una e trina”<sup>52</sup>, assolvendo ai compiti di creazione, applicazione e critica delle norme, trova il suo contraltare in una innegabile sterilizzazione del discorso giuridico.

La ricerca dei paradigmi di garanzia all'interno della stabilizzazione giurisprudenziale, infatti, comporta un preoccupante impoverimento del ragionamento giuridico il quale, in un'epoca in cui si rifugge la complessità, perde il prezioso contributo dialogico dell'avvocatura, e l'indispensabile confronto critico con la dottrina. Difatti, all'estensione del ruolo assunto dal formante giurisprudenziale non sembra seguire, se non in minima parte, un'espansione “relazionale” dello stesso, che si traduca in forme di dialogo e controllo; le responsabilità e gli ap-prodi di quella giurisprudenza multipotere di cui si è parlato non possono essere fatte valere di fronte a nessuno se non a quella stessa comunità di giuristi esclusi a priori dal dialogo<sup>53</sup>. Senza contare che si giungerebbe al paradosso di annientare, per il tramite di quella nomofilachia che si auspica delinearci “orizzontale, circolare e cetuale”<sup>54</sup>, la stessa dialettica con i giudici di merito, pervenendo ad un impoverimento della stessa ermeneutica endo-giurisprudenziale<sup>55</sup>.

Si rivelano allora sorprendentemente attuali le parole di Carnelutti<sup>56</sup>, il quale con non poca preoccupazione prevedeva che “in luogo della legge e dei libri servono le circolari”.

<sup>52</sup> Così DONINI M., *Il diritto penale giurisprudenziale penale*, cit., 15: “da qualche tempo, una parte della giurisprudenza ritiene di essere la costruttrice di quella grammatica, di quel *know-how*: una e trina, essa concretizza le norme al di là del dettato legislativo al quale dà spesso un contributo importante in sede di commissioni ministeriali, le applica in sede giudicante e ne definisce lo statuto conoscitivo, spiegandole al popolo e agli addetti ai lavori”.

<sup>53</sup> PALAVERA R., *Il penalista e il suo spartito*, cit., 53.

<sup>54</sup> CANZIO G., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, cit., 5.

<sup>55</sup> PALAVERA R., *Il penalista e il suo spartito*, cit., 73.

<sup>56</sup> CARNELUTTI F., *Giurisprudenza consolidata*, cit., 43.





ROBERTO CORNELLI

LA POLITICA DELLA PAURA TRA INSICUREZZA URBANA  
E TERRORISMO GLOBALE

SOMMARIO: 1. Nelle trame del potere. La paura c'entra con la politica?. – 1.1. Il discorso filosofico-politico sulla paura ereditato da un criminologo *sui generis* (Guglielmo Ferrero). – 1.2. Un esempio di iconografia politica sulla relazione tra paura e potere (Abraham Bosse). – 1.3. *Politics of Fear*: l'ipotesi della continuità tra sicurezza urbana e terrorismo globale. – 2. Quattro tesi criminologiche sulle politiche della paura. – 2.1. Tesi 1: le paure (*rectius*: le preoccupazioni) orientano le politiche più del rischio concreto. – 2.2. Tesi 2: il senso di declino della civiltà costituisce un motivo dominante delle preoccupazioni sociali. – 2.3. Tesi 3: la questione sicurezza urbana è l'esito di una riformulazione in chiave politica delle paure sociali utile all'attivazione di programmi di regolazione della vita urbana. – 2.4. Tesi 4: le politiche di sicurezza impattano sulla "questione democratica" rendendo più fragili le democrazie occidentali. – 2.4.1. Mano destra e mano sinistra nelle democrazie moderne. – 2.4.2. Tendenze politiche. – 2.4.3. Schema delle tendenze e delle misure adottate nei campi della sicurezza urbana e dell'antiterrorismo. – 2.4.4. Le politiche tra *acting out* e *lapsus*. – 3. Immaginare il potere oggi.

1. *Nelle trame del potere. La paura c'entra con la politica?*

La paura contrassegna oggi in modo esplicito il campo politico: caratterizza le mentalità e sensibilità collettive e, in tal modo, orienta gli atti decisionali. *War on Crime*, *War on Drugs*, *War on Terror* sono espressioni di un linguaggio che, nel corso degli ultimi decenni, ha assunto la paura come tratto saliente della relazione tra istituzioni e cittadini, prefigurando uno scenario di continua tensione (una "guerra senza fine", secondo la definizione del Presidente degli Stati Uniti d'America George W. Bush all'indomani dell'11 settembre 2001) tra civiltà e barbarie<sup>1</sup>.

Non si tratta, per la verità, di un tema nuovo: la relazione tra paura e potere interessa la letteratura filosofica da molto tempo e contraddistingue una parte significativa dell'iconografia politica fino ai nostri giorni. In questa sede, abbandonando ogni velleità di completezza di analisi, intendo ripercorrere in modo sintetico i tratti essenziali di questa relazione attraverso la rievocazione del

<sup>1</sup> Ceretti A., Cornelli R., 2013, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Feltrinelli, Milano.

pensiero di un criminologo, storico e politologo della prima metà del Novecento spesso dimenticato, Guglielmo Ferrero, e la lettura del frontespizio del Leviatano disegnato da Abraham Bosse.

### 1.1. *Il discorso filosofico-politico sulla paura ereditato da un criminologo sui generis (Guglielmo Ferrero)*

Guglielmo Ferrero (1871-1943), genero di Cesare Lombroso, che con lui scrisse uno dei libri più controversi della produzione della Scuola Positiva, *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale* (1893), è stato uno studioso difficilmente classificabile nelle discipline così come si sono categorizzate nel corso del Novecento<sup>2</sup>. Nel campo degli studi socio-politologici sviluppò in modo originale il pensiero di Hobbes su paura e potere<sup>3</sup>. Questo tema fu presente fin dall'inizio della sua attività di ricerca e l'esperienza della guerra consentì a Ferrero di conferire attualità al concetto hobbesiano di paura reciproca: "fra gli esseri viventi l'uomo è il più pauroso e il più terribile ad un tempo; trema davanti a se stesso e ai pericoli immaginari creati dalla sua mente, inventa e perfeziona i mezzi per far paura, per creare, regolare e manovrare la fisica della forza. Ma proprio perché ha paura e sa far paura, crede facilmente di potersi mettere al riparo, facendo paura. E più ha paura, più ne vuol provocare, sicuro che niente resiste alla fisica della forza"<sup>4</sup>. In tale sistema di paure – in parte naturali, in parte create dall'uomo stesso, vere o fittizie che siano – è proprio dal timore degli uni verso gli altri che nasce la spinta a uscire da una situazione di disordine e anarchia e a creare uno strumento che permetta di rifugiarsi sotto la protezione dell'ordine sociale: il Potere. Quest'ultimo, tuttavia, rimane la manifestazione suprema della paura che l'uomo fa a se stesso, sia perché, à la Hobbes, si fonda sulla paura reciproca degli uomini che si trasforma, per quieto vivere, in paura comune verso il Potere che garantisce sicurezza, sia perché, riprendendo la lettura giacobina del pensiero di Montesquieu, lo stesso Potere prova paura<sup>5</sup>.

Gli studi di Ferrero si soffermano sul tema della paura *nel* potere più che sulla paura *del* potere e, dunque, sulla *dinamica* del potere più che sulla sua *genesì* e

<sup>2</sup> Influenzato dall'approccio positivista alle scienze, compì studi di antropologia criminale; fu un attento osservatore dei fenomeni sociali e politici, che analizzò in prospettiva storica e filosofica; scrisse della situazione politica italiana ed europea da posizioni repubblicane radicali e fil-socialiste, caratterizzandosi come anticrispino e, successivamente, antifascista.

<sup>3</sup> Per una comparazione delle tesi di Hobbes e di Ferrero cfr. Mura V., 1984, "Il potere della paura, la paura del potere. Le tesi di Hobbes e di Ferrero", in Pasini D. (a cura di), *La paura e la città*, 2, 103-122.

<sup>4</sup> Ferrero G., 1996, *Avventura: Bonaparte in Italia, 1796-1797*, Corbaccio, Milano, 318-319.

<sup>5</sup> Per approfondire la visione giacobina su paura e potere cfr. Bodei R., 2003, *Geometria delle passioni. Paura, speranza e felicità: filosofia e uso politico*, Feltrinelli, Milano, 376-443.

*legittimazione*. In questa direzione, l'analisi si sviluppa in modo originale: il Potere – sostiene Ferrero – vive nel timore permanente dei suoi sudditi e della coercizione che deve esercitare su di loro per renderli obbedienti. La coercizione, infatti, può ottenere l'obbedienza, ma risulta incerta negli esiti, rischiando di portare a rivolte. “Il Potere [dunque] vive in perpetuo terrore”<sup>6</sup>, rischiando di attivare una dinamica – evidente nei processi di costruzione dei totalitarismi dell'epoca – che Ferrero indica come “cerchio infernale” tra uso della forza e paura: “più il potere ha paura dei sudditi più ricorre a strumenti di repressione, e più repressivo è, più cade nella paura”<sup>7</sup>. La paura, inoltre, non nasce solo dal rapporto esterno tra governanti e governati, ma scaturisce dall'interno del potere come “paura sacra della regola violata”. È una paura che prende il sovrano nel momento stesso in cui arriva al potere perché l'ha conquistato violando un principio di legittimità.

Questi spunti di Ferrero sulla “paura sacra” di chi governa e, più in generale, sulla “paura *nel* potere” rivestono una forte attualità, evocando riflessioni ben più note e sistematizzate di autori a lui contemporanei, come Carl Schmitt su sovranità e stato d'eccezione e Walter Benjamin sulla violenza che pone e conserva il diritto, e più recenti, come Jacques Derrida sul fondamento mistico dell'autorità e Giorgio Agamben sulla prossimità tra la sfera della sovranità e quella del sacro. Altrove ho discusso delle convergenze del pensiero di Ferrero con quello filosofico contemporaneo, sottolineandone alcune aporie<sup>8</sup>. Vale la pena solamente rimarcare il fatto che Ferrero lascia irrisolti alcuni nodi<sup>9</sup> su cui sarebbe utile, in altra sede e con strumenti teorici adeguati, riflettere per comprendere e accompagnare in modo consapevole e senza ingenuità quei processi di transizione verso forme di governo democratico che si stanno verificando in giro per il mondo e, al tempo stesso, per evitare di farsi travolgere da quegli stati di emergenza che talvolta si verificano nelle democrazie cd mature.

Va detto, d'altra parte, che proprio la tematizzazione da parte di Ferrero della paura nel potere come scaturigine del movimento ellittico della repressione statale costituisce un quadro di riferimento per leggere ancora oggi il funzionamento della paura come dispositivo politico laddove l'autorità non riesce ad autolimitarsi attraverso l'affermazione di logiche basate sul consenso e di principi come quello dell'eguale rispetto.

<sup>6</sup> Ferrero G., 1942, *Pouvoir: les génies invisibles de la cité*, Brentano, New York, 37-38 (trad. it. *Potere*, Edizioni di Comunità, Milano, 1959).

<sup>7</sup> *Ibidem*, 112.

<sup>8</sup> Cornelli R., 2008, *Paura e ordine nella modernità*, Giuffrè, Milano.

<sup>9</sup> I nodi a cui mi riferisco sono quelli affrontati nel dibattito filosofico-politico: come può il Potere acquistare legittimità, vale a dire *porsi* all'interno di un ordinamento giuridico come autorità che si legittima attraverso il consenso, se prima non si *impone*? Può l'atto di *imposizione* essere disgiunto dalla violenza connessa alla fissazione di un ordine tra i tanti possibili sul quale costruire un ordinamento giuridico?

## 1.2. Un esempio di iconografia politica sulla relazione tra paura e potere (Abraham Bosse)

Il frontespizio del Leviatano (1651) disegnato da Abraham Bosse entra nell'immaginario comune come simbolo della forza dello Stato moderno, un vero *topos* dell'iconografia politica<sup>10</sup>. La forza e la longevità di questo simbolo, che si nutre dei diversi sguardi e dei diversi significati di cui è stato protagonista nel corso dei secoli, risiede non tanto nella semplice rappresentazione grafica di un'idea, ma nella sua capacità autonoma, in quanto immagine, di suggerire significati del potere più o meno coerenti con quelli espressi dalla parola scritta. Come sottolinea Horst Bredekamp nella sua ricerca sull'iconografia politica confluita nel volume *Thomas Hobbes Der Leviathan. Das Urbild Des Modernen Staates Und Seine Gegenbilder (1651-2001)*, Hobbes non ha semplicemente voluto illustrare il Leviatano aggiungendoci un frontespizio; al contrario, è probabile che il filosofo "non potesse pensare lo stato moderno, senza farsene un'immagine" e che, in tal modo, il "frontespizio, divenuto un'immagine mentale, colmi il vuoto tra rappresentante e rappresentato e provveda con ciò a eliminare il difetto simbolico del Leviatano in base al quale, nonostante esso sia un corpo, non è come tale rappresentabile"<sup>11</sup>. Collocando l'icona del gigante biblico nel contesto in cui ha preso forma, e dunque nella storia della cultura visuale e scritta dell'epoca, Bredekamp sottolinea come il ricorso di Hobbes a un'immagine come quella del frontespizio è dovuta alla speciale funzione che la vista e l'immaginazione giocano nella sua teoria gnoseologica e che trasformano il frontespizio da simbolo in vero e proprio *medium* della sua teoria politica: viene raffigurata una miriade di uomini di cui è fatto il corpo del Leviatano, uomini che guardano verso l'alto, in uno stato di paura e soggezione, di *awe* nel linguaggio hobbesiano. "Non è solo sulla forza che poggia il potere dello Stato, ma sulla soggezione" commenta Carlo Ginzburg in un recente volume che raccoglie cinque saggi d'iconografia politica. Lo stato di *awe*, descritto da Hobbes, continua Ginzburg, indica quel sentimento misto di paura e soggezione la cui traduzione più appropriata è terrore<sup>12</sup>.

L'immagine del Leviatano evoca, dunque, una nuova concezione del rapporto tra rappresentanti e rappresentati, ma al tempo stesso sottolinea il carattere artificiale del Potere. Sono le prime righe scritte da Hobbes a raffigurare lo Stato come un androide: "un uomo artificiale, sebbene di maggiore statura e forza rispetto a quello naturale, alla cui protezione e difesa è rivolto, ed in cui la Sovranità è

<sup>10</sup> Rodeschini S., 2008, "Il Leviatano e le sue immagini", in *Governare la paura*, 6.

<sup>11</sup> Bredekamp H., 2006, *Thomas Hobbes Der Leviathan. Das Urbild Des Modernen Staates Und Seine Gegenbilder (1651-2001)*, Berlin, Akademie.

<sup>12</sup> Ginzburg C., 2015, *Paura, reverenza, terrore. Cinque saggi di iconografia politica*, Adelphi, Milano.

un'anima artificiale che imprime al tutto vita e movimento". Queste parole, sembrano scaturire dall'icona del Leviatano, in un certo senso la presuppongono, quasi che l'incipit del monumentale trattato filosofico fosse il suo stesso frontespizio. Ed è proprio raffigurando l'artificialità del potere, vale a dire la sostituzione del corpo del sovrano con il corpo di un automa che contiene in sé i corpi dei sudditi/cittadini, che si afferma l'idea che la dimensione politica si costruisca sulla fuoriuscita dallo stato di natura governato dalla paura di ciascuno verso ogni altro e si legittimi in rapporto alla funzione che svolge di contenimento della violenza, incutendo terrore (*awe*) tra i consociati. Il frontespizio non è dunque solo la rappresentazione dello Stato come corpo sociale, ma soprattutto dell'atto della sua continua fondazione<sup>13</sup>.



Fig. 1 – Frontespizio del Leviatano (1651)

L'iconografia si salda al discorso filosofico nel definire il rapporto tra politica e paura nei termini di fondazione e conservazione del potere. È un atto di definizione della paura all'interno dei confini del Politico, che caratterizza tutta la modernità: il passaggio iconografico dalle Sicurezze alate, che dominano il mondo dall'alto con in mano la forca (come nell'Allegoria del Buon Governo di Ambrogio Lorenzetti) all'imponente corpo del Leviatano, formato e al tempo stesso de-

<sup>13</sup> Rodeschini S., 2008, op. cit. nota 10: "se si pone attenzione all'immagine del frontespizio si nota, infatti, che la città e gli accampamenti che si trovano adagiati al cospetto del mostro sono vuoti, perché tutti i cittadini sono chiamati all'atto di istituzione dell'autorità che consentirà loro di vivere in pace e che imporrà di abbandonare, almeno parzialmente, le loro occupazioni private. In questo modo appare chiaro che il dominio che il Leviatano impone sulla dimensione dell'eterno conflitto tra gli uomini non avviene una volta per tutte ma è un atto che si ripete continuamente e necessariamente, proprio sulla scorta del fatto che gli uomini avranno in eterno la vocazione a farsi la guerra".

stinataria della soggezione dei cittadini, esprime un moto antropologico-politico da una paura agita sul mondo sociale dall'esterno, da un'entità ancora ultraterrena, a una paura che si fa condizione stessa dell'esistenza del corpo sociale e dello Stato. Il Potere ha così una definizione, una rappresentazione e una funzione in rapporto alla paura; la paura, dal canto suo, smette di apparire solo come minaccia per l'ordine diventando essa stessa principio d'ordine.

In sede di conclusioni riprenderò il tema dell'iconografia politica per discutere quale rappresentazione siamo oggi in grado di dare del Potere e quale ruolo gioca la paura nella sua definizione

Per il momento vale la pena evidenziare come, alla luce delle riflessioni finora svolte, non si possa tralasciare la dimensione politica della paura, come se le paure fossero entità naturali. Occorre, in altre parole, che la ricerca (e non solo) consideri il fatto che, in quanto passione individuale e collettiva, la paura si è costruita nella modernità in stretta relazione con la politica (che, infatti, è chiamata continuamente a occuparsene e ad esserne responsabile) e che agisce come trama affettiva orientando e modellando le condotte e i discorsi in funzione della conservazione, contestazione o rifondazione del potere, definendo in tal modo nuove soggettività individuali e collettive. Detto altrimenti, la paura agisce come dispositivo politico<sup>14</sup>.

### 1.3. Politics of Fear: *l'ipotesi della continuità tra sicurezza urbana e terrorismo globale*

Da qualche anno la trama della paura a sostegno dei dispositivi di potere, in particolare nella versione che fa leva sull'uso politico della paura e sulle strategie di manipolazione operate da chi governa, è stata riscoperta nel dibattito politico e giuridico-politico sulle *Politics of Fear* che si è sviluppato a partire dall'inizio del Nuovo Millennio a seguito della tragedia delle Torri gemelle dell'11 settembre 2001 e dunque in relazione a quel fenomeno eterogeneo e per molti versi opaco definito dall'espressione "terrorismo globale"<sup>15</sup>.

È un dibattito indubbiamente molto ricco ma che raramente ha sentito la necessità di uscire dal proprio confine disciplinare<sup>16</sup> per incontrare la letteratura

<sup>14</sup> Per un approfondimento sull'uso del termine dispositivo cfr. Agamben G., 2006, *Che cos'è un dispositivo?*, Nottetempo, Roma, 21-23.

<sup>15</sup> Cfr. tra gli altri: Barber B.R., 2003, *Fear's Empire. War, Terrorism, and Democracy*, Norton & Company, New York-London; Robin C., *Fear*, Oxford University Press, 2004 (trad. it. *Paura. La politica del dominio*, EGEA, 2004); Altheide D.L., 2006, *Terrorism and the Politics of Fear*, AltaMira Press, Oxford.

<sup>16</sup> Tra le eccezioni di rilievo si considerino i lavori di Samuel Justin Sinclair e Daniel Antonius, che nel 2012 affrontano il tema dell'inadeguatezza dell'approccio psicopatologico e dei criteri tradi-

criminologica che dalla fine degli anni Sessanta studia le paure urbane, le vampate di panico morale e le ricadute culturali, sociali e politiche delle campagne securitarie. La sensazione è che l'estrema drammaticità degli atti terroristici di matrice islamica porti a riflettere sulle misure da adottare (quando lo si fa e non si cede all'immediatezza della risposta) a partire da assunti diversi da quelli normalmente utilizzati per la criminalità comune, come se si trattasse di paure profondamente diverse e in scarsa relazione le une con le altre.

Ritengo, al contrario, che sia utile provare a colmare questa distanza e discutere di politiche della paura ai tempi del terrorismo globale attingendo dal patrimonio di ricerca sulla *fear of crime*, sulla sicurezza urbana e sul panico morale, spesso disomogeneo e costruito a partire da diverse prospettive, ma comunque imponente e interessante per delineare, in termini di ipotesi di ricerca, la continuità delle politiche della paura nel passaggio dal governo della sicurezza urbana al contrasto al terrorismo globale<sup>17</sup>.

Nel tentativo, dunque, di trarre dalla letteratura sulla paura della criminalità riflessioni utili per analizzare le politiche ai tempi del terrorismo globale, discuterò di quattro tesi tra loro concatenate e che altrove ho esplorato più diffusamente con riferimento al solo campo della sicurezza urbana<sup>18</sup>.

La prima tesi considera il legame tra paura, rischio e politiche sostenendo che queste ultime sono solitamente innescate non tanto dal potenziale di pericolo contenuto in un certo evento, quanto dal coagularsi di insicurezze di vario tipo attorno a quel fenomeno che, a seconda dei periodi, presenta le caratteristiche più idonee ad attrarre l'attenzione pubblica e a risalire la scala dei rischi prioritari da temere.

La seconda tesi individua il tratto essenziale delle preoccupazioni contemporanee nella prevalenza di un senso di crisi connesso al declino della civiltà occidentale: la paura dei barbari informa le inquietudini diffuse che trovano capacità espressiva proprio in connessione a fenomeni che, più di altri, evocano lo scontro di civiltà.

La terza tesi richiama un tratto costante delle politiche della paura: le inquietudini vengono riformulate in una domanda di sicurezza capace di espandersi a ogni aspetto della vita sociale e di estendere il raggio d'azione di diverse forme di

zionali della psicologia clinica nell'osservare le paure del terrorismo e propongono una lettura, ampliata in ottica multidisciplinare in un volume a più voci del 2013 da loro curato, che le considera in stretta relazione alle scelte di vita quotidiana e alle decisioni nel campo politico (Sinclair S.J., Antonius D., 2012, *The Psychology of Terrorism Fears*, Oxford University Press, Oxford; Sinclair S.J., Antonius D. (edited by), 2013, *The Political Psychology of Terrorism Fears*, Oxford University Press, Oxford).

<sup>17</sup> In senso contrario cfr. Andersen H. e Mayerl J. (2018, "Attitudes towards Muslims and Fear of Terrorism", *Ethnic and Racial Studies*, DOI: 10.1080/01419870.2017.1413200).

<sup>18</sup> Cornelli R., 2008, op. cit. nota 8; Ceretti A., Cornelli R., 2013, op. cit. nota 1.

disciplinamento urbano.

La quarta tesi, la più corposa perché si sviluppa anche nell'analisi delle principali tendenze e di alcune misure adottate nei campi della sicurezza urbana e dell'antiterrorismo, discute dell'impatto delle prime tre tesi sulla questione democratica, nella direzione di una restrizione dei diritti, sia generale che selettiva per alcune categorie di persone.

Di seguito affronterò nello specifico ciascuna di queste tesi criminologiche e ne discuterò l'estendibilità alle politiche di contrasto al terrorismo globale. In sede di conclusioni riprenderò alcuni risultati dell'analisi svolta per dare conto della necessità di proseguire la ricerca su paura e potere in modo da ampliare la comprensione delle paure contemporanee.

## 2. *Quattro tesi criminologiche sulle politiche della paura*

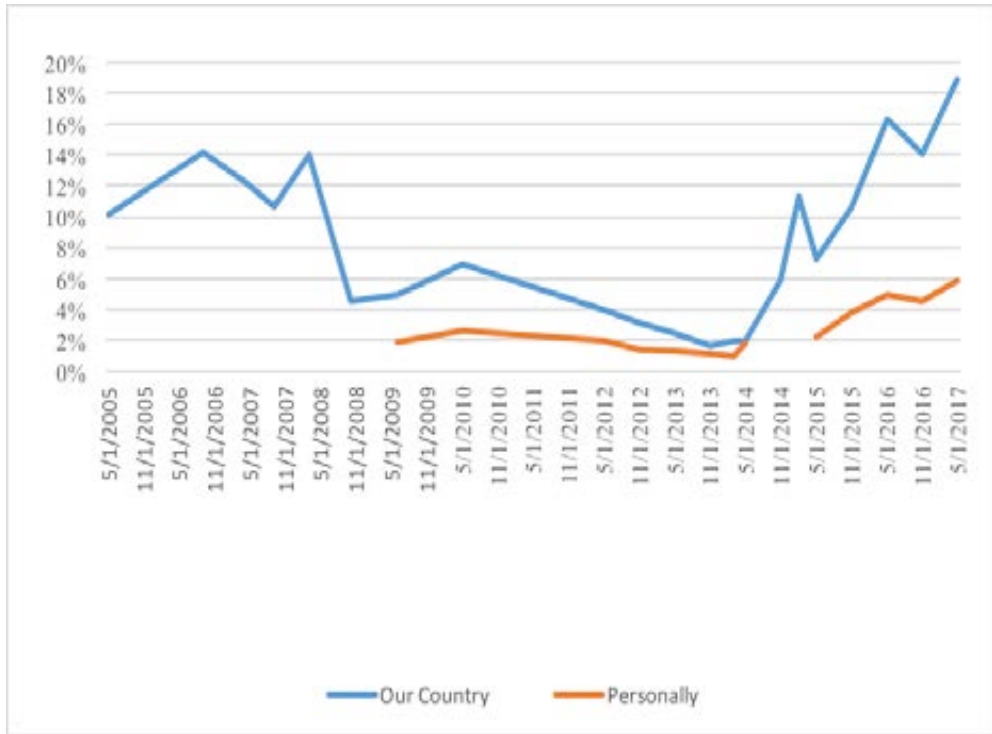
### 2.1. *Tesi 1: le paure (rectius: le preoccupazioni) orientano le politiche più del rischio concreto*

La ricerca criminologica è ormai concorde sul fatto che essere preoccupati non significhi necessariamente aver paura. Si può essere preoccupati per la fame nel mondo o per l'aumento della povertà nel Paese in cui si vive, ma non per questo si teme di morire di fame. Allo stesso modo si può ritenere che la criminalità sia in cima ai problemi da affrontare, ma questo non implica necessariamente il fatto di temere di subire un reato. Al contrario: è ormai dimostrata anche empiricamente l'esistenza di uno scarto qualitativo e quantitativo tra paura, più legata alla sfera personale delle esperienze, e preoccupazione, più connessa alle opinioni diffuse e ai giudizi di valore sui fenomeni<sup>19</sup>.

Queste risultanze sembrano caratterizzare anche il fenomeno del terrorismo: i dati di Eurobarometro mostrano che solo a cavallo tra il 2013 e il 2014 le due linee della preoccupazione per il terrorismo e della paura di essere coinvolto personalmente in un attentato terroristico si toccano, mentre generalmente la prima presenta valori decisamente più alti. Nella rilevazione del maggio 2017, per esempio, la preoccupazione arriva quasi al 20%, mentre la paura non supera mai il 6% (fig. 2).

<sup>19</sup> Cfr., tra gli altri: Fustenberg F., 1971, "Public Reaction to Crime in the Street", *American Scholar*, 40, 601-61; Garofalo J., 1981, "The Fear of Crime: Causes and Consequences", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 72, 2, 839-857; Lagrange H., 1992, "Appréhension et préoccupation sécuritaire", *Déviance et Société*, 16, 1-29.





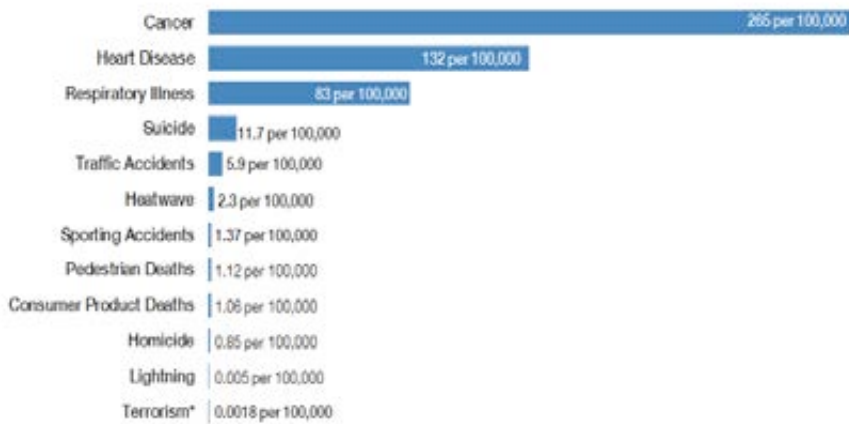
**Fig. 2** – Confronto tra le percentuali di cittadini europei che indicano il terrorismo come una delle due questioni più preoccupanti del proprio Paese (*Our Country*) e di coloro che indicano il terrorismo come una delle due minacce più pericolose per sè (*Personally*). Serie storica dal 9/5/2005 al 20/5/2017. Fonte: Eurobarometro.

Un ulteriore dato di ricerca associato riguarda il fatto che le paure e, a maggior ragione, le preoccupazioni non crescono né diminuiscono meccanicamente all'aumentare o al diminuire della minaccia criminale. A partire dalla scoperta del paradosso vittimizzazione-paura, gli studi criminologici hanno ormai indicato come criminalità e paura abbiano dinamiche indipendenti e come la seconda, più che dalla percezione del rischio di vittimizzazione diretta, sia associata a fattori di vulnerabilità personale, sociale ed economica, alle spinte ansiogene della comunità di riferimento, alla presenza o meno di capitale sociale e fiducia istituzionale, alla definizione politica e mediatica dei rischi da temere, alle condizioni del sistema di protezioni sociali.

La complessità della relazione tra consistenza del fenomeno e relative paure sembra emergere anche con riferimento all'intensità del rischio terroristico che in

Europa, osservato in relazione al dato di vittimizzazione, risulta essere molto contenuto e, in alcuni Paesi, prossimo allo zero.

Il grafico elaborato dall'*Igarapé Institute* sui dati del *World Economic Forum* sintetizza le cause di morte nei Paesi dell'Unione europea nel 2013 o ultimo anno disponibile e mostra come il terrorismo costituisca, nella scala dei rischi, un fenomeno che interessa lo 0,0018 persone ogni 100 mila abitanti e che sia 3 volte più rischioso morire fulminati e comunque di gran lunga più probabile essere assassinato o, ancora più, essere investito come pedone (fig. 3).



**Fig. 3** – Cause di morte nell'Unione europea (28 Paesi). Morti per 100mila nel 2013 o ultimo anno disponibile. Fonte: Igarapé Institute sui dati del World Economic Forum.

D'altra parte, i dati del *Global Terrorism Database* dal 1970 al 2015 elaborati da Statista per l'Huffington Post evidenziano come le vittime di attacchi terroristici in Europa fossero molto più alte negli anni Settanta rispetto ai nostri giorni (fig. 4), in cui si può parlare di eventi terroristici episodici, in cui la presenza dei cd. "lupi solitari" pare prevalente<sup>20</sup>, più che di terrorismo come fenomeno continuativo e organizzato. Da questo punto di vista, al di là della matrice ideologica, l'Europa occidentale appare più sicura oggi di quanto lo fosse quarant'anni fa (cfr. anche l'articolo "46 years of terrorist attacks in Europe, visualized" di Chirs Alcantara, *The Washington Post*, 17 luglio 2017).

<sup>20</sup> Wensink W. et al., 2017, *The European Union's Policies on Counter-Terrorism Relevance, Coherence and Effectiveness*, Directorate General For Internal Policies, European Parliament.

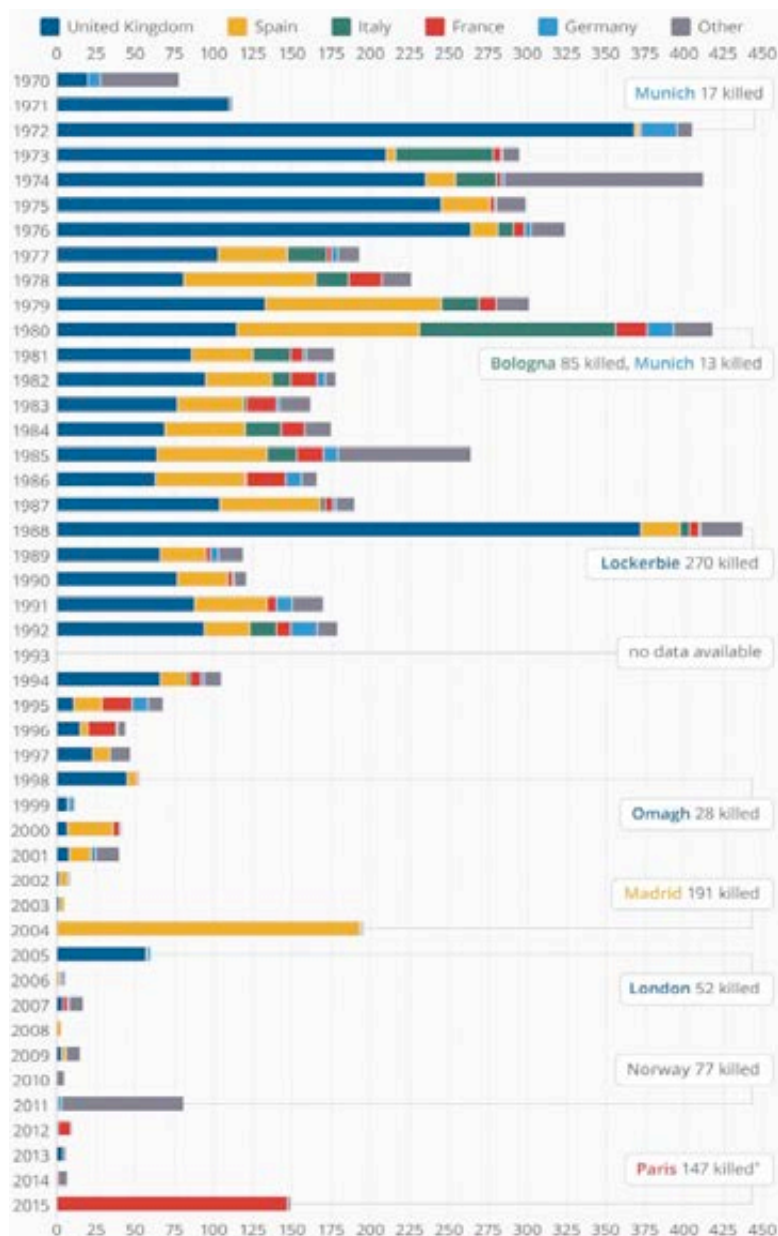
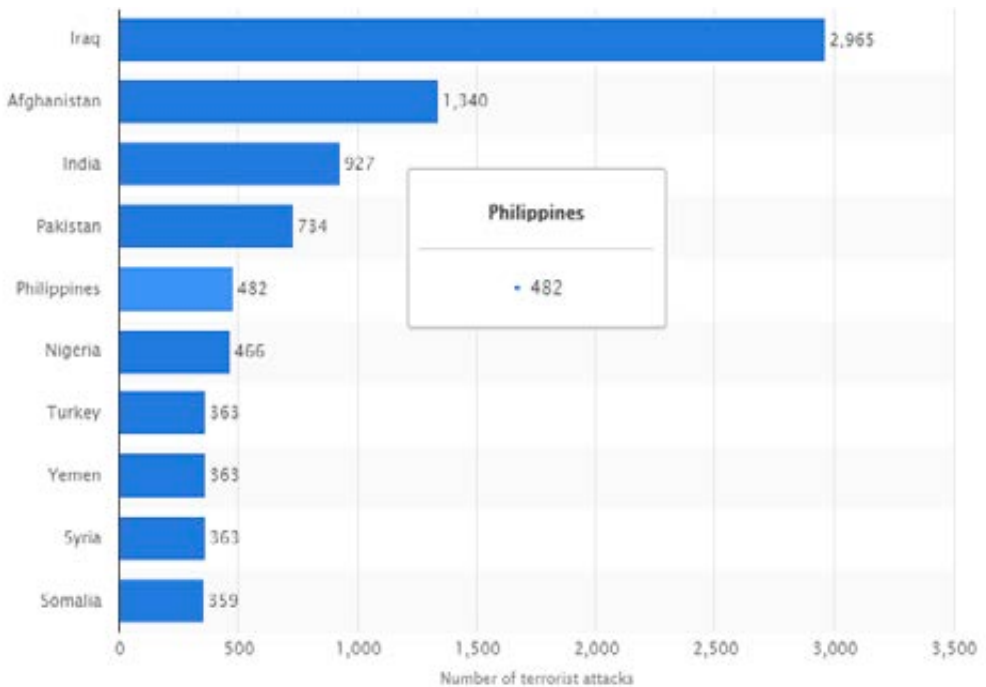


Fig. 4 – Numero di persone uccise in attacchi terroristici in Europa occidentale. Anni 1970-2015. Fonte: Statista su dati del *Global Terrorism Database*.

Questa considerazione, è bene ricordarlo nuovamente, vale ovviamente per l'Europa: il *The Washington Post* ha rilevato come, dall'inizio del 2015, Medio Oriente, Africa e Asia abbiano avuto circa 50 volte più vittime per terrorismo rispetto all'Europa e alle Americhe ("How terrorism in the West compares to terrorism everywhere else" di Lazaro Gamio e Tim Meko, *The Washington Post*, 16 luglio 2016), mentre sempre dai dati Statista emerge come i Paesi con il più alto numero di attacchi terroristici e di vittime del terrorismo siano tutti extra-europei (fig. 5).



**Fig. 5** – Numero di attacchi terroristici nel 2016, per Paese. Fonte: Statista, 2017.

Ma se è vero che l'Europa occidentale è più sicura oggi di quanto lo sia stata negli anni Settanta e più sicura di qualunque altra regione del mondo, com'è possibile che il campo politico sia continuamente interessato dalla discussione su leggi, atti e azioni di protezione da attacchi terroristici?

La ricerca criminologica, anche prendendo spunto dagli studi sul rischio (Ulrich Beck e Niklas Luhman), sulla sua costruzione culturale (Mary Douglas) e sulle vampate emotive collettive (Edgar Morin e Stanley Cohen) ha dimostrato che più che l'effettivo incremento della minaccia sono il clima di allarme sociale e

la conseguente domanda di sicurezza a orientare le politiche. Non è mai il fatto in sé a spingere ad agire politicamente ma come viene costruita e veicolata l'inquietudine, a quali urgenze culturali, economiche e sociali si salda, quali interessi intercetta, quali condizioni trova per esprimersi. Non è, dunque, la consistenza numerica del fenomeno terroristico a determinare le scelte politiche, ma l'inquietudine che deriva anche da un solo evento terroristico e ciò che questa inquietudine segnala ed evoca: la rottura dell'ordine, l'impotenza delle istituzioni e il declino della civiltà. Il senso d'insicurezza che si prova per gli attacchi terroristici si ancora, in altri termini, a "passioni tristi" circa la tenuta del progetto di società occidentale, veicolandole in modo immediato e comprensibile.

Non è un caso che la preoccupazione per il terrorismo sia molto più diffusa della paura di subire un attentato: più che su quest'ultima, è sulla prima che agiscono considerazioni di ordine morale e politico solitamente connesse con posizioni culturali espresse nel campo politico e mass-mediatico. La preoccupazione, in effetti, subisce variazioni considerevoli a seconda della posizione politica: coloro che hanno un orientamento di destra sono molto più preoccupati per l'ISIS e per i rifugiati, mentre quelli che si collocano su posizioni di sinistra sono generalmente più preoccupati per i cambiamenti climatici<sup>21</sup>.

## 2.2. Tesi 2: il senso di declino della civiltà costituisce un motivo dominante delle preoccupazioni sociali

Gli studi sulla genesi della paura della criminalità nei Paesi occidentali hanno evidenziato come questa emozione abbia contrassegnato il dibattito pubblico negli anni in cui si sono verificate trasformazioni che hanno messo in crisi stili di vita e condizioni di benessere che sembravano fino a poco tempo prima inattaccabili.

Sia negli Stati Uniti che in molti altri Paesi europei<sup>22</sup>, Italia compresa, il timore di un ritorno a una condizione in cui ciascuno deve temere la violenza degli altri e difendersi da essa costituisce la condizione emotiva a partire dalla quale la percezione del declino della "nostra" civiltà si salda con l'avvento di nuovi barbari,

<sup>21</sup> Cfr. "Those on ideological right are more concerned about ISIS and refugees; those on left more concerned about climate change", *Pew Research Center* sui dati della *Global Attitudes Survey*, primavera 2017.

<sup>22</sup> Per approfondimenti cfr.: per l'Italia Selmini R., 2005, "Towards Citta sicure? Political action and institutional conflict in contemporary preventive and safety policies in Italy", *Theoretical Criminology*, 9, 3, 307-323 e Calaresu M., 2013, *La politica di sicurezza urbana. Il caso italiano (1994-2009)*, Franco Angeli, Milano; per gli Stati Uniti Lee M., 2007, *Inventing Fear of Crime. Criminology and the Politics of Anxiety*, Willan Publishing, New York e Simon J., 2007, *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford University Press, New York; per la Francia Robert P., 2002, *L'insécurité en France*, La Découverte, Paris; per l'Inghilterra Girling E., Loader I., Sparks R., 2000, *Crime and Social Change in Middle England: Questions of Order in an English Town*, Routledge, London.

afroamericani, *latinos* o extra-comunitari, fino a percepirli come la causa stessa di un'imminente disfatta. Così, la paura dei barbari, come la definisce Tzvetan Todorov, diventa l'asse portante delle paure urbane e la *mixofobia* un atteggiamento accettabile socialmente a partire dal quale elaborare politiche di sicurezza.

Queste considerazioni risultano cruciali anche per comprendere le paure legate al terrorismo islamico.

Negli ultimi anni, al di qua e al di là dell'Oceano Atlantico, la discussione pubblica sugli attacchi terroristici sembra proseguire decisamente nel solco della guerra di civiltà evocata dal dibattito sulla sicurezza urbana, con un'enfasi maggiore sugli aspetti dell'alterità dei soggetti da temere e del rischio di estinzione della civiltà occidentale. La minaccia terroristica all'interno dei confini europei viene rappresentata come "altra" (straniera, esterna) in un duplice senso: da una parte i soggetti che la incarnano sono percepiti come provenienti da Paesi extraeuropei e facenti parte di quel flusso di migranti che a ondate starebbe invadendo e colonizzando l'Europa; dall'altra parte gli atti terroristici sono considerati parte di una strategia bellica di più ampia portata che, partendo dal Medio Oriente, mirerebbe a espandersi in Occidente.

Gli studi finora compiuti hanno dimostrato come questa doppia opinione comune sull'alterità non regga alla prova dei fatti.

Da un lato, usando le parole di uno dei più autorevoli studiosi in materia, Olivier Roy, "il profilo tipico del radicalizzato è quello di un giovane di seconda generazione o convertito, spesso coinvolto in atti di criminalità comune, quasi sempre privo di educazione religiosa ma con alle spalle un rapido e recente percorso di conversione/riconversione sviluppatosi nella maggior parte dei casi non nel quadro di una moschea ma all'interno di un gruppo amicale o tramite internet"<sup>23</sup>. Gli autori di attacchi terroristici nei Paesi occidentali, quindi, non provengono dall'esterno ma si sono radicalizzati vivendo nella società contro cui dirigono la propria violenza e solo nella fase precedente al passaggio all'azione hanno aderito alla "religione dell'Isis", al di fuori dei quadri comunitari: in questo senso è più corretto parlare di islamizzazione della radicalità più che di radicalizzazione dell'Islam.

Dall'altro lato, come sottolinea ancora Roy, gli attacchi terroristici in Occidente non sono mai stati davvero parte di una strategia militare utile alla causa del Califfato: al più sono stati usati come monito ai Paesi occidentali a non ingerirsi nelle vicende mediorientali o come risorsa simbolica per attrarre *foreign fighters*; tanto meno possono essere considerati avanguardia di uno scontro di civiltà volto all'islamizzazione dell'Occidente: "la sola efficacia strategica degli attentati è rap-

<sup>23</sup> Roy O., 2017, *Generazione Isis: Chi sono i giovani che scelgono il Califfato e perché combattono l'Occidente*, Feltrinelli, Milano, 43.

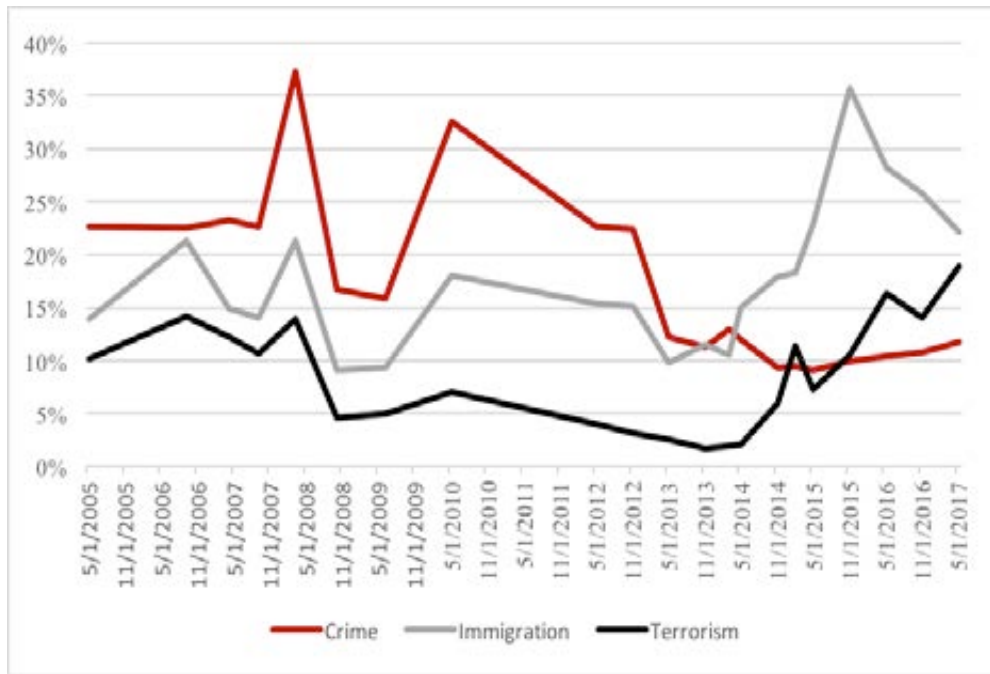
presentata dal loro effetto psicologico, in quanto essi non intaccano le capacità militari dei paesi occidentali (al contrario, le incrementano, mettendo fine all'abbassamento delle spese belliche), arrecano soltanto danni marginali all'economia e non mettono a rischio le istituzioni, a meno che non lo facciamo noi stessi con l'eterno dibattito sul conflitto tra sicurezza e stato di diritto"<sup>24</sup>. Se le brutalità in Siria e Iraq e gli attacchi terroristici nei Paesi arabi, che colpiscono soprattutto musulmani sciiti e sunniti moderati, sono il mezzo attraverso cui l'Isis mira a conquistare porzioni di territorio per amministrarli (il fallimento di questa strategia si è reso evidente nel corso del 2017) oppure anche solo a destabilizzare le società islamiche alimentando lo scontro al loro interno, in Europa gli attacchi terroristici sono molto lontani dal poter essere collocati in una qualche forma di strategia politico-militare: nella scelta degli obiettivi e delle modalità degli atti di terrorismo emerge generalmente una grande debolezza e un sostanziale isolamento dei gruppi o, addirittura, degli individui che, secondo la visione comune, dovrebbero essere la prima linea di un'organizzazione militare pronta ad invadere l'Europa. Per questo motivo parlare di "guerra" appare delirante perché induce a pensare (e ad agire) come se ci fosse una milizia in grado di attaccare le società occidentali, quando la realtà è fatta di pochi atti, compiuti solitamente con mezzi improvvisati, di alcuni giovani che hanno dato una veste religiosa e un riferimento ideale e politico alto al proprio atteggiamento radicalmente oppositivo e violento che prende forma perlopiù al di fuori dalle strategie dei centri jihadisti da cui riceve comunque un supporto, sia pure minimo, o anche solo una legittimazione.

Eppure è proprio la guerra a essere evocata più volte nel discorso pubblico sul terrorismo; quella di civiltà, del bene contro il male che lo minaccia, che è ormai parte del nostro immaginario collettivo<sup>25</sup>: il male non viene mai pensato all'interno delle dinamiche di una società complessa, ma, anche quando cresciuto in mezzo a noi, agisce sempre dall'esterno, portando i segni della sua alterità.

È su questo coacervo di discorsi e immaginari che si articolano le paure contemporanee. I dati di Eurobarometro sembrano indicare la presenza di un *continuum* tra la preoccupazione per la criminalità e quella per il terrorismo nel segno della questione dell'immigrazione: in Europa, dopo un periodo di flessione della preoccupazione per terrorismo, immigrazione e criminalità, si assiste, a partire dagli anni 2010/2011 a un aumento della preoccupazione per l'immigrazione e a quella per il terrorismo, che supera la preoccupazione per la criminalità, che invece continua a calare e si stabilizza intorno al 10 per cento.

<sup>24</sup> *Ibidem*, 105.

<sup>25</sup> Per un'interessante analisi della relazione tra cultura popolare, discorso politico e terrorismo e di come la vita degli americani sia stata modificata dagli attacchi al *World Trade Center* e al Pentagono si veda Scopp A., Hill M.H., 2009, *The War on Terror and American Popular Culture. September 11 and Beyond*, Fairleigh Dickinson University Press.



**Fig. 6** – Confronto tra le percentuali di cittadini europei che indicano la criminalità, l’immigrazione o il terrorismo come una delle due questioni più preoccupanti del proprio Paese. Serie storica dal 9/5/2005 al 20/5/2017. Fonte: Eurobarometro.

Questa transizione delle preoccupazioni, che dalla criminalità si spostano sul terrorismo ma mantenendo sempre in primo piano l’immigrazione, permette di considerare quanto il senso di declino della civiltà sia connessa all’invasione dei nuovi barbari. In Europa come negli Stati Uniti le paure sociali ruotano attorno alla figura dello straniero interno: la percezione, in particolare, del rischio di islamizzazione delle società occidentali e di un imminente scontro di civiltà caratterizza in senso mixofobico le paure sociali, rendendole un potente dispositivo in grado di agire nel campo politico per affermare forme di discriminazione istituzionale e di violazione dei diritti umani (si pensi agli ordini esecutivi di Trump per impedire l’accesso negli Stati Uniti di persone provenienti da alcuni Paesi islamici o agli accordi con le milizie libiche e all’intervento militare in Niger sostenuti da alcuni Paesi europei). A tal proposito, i risultati dell’indagine del 2016 sulle paure degli americani condotta dalla *Chapman University* evidenziano in modo netto il legame tra islamofobia e disponibilità a ridurre le garanzie per alcune categorie di persone: significative porzioni di popolazione americana dichia-



rano di provare diffidenza verso i Musulmani e questo atteggiamento le porta a giustificare un inasprimento dei controlli di polizia nei loro confronti.

2.3. *Tesi 3: la questione sicurezza urbana è l'esito di una riformulazione in chiave politica delle paure sociali utile all'attivazione di programmi di regolazione della vita urbana*

Spesso si parla di sicurezza urbana dando per scontato che con questo termine ci si riferisca in modo unanime a fatti e situazioni che preoccupano tutti allo stesso modo. Un'ampia letteratura sociologica e criminologica ha indicato, al contrario, la polisemia del concetto di sicurezza, e, al tempo stesso, ha messo in luce il funzionamento del processo di riduzione delle molteplici e variegate ansie e inquietudini che affollano la vita quotidiana in problema di sicurezza comunicabile nei termini di paura della criminalità. A tal proposito Zygmunt Bauman ha sottolineato come, di fronte a diverse forme di insicurezza che caratterizzano la nostra epoca (quella esistenziale-relazionale, quella socio-economica legata alle condizioni del mercato globale e quella più legata alla sfera dell'incolumità personale) si riveli un senso di impotenza nell'affrontare le prime due, non solo per il loro carattere globale, ma anche per la scomparsa di qualsiasi dimensione pubblica, e quindi politica, che le possa affrontare. Si finisce così per riversare sulla terza ogni ansia e preoccupazione del vivere: "dobbiamo avere *qualcosa* di cui preoccuparci, e non una cosa *di qualsiasi genere*, ma una cosa precisa, tangibile: qualcosa da poter almeno immaginare alla nostra portata e sotto il nostro controllo, qualcosa sulla quale poter intervenire"<sup>26</sup>.

Si tratta, per la verità, di un tema ampiamente affrontato dagli studiosi del rischio e che va sotto il nome di "selezione del rischio prioritario da temere": come avviene che tra le potenziali minacce alla nostra vita alcune siano considerate più temibili di altre, catalizzando le nostre ansie e orientando i nostri comportamenti? È solo una questione di quantità e qualità delle informazioni in nostro possesso? In altri termini, per riorientare le priorità individuali e collettive è sufficiente comunicare ai cittadini che il rischio di attacchi terroristici è prossimo allo zero se paragonato al rischio di morire in un incidente stradale? Certamente una migliore informazione è utile, ma, come abbiamo già riferito sopra (cfr. Tesi 1), non basta. Gli studiosi che si sono occupati di capacità cognitiva dell'individuo di fronte al rischio spesso hanno lavorato per diffondere una corretta conoscenza utile a efficaci politiche di prevenzione, ma per molto tempo non hanno riconosciuto un aspetto fondamentale del concetto di rischio, vale a dire il suo intrinseco carattere politico.

<sup>26</sup> Bauman Z., 1999, *In Search of Politics*, Polity Press, Cambridge (trad. it. *La solitudine del cittadino globale*, Feltrinelli, Milano, 2000, 51).

Per “politicalità del rischio” Mary Douglas intende la sua dipendenza da differenti visioni del mondo, che sottintendono differenti strutture di conoscenza e sistemi di valori, i quali determinano le modalità con cui i vari gruppi affrontano l’esperienza comune di eventi o azioni pericolose. “Quando si trovano a dover calcolare le probabilità e valutare l’attendibilità [dei rischi], essi [gli individui] sono già imbevuti di assunti e orientamenti acquisiti culturalmente”<sup>27</sup>: si tratta di assunti e orientamenti che hanno a che fare con la forma delle relazioni sociali che la persona mantiene, con i suoi pregiudizi culturali come i valori condivisi e le credenze (inclusa quindi la visione del mondo e dei rapporti sociali), con le strategie comportamentali preferite e con il tipo di organizzazione in cui si vive.

Se è vero, dunque, che quando si parla di sicurezza si dà per scontato che ci si riferisca tutti agli stessi fatti, alle stesse situazioni e alle stesse preoccupazioni, ciò avviene perché in ogni società si attiva un processo di riformulazione culturale, politica e istituzionale delle insicurezze delle persone in modo da renderle definibili per tutti allo stesso modo, comunicabili in modo comprensibile e gestibili nel modo più utile a chi ha il potere di definire, comunicare e agire. In alcune ricerche etnografiche<sup>28</sup> si ripercorre questo processo di riduzione securitaria in senso inverso, recuperando la soggettività, la diversità e la specificità delle emozioni che, sul piano pubblico, vengono oggettivate e generalizzate in paura per la propria incolumità. I risultati di questi studi sono interessanti perché, osservandoli in controtela rispetto a quanto detto finora, suggeriscono l’idea che la polisemia del concetto di sicurezza urbana, “concetto pigliatutto” secondo la definizione di Massimo Pavarini<sup>29</sup>, se anche può apparire a volte come l’esito di confusioni concettuali, superficialità scientifica o imprecisioni terminologiche, in realtà riveste la funzione fondamentale di:

- attirare nell’orbita della sicurezza un’eterogeneità di conflitti, problemi, disagi, sofferenze, passioni tristi (rabbie, frustrazioni, inquietudini, delusioni) di natura e provenienza diversa;
- dare loro un significato, traducendoli e assemblandoli in domanda di sicu-

<sup>27</sup> Douglas M., 1986, *Risk Acceptability According To The Social Science*, Russel Sage, New York (trad. it. *Come percepiamo il pericolo: antropologia del rischio*, Milano, Feltrinelli, 1991, 67).

<sup>28</sup> A titolo di esempio cfr.: Jackson J., 2004, “*Experience and Expression: Social and Cultural Significance in the Fear of Crime*”, *The British Journal of Criminology*, 44, 6, 946-966; Girling E., Loader I., Sparks R., 2000, *Crime and Social Change in Middle England: Questions of Order in an English Town*, Routledge, London; Gilchrist E., Bannister J., Ditton J. and Farrall S., 1998, “Women and the ‘fear of crime’: challenging the accepted stereotype”, *British Journal of Criminology*, 38, 283-99; Taylor I., 1995, “Private homes and public others: an analysis of talk about crime in suburban South Manchester in the mid-1990s”, *British Journal of Criminology*, 35, 263-85; Goodey J., 1994, “Fear of crime: what can children tell us?”, *International Review of Victimology*, 3, 195-210.

<sup>29</sup> Pavarini M., 2006, *L’amministrazione locale della paura. Ricerche tematiche sulle politiche di sicurezza urbana in Italia*, Carocci, Roma, 27.

rezza veicolabile socialmente, mediaticamente e politicamente;

- attivare, quindi, modalità di regolazione e di disciplinamento, legittimate proprio dalla pressante domanda di sicurezza, che si esercitano su un campo sempre più esteso della vita urbana.

Così, i tratti contraddittori, generici e spesso indefiniti del dibattito sulla sicurezza e delle politiche che a partire da quel dibattito si attuano (si pensi al contenuto variegato dei pacchetti sicurezza, degli *Asbo* inglesi, delle *Civility Laws* statunitensi, dei regolamenti di polizia urbana italiani e francesi o delle ordinanze dei sindaci italiani) acquistano un senso e diventano intelleggibili se osservati nella più ampia tendenza all'ampliamento della sfera di disciplinamento della vita urbana che è in corso negli anni che sono seguiti all'età dell'oro (dagli anni Settanta negli Stati Uniti, dagli anni Ottanta in Francia e Regno Unito, dagli anni Novanta in Italia) e che Loïc Wacquant ha descritto in termini di passaggio dal *welfare state* al *penal state*.

Negli ultimi anni l'allarme terrorismo sta progressivamente sostituendo la sicurezza urbana come campo di attrazione di ansie e preoccupazioni e come dispositivo per proseguire l'attività di disciplinamento della vita urbana compiuto con strumenti amministrativi. Abbiamo già notato come la preoccupazione per il terrorismo si stia affermando in Europa togliendo terreno alla paura per la criminalità e assumendone ed esaltandone i tratti xenofobici e mixofobici (cfr. Tesi 2). Va detto ora che attorno alla lotta al terrorismo si riaffermano misure di regolazione della vita urbana e di controllo di categorie di persone che già avevano trovato spazio nell'ambito delle politiche di sicurezza urbana. Il prossimo paragrafo sarà dedicato proprio alla discussione di queste misure, di rilievo internazionale, nazionale e locale, e di quali continuità è possibile ravvisare tra le politiche di sicurezza urbana e le attività di prevenzione di attacchi terroristici.

#### 2.4. *Tesi 4: le politiche di sicurezza impattano sulla "questione democratica" rendendo più fragili le democrazie occidentali*

##### 2.4.1. *Mano destra e mano sinistra nelle democrazie moderne*

Le democrazie occidentali sono l'esito di un lungo percorso di affermazione dell'individuo come soggetto autonomo e libero, e, parallelamente, dello Stato quale difensore dell'individuo e delle sue libertà fondamentali. Nei sistemi liberali e, successivamente, in quelli democratici, il bene pubblico della sicurezza si è costruito nell'intreccio tra la dimensione individuale e quella statale: emerge come richiesta allo Stato di salvaguardia delle libertà individuali da ingerenze di altri e, successivamente, dello stesso Stato. Per usare il linguaggio hobbesiano potremmo dire che ciascun cittadino chiede di essere protetto tanto dalle aggressioni di ogni altro uomo-lupo quanto dalle ingerenze dello Stato-Leviatano. Al fine

di garantire questo spazio di autonomia individuale è rimesso alla politica e alle istituzioni il difficile compito di ridefinire continuamente e, al tempo stesso, preservare l'equilibrio instabile tra la protezione statale delle libertà individuali e una loro limitazione necessaria per garantire le libertà altrui, nella consapevolezza che lo stesso intervento statale di limitazione risulta problematico proprio per la sua ingerenza nel campo delle libertà.

Se nel corso del Novecento lo Stato con sempre maggiore convinzione ha fatto uso della mano sinistra – secondo la nota definizione di Pierre Bourdieu –, dando spazio dunque a interventi di promozione sociale e dei diritti, il recente incrocio tra la crisi del welfare e l'urgenza della questione migratoria ha riportato il baricentro delle politiche sulla tutela dell'ordine pubblico (la mano destra), ed è proprio il timore di perdere la propria condizione di benessere, ridotto sempre più in termini di incolumità personale (cfr. Tesi 3), a riproporre il *trade-off* tra libertà e sicurezza attraverso l'esclusione degli ultimi arrivati, oltre a consentire la diffusione di teorie sulla sostituzione etnica e sull'estinzione della civiltà occidentale idonee a legittimare l'innalzamento di barriere all'estensione dei diritti. I discorsi e le politiche di sicurezza urbana segnano, in questo senso, uno scarto dal perimetro democratico così come si è definito nel corso del secondo dopoguerra, proponendo un progetto di "cittadinanza esclusiva" fondato sulla categorizzazione delle persone in due campi contrapposti: da un lato i non-cittadini, i nemici che attentano alla sicurezza e che vanno fermati, dall'altro i cittadini che si sentono minacciati dai primi e che ricercano protezione. Tale progetto, in definitiva, rischia di minare le fondamenta di quel paradigma universalistico che ha contraddistinto, con fortune alterne, lo sviluppo delle democrazie occidentali.

#### 2.4.2. Tendenze politiche

In base a queste considerazioni è possibile tracciare le principali tendenze che, sia pure con alcuni rilevanti scostamenti<sup>30</sup>, hanno contraddistinto il campo della sicurezza urbana negli ultimi decenni nei Paesi occidentali (e non solo) e che rendono evidente il cambio di paradigma rispetto al progetto democratico di espansione delle libertà e dei diritti. Ricorso a decisioni eccezionali, rafforzamento del controllo delle popolazioni extra-europee/non-USA, estensione della sfera penalmente rilevante e del disciplinamento urbano, adozione di misure di pre-

<sup>30</sup> Per fare alcuni esempi si pensi all'estensione delle alternative alla detenzione, all'espansione della giustizia riparativa, alle iniziative locali di accoglienza dei rifugiati, alla recentissima decisione della Corte Suprema statunitense del febbraio 2018 a tutela dei programmi di estensione della cittadinanza ai cd *Dreamers*, di cui parleremo più avanti, e ai ripetuti interventi della Corte costituzionale italiana nei confronti di atti legislativi (si pensi alla sentenza 240/2010 che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 61, numero 11-bis, del codice penale, la cd. aggravante di clandestinità).

venzione situazionale e diffusione della cultura della paura: queste sono le macro-direzioni delle politiche di sicurezza urbana messe a fuoco dalla ricerca criminologica e che, a ben vedere, risultano utili anche per analizzare le misure di contrasto al terrorismo globale di matrice islamica. In effetti, queste ultime appaiono così simili nelle premesse e nei contenuti alle politiche di sicurezza urbana (cfr. oltre al par. 2.4.3) da indurre a ritenere che non si possa parlare semplicemente di una matrice culturale comune, bensì di variazioni tematiche di una medesima traiettoria politica che, consapevolmente o meno, si sta affermando nelle società occidentali.

Nel prossimo paragrafo indicherò nello specifico le cinque tendenze a cui ho fatto riferimento e darò conto di alcune delle misure di sicurezza urbana e di antiterrorismo che le rendono esplicite, con la finalità di individuare quella linea di continuità che lega le scelte politiche negli ambiti considerati.

#### 2.4.3. Schema delle tendenze e delle misure adottate nei campi della sicurezza urbana e dell'antiterrorismo

**Tab. 1** – Quadro sinottico delle tendenze e delle misure adottate

<b>Tendenze</b>	<b>Esempi di Misure di Sicurezza Urbana</b>	<b>Esempi di Misure di Contrasto al Terrorismo Islamico</b>
A Ricorso a stati d'eccezione	A1. Dichiarazione dello stato di emergenza in Francia (2005). A2. Istituzione di centri di detenzione amministrativa per stranieri in Italia A3. Uso dell'esercito con funzioni di contrasto alla criminalità comune.	A4. Dichiarazione dello stato di emergenza in Francia (2015). A5. Proclamazione dello stato di emergenza e adozione del <i>Military Order</i> negli Stati Uniti (2001). A6. Ricorso a squadre speciali militari.
B Potenziamento dei controlli sulla popolazione straniera	B1. Misure per aumentare la 'difesa' delle frontiere B2. Maggiore ricorso alle espulsioni, come conseguenza delle legislazioni restrittive in tema d'immigrazione. B3. Restrizioni nell'ottenimento della cittadinanza	B4. Restrizione dell'ingresso negli Stati Uniti di rifugiati provenienti da Paesi sospettati di terrorismo B5. Espulsioni di cittadini stranieri condannati per reati di terrorismo B6. Espulsioni di cittadini stranieri per via amministrativa
C Estensione della sfera penal-	C1. Nuove fattispecie di reato e pene più severe.	C4. Introduzione di nuovi reati di terrorismo e anticipazione

mente rilevante, anticipazione dell'intervento penale e ampliamento del disciplinamento amministrativo	C2. Anticipazione della tutela con misure riconducibili al "diritto penale del rischio". C3. Provvedimenti amministrativi contro il degrado e le inciviltà.	della tutela penale. C5. Estensione dei poteri di polizia e delle misure di prevenzione.
D. Ricorso a misure di prevenzione situazionale e diffusione della cultura della paura	D1. Disegno urbano per la sicurezza. D2. Tecnologie per la sorveglianza. D3. Misure di auto-protezione, servizi di sicurezza e risposte comunitarie.	D4. Paesaggi urbani difensivi. D5. Spesa pubblica e industria dell'antiterrorismo. D6. "If You See Something, Say Something"

**A. Ricorso a stati d'eccezione.** Si forzano i limiti dello stato di diritto per creare forme di sospensione dalla giurisdizione ordinaria che, col tempo, rischiano di essere normalizzate<sup>31</sup>.

*Esempi di misure di sicurezza urbana*

**A1.** Dichiarazione in Francia dello stato di emergenza dell'8 novembre 2005 sulla base della legge 55-385 del 3 aprile 1955 (adottata per contrastare i movimenti indipendentisti durante la Guerra di Algeria). Lo stato di emergenza viene richiesto dall'allora Ministro dell'Interno Nicolas Sarkozy per reagire al ciclo di sommosse che per qualche settimana mise a ferro e fuoco interi quartieri delle *banlieus* parigine a seguito della morte accidentale di due giovani inseguiti dalla polizia. Il 16 novembre del 2005 il Parlamento francese prorogò la "situazione eccezionale" per tre mesi, nonostante la legge del 1955 ne limitasse tassativamente la vigenza a un massimo di 12 giorni. Lo stato d'emergenza conferisce poteri straordinari ai Prefetti, quale l'interdizione della circolazione di persone o veicoli in orari e in luoghi specifici (art. 5), e alle autorità amministrative, quale il potere di ordinare perquisizioni a domicilio di giorno e di notte senza necessità di un'autorizzazione giudiziaria e possibilità di controllo preventivo sulla stampa (art. 11). La sospensione dei diritti costituzionali è giustificata dal Ministro come strumento utile per potenziare la lotta alla criminalità comune<sup>32</sup>.

**A2.** Istituzione in Italia, a partire dal 1998, di centri di detenzione amministrativa per gli immigrati in attesa di espulsione, denominati centri di permanenza

<sup>31</sup> Per approfondire questa tendenza cfr.: Agamben G., 2003, *Stato d'eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino; Meccarelli M, Palchetti P., Sotis C. (a cura di), 2011, *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Eum, Macerata.

<sup>32</sup> Cfr. Ceretti A., Cornelli R., 2013, op. cit. nota 1.

temporanea e di assistenza (CPTA), poi rinominati come Centri di identificazione ed espulsione (CIE) e, infine, recentemente, come Centri di Permanenza per il Rimpatrio (CPR), a cui vanno ad aggiungersi i cd. *Hot Spots*, centri di prima accoglienza dove vengono indirizzati gli stranieri al momento del loro arrivo sulle coste italiane. Com'è noto ormai da anni e nonostante i tentativi di ridurre l'impatto umanitario, il sistema del trattenimento amministrativo di stranieri in attesa del rimpatrio, oltre a essere in larga misura costoso e inefficace e a produrre criticità sotto il profilo dell'ordine pubblico, pone enormi problemi di rispetto dei diritti fondamentali. A tale proposito il giudizio di Luca Masera, uno dei più importanti studiosi dei profili giuridici del governo dell'immigrazione in Italia, è severo e netto: "la libertà dello straniero irregolare continua ad essere considerata come un valore di poco conto; al punto che, quando si tratta di detenzioni di qualche giorno (come accade negli *hotspots*), la legge sembra considerare tollerabile che tale libertà possa essere compresa *de facto* dall'autorità di polizia, al di fuori di qualsivoglia disciplina legale e di qualsiasi controllo da parte dell'autorità giudiziaria. Una soluzione, questa, che non sarebbe neppure immaginabile nei confronti di cittadini italiani, ed è a tutti gli effetti degna di uno stato di polizia, piuttosto che di uno stato di diritto"<sup>33</sup>. La libertà degli stranieri irregolari, in definitiva, si caratterizza come libertà diversa addirittura sottratta in alcuni casi alle più elementari garanzie costituzionali e convenzionali.

**A3.** Ricorso all'esercito per presidiare luoghi sensibili, controllare il territorio e prevenire la criminalità: costituisce una misura eccezionale introdotta in alcuni Paesi come l'Italia nell'ambito di provvedimenti emergenziali di lotta contro le mafie (operazione "Vespri Siciliani" a seguito delle stragi di mafia in cui persero la vita i giudici Giovanni Falcone e Paolo Borsellino e gli agenti di polizia delle loro scorte) e poi stabilizzatasi a partire dal 2008 (legge 125) come attività di controllo del territorio nell'ambito delle politiche di sicurezza urbana (operazione "Strade sicure"). È pur vero che tale coinvolgimento di contingenti di militari avviene, secondo il dettato normativo, per specifiche ed eccezionali esigenze di prevenzione della criminalità, ma, come si apprende dallo stesso sito del Ministero della Difesa italiano, "tale operazione è, a tutt'oggi, l'impegno più oneroso della Forza Armata in termini di uomini, mezzi e materiali". In altri Paesi europei, come l'Inghilterra, e di altri continenti, come il Sud Africa, il ricorso all'esercito costituisce un elemento di tensione politica che forza la consueta separazione esistente nei sistemi democratici tra sicurezza interna e difesa: la recente dichiara-

<sup>33</sup> Masera L., 2017, "I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del Decreto Minniti", *Diritto Penale Contemporaneo*, 3/2017, 278-283. Cfr. anche Campesi G., 2013, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Carocci, Roma

zione del Ministro dell'Interno sudafricano, Fikile Mbalula, dell'ottobre del 2017 di voler richiedere un coinvolgimento delle forze militari nel contrasto alla criminalità nelle città ha innescato un dibattito molto acceso sulla compatibilità di questa misura rispetto all'ordinamento costituzionale sudafricano.

*Esempi di misure di contrasto al terrorismo islamico*

**A4.** Dichiarazione in Francia dello stato di emergenza del 13 novembre 2015 sulla base della legge 55-385 del 3 aprile 1955 a seguito di una serie di attentati terroristici rivendicati dall'ISIS in diversi luoghi pubblici della capitale francese, fra i quali il più sanguinoso è quello avvenuto presso il teatro Bataclan, dove sono rimaste uccise 90 persone. Lo stato di emergenza, che prevede limitazioni e restrizioni dei diritti costituzionali è stato rinnovato sei volte<sup>34</sup> e, come denunciato da organizzazioni francesi e internazionali, è stato utilizzato anche per reprimere proteste pacifiche: tra novembre 2015 e maggio 2017 le autorità hanno fatto ricorso ai poteri d'emergenza per vietare 155 manifestazioni, molte delle quali, secondo Amnesty International, riguardavano la riforma del lavoro. Dopo due anni la Francia esce dal regime di eccezione instaurato dall'allora Presidente François Hollande ma con l'adozione di una legge, fortemente voluta dal nuovo Presidente Emmanuel Macron, che rende ordinarie molte delle misure previste dallo stato di emergenza (legge 2017-1510 del 30 ottobre 2017). Critiche sul rischio di violazione degli obblighi internazionali a tutela dei diritti dell'uomo erano già state avanzate prima dell'approvazione del progetto di legge in una lettera aperta al Governo francese del 22 settembre dello stesso anno da parte di due esperti dell'Alto Commissariato dell'Onu, Fionnuala Ní Aoláin e Michel Forst, secondo cui la normalizzazione dei poteri di emergenza avrebbe portato a gravi conseguenze per l'effettività della protezione dei diritti in Francia, sia nell'ambito dell'anti-terrorismo che al di fuori di esso. Questa preoccupazione appare fondata se consideriamo che il Rapporto della commissione parlamentare d'inchiesta sullo stato d'emergenza (n. 4281 presentato il 6 dicembre 2016) indica che delle 4.200 "perquisizioni amministrative" eseguite ben 890 risalivano alla prima settimana successiva agli attacchi di Parigi del 13 novembre 2015, e che già il 30 novembre erano più di 2.000, che ben poche delle perquisizioni hanno portato a procedimenti penali (appena 61) contro presunti jihadisti o fiancheggiatori e, infine, che 47 persone sottoposte all'obbligo di soggiorno da più di un anno risultavano senza alcuna imputazione.

**A5.** Proclamazione dello stato di emergenza da parte del Presidente degli Stati Uniti George W. Bush il 18 settembre e adozione del *Military Order* il 13 novembre 2001, a seguito dell'attentato terroristico alle *Twin Towers* dell'11 settembre

<sup>34</sup> Lacaze M., 2017, "State of Emergency and Criminal Law", *Montesquieu Law Review*, 5.



2001. Nel *Military Order* si qualificano determinati individui come *unlawful enemy combatants* con la finalità di escluderli dai diritti previsti dall'ordinamento giuridico interno e da quello internazionale umanitario; si autorizzano le *indefinite detention* e i processi nei confronti di cittadini sospettati di essere implicati in attività terroristiche presso le *military commissions*, veri e propri tribunali speciali a cui non si applicano le regole del giusto processo e composti da ufficiali nominati dal dipartimento della difesa<sup>35</sup>. La prigione per presunti terroristi istituita all'interno della base militare statunitense di Guantanamo, ancora oggi funzionante, costituisce una drammatica evidenza dell'operatività del *Military Order*.

**A6.** Rafforzamento del ricorso agli apparati dell'esercito nelle città italiane in caso di attacco terroristico. A luglio del 2016 si è appreso dagli organi di stampa che nell'ambito delle misure di contro-terrorismo è stata pianificata dal Ministero dell'Interno la mobilitazione di squadre speciali militari di potenziamento del controllo del territorio. In caso di emergenza dovrebbe essere anche assegnata temporaneamente ai soldati la qualifica di "agenti di pubblica sicurezza" in modo da poterli impiegare utilmente per eventuali perquisizioni e arresti.

**B. Potenziamento dei controlli sulla popolazione straniera.** I migranti sono indicati come "classe pericolosa" e si utilizza ogni strumento disponibile per tentare di tenerli fuori dai confini fisici e giuridici delle democrazie occidentali<sup>36</sup>.

#### *Esempi di misure di sicurezza urbana*

**B1.** Misure per aumentare la sicurezza delle frontiere in termini di riduzione dei flussi migratori. Il caso più eclatante riguarda l'ordine esecutivo del 5 gennaio 2017 firmato da Donald Trump con il quale il Governo ha stanziato fondi federali per la costruzione del muro di confine tra Stati Uniti e Messico e ha previsto l'installazione di strutture di detenzione nei pressi della frontiera unitamente al potenziamento di personale di polizia. Più in generale, il rafforzamento del controllo delle frontiere è una tendenza presente in tutti i Paesi occidentali; nel continente europeo avviene soprattutto attraverso:

- l'approvazione di legislazioni nazionali sempre più restrittive rispetto alle

<sup>35</sup> Gargiulo P., 2009, "Le misure di contrasto al terrorismo nell'era dei diritti umani. Considerazioni introduttive", in Gargiulo P. e Vitucci M.C., *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1-28.

<sup>36</sup> Per approfondire questa tendenza cfr.: Parkin J., 2013, *The Criminalisation of Migration in Europe A State-of-the-Art of the Academic Literature and Research*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe; Lazaridis, G. (a cura di), 2011, *Security, Insecurity and Migration in Europe*, Routledge, London; FRA, 2011, *Fundamental Rights of migrants in an irregular situation in the European Union: Comparative Report*, European Union Agency for Fundamental Rights, Vienna; Palidda S. (a cura di), 2011, *Racial criminalization of migrants in 21st Century*, Routledge, London.

opportunità d'ingresso legale per motivi di lavoro;

- l'introduzione di reati di ingresso illegale o di aggravanti specifiche di "clandestinità";
- la sospensione unilaterale di accordi e trattati che impongono la ricollocazione dei migranti tra i Paesi dell'Unione europea (emblematico il caso dell'Ungheria);
- l'adozione di procedure lente e farraginose nelle pratiche di ricongiungimento familiare e per il riconoscimento dello status di rifugiato;
- l'istituzione, nel 2016, della *European Border and Coast Guard Agency* (Frontex);
- la sottoscrizione di accordi bilaterali (tra Italia e Libia) e di livello europeo (tra Commissione europea e Turchia) per limitare i flussi migratori da aree geografiche critiche: il memorandum d'intesa per il contrasto dell'immigrazione illegale firmato dall'Italia e dalla Libia del 2 febbraio del 2017, che estende il trattato già in essere tra i due Paesi siglato nel 2008 prevede il finanziamento (circa 5 miliardi di dollari) d'infrastrutture volte al contrasto dell'immigrazione (tra cui centri di detenzione in cui sono stati riscontrate torture, violenze, uccisioni e gravi violazioni dei diritti umani), di attività di formazione del personale e di assistenza tecnica alla guardia costiera e alla guardia di frontiera libica in modo da garantire il pattugliamento costante per impedire ai migranti di lasciare il Paese per dirigersi verso l'Europa; l'accordo siglato tra la Commissione europea e la Turchia il 1° marzo 2016 prevede la fornitura di varie forme di assistenza, con un esborso di alcuni miliardi di euro, per la gestione dei migranti siriani e palestinesi presenti in Turchia nei centri profughi turchi.

**B2.** Maggiore ricorso alle espulsioni di cittadini stranieri, come conseguenza delle legislazioni restrittive in tema d'immigrazione.

**B3.** Restrizioni nell'ottenimento della cittadinanza o della residenza. Il riferimento più immediato è al tentativo di Donald Trump, recentemente dichiarato illegittimo dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, di interrompere il programma del governo federale istituito nel 2012 dall'Amministrazione di Barack Obama col quale si concede ai cd *Dreamers*, persone arrivate illegalmente negli Stati Uniti da bambini, il diritto temporaneo di due anni rinnovabile di vivere, studiare e lavorare legalmente a condizione che non abbiano precedenti penali (*DACA, Deferred Action for Childhood Arrivals*). Il Presidente Obama introdusse il *DACA* perché il Congresso non riusciva ad approvare una legge, *DREAM Act (Development, Relief, and Education for Alien Minors Act)*, con la quale s'intendeva concedere la cittadinanza agli immigrati irregolari arrivati negli Stati Uniti da bambini. Sempre in tema di criteri di acquisizione della cittadinanza, nel discorso di Grenoble del 30 luglio 2010 Sarkozy, allora Presidente della Repubblica francese, propose di ritirare la cittadinanza francese a "qualsiasi persona d'origine straniera che volontariamente at-

tenti alla vita di un agente di polizia, di un gendarme o a qualunque altro depositario di autorità pubblica” e contestò l’automatismo dell’acquisizione della nazionalità francese da parte di un minore delinquente al momento della sua maggiore età. Così facendo, lo *status* di cittadino non si acquisisce più sulla base dello *ius sanguinis* (come avviene nella maggior parte dei Paesi europei) o dello *ius soli* (come accade in Francia fin dal 1500): “la nazionalità va meritata”. Anche in Italia la proposta di legge sullo *ius soli* ha risentito della discussione pubblica incentrata sul binomio sicurezza/immigrazione, che di fatto ne ha impedito l’approvazione a dicembre del 2017, con il risultato di negare la possibilità di acquisire la cittadinanza per minori nati in Italia con almeno uno dei genitori residente legalmente in Italia da almeno cinque anni (cd. *ius soli* temperato, vista la presenza di criteri di reddito, di alloggio e di conoscenza della lingua italiana introdotti nell’iter parlamentare e relativi ad almeno uno dei due genitori non europeo) o minori nati in Italia o arrivati successivamente che abbiano frequentato le scuole italiane per alcuni anni (5 o 6 anni a seconda dell’età di arrivo) e superato almeno un ciclo scolastico (cd *ius culturae*).

*Esempi di misure di contrasto al terrorismo islamico*

**B4.** Restrizione dell’ingresso negli Stati Uniti di rifugiati provenienti da Paesi considerati nemici perché luogo di provenienza di possibili terroristi: definito come *Muslim Ban*, l’ordine esecutivo dal titolo “Misure per proteggere gli Stati Uniti dall’ingresso di terroristi stranieri sul territorio nazionale”, firmato dal Presidente Donald Trump il 27 gennaio 2017, congela temporaneamente l’immigrazione da sette Paesi a maggioranza islamica – Iran, Iraq, Libia, Somalia, Sudan, Siria e Yemen – e l’intero programma di accoglienza dei rifugiati (che poi ripartirà a quote annue dimezzate, passando da 110.000 posti a 50.000); inoltre, viene bloccato a tempo indeterminato l’ingresso dei profughi in fuga dalla Siria. Il divieto di ingresso rivolto ai cittadini dei Paesi interessati dal bando riguarda anche coloro che sono in possesso della *green card* – e cioè con legittima residenza sul suolo statunitense – e i titolari di doppia cittadinanza (statunitensi esclusi). Restano possibili eccezioni sulla base di una valutazione caso per caso, ma al tempo stesso si prevede una severa selezione dei rifugiati provenienti da stati islamici in cui la priorità è data ai cristiani e ad altre minoranze religiose a discapito dei musulmani. Il bando viene riproposto temporaneamente nell’ottobre del 2017 per 11 Paesi definiti ad alto rischio unitamente alla previsione di superare il divieto con nuove misure di rafforzamento dei controlli di sicurezza caso per caso.

**B5.** Espulsioni di cittadini stranieri condannati per reati di terrorismo in violazione dell’art 3 della Convenzione Europea sui Diritti dell’Uomo e, in particolare, del divieto, affermatosi nella giurisprudenza degli anni Novanta, di espellere lo straniero verso un Paese dove è a rischio di subire torture o trattamenti inumani e

degradanti. La Corte europea dei Diritti dell'Uomo è intervenuta più volte per sanzionare il tentativo di alcuni governi europei (*in particolare quello britannico e italiano*) di sostenere l'accettabilità della violazione dell'art. 3 da parte dello Stato terzo in considerazione della minaccia che lo straniero sospettato di terrorismo rappresenta per la sicurezza collettiva<sup>37</sup>.

**B6.** Espulsioni di cittadini stranieri sospettati di terrorismo per via amministrativa. In Italia viene disposta dal Ministro dell'Interno, spesso quando non ci sono elementi neppure per una misura cautelare, come atto di alta discrezionalità amministrativa che riduce notevolmente i controlli giurisdizionali, limitandosi nei fatti all'intervento di convalida del Giudice di Pace, inizialmente neppure previsto come necessario, rispetto all'ordine del Questore con cui l'espulsione disposta dal Ministro viene concretamente eseguita. Come sottolinea Masera, se questa misura discrezionale di forte limitazione dei diritti dello straniero al di fuori delle garanzie processuali diventasse ricorrente e smettesse di essere rara ed eccezionale, si porrebbero problemi seri per la tenuta democratica del sistema di lotta al terrorismo<sup>38</sup>.

**C. Estensione della sfera penalmente rilevante, anticipazione dell'intervento penale e ampliamento del disciplinamento urbano.** S'introducono misure penali e provvedimenti di carattere amministrativo volti a estendere il raggio d'azione delle agenzie di controllo<sup>39</sup>.

#### *Esempi di misure di sicurezza urbana*

**C1.** Leggi che introducono nuove fattispecie di reato, che aumentano i limiti edittali delle pene o che rendono più facile il ricorso alla pena detentiva. Molti governi e parlamenti di Paesi europei, preoccupati per l'emergere della questione sicurezza urbana, si sono orientati verso politiche criminali improntate sul modello statunitense di Tolleranza zero nell'agire di polizia (ampliamento dei poteri di polizia e dell'utilizzo di misure di sicurezza e di prevenzione) e di leggi d'inasprimento della severità della pena (*three-strikes, truth-in-sentencing, and life-without-possibility-of-parole laws*): si pensi alla *Ley Orgánica* 11/2003 in Spagna sulla recidiva o alla *loi "Dati"* 1198/2007 in Francia che incide sui limiti edittali

<sup>37</sup> Masera L., 2016, "Il terrorismo e le politiche migratorie: sulle espulsioni dello straniero sospettato di terrorismo" in *Terrorismo internazionale, politiche della sicurezza, diritti fondamentali*, Speciali di Questione Giustizia, 76-90.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> Per approfondire questa tendenza cfr.: Ceretti A., Cornelli R., 2013, op. cit. nota 1; Harcourt B., 2001, *Illusion of Order. The False Promise of Broken Windows Policing*. Harvard University Press; Harcourt B., 2007, *Against Prediction: Profiling, Policing and Punishing in an Actuarial Age*, University of Chicago Press.

delle pene e sull'obbligo di comminare una pena detentiva in caso di recidiva. Anche in Italia, a partire dalla fine degli anni Novanta, probabilmente per l'affacciarsi nel dibattito sociale e politico dell'allarme sicurezza e della relativa domanda di penalità<sup>40</sup>, la politica legislativa si è decisamente orientata verso l'inasprimento delle pene con l'approvazione dei "pacchetti sicurezza" del 2001 (legge 128/2001) e del 2008/2009 (leggi 125/2008 e 94/2009), della legge "ex Cirielli" (251/2005) in tema di recidiva, della legge "Fini-Giovanardi" (49/2006) in tema di sostanze stupefacenti e, con riferimento all'immigrazione, della legge "Bossi-Fini" (189/2002) che ha portato a un aumento del numero di stranieri in carcere<sup>41</sup>.

**C2.** Tendenza all'anticipazione della tutela con misure riconducibili al "diritto penale del rischio". Anche in campo penale si sta imponendo un'esigenza di risposta anticipata delle condotte indesiderate volta a controllarne alla radice le fonti di rischio. In materia ambientale, tecnologica, alimentare e medica si stanno affermando forme di regolazione giuridica basate sull'incertezza derivante dall'impossibilità di prevedere le ricadute delle applicazioni scientifiche e tecnologiche; sono norme che adottano il principio di precauzione quale punto di appoggio per una tutela penale anticipata. In tal senso, si fa ricorso al diritto penale per evitare rischi per la sicurezza e la salute in settori come il nucleare, gli o.g.m., l'inquinamento e le malattie professionali: si tratta di intervenire su rischi non prevedibili e, dunque, in qualche misura nemmeno prevenibili, ma che allo stato delle conoscenze scientifiche non si possono ragionevolmente escludere<sup>42</sup>. Come sostiene Massimo Donini, questo nuovo "diritto penale del rischio" fa uso di criteri di imputazione che necessariamente erodono le categorie classiche della responsabilità penale per il fatto e per il fatto proprio: si risponde di qualcosa che, in assenza di leggi scientifiche in grado di prevederlo, non si può escludere che accada come esito di scelte di per sé inoffensive<sup>43</sup>.

**C3.** Provvedimenti amministrativi contro il degrado e le inciviltà. I governi locali statunitensi a partire dagli anni Novanta hanno adottato provvedimenti, noti come *Civility Laws*, volti a individuare, sanzionare e reprimere comportamenti ritenuti poco civili<sup>44</sup>. Si tratta, per lo più, di misure che proibiscono di sedersi o

<sup>40</sup> Pavarini M., 2006, op. cit. nota 29; Cornelli R., 2008, op. cit. nota 8.

<sup>41</sup> Romano C.A., 2014, "Carceri e stranieri", *Rassegna Italiana di Criminologia*, 2.

<sup>42</sup> Castronuovo D., 2011, "Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del 'penale' nella giurisprudenza della Cassazione", *Diritto Penale Contemporaneo*, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/776-principio-di-precauzione-e-beni-legati-alla-sicurezza>.

<sup>43</sup> Donini M., 2008, "Sicurezza e diritto penale", in *Cassazione penale*, XLVIII, 10, 3565.

<sup>44</sup> Beckett K., Herbert S., 2008, "Dealing with Disorder. Social Control in the Post-Industrial City", *Theoretical Criminology*, 12, 1, pp. 5-30; Cornelli R., 2010, "Ordinanze e sicurezza urbana: il background criminologico", *Regioni*, XXXVIII, 1-2, 419-428.

sdraiarsi sui marciapiedi o nelle stazioni degli autobus, di dormire nei parchi o in altri spazi pubblici, di collocare oggetti personali sul suolo pubblico per più di pochi minuti, di campeggiare, di bere alcoolici in pubblico, di vendere giornali o riviste per la strada e di chiedere l'elemosina, con l'obiettivo di dislocare le categorie di persone, soprattutto gli *homeless*, in aree meno visibili e periferiche. In più, a fianco di questi provvedimenti sono apparse, sempre in alcune città statunitensi, nuove ordinanze (*Off-limits Orders*, delle *Parks Exclusion Laws*, e delle *Trespass Laws*) che prevedono divieti, rivolti a determinate categorie di individui, a entrare e circolare liberamente, per un periodo di tempo stabilito, in determinati spazi normalmente aperti al pubblico (parchi, librerie, mezzi pubblici, ospedali, scuole, caseggiati e centri commerciali). Pur essendo stati introdotti come misure amministrative, questi provvedimenti hanno finito con il prevedere nuove figure di illecito la cui violazione determina l'attivazione di processi che possono concludersi anche con la condanna a periodi di breve detenzione nelle carceri locali (*jail*). Parallelamente, in Gran Bretagna con il *Crime and Disorder Act* del 1998 sono stati introdotti gli *Anti-Social Behaviour Orders* (Asbo) che attribuiscono ai governi locali il potere di intervenire su condotte che causano o è probabile che provochino tormento, paura o preoccupazione a una o più persone che non appartengono alla famiglia di chi le pone in essere. Nel 2000, per incoraggiare l'implementazione del progetto, viene istituita una *Anti-Social Behaviour Unit* a supporto delle politiche locali con contestuale ampliamento della gamma dei comportamenti da incorporare nel sempre più generico canone antisociale. In Italia è il pacchetto sicurezza Maroni (legge 125/2008) a prevedere, in aggiunta ad altre disposizioni, l'attribuzione al Sindaco del potere di *adottare con atto motivato ordinanze, anche contingibili e urgenti e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento*, volte a prevenire e a eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana<sup>45</sup>. Le ordinanze antidegrado sono state confermate come strumento utile al perseguimento delle condizioni di sicurezza urbana dal pacchetto sicurezza Minniti (legge 48/2017), che interviene sul tema della sicurezza urbana in modo ampio, introducendo tra l'altro un nuovo tipo di provvedimento amministrativo adottabile dal Sindaco: l'ordine di allontanamento<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Selmini R., 2013, "Le ordinanze italiane in materia di sicurezza. Una storia lunga e non solo italiana", in Benvenuti S. et al. (a cura di), *Sicurezza pubblica e sicurezza urbana. Il limite del potere di ordinanza dei sindaci stabilito dalla Corte costituzionale*, Franco Angeli, Milano.

<sup>46</sup> Ruga Riva C., Cornelli R., Squazzoni A., Rondini P., Biscotti B., 2017 "La sicurezza urbana e i suoi custodi (il sindaco, il questore e il prefetto). Un contributo interdisciplinare sul c.d. decreto Minniti", *Diritto penale contemporaneo*, 1-38.

*Esempi di misure di contrasto al terrorismo islamico*

**C4.** Introduzione di nuovi reati di terrorismo e anticipazione della tutela penale. Oltre all'estensione alla dimensione internazionale di fattispecie già esistenti relative al terrorismo interno (cfr. in Italia il dl 374/2001 relativamente al delitto di associazione con finalità di terrorismo o di eversione già previsto dal 1980), sono state introdotte nuove fattispecie preparatorie e collaterali rispetto ai delitti associativi, che portano a una consistente anticipazione della tutela penale a una fase antecedente a quella tipizzata per i delitti di attentato (e che hanno indotto la magistratura ad adottare interpretazioni restrittive per limitare l'espansione del controllo penale alla sola manifestazione del pensiero). Nel codice penale tedesco all'alto tradimento contro la Federazione o un *Land* (§§ 81 e 82 StGB) il § 83 StGB affianca la punibilità delle condotte preparatorie, che la giurisprudenza delimita alla preparazione di uno specifico atto di alto tradimento, ossia quando dalla preparazione si sta passando alla fase esecutiva entro una distanza temporale non incerta e non imprevedibile (anche se non si richiede un pericolo concreto, altrimenti si ricadrebbe nel più grave delitto di attentato). Sempre in Germania la *Legge sulla repressione della preparazione di gravi fatti di violenza pericolosi per lo Stato* (30 luglio 2009) ha introdotto nuove fattispecie preparatorie ai §§ 89a, 89b, 91StGB che, a differenza della generica fattispecie di cui al § 83, sono state tipizzate: le condotte preparatorie del grave fatto violento pericoloso per lo Stato (deve trattarsi di delitti contro la vita che siano in concreto determinanti ed idonei a mettere in pericolo l'esistenza o la sicurezza di uno Stato o di una organizzazione internazionale o a sopprimere o eludere principi costituzionali) consistono nell'istruire o nel farsi istruire nella preparazione o nell'uso di armi da sparo, esplosivi, dispositivi esplosivi o incendiari, combustibile nucleare o radioattivo, sostanze velenose o altrimenti nocive alla salute, dispositivi necessari per la realizzazione dell'obiettivo, ovvero nel preparare o procurare armi, sostanze o dispositivi innanzi indicati, nel procurarsi o custodire oggetti o sostanze essenziali per la preparazione di armi, sostanze o dispositivi predetti, nonché nella raccolta, ricezione e messa a disposizione di valori patrimoniali non irrisori per la realizzazione di tali fatti. Nel 2015 il § 89a StGB è stato esteso anche al compimento di atti diretti a viaggiare all'estero per commettere un grave fatto violento. Il § 89b StGB punisce infine chi, al fine di prendere istruzioni per la commissione del reato di cui all'art. 89aStGB, attiva o mantiene contatti con un'associazione terroristica (§ 129 StGB), anche straniera (§ 129a StGB), incriminando così una condotta preparatoria rispetto ad un delitto a sua volta preparatorio. Infine, il § 91 prevede la pena della reclusione sino a due anni in alternativa alla pena pecuniaria per chi pubblica o rende accessibile ad un'altra persona uno scritto il cui contenuto sia idoneo a servire come istruzione per la commissione di un grave fatto violento

pericoloso per lo Stato. Nel 2015 è stato aggiunto anche il § 89c StGB che punisce, come fattispecie autonoma, il finanziamento del terrorismo<sup>47</sup>. Anche in Italia si è verificata un'estensione del controllo penale con l'introduzione di delitti che incriminano le condotte preparatorie o collaterali al delitto di associazione con finalità di terrorismo (art. 270-*bis*): assistenza agli associati (art. 270-*ter*), arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale (270-*quater*), organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo (270-*quater*.1), addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale (270-*quinquies*), atto di terrorismo con ordigni micidiali o esplosivi (280-*bis*), finanziamento di condotte con finalità di terrorismo (270-*quinquies*.1), sottrazione di beni o denaro sottoposti a sequestro (270-*quinquies*.2), condotte con finalità di terrorismo (270-*sexies*). Come indica Marco Pelissero, "proprio nelle fattispecie a struttura fortemente anticipata si annida il progressivo avvicinamento del diritto penale al limite verso il confine della sua delegittimazione [...] il rischio è che fattispecie, che formalmente non sembrano limitare la libertà di manifestazione del pensiero, possano entrare velocemente in un terreno che ne comporta invece la violazione: spetta allora al magistrato che deve interpretare la norma e valutare le prove garantire il confine di legittimità del controllo penale"<sup>48</sup>. In breve, si affida alla magistratura il delicato compito di garantire la tenuta democratica di un diritto penale che, attraverso l'anticipazione della tutela, rischia di scivolare nel diritto penale d'autore. Come sottolinea ancora Donini "quando un ordinamento punisce [per esempio] anche il semplice consenso-accordo che una persona dà per essere addestrata, in futuro, come terrorista (arg. ex art. 270-*quinquies* e 304 c.p.), è ormai oltre la soglia del diritto penale della volontà e dell'intenzione, o della pericolosità soggettiva, e il terrorista *in pectore* è già trattato penalmente come un *nemico* dello Stato"<sup>49</sup>.

**C5.** Estensione dei poteri di polizia e delle misure di prevenzione. Il maggior peso delle misure di polizia, amministrative o di prevenzione penale è l'effetto della legislazione d'emergenza che è stata emanata nei diversi Paesi (cfr. par. 2.4.3 A. Ricorso a stati d'eccezione). In Gran Bretagna il *Crime and Security Act* del 2001 introdusse la possibilità di espellere o, in caso d'impossibilità, di detenere indefinitamente i cittadini non-UK sospettati di terrorismo internazionale su indicazione del Segretario di Stato. L'incompatibilità di questa legislazione con l'art. 5 della Convenzione europea sui diritti umani (diritto alla libertà) portò il Governo a emettere un controverso atto in deroga che venne nel 2004 dichiarato

<sup>47</sup> Per approfondire la legislazione tedesca in materia cfr. Pelissero M., 2016, "Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite", in *Terrorismo internazionale, politiche della sicurezza, diritti fondamentali*, Speciali di Questione Giustizia, 99-112.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> Donini M., 2008, op. cit. nota 43, 3561-3562.



dalla *House of Lord* incompatibile con gli artt. 5 e 14 della ECHR. Nel 2005 il Governo britannico introdusse nell'ambito del *Prevention Terrorism Act* il sistema dei *Control Orders*, vale a dire provvedimenti amministrativi contenenti pesanti restrizioni della libertà (sorveglianza elettronica, limite orario di rientro nell'abitazione privata, divieto d'incontro con determinate persone e di frequentazione di determinati luoghi, divieto di usare il telefono, di guidare e di pregare nelle moschee) adottati nei confronti di persone sospettate di attività terroristiche e fortemente ridimensionati nel 2009. Nel 2011 sono state introdotte nuove misure di prevenzione e investigazioni, le TPIMs (*Terrorism Prevention and Investigation Measures*) che, al pari di ciò che avviene nella pratica per i *Control Orders*, sono gestite dall'*Home Secretary* al di fuori, in prima battuta, di controllo giurisdizionale<sup>50</sup>. In Francia è operativa la *garde à vue*, che consente alla polizia di detenere e interrogare i fermati per terrorismo per quattro giorni, in assenza di intervento di magistrati e di avvocati, ciononostante ottenendo dichiarazioni costituenti prove valide nei processi<sup>51</sup>. In Italia sono state estese al terrorismo quelle misure di prevenzione personale previste dal cd. Codice Antimafia, con una funzione complementare e integrativa rispetto alla repressione penale<sup>52</sup>.

**D. Ricorso a misure di prevenzione situazionale e diffusione della cultura della paura.** La trasformazione securitaria della città, che porta a nuove forme di esclusione e segregazione residenziale, è l'esito di un approccio preventivo che si propone di ridurre la commissione di reati, il perpetrarsi di atti di inciviltà o il verificarsi di eventi drammatici attraverso il ricorso a impedimenti fisici/tecnologici unitamente al richiamo rivolto a cittadini, enti pubblici e imprese ad adottare misure di auto-protezione disponibili sul mercato<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> L'elenco delle TPIMs è disponibile sul sito ufficiale della legislazione britannica: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/23/schedule/1/enacted>. Si veda, anche per i dati sul ricorso effettivo alle misure indicate, Allen G., Dempsey N., 2017, *Terrorism in Great Britain: the Statistics*, House of Commons Library, Briefing Paper Number CBP7613, 6 October 2017; Jarvis L., Lister M., 2015, *Anti-terrorism, citizen and security*, Manchester University Press.

<sup>51</sup> Spataro A., 2016, "Politiche della sicurezza e diritti fondamentali", in *Terrorismo internazionale, politiche della sicurezza, diritti fondamentali*, Speciali di Questione Giustizia, 167-222.

<sup>52</sup> Balsamo A., 2015, "Decreto antiterrorismo e riforma del sistema delle misure di prevenzione", *Diritto Penale Contemporaneo*, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/3722-decreto-antiterrorismo-e-riforma-del-sistema-delle-misure-di-prevenzione>.

<sup>53</sup> Per approfondire questa tendenza cfr.: Garland D., 2001, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Late Modernity*, Oxford University Press, Oxford (trad. it. *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Il Saggiatore, Milano, 2004); Lyon D., 2001, *Surveillance Society. Monitoring Everyday Life*, Open University Press.

*Esempi di misure di sicurezza urbana*

**D1.** Disegno urbano per la sicurezza. Dal 1994 al 2001 l'allora Sindaco di New York Rudolph Giuliani diede attuazione a una strategia, nota come Tolleranza Zero, ispirata alla cd. *Broken Windows Theory* di James Q. Wilson and George L. Kelling e caratterizzata, da un lato, dall'anticipazione dell'intervento repressivo, sempre più orientato a eliminare situazioni di fastidio, degrado o inciviltà (*signs-of-crime policing*, cfr. sopra punto C), dall'altro, dall'attuazione d'iniziative di prevenzione situazionale, a discapito del finanziamento di programmi di prevenzione sociale e comunitaria, volti a ridurre le opportunità criminali attraverso l'uso di sistemi di videosorveglianza, l'incremento di agenti di polizia per le strade e il ricorso a soluzioni architettoniche ispirate alla teoria dello spazio difendibile dell'architetto Oscar Newman e all'approccio del CPTED (*Crime Prevention Through Environmental Design*) del criminologo Ray Jeffrey. La progettazione dell'ambiente urbano orientata alla sicurezza e l'individuazione di soluzioni di arredo finalizzate a disincentivare l'attuazione di propositi criminali si affermano come paradigma delle politiche urbane un po' ovunque: l'aumento della visibilità attraverso una corretta illuminazione di strade e piazze o l'eliminazione delle siepi nei giardini pubblici e privati; la riduzione di comportamenti indesiderati attraverso l'installazione di panchine tubolari che impediscano di sdraiarsi o di impedimenti fisici che limitino l'accesso a edifici, a stazioni o ad aree gioco; la realizzazione di zone sicure attraverso la costruzione di muri e cancellate fino all'istituzione di vere e proprie *gated communities* oppure attraverso la privatizzazione di spazi pubblici: sono solo alcuni degli esempi di una tendenza che, unitamente all'uso della videosorveglianza e delle misure di autoprotezione (cfr. D2 e D3), sta trasformando l'aspetto fisico delle città o, più spesso, del loro centro o delle zone più turistiche, potando a nuove forme di segregazione ed esclusione<sup>54</sup>.

**D2.** Tecnologie per la sorveglianza. Nell'ambito delle politiche di difesa dello spazio pubblico e privato, l'installazione di sistemi di videosorveglianza costituisce la soluzione più adottata da enti pubblici, aziende private e cittadini e si è diffusa in tutto il mondo in modo repentino. Con riferimento all'Europa, già nel 2004 uno studio su sei capitali europee calcolava che a Londra il 40 per cento degli spazi accessibili al pubblico erano sorvegliati da telecamere, ad Oslo il 39, a Copenaghen il 33, a Budapest il 28, a Berlino il 21 e a Vienna il 18. Anche la Francia e l'Olanda hanno avuto una diffusione rapida di CCTV (*Closed Circuit Television*), così come l'Italia. Va detto che l'estensione di questo sistema di videosorveglianza, i cui effetti in termini di prevenzione della criminalità sono an-

<sup>54</sup> Low S.M., 2001, "The Edge and the Center: Gated Communities and the Discourse of Urban Fear", *American Anthropologist*, 103, 1, 45-58.

cora discussi, dipende in gran parte dalle decisioni dei governi nazionali di orientare le politiche locali nel finanziare cospicuamente programmi di videosorveglianza. Così è accaduto in Inghilterra: l'adozione di CCTV è stata molto graduale a partite dagli anni Settanta e in settori specifici (trasporto pubblico, controllo dei flussi di traffico, stadi, eventi di particolare rilevanza) ma, a partire dal 1993, a seguito di un fatto che sconvolse l'Inghilterra – il rapimento, ripreso nei suoi momenti iniziali dal sistema di videosorveglianza di un centro commerciale, e l'orrenda uccisione di un bambino di soli due anni, James Bulger, a opera di due ragazzini di 10 anni – l'*Home Secretary*, Michael Howard, allocò 2 milioni di sterline per finanziare l'installazione di sistemi di CCTV per le strade, chiamando i privati a concorrere con ulteriori fondi. Il finanziamento pubblico presto s'incrementò a seguito delle numerose richieste provenienti da ogni parte del Paese, fino ad arrivare nel 1998 a 31 milioni di sterline, a cui si aggiunsero 54 milioni dalle *partnership* locali e private. Il governo laburista di Tony Blair decise di estendere ulteriormente l'adozione dei sistemi di videosorveglianza arrivando nel 1999 a stanziare nell'ambito del *Crime Reduction Programme* 153 milioni di sterline per l'Inghilterra e il Galles e 17 milioni di sterline per la Scozia<sup>55</sup>. Anche in Italia l'adozione di sistemi di videosorveglianza da parte degli enti locali per rispondere alla domanda di sicurezza dei cittadini ha registrato una crescita notevole, favorita da misure legislative che hanno attribuito ai Sindaci specifiche competenze in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana (leggi 125/2008 e 38/2009 e, più recentemente, legge 48/2017) e da contributi statali e regionali stabiliti appositamente. La centralità assunta dalla videosorveglianza tra le misure per la sicurezza urbana si evince anche dal contenuto dei protocolli e patti per la sicurezza tra Comuni e Prefetture che prevedono quasi sempre una parte dedicata all'implementazione di apparati tecnologici di sorveglianza.

**D3.** Misure di auto-protezione, servizi di sicurezza e risposte comunitarie. La vita quotidiana risente profondamente del clima sociale caratterizzato da ansie e inquietudini diffuse, che, sostenute da una spinta al consumo tipica della nostra epoca, richiamano ciascuno ad adottare atteggiamenti e stili di vita volti all'auto-protezione: a comportamenti più tradizionali come prendere un cane da guardia, lasciare accese le luci quando si è fuori casa, chiedere ai vicini di controllare la casa si sono aggiunti, in ottica di prevenzione situazionale, misure volte a porre ostacoli fisici idonei a evitare o rendere più difficile l'ingresso di persone non autorizzate: allarmi, serrature speciali, porte blindate, grate alle finestre, sistemi CCTV condominiali o privati.

L'industria della sicurezza produce e vende beni e prodotti a enti pubblici,

<sup>55</sup> Norris C., McCahill M., Wood D., 2004, "The Growth of CCTV: a global perspective on the international diffusion of video surveillance in publicly accessible space", *Surveillance & Society*, 2, 2/3, 110-135.

imprese e privati cittadini, ma offre anche servizi per la sicurezza. Secondo i dati della *Confederation of European Security Services* (Coess, *Private Security services in Europe*, 2013) raccolti per 34 Paesi europei (oltre ai 28 membri della UE anche Bosnia, Macedonia, Norvegia, Serbia, Svizzera e Turchia), il fatturato complessivo dell'industria della sicurezza privata è di 34.572 miliardi di euro, con una previsione di crescita in ogni ambito di attività: dal *Cash-in-Transit Services* al *Body-Guarding*, dall'*Alarm and CCTV Monitoring* all'*Aviation and Maritime Security*, dal *Beat Patrol* all'*Event Security* e al *Critical Infrastructure Protection*. Senza contare la gestione di centri di detenzione per migranti e la forte spinta alla privatizzazione della gestione delle carceri. Insomma, quello della sicurezza è un settore fiorente, in rapida crescita da almeno un ventennio, spesso trainante per uscire da periodi di stagnazione economica<sup>56</sup>. Va citata, infine, la tendenza a costituire iniziative comunitarie di prevenzione difensiva, come i *Neighborhood Watch* inglesi o il controllo di vicinato italiano, le quali non di rado producono l'effetto perverso di diffondere sospetto, paura e diffidenza verso le istituzioni, contribuendo a rafforzare le domande di penalità e di auto-protezione.

*Esempi di misure di contrasto al terrorismo islamico*

**D4.** Paesaggi urbani difensivi. A seguito degli attacchi terroristici dell'11 settembre del 2001 la tendenza a difendere la città attraverso strategie di militarizzazione, fortificazione, sorveglianza elettronica e limitazione degli spazi accessibili al pubblico si è fatta via via più effettiva. La percezione di una potenziale minaccia terroristica ha indotto a implementare misure di sicurezza per ridurre il rischio di terrorismo (*design out terrorism*), sia per le aree urbane che per *target* specifici (si veda, per esempio, il rapporto del *United Nations Counter-Terrorism Committee* sulla protezione delle infrastrutture critiche dell'8 marzo 2017) simili a quelle introdotte per ridurre il rischio di criminalità (*design out crime*). Le barriere fisiche anti-intrusione e le prescrizioni amministrative che impongono regole più stringenti e controlli più serrati per la gestione di eventi che prevedono un ingente afflusso di pubblico (in tale direzione si consideri per l'Italia la nota del Capo della Polizia del 7 giugno 2017, nota come "circolare Gabrielli") costituiscono l'aspetto più evidente e discusso (per un approfondimento sulla trasformazione delle città nell'era del terrorismo<sup>57</sup>).

<sup>56</sup> Per un approfondimento su questi aspetti si veda la ricca documentazione disponibile sul sito web del *Private Security Monitor* dell'Università di Denver. Cfr. anche van Steden R., Sarre R., 2007, "The Growth of Private Security: Trends in the European Union", *Security Journal*, 20, 222-235.

<sup>57</sup> Coaffee J., 2003, *Terrorism, Risk and the City: The Making of a Contemporary Urban Landscape*, Routledge, New York; Dalton B., Martin K., McAndrew C., Nikolopoulou M., Triggs T., 2015, "Design Strategies for Visible Counter-Terrorism in Public Spaces", in Stedmon A., Lawson

**D5.** Spesa pubblica e industria dell'antiterrorismo. Le politiche anti-terrorismo solitamente sono di due tipi: pro-attive e difensive. Le prime si concentrano sul proteggere specifici *target* da possibili attacchi o sul ridurre i danni in caso di attacco: consistono in azioni che presuppongono investimenti in tecnologie o che orientano a cambiare stili di vita per limitare l'esposizione a situazioni di rischio. Le politiche pro-attive, invece, riguardano tutte le misure che mirano a contrastare direttamente l'attività terroristica attraverso l'intervento sui flussi di finanziamento, sul rifornimento di armi, sul reclutamento, sulla radicalizzazione, fino a includere da un lato l'intervento militare e le operazioni di *intelligence*, dall'altro le azioni di prevenzione sociale nei quartieri a rischio. Indubbiamente esiste un'inclinazione a favorire le misure difensive e, tra le pro-attive, quelle più di carattere militare o investigativo. Questo approccio, proprio per il fatto che si propone di proteggere le potenziali vittime anche attraverso campagne di sensibilizzazione facilmente inclini alla sovra-rappresentazione dei rischi – "esagerazione", come l'ha definita John Mueller<sup>58</sup>, produce una circolazione sociale della paura che s'intreccia con l'espansione in atto da qualche decennio dell'industria della sicurezza, facendo dell'antiterrorismo, finanziato perlopiù da governi nazionali e locali, un ulteriore settore economicamente promettente. John Mueller e Mark G. Stewart sottolineano come dal 2001 gli Stati Uniti abbiano incrementato la spesa federale sulla sicurezza di 360 miliardi di dollari in media all'anno<sup>59</sup>. In Europa un simile calcolo non è facile per via delle scarse informazioni disponibili per ciascun Paese: sappiamo, per esempio, che il Governo francese, dopo gli attacchi del gennaio 2015, ha aumentato la spesa sull'antiterrorismo di 3,8 miliardi di euro per i 4 anni a seguire<sup>60</sup>, similmente a quanto avvenuto in Inghilterra, Spagna e Germania<sup>61</sup>. Per ovviare alla mancanza di dati certi, alcuni centri di ricerca hanno considerato la spesa militare complessiva come un indicatore *proxy* della spesa per la sicurezza da attacchi terroristici: sulla base dei dati dello *Stockholm International Peace Research Institute*, la maggior parte dei Paesi europei ha visto una riduzione e, poi, una stabilità della spesa fino al 2002, anno in cui si è verifi-

G. (a cura di), *Hostile Intent and Counter-Terrorism: Human Factors Theory and Application*, Ashgate, 261-276.

<sup>58</sup> Mueller J., 2006, *Overblown. How Politicians and the Terrorism Industry Inflate National Security Threats, and Why We Believe Them*, Free Press, New York.

<sup>59</sup> Mueller J., Stewart M.G., 2011, *Terror, Security, and Money: balancing the risks, the costs of homeland security*, Oxford University Press, Oxford, 211; Mueller J., Stewart M.G., 2016, *Chasing Ghosts: The Policing of Terrorism*, Oxford University Press, Oxford.

<sup>60</sup> Sgueo G., 2016, *Counter-terrorism funding in the EU budget*, Briefing of the European Parliament, 4/2016.

<sup>61</sup> Danzell O.E., Zidek S., 2013, "Does counter-terrorism spending reduce the incidence and lethality of terrorism? A quantitative analysis of 34 countries", *Defense & Security Analysis*, 29:3, 218-233.

cato un balzo in avanti<sup>62</sup>. Con riferimento agli stanziamenti dell'Unione europea, invece, i dati sono più affidabili. Nel primo studio del 2011 sui costi delle misure europee di controterrorismo condotto su richiesta del Parlamento europeo, pur rilevando la difficoltà di reperire informazioni, si stimava che la spesa per le misure di contro-terrorismo fosse aumentata da 5,7 milioni di euro nel 2002 a 93,5 milioni di euro nel 2009. La spesa nell'area *freedom, security and justice* ha avuto un incremento del 163% tra il 2006 e il 2011 (anche se solo in parte riguarda le misure antiterrorismo). Infine, per il titolo '*Security and Citizenship*' il budget dell'Unione europea è aumentato da 2.522 milioni di euro nel 2015 a 4.052 milioni nel 2016 e in tale contesto la spesa per le misure antiterrorismo, comprendendo anche i fondi e le spese per il funzionamento delle relative istituzioni, ha avuto un rapido incremento<sup>63</sup>.

**D6.** "If you See Something, Say Something". Aumentare la consapevolezza del rischio costituisce un obiettivo fondamentale di quasi tutte le strategie di antiterrorismo anche se l'effetto che le campagne di sensibilizzazione producono è quello di diffondere paura e diffidenza piuttosto che conoscenze sul fenomeno terroristico. Mutuata dalle esperienze di *Neighborhood Watch*, l'iniziativa denominata "If you See Something, Say Something" costituisce un caso emblematico della tendenza a far coincidere la consapevolezza del rischio con la cultura del sospetto che induce a sovra-rappresentare le minacce e a diffondere panico morale. Introdotta nel 2010 dal *Department of Homeland Security* (DHS), questa nuova misura anti-terrorismo prese le mosse da un video di 60 secondi, proiettato sugli schermi di luoghi pubblici e privati come stadi, hotel, catene di negozi, aeroporti, stazioni e treni di ogni angolo degli Stati Uniti, in cui Janet Napolitano, DHS *Secretary*, richiedeva ai cittadini di tenere bene gli occhi aperti e di fare attenzione a eventuali attività sospette, perché "la sicurezza del Paese inizia dalla sicurezza della tua città [...] se vedi qualcosa di sospetto nel parcheggio o in un negozio, dillo immediatamente. Riporta l'attività sospetta alla tua polizia locale o allo sceriffo [...] Grazie di fare la tua parte nell'aiutarci a rendere le nostre città sicure"<sup>64</sup>. Con la campagna "See Something, Say Something" il governo americano ha scelto di incoraggiare e facilitare la vigilanza *peer-to-peer* volta a rendere ogni individuo agente di una sorveglianza diffusa: "occhi e orecchie" per controllare vicini,

<sup>62</sup> Cfr. Zucchi K., "What Countries Spend On Antiterrorism", in Investopedia.com, 24 March 2016.

<sup>63</sup> Wensink W., van de Velde M., Boer L., 2011, *Estimated costs of EU counterterrorism measures*, Directorate General For Internal Policies, European Parliament. Per una descrizione complessiva e accurata della strategia europea antiterrorismo si veda: Wensink W. et al., 2017, op. cit. nota 20.

<sup>64</sup> US Homeland Security, 2010 citato in Reeves J., 2012, "If You See Something, Say Something: Lateral Surveillance and the Uses of Responsibility", *Surveillance & Society*, 10, 3-4, 235-248.

familiari, negozianti o acquirenti, pendolari, tifosi e così via<sup>65</sup>. Considerando la chiamata al controllo di origine governativa e la consapevolezza del cittadino di svolgere un'attività di vigilanza su attività sospette, espressioni come "sorveglianza spontanea" o "controllo sociale informale" non descrivono in modo appropriato questo nuovo lavoro di controllarsi l'un l'altro<sup>66</sup>. Appare più convincente la definizione di sorveglianza laterale, a indicare un'attività partecipata anche grazie all'uso di strumenti tecnologici d'interazione che non si limita a incrementare la capacità di sorveglianza della polizia – che può avvalersi potenzialmente dell'occhio di ciascun cittadino (almeno nelle intenzioni, considerati gli effetti collaterali di un simile proposito) –, ma che principalmente orienta i cittadini a definire i problemi nei termini formulati dalle autorità<sup>67</sup>: s'instilla un senso d'identificazione con le priorità di chi controlla gli strumenti d'interazione che consentono la vigilanza reciproca (nelle campagne americane "If you See Something, Say Something" solitamente la polizia).

#### 2.4.4. *Le politiche tra acting out e lapsus*

Da questa sintetica analisi delle tendenze e di alcune delle misure che interessano il campo politico si ricava una prima conferma del fatto che il terrorismo globale di matrice islamica abbia sostituito, almeno in parte, la criminalità e le inciviltà come fattore di legittimazione di politiche che si sono sviluppate sul modello del paradigma emergenziale, dell'anticipazione della tutela penale, del *signs-of-crime policing*.

In gran parte si tratta di politiche espressive, di *acting out* secondo la definizione di David Garland, che punta l'accento sull'irriflessività e sul passaggio all'atto: la prontezza d'intervento dà la sensazione che le autorità stiano affrontando con efficacia il problema quando invece spesso lo stanno solo tamponando, riducendone gli effetti più visibili. Su un altro piano, proseguendo con l'utilizzo di una terminologia di derivazione psicanalitica, queste misure appaiono dei *lapsus*: solo apparentemente casuali (nel senso di sconnesse tra loro e prive di un'ideologia che le tenga insieme), sono manifestazioni indirette di una sorta di inconscio collettivo e costituiscono un canale attraverso cui trovano possibilità di esprimersi pensieri che, altrimenti, resterebbero rimossi da forme di censura. Fuor di metafora, queste politiche da un lato mirano a rassicurare nella forma del "per fortuna qualcuno sta facendo subito qualcosa" (*acting out*), dall'altro espri-

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> Andrejevic M, 2004, "The Work of Watching One Another: Lateral Surveillance, Risk, and Governance", *Surveillance & Society*, 2, 4, 479-497.

<sup>67</sup> Andrejevic M, 2006, "The Discipline of Watching: Detection, Risk, and Lateral Surveillance", *Critical Studies in Media Communication*, 23, 5, 397-8.

mono in modo obliquo ciò che non sarebbe (ancora) accettabile manifestare apertamente nel campo politico delle società occidentali (*lapsus*), vale a dire quel sentimento diffuso di sfiducia verso la democrazia, che con i suoi *checks and balances* (pesi e contrappesi), i suoi principi di stato di diritto (*rule of law*), la sua spinta inclusiva e le sue forme di rappresentanza non è ritenuta più adeguata a garantire sicurezza e benessere.

In questo *lapsus* politico-culturale possiamo cogliere, dunque, un campanello d'allarme circa la tenuta del progetto democratico, minato non tanto dalle singole misure messe in atto, ma dall'umore di fondo che le sostiene: se, come sostiene Alessandro Ferrara, il sentire democratico è quell'infrastruttura affettiva della democrazia che trova nell'apertura un ancoraggio saldo, e se, come sostiene Norberto Bobbio, la democrazia è un regime costantemente in tensione e sempre in trasformazione, le tendenze a restringere il campo dei diritti, a renderli esclusivi e ad ampliare la sfera di disciplinamento della vita delle persone prefigura nuove modalità di immaginare la relazione tra cittadini e potere che forzano i confini di ciò che abbiamo inteso finora con il termine democrazia.

### 3. *Immaginare il potere oggi*

In questo contributo si è dato atto di come la criminologia – campo indisciplinato di un sapere continuamente fertilizzato da diverse prospettive di ricerca (sociologica, filosofica, giuridica, antropologica, psicologica, medica, informatica) e, al tempo stesso, terreno fertile per immaginare nuovi sguardi capaci di posarsi al confine di diverse discipline – possa aiutare non solo a comprendere maggiormente la relazione tra paura, terrorismo e politica attingendo dalla letteratura sulla *fear of crime*, ma anche a individuare un *continuum* politico-culturale tra le paure sociali e le misure che si collocano nel passaggio dal governo della sicurezza urbana al contrasto al terrorismo globale.

Questa considerazione, supportata dai dati e dalle riflessioni contenute nelle quattro tesi proposte, segnala il fatto che nelle società occidentali è in atto una graduale sostituzione della paura della criminalità con la paura di attacchi terroristici: entrambe si affermano in stretto rapporto al fenomeno dell'immigrazione e al senso di declino della civiltà, con alcune differenze d'intensità che pare utile sottolineare.

Il terrorismo globale di matrice islamica, infatti, sembra percorrere in modo più deciso quelle tendenze che si sono affermate nel campo della sicurezza urbana. In particolare:

- amplifica la percezione di pericolosità dell'immigrazione e rende assiomatica la tesi che sia in atto un'invasione, una sostituzione etnica, uno scontro di civiltà;



- stabilizza le vampate di allarme sociale, rendendole più frequenti, più intense e meno occasionali (vale a dire meno dipendenti da singoli eventi);
- consolida l'opinione diffusa circa la necessità di misure d'emergenza;
- legittima il potenziamento delle misure di restrizione dei diritti e l'ampliamento del disciplinamento in diversi ambiti della vita individuale e sociale, già inaugurate nelle fasi di allarme per la sicurezza urbana.

In tal modo si perpetua quella circolarità della produzione sociale della paura che è stata descritta come tratto caratterizzante di una mentalità collettiva trasversale e diffusa che fornisce le coordinate per sentire e agire e che, entrando nel campo politico, sostiene la trasformazione dell'ordine, cambiando finalità e funzioni alle istituzioni esistenti o creandone di nuove. La popolazione che ha paura diventa l'ossessione di chi governa: se ne coglie l'importanza in termini di risorsa di legittimazione ma, al tempo stesso, se ne teme la carica distruttiva che può travolgere la classe politica e le istituzioni. Il richiamo implicito alla "paura sacra" tematizzata da Ferrero rende ancor più chiara la comprensione della politica ai tempi del terrorismo globale, che si nutre di diverse paure: le paure dell'opinione pubblica che si tenta di capitalizzare in termini di consenso, le paure delle persone in carne e ossa che ci s'impone di affrontare con efficacia, le paure dei governanti di non riuscire a contenere in modo utile le paure sociali e che, presi dall'urgenza e dalla difficoltà di dare risposte, tendono a riprodurre ellitticamente il circolo vizioso tra paura e politica, con discorsi e misure d'emergenza. Riecheggiano ancora le parole di Ferrero sul potere che rischia di rafforzare e moltiplicare la paura, legandola, in un "cerchio infernale", all'uso della forza, qui intesa come repressione e contrazione democratica.

La situazione ora descritta sembra non lasciare scampo, inducendo a ritenere che l'immediato futuro sarà con tutta probabilità segnato da politiche regressive sul piano della libertà e dei diritti. Ma già nel 2001 il criminologo David Garland concludeva il suo libro *The Culture of Control* rammentando al lettore che il futuro non è inevitabile. Non lo è – mi permetto di aggiungere – se prendiamo consapevolezza del fatto che il presente non è univoco, se riusciamo cioè ad apprezzarlo nelle sue sfumature e per le sue sbavature; se siamo in grado, quindi, di considerare le paure non come pretesto per rinforzare gli egoismi individuali e sociali ipertrofici ma come segnali d'allarme del fatto che la ragnatela sociale e istituzionale che abbiamo tessuto non regge al peso delle trasformazioni e necessita di essere rinsaldata. In effetti, poiché il dispositivo della paura agisce sempre sulla relazione tra individuo, società e potere, il problema di fondo rimane quello di comprendere se siamo in grado di farlo funzionare in modo da stimolare forme di fraternità inclusiva e aumentare gli spazi di esercizio dei diritti oppure se, senza rendercene conto, lasceremo che il dispositivo della paura continui a erodere giorno per giorno gli spazi di civiltà che in questi secoli abbiamo faticosamente

conquistato. Come primo passo, visto che le persone dicono di aver paura di molte cose (tra cui cambiamento climatico, disoccupazione, incertezze economico-sociali) e non solo di terrorismo e criminalità, dobbiamo chiederci se siamo in grado di dare più spazio pubblico a quelle paure sociali che consentono di ritrovarsi uniti nella condizione di vulnerabilità umana e d'immaginare nuovi equilibri tra libertà e sicurezza all'insegna dell'inclusione nella sfera dei diritti di sempre più persone.

La questione politica più urgente è precisamente il vuoto d'immaginazione: la centralità di sicurezza e terrorismo sta impoverendo la capacità di pensare diversamente il ruolo della politica, costringendo l'azione in perimetri sempre più stretti e chiusi. È un vuoto che riguarda la stessa relazione tra cittadini e potere: lo storico dell'arte già citato in apertura, Horst Bredekamp, considera come oggi si fatichi addirittura a immaginare il potere, a darne una rappresentazione grafica. Sappiamo com'era nella modernità grazie a Hobbes e Bosse, lo abbiamo visto all'opera nell'epoca dei totalitarismi novecenteschi, abbiamo imparato a vederlo come un Leviatano sempre meno terrificante e più accogliente nelle proposte social-democratiche, ma ci rendiamo conto che oggi quel mostro gentile che alterna mano sinistra e mano destra in modo sempre meno rassicurante non è più il potere che definisce l'economia, il diritto, la socialità, le soggettività. Non è più il potere che tiene in equilibrio libertà, diritti e sicurezza, ma faticiamo a rappresentarlo in modo diverso. Sono le immagini di guerre a prevalere, rappresentazioni di conflitti il cui esito non è ancora pensato.

La speranza è che si possa presto contare su studi di iconografia del potere contemporaneo: ne avremmo davvero bisogno per poter immaginare nuovi equilibri tra libertà, diritti e sicurezza.

CRISTIANO CUPELLI

LIBERTÀ DI AUTODETERMINAZIONE TERAPEUTICA E  
DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO: PROFILI PENALI

SOMMARIO: 1. Lo scenario. – 2. I presupposti. – 3. I limiti del rifiuto di cure del paziente (capace e incapace) nel *diritto giurisprudenziale*. – 4. L'intervento legislativo: la legge n. 219 del 2017. – 4.1. Il consenso informato, gli obblighi e le responsabilità del medico, la terapia del dolore. – 4.2. Le disposizioni anticipate di trattamento e la pianificazione condivisa delle cure. – 5. Il *peso* della volontà del paziente (anche con riferimento a nutrizione e idratazione artificiali). – 6. L'esenzione da responsabilità penale e i riflessi sulla posizione di garanzia del medico. – 7. L'interruzione di un trattamento *già in atto*. – 8. L'obiezione di coscienza e il *limite* deontologico. – 9. Conclusioni.

1. *Lo scenario*

La legge 22 dicembre 2017, n. 219, pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. 12 del 16 gennaio 2018 (recante “*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*”)<sup>1</sup>, rappresenta un provvedimento, lungamente

<sup>1</sup> A prima lettura, sulla legge n. 219 del 2017, C. TRIPODINA, *Tentammo un giorno di trovare un modus moriendi che non fosse il suicidio né la sopravvivenza. Note a margine della legge italiana sul fine vita (n. 219/2017)*, in *Quad. cost.*, 1/2018 (anticipato in *www.forumcostituzionale.it*, 12 gennaio 2018); B. LIBERALI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, in *Rivista di Diritti comparati*, n. 3/2017, p. 262 ss.; ID., *La problematica individuazione e il ruolo dei soggetti terzi coinvolti nella relazione di cura fra medico e paziente nella nuova disciplina sul consenso informato e sulle DAT*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 giugno 2018; U. ADAMO, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: finalmente la legge*, in *lacostituzione.info*, 15 dicembre 2017; ID., *Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018; ID., *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Milano, 2018, spec. p. 81 ss.; D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?*, in *Forum – La legge n. 219 del 2017. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2018; D. CARUSI, *La legge sul biotestamento: una luce e molte ombre*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 293 ss.; R. CALVO, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, in *Studium iuris*, 2018, p. 689 ss.; P. BORSELLINO, *“Biotestamento”: i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura*, in *Famiglia e diritto*, 2018, p. 789 ss.; G. BALDINI, *L. n. 219/2017 e Disposizioni anticipate di trattamento (DAT)*, *ivi*, 803 ss.; A. ARFANI, *Disposizioni anticipate di trattamento e ruolo del fiduciario*, *ivi*, p. 815 ss.; L. D'AVACK, *Il dominio delle biotecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*, Torino, 2018, spec. p. 129 ss.; nella prospettiva penalistica, in particolare O. DI GIOVINE, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 917 ss.; G.M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità nel morire. Un (cauto) passo*

atteso, che segna, anche nella prospettiva penalistica, una tappa rilevante nel cammino di valorizzazione della libertà di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche, inserendosi a pieno nel più ampio disegno volto, da un lato, a consacrare, per via legislativa (dopo molteplici tentativi andati a vuoto)<sup>2</sup>, principi ormai consolidati nell'elaborazione giurisprudenziale (a partire dal riconoscimento del ruolo rivestito dal consenso del paziente al trattamento medico), e, dall'altro, a fronteggiare non solo il clamore mediatico che ha accompagnato recenti casi di drammatica attualità ma soprattutto la mutata sensibilità di gran parte del mondo cattolico, testimoniata in maniera lampante dalle parole pronunciate da Papa Francesco nel messaggio ai partecipanti al meeting regionale europeo della *World medical association* sulle questioni del fine-vita del 16 novembre 2017.

In queste riflessioni ci si collocherà in una duplice prospettiva: non solo quella del paziente e dei suoi *diritti*, ma anche quella del medico e dei suoi *doveri* (e delle sue *responsabilità*). Medico che, a ben vedere, si trova in una posizione alquanto scomoda, per così dire “tra incudine e martello”, o – con esemplificazione colorita – al contempo potenzialmente “vittima” o “carnefice”: comunque *a rischio penale*. Il discorso si snoderà in più punti, tutti correlati tra loro, in una progressione logica che partendo dai *diritti* del paziente giunge, appunto, ai *doveri* del medico.

## 2. I presupposti

Punto di partenza non può che essere il riconoscimento del ruolo rivestito dal consenso del paziente al trattamento medico. Come è noto, la decisività del consenso, quale presupposto e limite dell'intervento terapeutico, è ricavata, a livello costituzionale, dalla lettura congiunta degli artt. 2, 13 e 32; quest'ultimo, in particolare, rappresenta il punto di riferimento più immediato del diritto alla salute, unico diritto che la Costituzione espressamente qualifica come ‘fondamentale’ e che assume un rilievo proteiforme, quale *diritto ad essere curati* ovvero a ricevere prestazioni sanitarie (comma 1), ma anche come *diritto di non essere curati* ovvero

*avanti*, in *Cass. pen.*, 2018, 2302 ss.; L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, p. 415 ss.; il contenuto del provvedimento, in taluni profili di specifico interesse oggetto di quesiti formulati dal Ministero della Salute, è stato altresì oggetto di analisi nel *Parere* reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato nell'adunanza del 18 luglio 2018 (reperibile *on line* sul sito [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it)).

<sup>2</sup> Il riferimento più immediato è chiaramente al disegno di legge Calabrò, recante “*Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate*”, approvato dal Senato il 26 marzo 2009 e, con modifiche, il 12 luglio 2011 dalla Camera, prima di arenarsi, anche in virtù della conclusione della legislatura, al Senato, ove il testo era tornato per l'approvazione definitiva.

di rifiutare le cure (comma 2). È sufficiente ricordare, in proposito, come la Corte costituzionale, nella sentenza n. 438 del 2008<sup>3</sup>, abbia configurato il “consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico”, quale “vero e proprio diritto della persona”, che “trova fondamento nei principi espressi nell’art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli articoli 13 e 32 Cost., i quali stabiliscono, rispettivamente, che la libertà personale è inviolabile, e che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”. Con l’ulteriore precisazione che la circostanza che il consenso informato trovi il suo fondamento nei tre richiamati articoli della Costituzione “pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all’auto-determinazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all’art 32, comma 2 Cost.”.

Ancora, più di recente, nella sentenza n. 262 del 2016, la stessa Corte, intervenendo sulle leggi nn. 4 e 16 del 2015 della Regione Friuli Venezia Giulia in materia proprio di dichiarazioni anticipate di trattamento e donazioni di organi e tessuti, ha ribadito che “l’attribuzione di un rilievo pubblico a tali manifestazioni di volontà, espressive della libertà di cura, implica la necessità di un’articolata regolamentazione e, data la sua incidenza su aspetti essenziali della identità e della integrità della persona, una normativa in tema di disposizioni di volontà relative ai trattamenti sanitari [...] – al pari di quella che regola la donazione di organi e tessuti – necessita di uniformità di trattamento sul territorio nazionale, per ragioni imperative di eguaglianza, *ratio* ultima della riserva allo Stato della competenza legislativa esclusiva in materia di “ordinamento civile”, disposta dalla Costituzione”<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Corte cost., sent. 23 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, p. 4945 ss.; nello stesso senso, sent. 26 giugno 2002, n. 282, *ivi*, 2002, p. 2012 ss. Un efficace quadro di sintesi, nell’ambito di una sterminata letteratura sul tema, in D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2015, p. 123 ss.

<sup>4</sup> Corte cost., sent. 14 dicembre 2016, n. 262, in *Consulta on line*; un primo commento in C. MAGNANI, *Sul testamento biologico altro scontro tra Stato e Regioni. Il Titolo V fa male alla salute?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 16 dicembre 2016.

### 3. *I limiti del rifiuto di cure del paziente (capace e incapace) nel diritto giurisprudenziale*

Sul piano fattuale, occorre brevemente richiamare all'attenzione i due casi problematici, che hanno stimolato il dibattito sulle ricadute in termini di esenzione da responsabilità penale del riconosciuto ruolo del consenso informato quale fondamento del diritto di rifiutare le cure (anche vitali) e dell'equiparazione tra il dissenso a *iniziare* un trattamento e quello a *proseguire* un trattamento *già in atto*.

Il riferimento è alla sentenza con la quale il GUP presso il Tribunale di Roma il 23 luglio del 2007 ha deciso il caso Welby, prosciogliendo l'anestesista Mario Riccio dall'imputazione (coatta) di omicidio del consenziente<sup>5</sup>, e a quella della Prima Sezione civile della Cassazione sulla vicenda Englaro, con la quale, nell'ottobre del 2007, è stata autorizzata la sospensione di nutrizione e idratazione artificiale di un paziente incapace<sup>6</sup>.

Limitandoci ad alcuni cenni essenziali, si può dire che il caso Welby si offre paradigmaticamente per la presenza contestuale di elementi di fatto chiari e incontroversi che consentono di vagliare la problematica rispetto all'ipotesi del paziente capace. In particolare: *a*) di un gravissimo stato morboso degenerativo (distrofia muscolare scapolo omerale in forma progressiva); *b*) di una patologia tale per cui, sulla base delle conoscenze tecnico-scientifiche, i trattamenti sanitari praticabili non erano in grado di arrestarne in alcun modo l'evoluzione, con l'unico possibile effetto di differire nel tempo il sicuro esito infausto; *c*) di una permanenza in vita assicurata esclusivamente da un respiratore automatico (al quale era collegato sin dal 1997); *d*) di una piena capacità di intendere e di volere del malato, circa l'accettazione o il rifiuto dei trattamenti praticati in quanto, nonostante le condizioni fisiche, erano rimaste intatte le facoltà mentali; *e*) di una richiesta, informata e pienamente consapevole, rivolta dal paziente stesso dapprima alla struttura ospedaliera ed ai medici che lo assistevano e quindi al giudice civile, di non essere ulteriormente sottoposto alle terapie di sostentamento in atto e di voler ricevere assistenza nei soli limiti in cui ciò fosse necessario a lenire le sofferenze fisiche, ossia il distacco del ventilatore polmonare sotto sedazione.

Senza ripercorrere qui le tappe dell'intero *iter* giudiziario, nella sentenza di proscioglimento che ha chiuso la vicenda il GUP, come si ricorderà, ha riconosciuto che il rifiuto di una terapia, anche se già iniziata, ove venga esercitato nell'ambito di un rapporto terapeutico e sulla base di un consenso valido e 'pie-

<sup>5</sup> GUP presso il Tribunale di Roma, sent. 23 luglio 2007, n. 2049, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1791 s., con nota di CUPELLI, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*, *ivi*, p. 1807 ss.

<sup>6</sup> Per una disamina dei risvolti penalistici dei due provvedimenti sia consentito rinviare a C. CUPELLI, *Diritti del paziente e doveri del medico nelle "scelte di fine vita"*, in *Crit. dir.*, 2011, p. 274 ss.

no', "costituisce un diritto costituzionalmente garantito e già perfetto, rispetto al quale sul medico incombe, in ragione della professione esercitata e dei diritti e doveri scaturenti dal rapporto terapeutico instauratosi con il paziente, il *dovere giuridico di consentirne l'esercizio*, con la conseguenza che, se il medico in ottemperanza a tale dovere, contribuisse a determinare la morte del paziente per l'interruzione di una terapia salvavita, egli non risponderebbe penalmente del delitto di omicidio del consenziente, in quanto avrebbe operato alla presenza di una causa di esclusione del reato e segnatamente quella prevista dall'art. 51 c.p.". Lo schema seguito è stato quello dell'*adempimento di un dovere: dovere del medico di consentire al paziente l'esercizio di un diritto, costituzionalmente garantito, a rifiutare le cure*. La soluzione accolta risultava pressoché *obbligata* per il GUP, avendo lo stesso giudice rinvenuto gli elementi costitutivi (oggettivi e soggettivi) della fattispecie di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), ritenendo in particolare che la condotta (qualificata come *attiva*) dell'anestesista integrasse l'elemento materiale in quanto, "oltre all'effettiva sussistenza del dato estrinseco del consenso della vittima, il distacco di quest'ultima dal respiratore artificiale effettuato dal predetto determinava il suo decesso dopo poco".

Analogo schema è stato riproposto – seppure con i necessari adattamenti in tema di consenso, ricostruito in via meramente presuntiva quale manifestazione di *volontà negativa* rispetto alla prosecuzione del trattamento di un soggetto incapace – nelle ipotesi assai più problematiche di pazienti incapaci di manifestare una volontà in merito ai trattamenti cui essere sottoposti.

Emblematico il caso di Eluana Englaro e della sua morte, sopravvenuta il 9 febbraio 2009 a seguito della sospensione di nutrizione e idratazione artificiali: si trattava di una paziente divenuta improvvisamente e traumaticamente incapace (in una condizione di stato vegetativo), che non aveva lasciato alcuna manifestazione *espressa* di volontà rispetto a terapie e scelte di fine vita, nei confronti della quale, con autorizzazione della Corte di appello di Milano<sup>7</sup> (applicando il principio di diritto enunciato dalla richiamata Cassazione civile<sup>8</sup>), si era proceduto all'interruzione dei trattamenti di idratazione e alimentazione con sondino nasogastrico su richiesta del genitore in veste di tutore. Ricostruita la sussistenza e ammessa la validità di un '*dissenso presunto*' alla prosecuzione di trattamenti in atto, e sciolto il nodo della divergenza di opinioni sulla qualificazione di nutrizione e idratazione artificiali quali '*trattamenti medici*', ci si è attestati nella sfera applicativa dell'art. 32, comma 2 Cost.; sulla base delle conclusioni elaborate con riferimento al caso Welby, la questione è stata quindi risolta dal GUP di Udine nel decreto dell'11 gennaio 2010, disponendosi l'archiviazione del procedimento

<sup>7</sup> Corte d'appello di Milano, Sez. I, decr. 25 giugno 2008, n. 88, in *Corr. merito*, 2008, p. 1031 s.

<sup>8</sup> Cass. Sez. I civile, 4 ottobre 2007, in *Guida dir.*, n. 43/2007, p. 29 s.

per omicidio volontario a carico del tutore della ragazza e del personale medico e paramedico che lo ha coadiuvato nel distacco del sondino, sul presupposto che “*la prosecuzione dei trattamenti di sostegno vitale di Eluana Englaro non era legittima in quanto contrastante con la volontà espressa dai legali rappresentanti della paziente, nel ricorrere dei presupposti in cui tale volontà può essere espressa per conto dell’incapace*”, e che pertanto “*chi ha espresso tale volontà e il personale sanitario che ha conseguentemente operato per sospendere il trattamento e rimuovere i mezzi attraverso cui veniva protrato ha agito alla presenza di una causa di giustificazione e segnatamente quella prevista dall’art. 51 c.p.*”<sup>9</sup>.

#### 4. *L’intervento legislativo: la legge n. 219 del 2017*

Il dibattito suscitato dalle soluzioni accolte nelle due pronunce e il residuo di incertezze nella classe medica al cospetto del drammatico riproporsi di casi analoghi, ha reso ineludibile l’esigenza di un intervento legislativo. Esigenza confluita, all’esito di un percorso parlamentare accidentato e non privo di ostruzionismi, nella legge n. 219 del 2017, la quale, negli otto articoli di cui si compone, mira a disciplinare modalità di espressione e di revoca, legittimazione, ambito e condizioni del consenso informato e delle disposizioni anticipate di trattamento (di seguito anche DAT), di quelle disposizioni cioè con le quali il dichiarante enuncia, in linea di massima, i propri orientamenti sul “fine vita” nell’ipotesi in cui sopravvenga una perdita irreversibile della capacità di intendere e di volere.

Schematizzando al massimo (e riducendo l’analisi ai profili funzionali all’oggetto del presente lavoro), all’articolo 1, dopo la proclamazione dei principi costituzionali di riferimento e dell’obiettivo della legge (la *tutela del diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all’autodeterminazione della persona*), si ribadisce, aggiornando la formulazione dell’art. 32 Cost., che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, ad eccezione dei casi espressamente previsti dalla legge (comma 1)<sup>10</sup>; si promuove e si valorizza la relazione di cura e di fiducia tra pazien-

<sup>9</sup> Sui risvolti amministrativi della vicenda è intervenuto anche il Consiglio di Stato (Sez. III, 2 settembre 2014, n. 44600, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, con nota di E. PALERMO FABRIS, *Risvolti penalistici di una sentenza coraggiosa: il Consiglio di Stato si pronuncia sul caso Englaro*), con ampi riferimenti al diritto di rifiutare i trattamenti sanitari nell’ambito dei rapporti tra cittadino e amministrazione sanitaria, con la precisazione che su quest’ultima, a fronte del definitivo riconoscimento da parte del giudice del diritto del singolo di rifiutare le cure, interrompendo il trattamento sanitario non (più) voluto, grava il correlato obbligo “di attivarsi e di attrezzarsi perché tale diritto possa essere concretamente esercitato, non potendo essa contrapporre a tale diritto una propria nozione di prestazione sanitaria né subordinare il ricovero del malato alla sola accettazione delle cure”.

<sup>10</sup> Sul punto, U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., p. 33 ss.



te e medico, basata sul consenso informato, nel quale s'incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del terapeuta, specificando che a tale relazione contribuiscono, in base alle rispettive prerogative, gli eventuali esercenti una professione sanitaria che compongono un'*équipe* e, qualora il paziente lo desideri, i familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo (comma 2).

#### 4.1. *Il consenso informato, gli obblighi e le responsabilità del medico, la terapia del dolore*

Si chiariscono poi, con apprezzabile sforzo, *diritti e doveri* dei soggetti coinvolti nel rapporto terapeutico.

Sul versante del paziente, si esplicita anzitutto il diritto di ognuno di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informato in modo completo, aggiornato e comprensibile non solo riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, ma anche alle alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi (comma 3); vi è ovviamente la possibilità di rifiutare, in tutto o in parte, le informazioni ovvero di indicare familiari o persona di fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece<sup>11</sup>.

Si declina poi la 'gestione del consenso informato', tanto nelle modalità di acquisizione ("*nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente*") e di documentazione (*forma scritta ovvero, nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, anche videoregistrazione o dispositivi che consentono alla persona con disabilità di comunicare, con inserimento nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico*; comma 4), quanto – e soprattutto – nella sua estensione applicativa. In particolare, al comma 5, si riconosce il diritto, per ogni persona capace di agire, di rifiutare, in tutto o in parte, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o anche singoli atti del trattamento stesso, affiancato, a fondamentale complemento, da un lato dal diritto di revocare, in qualsiasi istante, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento (comma 5), e, dall'altro,

<sup>11</sup> L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»?*, cit., 418 mette in evidenza taluni aspetti problematici della formalizzazione del consenso; fra questi, in particolare, "il caso in cui la volontà del paziente di non ricevere informazioni sulle proprie condizioni di salute possa riguardare dati sanitari rilevanti, specie di ordine genetico, sul piano della familiarità: permane infatti anche in un simile contesto il problema dell'offerta di informazione nei confronti dei familiari, dovendosi ritenere comunque configurabile una giusta causa di rivelazione, nei limiti più contenuti possibile, ai sensi dell'art. 622 c.p."

dalla specificazione che “sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici”, con l'effetto di rendere anche tali trattamenti rifiutabili.

Per quanto riguarda il *medico*, si precisa anzitutto (nell'ultima parte del comma 5) che, a fronte di un'espressione da parte del paziente di una “rinuncia o rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza”, questi “deve prospettare al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative”, promuovendo “ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica”.

Dopo questa fase di prodromica interlocuzione esplicativa, annoverabile nel contesto ‘comunicativo’ dell'alleanza terapeutica, il medico stesso – ai sensi del comma 6 – è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciarvi e, in conseguenza di ciò, una volta rappresentati al paziente i rischi del rifiuto (art. 1, comma, 5) e in ogni caso verificata la prestazione di un rifiuto consapevole da parte di un soggetto legittimato, andrà esente da ogni responsabilità civile o penale (è il caso, esemplificativo, del rifiuto delle trasfusioni di sangue da parte dei Testimoni di Geova o il rifiuto della chemioterapia da parte del malato di tumore). A ciò si accompagna, da un lato, l'inesigibilità, per il paziente, di trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali e la precisazione che, “a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali” (comma 6)<sup>12</sup>; dall'altro, per il medico (e per i componenti dell'*équipe* sanitaria), l'obbligo di assicurare, nelle situazioni di emergenza o di urgenza, le cure necessarie, ove possibile nel rispetto della volontà del paziente (comma 7).

Si enuncia poi, all'articolo 2, che nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico dovrà astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati; al cospetto di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, potrà ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua, in associazione con la terapia del dolore, sempre con il consenso del paziente (comma 2), dandone conto nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico (comma 3)<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Si è evidenziato come, in sostanza, attraverso tale previsione sia dia spazio “a quella autonomia professionale del medico che costituisce parte essenziale dell'alleanza terapeutica al pari dell'autonomia decisionale del paziente, a condizione che non sia esercitata per tradire la volontà di quest'ultimo, ma, al contrario, per interpretarla e invararla alla luce di novità cliniche e terapeutiche non prevedibili all'atto della sottoscrizione delle DAT”; così C. TRIPODINA, *Tentammo un giorno di trovare un modus moriendi che non fosse il suicidio né la sopravvivenza*, cit., p. 3.

<sup>13</sup> Su tale obbligo astensivo del medico, sul relativo oggetto e sulle condizioni di malattia cui si riferisce, cfr. i rilievi critici di L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire?»*, cit., p. 426; con particolare riferimento al concetto di “proporzione” del trattamento sanitario e al deci-

L'articolo 3 è dedicato alle modalità di espressione o rifiuto del consenso per i soggetti minori e incapaci; modalità ispirate, per quanto possibile, al più ampio livello di coinvolgimento dei diretti interessati e allo scopo di tutelarne la salute psicofisica, la vita e la dignità, come emerge nitidamente dal comma 1, nel quale si proclama il diritto di minori o incapaci alla “valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione”, nel rispetto dei diritti alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione, e il correlato diritto a essere informati, in modo consono alle loro capacità, sulle scelte relative alla salute, così da essere messi nelle condizioni di esprimere le loro volontà.

Il consenso viene prestato o rifiutato dagli esercenti la potestà genitoriale o dal tutore, per quanto riguarda i minori (comma 2); dal tutore, nel caso di soggetto interdetto (che viene tuttavia consultato, ove possibile; comma 3) e, nelle ipotesi di inabilitazione, dallo stesso inabilitato (comma 4). Allorquando sia stato nominato un amministratore di sostegno, la cui nomina preveda l'assistenza necessaria ovvero la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso sarà espresso o rifiutato anche dall'amministratore o solo da questi, tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere (comma 4). In tutti i casi di contrasto tra rappresentante che, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento, rifiuti le cure proposte e medico, il quale invece ritenga queste appropriate e necessarie, la decisione ultima è rimessa al giudice tutelare (comma 5).

#### *4.2. Le disposizioni anticipate di trattamento e la pianificazione condivisa delle cure*

All'articolo 4 si prevede che ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in vista di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi, possa, attraverso le disposizioni anticipate di trattamento e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o a scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari (comma 1); può altresì indicare un fiduciario, a sua volta maggiorenne e capace di intendere e di volere (comma 2), che ne faccia le veci e lo rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie, il cui incarico, una volta accettato, è revocabile in qualsiasi momento (comma 3).

Per le DAT, a differenza del ‘semplice’ consenso informato, è contemplata una maggiore rigidità nelle forme<sup>14</sup>: sono redatte per atto pubblico, per scrittura

sivo contributo della valutazione soggettiva del paziente, sia consentito rinviare a C. CUPELLI, *Responsabilità colposa e accanimento terapeutico consentito*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2943 ss.

<sup>14</sup> Come nota S. ROSSI, *I chiaroscuri della legge sul testamento biologico*, in *Iacostituzione.info*, 22 aprile 2017, p. 2, tale maggiore formalismo è giustificata dalla “necessità di garantire l'autenticità

privata autenticata o consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del proprio comune di residenza o presso le strutture sanitarie; qualora le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi elettronici. Nelle stesse forme, e sempre in ogni momento, sono rinnovabili, modificabili e revocabili, a meno che ciò risulti impedito da ragioni di emergenza e urgenza; in tale evenienza, si procederà mediante dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni (comma 6). Nel caso in cui le DAT non contengano l'indicazione del fiduciario o questi vi abbia rinunciato o sia deceduto o sia divenuto incapace, esse mantengono efficacia in merito alle volontà del disponente (comma 4).

Il medico è tenuto al rispetto delle DAT, potendole disattendere, in tutto o in parte, in accordo con il fiduciario, solo quando esse appaiano palesemente incongrue, non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di assicurare concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita; in caso di conflitto tra fiduciario e medico, si farà ancora ricorso al giudice tutelare (comma 5). Resta ferma, nelle disposizioni anticipate, la conseguente esenzione da ogni eventuale responsabilità civile e penale (comma 5), in virtù dell'obbligo del medico di rispettare la volontà espressa dal paziente, il quale, anche in tale contesto, non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali, non sussistendo, con riferimento ad esse, alcun obbligo professionale.

L'articolo 5, nel tentativo di dare corpo e sostanza all'alleanza terapeutica, disciplina la possibilità, rispetto all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, di fissare in un atto una pianificazione delle cure condivisa tra il paziente e il medico, alla quale il primo (eventualmente anche in *équipe*) è tenuto ad attenersi qualora il secondo venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità (comma 1). Si tratta di una "tipologia intermedia tra il consenso attuale e le DAT, in cui una persona già affetta da patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione infausta esprime le proprie volontà in riferimento ai successivi trattamenti. Tali volontà si riferiscono non a una situazione astratta ed ipotetica, come invece le DAT, ma a una condizione già attuale e in prevedibile evoluzione. Per questo, il

di un documento che attiene a scelte relative alla vita o alla morte di una persona e che debbono essere attuate quando quest'ultima non è più in grado di esprimersi"; paventa il rischio le forme previste per le DAT possano invece "condurre a una eccessiva burocratizzazione del processo, e quindi a un suo rallentamento sostanziale", C. CASONATO, *Una legge più realista del re*, in *la Rivista il Mulino on line*, 21 aprile 2017, p. 3.

procedimento di informazione e le modalità di espressione sono opportunamente semplificate”<sup>15</sup>. Il paziente e, con il suo consenso, i familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di sua fiducia, sono informati in modo esaustivo, con particolare attenzione all'evolversi della patologia in atto, a quanto il paziente può attendersi realisticamente in termini di qualità della vita, alle possibilità cliniche di intervenire e alle cure palliative (comma 2).

Sempre il paziente esprime – in forma scritta ovvero, qualora le condizioni fisiche non lo consentano, attraverso videoregistrazione o altri dispositivi – il consenso rispetto a quanto proposto dal medico e i propri intendimenti per il futuro, compresa l'eventuale indicazione di un fiduciario (comma 3); il tutto è inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico e può essere aggiornato “al progressivo evolversi della malattia, su richiesta del paziente o su suggerimento del medico” (comma 4). Può dirsi, in qualche modo, che la pianificazione realizzi una *proiezione del consenso al futuro*, consentendo al medico e al paziente di prevedere situazioni probabili o possibili e ipotesi di trattamenti preferiti o rifiutati.

##### 5. *Il peso della volontà del paziente (anche con riferimento a nutrizione e idratazione artificiali)*

Delimitato il campo applicativo, va ricordato – in termini ancora preliminari – come non ci si sia limitati a disegnare una legge sul ‘testamento biologico’; si è invece tentato di rendere un “quadro coerente di tutta la relazione di cura, tendenzialmente conforme al diritto dei principi”<sup>16</sup>, cristallizzando, nella sostanza, quanto – come si è visto – già maturato in sede giurisprudenziale, a partire dalla condivisione del ruolo cruciale del consenso informato e dal riconoscimento della massima ampiezza possibile all'autodeterminazione terapeutica, estesa sino alla libertà del paziente di *lasciarsi morire* attuata attraverso il consapevole rifiuto di farsi curare. Si tratta di una conferma, appunto, che ha però il merito di sgombrare il campo da possibili fraintendimenti: nessuna apertura a un inesistente *diritto di morire*, quanto la formalizzazione di un diritto di rifiutare *tutte* le cure (anche vitali), in ossequio al principio secondo cui si può essere sottoposti a una determinata terapia *solo* in presenza di un consenso informato. A conforto del principio milita la considerazione, ricavabile da una lettura di sistema con l'art. 13 Cost. e con le garanzie ivi previste (la doppia riserva, di legge e di giurisdizione contro ogni forma di coazione sul corpo), che impone un trattamento, pur vi-

<sup>15</sup> C. CASONATO, *Una legge più realista del re*, cit., p. 3.

<sup>16</sup> P. ZATTI, *Salute, vita, morte: diritto dei principi o nuova legge?*, in *Quotidiano sanità*, 7 marzo 2017, p. 3.

tale, *contro* la volontà del malato (e al di fuori delle ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori imposti *ex lege*) determinerebbe la violazione della stessa libertà personale, risolvendosi tale coazione in un'indebita invasione dello spazio fisico del paziente; paziente che, sulla base proprio del tenore dell'art. 32, comma 2 Cost., è tutelato nel suo *diritto individuale a non subire trattamenti medici indesiderati*, in mancanza di una legge che sancisca l'obbligatorietà di un simile trattamento<sup>17</sup>.

Ulteriore punto qualificante del provvedimento, le cui ricadute penalistiche sono evidenti alla luce di quanto emerso nel caso Englaro, è rappresentato dall'inserimento, tra i trattamenti rifiutabili o revocabili, di nutrizione e idratazione artificiali; qualificandoli come '*trattamenti medici*', con un passaggio di carattere definitorio che valorizza il dato che le *tecniche da impiegare* per procedervi sono presumibilmente sanitarie (e come tali possono essere praticate esclusivamente da personale autorizzato e qualificato) e che la *finalità* di tali pratiche è quella di conservare in vita un individuo che non sarebbe in grado di provvedervi da sé, vengono infatti superate le controverse implicazioni in ordine alla loro possibile sospensione: rientrando nella sfera applicativa dell'art. 32 Cost., essi sono dunque oggi pacificamente rifiutabili, al pari di ogni trattamento sanitario<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Vanno prese in considerazione – nella medesima prospettiva – anche le fonti sovranazionali che offrono le coordinate legittimanti l'intervento terapeutico sul paziente: il riferimento è soprattutto agli artt. 5, 6, 7 e 8 della Convenzione di Oviedo del 1997 sulla biomedicina, di cui è stata autorizzata la ratifica con la legge 28 marzo 2001, n. 145. Un ruolo importante rivestono anche talune norme secondarie; spicca, in questo contesto, il codice di deontologia medica (nell'ultima versione, approvata il 18 maggio 2014), nel quale, in particolare, si ribadisce l'importanza dell'acquisizione del consenso per intraprendere qualunque attività terapeutica (art. 35, comma 2: "*il medico non intraprende né prosegue in procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici senza la preliminare acquisizione del consenso informato o in presenza di dissenso informato*"). In dottrina, fra i molti contributi che indagano i riflessi penalistici del consenso informato, si veda, in particolare, F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 377 ss.

<sup>18</sup> Saluta con favore la scelta compiuta nel disegno di legge, C. CASONATO, *Una legge più realista del re*, cit., p. 2; fortemente critico, invece, L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»?*, cit., p. 424, sia per quanto riguarda il *metodo* (richiamando la sentenza n. 151 del 2009 della Corte costituzionale in tema di procreazione medicalmente assistita, per la quale "in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere l'autonomia e la responsabilità del medico"); sia per ciò che concerne il *merito* della scelta stessa, giacché occorrerebbe distinguere – e valutare caso per caso – secondo criteriologie e linee guida mediche "in quali casi la nutrizione e l'idratazione artificiali, secondo le relative procedure, si configurino effettivamente come un trattamento sanitario terapeutico e in quali casi manifestino, invece, le caratteristiche di un sostegno vitale o di un trattamento sanitario palliativo".

6. *L'esenzione da responsabilità penale e i riflessi sulla posizione di garanzia del medico*

Nella dimensione strettamente penalistica, il punto saliente della nuova legge è rappresentato dal comma 6 dell'art. 1, ove è sancita l'esenzione da responsabilità civile e penale del medico (ribadita all'art. 4 con riferimento alle DAT) in conseguenza dell'obbligo di rispettare la volontà espressa dal paziente; obbligo, quest'ultimo, che, sommato a quello – di cui al comma 5 – di prospettare le conseguenze di una scelta di rifiutare le cure (e di offrire sostegno), ambisce, individuando una sorta di “posizione giuridica soggettiva passiva connessa al diritto *ex art. 32, comma 2 Cost.*”<sup>19</sup>, a colmare una lacuna (probabilmente più apparente che reale) foriera di incertezze applicative.

La clausola di esenzione da responsabilità appare orientata a salvaguardare (e assicurare) il medico che, attuando la volontà del paziente, non abbia dato avvio ovvero abbia proseguito determinati trattamenti, in mancanza dei quali possa verificarsi il decesso del paziente stesso e può farsi rientrare nella più ampia esigenza di tranquillizzare la classe medica nella logica di contrasto alla c.d. medicina difensiva.

La norma – lo si è segnalato – non consente né al paziente di pretendere cure contrarie a norme di legge o alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziale (si pensi alle cure sperimentali non accreditate dal mondo scientifico), né al medico di assumere una condotta diversa e ulteriore rispetto alla mera omissione/interruzione di cure possibili. In altri termini, si facoltizzano i pazienti a scegliere liberamente di non ricevere quelle cure che consentono loro di rimanere in vita “artificialmente” ma, al contrario, non si legittimano pratiche eutanasiche, restando preclusa al sanitario la pratica di trattamenti diretti a procurare la morte. Come si è ben messo in luce, si coglie in questo passaggio “il discrimine tra ciò che è lecito e anzi dovuto – il rispetto del rifiuto di trattamenti sanitari, anche salvavita – e ciò che non lo è – eutanasia attiva e aiuto al suicidio, ma anche accanimento terapeutico”. Nei pazienti con prognosi infausta a breve termine, infatti, il medico – a prescindere dalla volontà del paziente stesso – “deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati”<sup>20</sup>.

Più di qualche riserva è stata avanzata per il timore che la vincolatività al rispetto della scelta dal paziente possa svilire la funzione del medico, riducendolo a *mero esecutore* della volontà del malato. Tali preoccupazioni, a ben vedere, pos-

<sup>19</sup> Come ricostruita da P. PIRAS, *Il rifiuto delle cure. Un'esperienza giudiziaria*, in corso di pubblicazione in *Diritto e storia*, p. 3 (del dattiloscritto).

<sup>20</sup> C. TRIPODINA, *Tentammo un giorno di trovare un modus moriendi che non fosse il suicidio né la sopravvivenza*, cit., p. 2.

sono essere attenuate riflettendo sul fatto che, valorizzando – come fa la legge nel suo complesso – non solo il richiamo alla competenza, all'autonomia e alla responsabilità professionali ma anche il dialogo tra il medico e il paziente e la sua decisiva capacità di orientamento, “il successivo obbligo di attenersi alle indicazioni del paziente, che si assumono essere maturate a seguito del flusso informativo che fonda la stessa relazione di cura e di fiducia, non sembra in definitiva compromettere, nel complessivo bilanciamento fra le diverse posizioni giuridiche soggettive, la posizione del medico, il cui ruolo fondamentale si esprime specificamente nella formazione stessa del consapevole consenso informato e libero, attraverso la decisiva valutazione preliminare intorno alla selezione delle informazioni, oltre che delle modalità di comunicazione”<sup>21</sup>.

Ancora una volta, in fondo, ci si trova al cospetto di una *consacrazione dell'esistente*: nello specifico, del peso assunto dalla volontà del paziente nel perimetro della relazione terapeutica, non solo come necessario *presupposto* ma anche quale insuperabile *limite* della posizione di garanzia del medico. Non v'è dubbio infatti che già prima della legge, sul piano interpretativo, un'inequivocabile richiesta del malato di non essere sottoposto a cure – in uno con l'acquisizione che non può ritenersi gravante sullo stesso il *dovere di vivere ad ogni costo* – avrebbe fatto venire meno in capo al terapeuta l'*obbligo giuridico di curarlo* (anche a costo della sua morte), mancando il necessario titolo di legittimazione dell'esecuzione del trattamento; la conseguenza immediata era che nessuna

<sup>21</sup> B. LIBERALI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, cit., p. 269. Il medico, si è anche osservato, nella nuova legge “non viene (eversivamente) concepito come portatore di mere abilità tecniche discrezionalmente esercitabili sulla sfera fisio-psichica di un dato individuo in base al solo consenso del medesimo, bensì lo si ravvisa pur sempre come partecipe della relazione di cura in quanto vincolato ai doveri e ai criteri di appropriatezza propri della sua professione” (L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire?»*, cit., 418). Ma non solo. Si è infatti opportunamente messo in luce come “il ruolo che rivestono «la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico», non possono ritenersi confinati alla fase di incontro, nell'ambito relativo all'espressione del consenso, con «l'autonomia decisionale del paziente» (cfr. art. 1, comma 2), onde creare le condizioni affinché quest'ultimo esprima in modo consapevole la sua volontà, bensì attiene anche alla individuazione dei trattamenti sanitari praticabili nel caso concreto e alle modalità della loro messa in opera: come si evince, del resto, dall'art. 5, comma 1, della legge n. 24/2017 (c.d. Gelli-Bianco) in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, ai sensi del quale «gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del [successivo] comma 3» e, in mancanza, «alle buone pratiche clinico-assistenziali». Con l'effetto che “se «la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico [...] si basa sul consenso informato» (art. 1, comma 2), ciò implica pur sempre l'accettazione, da parte di chi accede all'attività sanitaria, delle criteriologie applicative e delle regole deontologiche che le sono proprie” (ancora L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire?»*, cit., p. 419).



responsabilità penale poteva ieri – e a maggior ragione potrà oggi – essere ascritta al medico che ometta di praticare trattamenti vitali a un paziente che coscientemente esprima il suo diritto a non essere curato, nell'ipotesi in cui sopraggiunga la morte<sup>22</sup>. Detto altrimenti: il medico andrà esente da responsabilità penale, oggi come ieri, in quanto (e nella misura in cui) non contravvenga ad alcun obbligo impeditivo.

Soffermandoci sul piano degli obblighi professionali (e della dignità), questi appaiono meglio precisati, assieme alla fisionomia della posizione di garanzia, arricchita di momenti di doverosità legati all'esigenza di tenere nel debito conto la volontà del paziente. Se, come visto, il consenso rappresenta l'elemento strutturale decisivo per delineare l'esatto ambito operativo degli obblighi, ne consegue che ne plasmiamo *contenuto* e specifici *limiti*, che per loro natura non sono e non possono essere *fissi* ma in ogni momento *mutevoli*. In sostanza, la peculiarità del vincolo paziente/medico e il ruolo che il consenso del primo dispiega sui doveri e sugli obblighi del secondo delineano dei *vincoli interni*, genetici ed insuperabili del rapporto, pronti a palesarsi a fronte di una inequivoca manifestazione di *volontà* del paziente<sup>23</sup>: il medico diviene *garante* non più soltanto della salute del malato ma anche della sua *libertà morale* (*rectius*: della sua libertà di cura), che si estende dal diritto di non curarsi *ab origine* ovvero di non essere più curato *in itinere* (anche del paziente che non è in grado di attuare questa libertà da solo).

Così, con particolare riferimento all'ipotesi del rifiuto di cure vitali, la mancanza (o revoca) del consenso non elimina del tutto la posizione di garanzia, ma la modifica incisivamente, rimodulando gli oneri gravanti sul medico, da riportare alla *aggiornata* dimensione dell'obbligo di protezione rispetto ad un paziente dissenziente; non più, cioè, quello di curare *ad ogni costo* ed incondizionatamente per procrastinare una morte comunque inevitabile, quanto piuttosto (e non esaustivamente): *a*) esperire – a fronte di una prima manifestazione di dissenso – un *tentativo di persuasione* nei confronti del paziente, non ideologico né paternalistico, bensì volto a ricostruire un equilibrio fra tutela della salute e consapevole gestione del proprio essere, considerato che una scelta di rifiuto di cure vitali non può essere assunta dal medico come un dato immutabile da eseguire passivamente; *b*) garantire i più generali doveri di *sostegno morale*, di *assistenza psicologica* e di *cura in senso lato*, rifuggendo comportamenti ispirati a puri formalismi (tecnico-scientifici o morali), così da allontanare sia il rischio che alla scelta del diritto di rifiutare le cure si accompagnino deprecabili prassi di abbandono terapeutico, sia quello che dietro un formalistico rispetto dell'autodeterminazione del paziente possa celarsi un'ambigua elusione della re-

<sup>22</sup> Torna sulla questione, di recente, M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2017.

<sup>23</sup> C. CUPELLI, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, cit., p. 1170.

sponsabilità di fare delle scelte e di fatto si pratici l'abbandono del malato; c) assicurare al paziente la *necessaria e corretta informazione* (ulteriore rispetto a quella di base prodromica all'acquisizione del consenso iniziale al trattamento medico) *circa il decorso e gli effetti connessi al rifiuto o all'interruzione delle terapie*, così da poterne a pieno apprezzare i rischi connessi, nel rispetto del ruolo decisivo che nel processo di 'concretizzazione' della posizione di garanzia assume la capacità di autodeterminazione responsabile del paziente, e per vincere altresì quella fisiologica asimmetria informativa (e di conoscenze scientifiche) tra i due *poli* dell'alleanza terapeutica; d) infine, qualora persista una volontà dissenziente, *adottare le procedure più idonee all'interruzione stessa*<sup>24</sup>.

In questo modo, va ribadito, il medico non si trasforma, come pure si è paventato, in un *mero esecutore di volontà sanitarie altrui*, ma interpreta sul piano applicativo l'*interrelazione di cura* con il suo malato, traducendo *in concreto e attuando* una manifestazione di volontà finale – espressione di un diritto costituzionalmente garantito –, giunta all'esito di un percorso comune in cui il medico è attore *protagonista* tanto quanto il paziente. Se di alleanza terapeutica si deve parlare, infatti, occorre *prenderla sul serio*, facendo in modo che i due soggetti siano realmente *alleati* verso un obiettivo comune, sul presupposto che oggetto del rapporto non è la *malattia* ma il *paziente*<sup>25</sup>; il che, inevitabilmente, *supera* la tradizionale prospettiva paternalistica, riespandendo il ruolo (*ora decisivo*) della volontà del paziente, *leggendo* l'atto medico non come *fine* ma quale *strumento*, il

<sup>24</sup> Sottolinea L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»?», cit.*, p. 419 ss. che “lo stesso obbligo del medico Lo stesso obbligo del medico che si esplica nei confronti del paziente anteriormente all'eventuale espressione del consenso, tuttavia, non viene meno dinnanzi al rifiuto – e in particolare a un rifiuto, per così dire, di primo approccio – opposto dal paziente all'ipotesi di un trattamento sanitario appropriato e (oggettivamente) proporzionato, tanto più quando le motivazioni del rifiuto appaiano al medico, in sé, deboli. Quest'ultimo, ad esempio, deve tener ben presente che la prima reazione a una notizia negativa inattesa per la salute, come insegna la psicologia medica, è in moltissimi casi la rimozione, accompagnata, *hic et nunc*, dal rifiuto delle terapie. E, in ogni caso, deve tener conto della particolare condizione psicologica derivante dallo stato di malattia: specie con riguardo all'eventualità ben nota che attraverso una dichiarata opposizione alle terapie il paziente esprima, in realtà, la protesta verso un vissuto che percepisca di abbandono, sia sul piano umano, sia con riguardo all'impegno per la garanzia delle migliori condizioni possibili di vita. Certamente, dunque, il medico non potrà mai costringere un individuo dissenziente (capace di intendere e volere) a trattamenti terapeutici che pure, in quanto professionista sanitario, ritenga del tutto ragionevoli, ma, del pari, non potrà limitare il suo ruolo alla mera presa d'atto del rifiuto, burocraticamente attestato da una firma cui attribuisca effetti deresponsabilizzanti. Piuttosto, sarà tenuto ad assicurare al paziente, anche dopo un rifiuto, ulteriore informazione, incoraggiamento e sostegno psicologico, mantenendosi in concreto a disposizione del medesimo”.

<sup>25</sup> S. SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in *Il governo del corpo*, tomo I, a cura di Canestrari-Ferrando-Mazzoni-Rodotà-Zatti, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà e Zatti, Giuffrè, 2011, p. 222; F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, cit., p. 378.

cui obiettivo è la *salute* del paziente, arricchita della sua essenziale componente soggettiva<sup>26</sup>.

## 7. L'interruzione di un trattamento già in atto

A ulteriore merito del testo va ascritta l'espressa equiparazione tra la mancata attivazione di un trattamento sanitario e la sua revoca; si supera così ogni residua incertezza riferita all'evenienza in cui la morte del paziente derivi non già dal progredire della malattia per un'iniziale omissione di cure non consentite, quanto piuttosto dall'interruzione (richiesta dal paziente) di un trattamento già in atto, ad esempio attraverso la disattivazione di un sostegno artificiale<sup>27</sup>. L'impressione che ci si trovi innanzi a un'altra situazione, alla quale pertanto dover riservare un trattamento giuridico diverso, deriva dall'essere in questo caso il comportamento del medico, dal punto di vista naturalistico, ascrivibile a un'azione (ad esempio lo spegnimento del respiratore), invece che a un mero *non facere* (non iniziare una terapia) imposto dalla volontà del paziente di non farsi curare e salvare. Questo indubbio profilo di diversità materiale può ingenerare il convincimento di trovarsi in una situazione maggiormente assimilabile all'*eutanasia attiva*, quale aiuto a morire, piuttosto che a un legittimo rifiuto di un trattamento medico, di cui sinora si è detto<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Sull'evoluzione del concetto di salute, significativamente, P. ZATTI, *Rapporto medico – paziente e «integrità» della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2008, p. 404 ss.

<sup>27</sup> Per un approfondimento sul punto, sia consentito rinviare a C. CUPELLI, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1145 ss.; concorda sulla scelta operata dal legislatore anche S. CANESTRARI, *Una buona legge buona*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 975 ss.

<sup>28</sup> La distinzione – enucleata su un piano naturalistico, morale e giuridico – tra “*mercy killing*” e “*letting die*” si traduce notoriamente nella contrapposizione tra eutanasia attiva e passiva. Un semplice cenno, in questa sede, può essere dedicato al problema definitorio dell'eutanasia, tanto più rilevante quanto foriero di possibili fraintendimenti. Così, per *eutanasia attiva* si intende la soppressione, per pietà, della vita di una persona attraverso un comportamento fattivo, posto in essere da taluno nei confronti di un soggetto gravemente infermo (generalmente in stato di sofferenza insostenibile e nella fase terminale di una malattia). Di contro, l'*eutanasia passiva* è invece generalmente ricondotta ai casi di omissione di terapie o alla cessazione di quelle che mantengono in vita il paziente nei confronti di malati giunti alla fase terminale. Tratto peculiare rispetto alla prima è la natura *sostanzialmente* omissiva del comportamento, sulla base della quale è possibile qualificare come causa della morte direttamente la malattia, anziché la condotta umana. Il *crinale* distintivo, pertanto, sembra ruotare attorno al profilo causale, nel senso che mentre nella forma attiva la causa (o la concausa) della morte è rappresentata proprio dall'azione del medico, in quella *passiva* essa va ricondotta direttamente all'evoluzione della malattia, limitandosi il medico a non fare nulla per impedirne il decorso. Tanto che, qualora l'omissione del sanitario concretizzi una espressa richiesta del paziente, può fondatamente dubitarsi della correttezza (già a livello semantico) del riferimento al termine eutanasia passiva, soprattutto con riguardo alle ipotesi di rifiuto, sospensione ed in-

L'apparente divario tra le due ipotesi si riduce sensibilmente – ristabilendo la comune riconducibilità alla matrice di un legittimo rifiuto di terapie (in questo caso di sostegno vitale) – non appena si rifletta sull'equivalenza, dal punto di vista normativo, delle due situazioni rispetto al contenuto dell'art. 32 Cost.; è innegabile, infatti, già sul piano logico – prima ancora che giuridico – che una volta subordinata al consenso del paziente la legittimità circa la praticabilità *iniziale* di cure (anche vitali) – ammettendo quindi un rifiuto inteso come *richiesta di non inizio* –, sarebbe del tutto incongruente non concordare sulla necessità anche del suo consenso a *proseguirle*, sul riconoscimento di una *revocabilità o ritrattabilità del consenso iniziale* (così come di un eventuale dissenso) una volta espresso, con altrettanto piena legittimazione di una rinuncia al trattamento sanitario (come *richiesta di sospensione*) da parte del singolo.

Per giunta, qualora si negasse tale equiparazione, legittimando solo un rifiuto iniziale del trattamento da parte del malato, si andrebbe incontro a una serie di effetti irragionevoli, oltre che paradossali. A titolo esemplificativo: a seconda della possibilità di interrompere la terapia *da soli* o no, la sospensione di cure sarebbe consentita solo a taluni pazienti e non ad altri, con una *selezione* basata sulla *tipologia* di malattia, sullo *stato di avanzamento della patologia* sofferta (che incide sul momento in cui si può rinunciare o meno) e sul tipo di *terapia attuata* (un malato di tumore potrà sempre sospendere un ciclo di chemioterapia, non presentandosi alla seduta successiva se le precedenti sono state ritenute troppo invasive e comunque intollerabili in un rapporto personale di costi/benefici delle stesse cure). Come ulteriore effetto paradossale, poi, qualora il paziente ritenesse di non potere più sospendere la terapia, potrebbe essere portato a *non intraprenderla affatto*, proprio per il timore che una volta iniziata non la si possa più interrompere e se ne debba quindi rimanere necessariamente *prigionieri*. Altro effetto discrimi-

terrizzazione di cure pienamente consenzienti; in questo senso, di recente, S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2016, p. 63 ss. In una prospettiva volta a ridimensionare la corrispondenza azione/omissione – procurare la morte/lasciar morire, ritenute espressioni che “si collocano su piani distinti e non completamente sovrapponibili”, cfr. altresì il Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica del 24 ottobre 2008, “*Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*”, p. 16 ss.

Nell'ambito di una bibliografia che, come è intuitivo, sul tema è estremamente vasta, si segnalano, tra i primi e ancora attuali approfondimenti penalistici, senza alcuna pretesa di esaustività, i lavori di F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 74 ss.; ID., *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 553 ss.; M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, *passim*; F. MANTOVANI *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 448 ss.; ID., voce *Eutanasia*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, p. 423 ss.; ID., *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in questa *Rivista*, 2006, p. 57 ss.; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 670 ss.; F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, p. 1007 ss.

natorio si avrebbe nel caso in cui si venisse a essere sottoposti a terapie quando non si è coscienti, perché ad esempio un medico ha agito in stato di necessità, e pertanto non vi è stata alcuna possibilità di esprimere un dissenso iniziale, rimanendo irrevocabilmente vincolati alla loro prosecuzione.

Ebbene, il legislatore sembra avere colto questa sostanziale identità e, recependo le conclusioni raggiunte nelle recenti pronunce che hanno avuto a oggetto ipotesi di rifiuto di cure da parte di soggetti capaci e incapaci (la sentenza di proscioglimento del GUP di Roma nel caso Welby e il decreto di archiviazione del GUP di Udine nel caso Englaro), ha allontanato lo spettro degli effetti paradossali e iniqui di una mancata equiparazione.

## 8. *L'obiezione di coscienza e il limite deontologico*

Sono stati avanzati dubbi con riferimento all'inesigibilità, sancita al comma 6 dell'articolo 1, di trattamenti sanitari contrari non solo a norme di legge, ma anche alla *deontologia professionale* o alle *buone pratiche clinico-assistenziali* e alla mancanza di una norma che preveda il diritto del medico di rifiutare di prestare la propria opera laddove la decisione del malato risulti contraria ai propri principi etici (una vera e propria obiezione di coscienza)<sup>29</sup>.

I due profili sono strettamente connessi, seppure parzialmente antitetici. Da un lato, vi è infatti il timore, espresso anche nel parere reso dalla Commissione Giustizia della Camera, che non meglio precisate regole di deontologia professionale o non specificate buone pratiche possano legittimare il medico a disattendere la volontà espressa dal paziente, vanificando, attraverso un'equiparazione tra legge e fonti deontologiche, il percorso intrapreso sul piano normativo<sup>30</sup>. Le per-

<sup>29</sup> Sul tema, fra gli ultimi, U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., p. 109 ss., nonché, prima ancora, D. BALDINI, *L. n. 219/2017 e Disposizioni anticipate di trattamento (DAT)*, cit., p. 812; L. L. D'AVACK, *Il dominio delle biotecnologie*, cit., p. 143 ss., nonché, a prima lettura, D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?*, cit., p. 33 ss.

<sup>30</sup> Parla in proposito di "formulazione non felice, che equipara legge e fonti deontologiche", S. CANESTRARI, *Una buona legge buona*, cit., p. 977; secondo U. ADAMO, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: finalmente la legge*, cit., p. 3, "il rinvio al codice deontologico come se fosse un testo di legge pare quantomeno poco opportuno, stante il rischio di equipararlo ad una fonte primaria, con la conseguenza che l'espressione dell'autodeterminazione del paziente possa essere limitata da vincoli non determinati e chiaramente fissati in legge"; per tale via, "si legittimerebbe una sorta di obiezione di coscienza che non è, comunque, in alcun modo prevedibile dinanzi ad un mancato consenso ad un trattamento sanitario, non assicurato, in ipotesi, dalle DAT che sono una propaggine del consenso informato", anche in considerazione del fatto che "il limite indicato nel rispetto della buona pratica medica – per cui deve essere negato il diritto di pretendere un qualsiasi trattamento, compreso quello inappropriato o sproporzionato, quello che non è valutato scien-

plessità non sono state ridimensionate dall'aggiunta – all'apparenza ridondante – che, a fronte di siffatte richieste, il medico sia svincolato da obblighi professionali (il riferimento è, evidentemente, a trattamenti non appropriati, alla luce delle conoscenze disponibili, che peraltro rientrerebbero nel novero della violazione dei doveri di buona pratica clinica)<sup>31</sup>; è anzi maturata la sensazione che, con tale inciso, si sia creata “una sorta di uscita di sicurezza per i sanitari”<sup>32</sup>, sopperendo così, in maniera indiretta, all'assenza di un'apposita norma, invocata dalla Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri<sup>33</sup>, che regolamenti l'obiezione di coscienza<sup>34</sup>.

Ora, in una logica di equilibrato bilanciamento, la mancata esplicitazione dell'obiezione di coscienza – ricondotta al timore che essa “avrebbe significato legittimare, dando luogo a un vero e proprio controsenso, lo svuotamento del complessivo impianto di una legge che individua nella volontà del paziente l'imprescindibile presupposto per la messa in atto o la prosecuzione di qualunque intervento sanitario”<sup>35</sup> – può essere in qualche misura compensata proprio dal riferimento, quale *limite*, a quanto previsto nel codice deontologico, il quale fra l'altro contempla, all'art. 22, una *clausola di coscienza*, per la quale “il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici, a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocimento per la salute della persona, fornendo comunque ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione”.

tificamente valido (si ricordi il caso Stamina) ed ancora quello contrario alla legge (richiesta di pratica eutanasi) – è già riconosciuto dalla comune pratica giudiziale”.

<sup>31</sup> Critico, sul punto, C. CASONATO, *Una legge più realista del re*, cit. p. 3, il quale osserva che, proprio attraverso tale enunciato “ambiguo e inopportuno”, si finisce per legittimare “una sorta di obiezione di coscienza che, se è tipicamente prevista negli Stati in cui è lecito, ad alcune condizioni, un intervento diretto teso all'assistenza al suicidio, non trova corrispondenti legislativi in altri Stati in riferimento al diritto al rifiuto di trattamenti sanitari”, poiché “il medico non può esercitare un potere incondizionato nei confronti dei malati che chiedono il rispetto di una loro volontà del tutto legittima” e perché “la medicina deve trovare i propri limiti, i quali devono essere compresi dai professionisti”.

<sup>32</sup> S. ROSSI, *I chiaroscuri della legge sul testamento biologico*, cit., p. 2.

<sup>33</sup> Ad esempio, nell'audizione del 17 maggio dinanzi alla Commissione Igiene e Sanità del Senato, in cui la FNOMCeO ha ribadito “l'opportunità di inserire nel testo la previsione, per il medico, del diritto all'obiezione in scienza e coscienza rispetto alle richieste del paziente”.

<sup>34</sup> La scelta, soprattutto nel riferimento alla deontologia professionale, è stata salutata con favore dalla FNOMCeO, che, nell'appena segnalata audizione, ha messo in evidenza il fatto che “il codice di deontologia medica contiene già disposizioni immediatamente e direttamente precettive per l'attività sanitaria in genere, che sono destinate necessariamente ad integrare le regole generali fissate dall'ordinamento giuridico e ad assumere, perciò, valenza esterna”.

<sup>35</sup> P. BORSELLINO, *“Biotesamento”: i confini della relazione terapeutica e il mandato di cura*, cit., p. 802.

In questa prospettiva, un ruolo non secondario può altresì rivestire la distinzione, poc'anzi sottolineata, tra ciò che la legge consente e ciò che essa continua a vietare, vale a dire che, da una parte, i pazienti possano liberamente scegliere di non ricevere quelle cure che permettono loro di rimanere in vita “artificialmente” e, dall'altra, che non siano ammesse pratiche eutanasiche, non potendo il medico praticare trattamenti diretti a procurare la morte. In pratica, non sono imposte al medico scelte che, a differenza di ciò che ad esempio accade per l'aborto, implicano spazi di obiezione di coscienza, fermo restando che, nell'organizzazione delle strutture sanitarie, dovranno essere adottati moduli gestionali idonei a salvaguardare le singole sensibilità, senza mai tuttavia pregiudicare il diritto del paziente alla sua libertà di autodeterminazione terapeutica.

## 9. Conclusioni

L'iter parlamentare che ha condotto alla legge n. 219 del 2017 non è stato semplice, tra ostacoli politici (*in primis* il rischio di *non fare in tempo*, per l'imminente scioglimento delle Camere) e ostruzionismi ideologici (il cui timore ha precluso ogni modifica da parte del Senato). Tuttavia, lo si è visto, non mancano buone ragioni per accogliere con favore – anche nella prospettiva del penalista – quella che è stata definita, con grande efficacia, una “buona legge buona”<sup>36</sup>, la cui approvazione “non sarebbe stato decoroso procrastinare ancora, essendo una decisione politica in materia molto attesa da cittadini, medici, giuristi”<sup>37</sup>.

Si tratta, all'evidenza, di un articolato nel complesso equilibrato e ben scritto, congruente tanto con i principi costituzionali interni quanto con gli *input* sovranazionali, al passo coi tempi (emblematico il richiamo alle unioni civili) e con le acquisizioni della comunità scientifica (sulla natura “sanitaria” di nutrizione e idratazione artificiali), ma anche coerente con il segnalato mutato atteggiamento del mondo cattolico, esplicitato dalle accorate parole di Papa Francesco nel messaggio del novembre 2017 richiamato in apertura<sup>38</sup>. Pur se migliorabile, si può

<sup>36</sup> Richiamando il titolo del lavoro di S. CANESTRARI, *Una buona legge buona*, cit.

<sup>37</sup> C. TRIPODINA, *Tentammo un giorno di trovare un modus moriendi che non fosse il suicidio né la sopravvivenza*, cit., p. 1.

<sup>38</sup> Di fronte alle “domande che riguardano la fine della vita terrena” e alle nuove forme che queste oggi assumono “per l'evoluzione delle conoscenze e degli strumenti tecnici resi disponibili dall'ingegno umano”, il Santo Padre ha infatti messo in evidenza non solo la possibilità, grazie al progresso della medicina, di “protrarre la vita in condizioni che in passato non si potevano neanche immaginare”, ricordando come “gli interventi sul corpo umano diventano sempre più efficaci, ma non sempre sono risolutivi: possono sostenere funzioni biologiche divenute insufficienti, o addirittura sostituirlle, ma questo non equivale a promuovere la salute” e invocando nei medici “un supplemento di saggezza, perché oggi è più insidiosa la tentazione di insistere con trattamenti che pro-

parlare di un efficace compromesso, in grado di consolidare principi e diritti di libertà senza aprire tuttavia la porta a derive eutanasiche, dimostrando la capacità del legislatore di recuperare ‘consenso’ e di manifestare equilibrio e sensibilità su un terreno, quello delle questioni eticamente sensibili, da molti ritenuto, in virtù delle non eccellenti prove sin qui offerte, appannaggio esclusivo del diritto giurisprudenziale<sup>39</sup>. In quest’ottica, la nuova legge appare destinata a porsi quale imprescindibile punto di (ri)partenza nel percorso – intrapreso e ormai non più reversibile – diretto a rendere effettiva, nelle sue molteplici declinazioni pratiche, la libertà di autodeterminazione anche nelle scelte di fine vita. Il cammino, tuttavia, non può ritenersi concluso. Nell’immediato futuro, all’ordine del giorno vi è il tema del possibile ampliamento dello spettro dell’autodeterminazione *al di là* del rapporto terapeutico.

Il riferimento va a possibili contestazioni di condotte di agevolazione al suicidio nei riguardi di un soggetto *non medico* al quale sia formulata una richiesta, comunque estranea a qualsivoglia trattamento sanitario, che pertanto si colloca certamente al di fuori del rapporto terapeutico, presupposto nella disciplina del consenso informato e delle disposizioni anticipate di trattamento.

La distinzione, peraltro, assume connotati sostanziali di estrema significatività. Sul punto, occorre muovere da quanto evidenziato nelle pagine preceden-

ducono potenti effetti sul corpo, ma talora non giovano al bene integrale della persona”. Sempre nel messaggio, richiamando il discorso di Papa Pio XII ad anestesisti e rianimatori del 1957, ha poi ribadito che “non c’è obbligo di impiegare sempre tutti i mezzi terapeutici potenzialmente disponibili e che, in casi ben determinati, è lecito astenersene”, ritenendo dunque “moralmente lecito rinunciare all’applicazione di mezzi terapeutici, o sospenderli, quando il loro impiego non corrisponde a quel criterio etico e umanistico che verrà in seguito definito proporzionalità delle cure”; con l’aggiunta che “non attivare mezzi sproporzionati o sospenderne l’uso, equivale a evitare l’accanimento terapeutico, cioè compiere un’azione che ha un significato etico completamente diverso dall’eutanasia, che rimane sempre illecita, in quanto si propone di interrompere la vita, procurando la morte” e che “per stabilire se un intervento medico clinicamente appropriato sia effettivamente proporzionato non è sufficiente applicare in modo meccanico una regola generale”, occorrendo “un attento discernimento, che consideri l’oggetto morale, le circostanze e le intenzioni dei soggetti coinvolti”. In questa prospettiva, “la dimensione personale e relazionale della vita – e del morire stesso, che è pur sempre un momento estremo del vivere – deve avere, nella cura e nell’accompagnamento del malato, uno spazio adeguato alla dignità dell’essere umano” e il malato “riveste il ruolo principale”; è proprio il malato, infatti, “che ha titolo, ovviamente in dialogo con i medici, di valutare i trattamenti che gli vengono proposti e giudicare sulla loro effettiva proporzionalità nella situazione concreta, rendendone doverosa la rinuncia qualora tale proporzionalità fosse riconosciuta mancante”, compiendo “una valutazione non facile nell’odierna attività medica, in cui la relazione terapeutica si fa sempre più frammentata e l’atto medico deve assumere molteplici mediazioni, richieste dal contesto tecnologico e organizzativo”.

<sup>39</sup> Sulla plausibilità, nelle materie eticamente sensibili, di una disciplina normativa v., in particolare, le riflessioni di G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1383 ss.; da ultimo, torna sul punto G.M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità nel morire*, cit., p. 2309.



ti, a partire dal fatto che, sulla base della legge n. 219, non può ritenersi riconosciuto alcun diritto a morire. Secondo la nuova normativa, inserita da taluno in maniera impropria fra gli indici a sostegno dell'illegittimità della condotta agevolatrice contemplata all'art. 580 c.p., è infatti unicamente consentito al *medico* – in caso di pazienti con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, in presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari – di fare ricorso alla sedazione palliativa profonda continua, in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente (o nelle forme previste); il che non rende possibile ritenere penalmente irrilevanti condotte di agevolazione al suicidio, dal momento che, se è vero che è pur stata regolamentata (e liceizzata) una condotta assimilabile a un 'suicidio assistito' di chi è sottoposto a trattamento sanitario (del quale chiede l'interruzione, ad esempio attraverso sedazione profonda, ecc.), altrettanto non può dirsi con riguardo a quella di chi, seppure in termini analoghi, si collochi *al di fuori* da tale ambito. Non è del resto casuale che, come si è visto, le stesse DAT assumano rilievo *sempre e solo* all'interno di un rapporto terapeutico instaurato o da instaurare.

In definitiva, se può riconoscersi un passo avanti da parte del legislatore nel percorso espansivo dell'autodeterminazione, dovrà essere lo stesso legislatore – onde evitare deleghe al potere giudiziario – a porsi il problema di riequilibrare il trattamento di casi che si presentino in termini "sostanzialmente" analoghi a rifiuti iniziali di cure da parte di coloro che sono in condizione di esprimere (o di avere pianificato) un dissenso. A ben vedere, occorrerà dapprima valutare *se* sia ravvisabile un vuoto normativo rispetto alla situazione di chi, versando in condizioni critiche e irreversibili, scelga di morire in modo diverso dal rifiuto dei trattamenti medici cui è sottoposto, verificando quindi se tale vuoto appaia *meritevole* di essere colmato. Ragionando nell'ottica di una piena valorizzazione dell'art. 32 Cost. quale cardine del riconosciuto diritto di rifiutare o interrompere *tutte e solo* le cure *sino al punto* di lasciarsi morire, si delineerebbe nitidamente il discrimine tra le due prospettive segnalate, non potendosi estendere la copertura costituzionale (che rende *doverosa per il medico* l'interruzione del trattamento rifiutato) al di fuori del rapporto medico-paziente: non sarebbe allora possibile liceizzare né l'interruzione di un trattamento vitale da parte di soggetti estranei al perimetro tracciato dall'autodeterminazione terapeutica costituzionalmente riconosciuta, né – *a fortiori* – agevolazioni di terzi, pur benintenzionati e mossi da intenti compassionevoli, all'interruzione della vita quale alternativa di fatto al rifiuto di trattamenti salvifici.



DOMENICO NOTARO

L'INTERAZIONE FRA NORMA PENALE E REGOLE DEONTOLOGICHE  
ALLA PROVA DI RESISTENZA DELLE SCORRETTEZZE PROCESSUALI  
DI AVVOCATI E MAGISTRATI <sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. La questione “sul tappeto”. – 2. L’abuso del processo fra dimensione etica e rilievo penale. – 3. Le condizioni per un coinvolgimento delle regole deontologiche in un sistema integrato di risposte alle scorrettezze degli attori processuali. – 3.1. L’evoluzione del sistema disciplinare dei magistrati. – 3.2. L’evoluzione del sistema deontologico degli avvocati. – 4. I possibili ruoli delle regole deontologiche nel contrasto alle forme di “abuso del processo”. – 5. Conclusioni. I limiti di plausibilità di una fattispecie di “abuso del processo”.

1. *La questione “sul tappeto”*

La possibilità che le norme giuridiche ricavano indicazioni utili da regole di matrice deontologica e l’eventualità che le prime siano chiamate a coordinarsi con il sistema di precetti che servono esigenze disciplinari, non sono nuove: lo si ammette da tempo in ambito amministrativo e civile laddove norme giuridiche (ad es., l’art. 88 c.p.c.) rinviavano espressamente a canoni di buona fede e correttezza. Più recentemente tali prospettive si sono affacciate in ambito penale, nonostante qui sia destinato a far sentire la sua maggior influenza il principio di legalità con i suoi corollari di riserva di legge, di determinatezza e tassatività del precetto e di irretroattività della disposizione incriminatrice.

Ora, non è dubbio che almeno le regole deontologiche sfuggano per loro natura a ferree indicazioni normative, proprio perché loro compito è fornire canoni di comportamento e di indirizzo laddove non siano disponibili esaustive determinazioni precettive; ed anzi, esse intervengono proprio per riempire gli spazi lasciati vuoti dal diritto positivo<sup>1</sup>. Senonché, l’inadeguatezza delle suddette regole ad interagire con la norma penale potrebbe ridimensionarsi ricordando come in materia di colpa si ammetta l’intervento di parametri *costitutivi* della responsabilità svincolati da sufficienti formulazioni positive e risalenti piuttosto al comune sentire socia-

<sup>(\*)</sup> È il testo riveduto, ampliato ed aggiornato, della relazione sul tema “*Gli illeciti del difensore tra deontologia e diritto penale*” tenuta a Montignoso di Massa il 7 ottobre 2017 per il corso di Formazione Continua degli Avvocati promosso dalla Fondazione della Scuola Forense Alto Tirreno.

<sup>1</sup> Cfr., ad es., V. GAROFOLI, *I canoni deontologici come reazioni all’abuso del e nel processo*, in *Dir. pen. proc.* 2008, 137.

le: il riferimento corre evidentemente alla individuazione delle regole cautelari della colpa generica<sup>2</sup>. Per stabilire la legittimità di certi meccanismi di eterointegrazione, è semmai da considerare il peso che di volta in volta il coinvolgimento di parametri prasseologici viene a rivestire nella struttura della fattispecie per la definizione della tipicità della incriminazione.

Il discorso non si presta ad essere irrigidito in conclusioni “trancianti”. Da un lato, il parallelo evocato con i precetti di diligenza, prudenza e perizia sconta la variabilità di opinioni sul ruolo che quelle regole cautelari esercitano nell’economia della fattispecie penale colposa. Non può d’altronde trascurarsi l’affermazione a livello teorico del tenore eventualmente giuridico delle regole deontologiche che siano anche implicitamente richiamate da disposizioni normative<sup>3</sup>. Almeno con riferimento al novero delle norme penali che inquadrano le condotte dei soggetti protagonisti dei procedimenti giurisdizionali (magistrati e avvocati), la possibilità di un’interferenza delle regole deontologiche adduce in ogni caso a suo sostegno due ulteriori ragioni di inveramento: da un lato, l’evoluzione che, sul piano positivo, sembra aver registrato il sistema deontologico-disciplinare valente per i magistrati e per gli avvocati; dall’altro, l’emersione della categoria giuridica dell’«abuso del processo», ertasi a manifestazione prototipica di condotte disfunzionali che anzitutto sul piano deontologico possono trovare una chiave di misurazione, ma che non mancano di sprigionare riflessi sul versante giuridico-penale della responsabilità.

## 2. *L’abuso del processo fra dimensione etica e rilievo penale*

Un ruolo importante in tema di interferenza fra regola deontologica e precetto penale è stato svolto dal riconoscimento e dalla valorizzazione della figura dell’abuso del processo in sede giurisprudenziale.

L’«abuso del processo» risale alla più ampia figura dell’abuso del diritto, concepita dalla elaborazione dottrinale già prima del vigente codice privatistico<sup>4</sup>. Alcune sue manifestazioni più importanti (il divieto di atti emulativi sancito dall’art. 833 c.c., ma anche quello delle immissioni nocive nell’art. 844 c.c.)<sup>5</sup> ricorrono nel

<sup>2</sup> G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, 2ª ed., Torino, 2013, 427.

<sup>3</sup> E. RICCIARDI, *Lineamenti dell’ordinamento professionale forense*, Milano, 1990, 325; R. DANOVÌ, *Deontologia e giustizia*, Milano, 2003, 10 e 17 ss.; A. GARELLO-D. PISELLI-S. SCUTO, *Le responsabilità dell’avvocato. Profili civili, penali e disciplinari. Nuovo codice deontologico*, Milano, 2003, 139; U. PERFETTI, *Ordinamento e deontologia forense*, 2ª ed., Padova, 2011, 93 s. La loro natura giuridica è invece messa in discussione da G. ORSONI, *L’ordinamento professionale forense. Aspetti problematici*, Padova, 2005, 40 e 58 ss.

<sup>4</sup> Cfr., per tutti, M. D’AMELIO, *Abuso del diritto*, in *Nuovo Dig. it.*, I, Torino, 1937, 48.

<sup>5</sup> S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, 166.

corpo normativo del 1942, essendo state ravvisate gravi difficoltà ad elaborare una generale definizione della figura<sup>6</sup> senza il rischio di lasciare al giudice il potere arbitrario di ravvisarne gli estremi in ambiti di più controversa rilevanza<sup>7</sup>.

Ciò nondimeno, la figura ha trovato riconoscimento – quale strumento *di garanzia* – in tempi successivi. L'art. 17 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo vieta agli operatori degli Stati-parte di interpretare le norme convenzionali in modo da limitare le libertà dei cittadini più di quanto consentito dalla Convenzione medesima<sup>8</sup>; analogo divieto è affermato dall'art. 54 della Carta di Nizza<sup>9</sup> (trasfusa nel Trattato dell'Unione Europea). Un rilievo discrezionale (di tenore esimente), rispetto alle coeve fattispecie di reato, è assunto poi dalla omonima figura "tributaria"<sup>10</sup>, in base all'art. 10-*bis*, l. n. 212/2000, secondo cui «configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti»<sup>11</sup>. In questi frangenti l'abuso del diritto si erge ad argine contro soluzioni normative concretamente limitative di diritti e libertà individuali.

Ad un ambito "processuale" guarda l'art. 35, comma 3 C.e.d.u., il quale impone alla Corte competente di dichiarare irricevibile ogni ricorso individuale che appaia «manifestamente abusivo» rispetto al tenore delle disposizioni della Convenzione medesima<sup>12</sup>. Sul piano interno la figura è invece venuta assumendo rilievo

<sup>6</sup> Ad essa pensò l'art. 7 del Progetto del vigente codice civile: «Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è conferito».

<sup>7</sup> C. SANTORIELLO, *Abuso del diritto (profili penali)*, in *Dig. disc. pen. Agg. IX*, Torino, 2016, 2.

<sup>8</sup> «Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione».

<sup>9</sup> «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti nella presente Carta o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta».

<sup>10</sup> Su di essa v. A. D'AVIRRO, *Dichiarazione infedele, elusione, abuso del diritto la giurisprudenza di merito inverte la rotta*, in *Dir. pen. proc.* 2014, 1200; A. GIOVANNINI, *Abuso del diritto e sanzioni amministrative*, in AA.VV., *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, dir. da ID., I, *Diritto penale e processuale*, a cura di A. Giovannini-A. di Martino-E. Marzaduri, Milano 2016, 977 ss.

<sup>11</sup> La disposizione indica come manifestazione di abuso penalmente non rilevante il perseguimento di «benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario».

<sup>12</sup> Secondo la giurisprudenza della Corte europea (cfr. C.e.d.u., Sez. III, 15 settembre 2009, n. 798/05, *Mirolubovs e altri c. Lettonia*, in *www.budoc.echr.coe.int*; C.e.d.u., Sez. II, 18 ottobre 2011, n. 56551/11, *Petrovic c. Serbia*, e altri, in *www.budoc.echr.coe.int*) l'abusività ostativa alla ricevibilità dei ricorsi, segue quando il ricorso è manifestamente contrario alla vocazione della prerogativa di ricorso sancita dalla Convenzione ed è di ostacolo al buon funzionamento della procedura presso la Corte. Alla stregua della medesima giurisprudenza, cinque "figure sintomatiche" precludono alla dichiarazione di abuso del ricorso: la disinformazione della Corte (consistente nella deliberata indi-

vo dapprima nel processo civile in relazione all'esercizio di potestà condotto in forme eccedenti o devianti rispetto all'esigenza di tutela dell'interesse sostanziale che sorregge la facoltà di agire<sup>13</sup>. Nel processo penale, poi, è stato addirittura evocato lo spettro della «frode alla funzione» per stigmatizzare l'esercizio di diritti o di facoltà processuali «per scopi diversi da quelli per i quali l'ordinamento processuale astrattamente li riconosce all'imputato»<sup>14</sup> e dunque per impedire che il superamento dei limiti intrinsecamente posti alla facoltà giuridicamente riconosciuta si risolvesse in un'alterazione dell'equilibrio che compone il sistema di rito.

La categoria dell'abuso del processo (penale) è dunque germogliata su un terreno "propizio", nonostante che a condizionarne l'elaborazione non manchino i rischi di opacità e di manipolabilità della sua fisionomia da parte degli operatori giuridici. Lo dimostrano i passaggi argomentativi che hanno portato le Sezioni Unite della Corte di cassazione a certificarne l'operatività in ambito penale alcuni anni or sono.

Oggetto della contestazione era stato l'esperimento – da parte del difensore di un imputato all'interno di un procedimento penale – di «un numero esagerato di iniziative difensive, ciascuna in astratto di per sé espressione di una facoltà legittima, ma che, essendo in concreto del tutto prive di fondamento e di scopo conforme alle ragioni per cui dette facoltà sono riconosciute, hanno realizzato un abuso del processo». In relazione a tale modalità di azione le Sezioni Unite parlano «specificamente di abuso degli strumenti difensivi del processo penale per ottenere non garanzie processuali effettive o realmente più ampie, ovvero migliori possibilità di difesa, ma una reiterazione tendenzialmente infinita delle attività processuali». Si avverte qui la «consolidata e risalente nozione generale dell'abuso del diritto, riconducibile al paradigma dell'utilizzazione per finalità oggettivamente non già solo diverse ma collidenti ("pregiudizievoli") rispetto all'interesse in funzione del quale il diritto è riconosciuto». La conseguenza che se ne ricava, per la Corte, è «che l'uso distorto del diritto di agire o reagire in giudizio, rivolto alla realizzazione di un vantaggio contrario allo scopo per cui il diritto stesso è riconosciuto, non ammette tutela».

cazione di fatti inventati e di falsificazione di dati in base ai quali decidere il ricorso); l'utilizzo di espressioni "abusive" incontinenti (cioè oltraggiose o provocatorie nei confronti dei giudici e delle parti); la violazione intenzionale dell'obbligo di riservatezza nei contatti fra parti; la promozione di ricorsi cavillosi e manifestamente infondati; la promozione del ricorso o il compimento di atti processuali, ispirati da meri desideri di pubblicità.

<sup>13</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Foro it.* 2008, I, 1514, che ha ricavato i termini della figura dal rispetto del canone di buona fede e correttezza discendente dal dovere di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost., e dall'affermazione del principio del "giusto processo", sancito dall'art. 111 Cost., cui si correla l'esigenza della ragionevole durata di quest'ultimo.

<sup>14</sup> Cass. pen., Sez. Un., 29 settembre 2011, n. 155, cit.

Secondo le Sezioni Unite, «l'abuso del processo consiste, dunque, in un vizio, per sviamento, della funzione; ovvero, secondo una più efficace definizione riferita in genere all'esercizio di diritti potestativi, in una frode alla funzione»<sup>15</sup>. E «l'imputato che ha abusato dei diritti o delle facoltà che l'ordinamento processuale astrattamente gli riconosce, non ha titolo per invocare la tutela di interessi che non sono stati lesi e che non erano in realtà effettivamente perseguiti».

Non può d'altronde sostenersi che la figura evocata, concernendo l'esercizio dilatorio delle prerogative difensive di rito, abbia respiro esclusivamente endo-processuale. In altra sede della motivazione – con riguardo alla questione dell'abuso di ufficio (art. 323 c.p.) commesso dal difensore degli attori di pretese esecutive in concorso con il giudice dell'esecuzione, e loro contestato per l'abnorme proliferazione delle spese processuali<sup>16</sup> – le Sezioni Unite affermano che a tale vicenda si confanno i rilievi svolti in generale nella trattazione del tema dell'abuso del processo, nonché le considerazioni effettuate dalle Sezioni Unite civili nel 2007<sup>17</sup>, circa il fatto che «la disarticolazione, da parte del creditore, dell'unità sostanziale del rapporto, sia pur nella fase patologica della coazione all'adempimento, oltre a violare il generale dovere di correttezza e buona fede, in quanto attuata nel processo e tramite il processo, si risolve automaticamente anche in abuso dello stesso». Appunto, nel caso in esame «l'evidente pretestuosità del frazionamento dei crediti, non avente altra funzione che quella, realizzata, di far lievitare le spese legali in progressione geometrica e assolutamente sproporzionata alla sorte», comportava il dovere del giudice di fare applicazione quantomeno dei poteri riconosciutigli dall'art. 88 c.p.c.

Di tale pronuncia non colpisce soltanto l'affermazione della rilevanza dell'abuso del processo in ambito penale; assume ancora maggiore importanza il collegamento di quella con l'inosservanza di regole di correttezza e buona fede, onde contestare il delitto di abuso di ufficio e inquadrare violazioni che non tro-

<sup>15</sup> «L'uso arbitrario trasmoda poi in patologia processuale, dunque in abuso, quando l'arbitrarietà degrada a mero strumento di paralisi o di ritardo e il solo scopo è la difesa dal processo, non nel processo: in contrasto e a pregiudizio dell'interesse obiettivo dell'ordinamento e di ciascuna delle parti a un giudizio equo celebrato in tempi ragionevoli».

<sup>16</sup> Osservano le Sezioni Unite che «l'abnorme proliferazione delle spese era stata resa possibile dalla mancata verifica ad opera del M., giudice dell'esecuzione, della legittimazione dei creditori precedenti e intervenuti, ovvero della trentacinque associazioni di fatto, nonché dalla omessa riunione delle varie procedure, alla quale il giudice doveva provvedere al fine di rendere operante il concorso dei creditori, dando corso a una procedura unitaria nei confronti di ciascuno dei terzi esecutati».

<sup>17</sup> Cass. civ., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726 cit. La sentenza civile richiamata «rimarca come nessun procedimento giudiziale possa essere ricondotto alla nozione di processo giusto ove frutto, appunto, di abuso del processo per esercizio dell'azione in forme eccedenti, o devianti, rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale, che segna il limite, oltretutto la ragione dell'attribuzione, al suo titolare, della *potestas agendi*».

vano riscontro in puntuali disposizioni positive. S'impone, perciò, di considerare plausibilità e portata della interferenza fra canoni di correttezza e norme incriminatrici.

Sennonché, se, per un verso, il richiamo all'“abuso del processo” anima le riflessioni sul tema dell'interferenza fra le regole deontologiche e norme giuridiche, per altro verso, la sua evocazione da parte delle Sezioni Unite nel 2011 per spiegare effetti in sede penale, a fronte di alcune manifestazioni di approvazione<sup>18</sup>, ha suscitato reazioni assai critiche. Da parte dei suoi detrattori, infatti, la fattispecie è stata bollata ora come inutile, per la sua efficace surrogabilità ad opera delle previsioni legali che stabiliscono limiti all'esercizio delle prerogative processuali<sup>19</sup>, ora come pericolosa, attese l'indeterminatezza e la carenza di tassatività che la affliggono<sup>20</sup>, suscettibili di sciogliersi solo in sede di “inveramento giurisdizionale”. Con tali rilievi si paventa, in fin dei conti, l'eventualità di cedere ad un “abuso” della stessa categoria dell'abuso del processo<sup>21</sup>.

Anche da parte di coloro che ammettono una sua qualche rilevanza sul versante processuale, d'altronde, si palesano incertezze intorno ai criteri che dovrebbero svelarne le concrete manifestazioni<sup>22</sup>: all'uopo si evocano, non di rado sinergicamente, ora criteri *deontico-normativi*, basati sopra l'elaborazione di un assetto di valori da perseguire tramite la corretta gestione delle prerogative giuridiche, ora criteri *soggettivi teleologici*, imperniati sulle finalità elusive concretamente perseguite dall'autore dell'atto abusivo, ora criteri *funzionali*, legati alla incongruenza dell'atto con gli scopi degli istituti cui corrisponde la prerogativa esercitata, ora criteri *utilitaristici*, tesi a riscontrare la lesione del meta-valore di efficienza. Non di rado, più d'uno di questi criteri, ma senza una gerarchia precisa, intervengono in via complementare a individuare concrete manifestazioni di abuso, meritevoli di stigmatizzazione.

<sup>18</sup> Cfr. E. AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, in *Cass. pen.* 2012, 3596; G. TABASCO, *Brevi riflessioni sull'abuso del processo e sull'abuso delle garanzie difensive*, in *Crit. dir.* 2012, 103 s.; C. CONTI, *Annullamento per violazione di legge in tema di ammissione, acquisizione e valutazione delle prove: le variabili giurisprudenziali*, in *Cass. pen.* 2013, 503.

<sup>19</sup> R. ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all'abuso?*, in *Cass. pen.* 2013, 3599; F. PALAZZO, *L'abuso del processo e i suoi rimedi tra legalità processuale e legalità sostanziale*, in *Cass. pen.* 2012, 3611.

<sup>20</sup> Ved. G. ILLUMINATI, *Il tema dell'abuso del processo, legalità processuale pregiudizio effettivo*, in *Cass. pen.* 2012, 3593; F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, in *Cass. pen.* 2012, 2450; T. PADOVANI, *A.D.R. sul c.d. abuso del processo*, in *Cass. pen.* 2012, 3605.

<sup>21</sup> Così E.M. CATALANO, *L'abuso del diritto di difesa. Profili problematici*, in *Dir. pen. proc.* 2012, All. 1, *Oneri e limiti del diritto di difesa*, a cura di G. Garuti-A. Marandola, 46.

<sup>22</sup> Cfr., ad es., P. TONINI, *L'attuazione del contraddittorio nell'esame di imputati e testimoni*, in *Cass. pen.* 2001, 690; P. MAGGIO, *Processo (abuso del)*, in *Dig. disc. pen. Agg.* V, Torino, 2010, 634.



Dietro tali incertezze si scorgono differenti prospettive di assetto del “sistema” processuale nel quale dovrebbero albergare le condotte abusive. L’idea che il processo segua una prospettiva funzionale e solidaristica (non aliena da considerazioni efficientistiche), tende ad assecondare obiettivi di accertamento della verità, che rendono più probabile riconoscere mancanze in capo a quei soggetti – i difensori dell’indagato e dell’imputato – che si pongono come ostacoli a una tale “missione” giurisdizionale. Per contro, l’adozione di una prospettiva di matrice garantistica, preoccupata di salvaguardare le libertà individuali, rende più facilmente prospettabili scorrettezze imputabili ai soggetti – i magistrati – che, cadenzando i ritmi del procedimento, possono effettivamente menomare tali garanzie<sup>23</sup>.

Se le difficoltà segnalate scandiscono le resistenze opposte all’emersione della categoria dell’“abuso processuale” sul piano della teoria del diritto, rimane tuttavia impregiudicata la necessità di inquadrare peso ed importanza di scorrettezze e mancanze delle parti processuali cui l’ordinamento riserva risposte e rimedi eterogenei<sup>24</sup>; situazioni che presentano un comune richiamo all’elemento di matrice deontologica, ma che potrebbero sollecitare rimedi giuridici, compresa l’eventuale integrazione di fattispecie di reato. Per tale ragione, al di là della correttezza o meno e della plausibilità della configurazione della categoria dell’abuso del processo, s’impone di verificare quali margini sussistano per una collaborazione fra i sistemi deontologici e gli strumenti penalistici, almeno con riferimento alle risposte che l’ordinamento può riservare alle condotte disfunzionali tenute dai protagonisti del processo giurisdizionale nell’esercizio delle rispettive funzioni.

Il coinvolgimento delle regole deontologiche dietro le condotte espressive di un possibile “abuso del processo” è d’altronde favorito da alcuni dati di contesto normativo, che denotano l’impossibilità di prescindere da quelle per calibrare modi e misura dei rimedi giuridici opponibili. Anzitutto, i presidi penali invocabili nei confronti degli abusi compiuti dai difensori (gli artt. 380 ss. e 378 s. c.p.), seguono modelli non in grado di delineare *ex se* le condotte illecite: modelli ora formali (come quelli concernenti i delitti di patrocinio infedele) che rinviano alla inosservanza di regole di correttezza e fedeltà, ora sostanziali (come quelli in tema di favoreggiamento personale) che non riescono a descrivere il nitore offensivo

<sup>23</sup> Per i necessari riferimenti sia consentito rinviare a D. NOTARO, In foro illicito versari. *L’abuso del processo fra dimensione etica e risposta penale*, Torino, 2015, 11 s.

<sup>24</sup> Fra i comportamenti orbitanti intorno al fenomeno dell’abuso del processo è possibile distinguere quelli che, in forza della disciplina positiva, sollecitano conseguenze negative di tipo *endo*-processuali (sospensione o impedimento di effetti processuali favorevoli, misure disciplinari incidenti sulle facoltà processuali, esborsi pecuniari), da quelli che comportano rimedi *extra*-processuali, ossia determinano l’instaurazione di nuovi ed autonomi procedimenti per l’accertamento di responsabilità disciplinari, civili o anche penali. Per una più approfondita considerazione delle situazioni evocate, sia consentito rinviare ancora a D. NOTARO, *op. cit.*, 18 ss.

delle condotte punibili senza prescindere da un apporto creativo dell'interprete<sup>25</sup>. Non diversamente è a dirsi per le condotte dei magistrati, sussumibili sotto la fattispecie di abuso di ufficio (art. 323 c.p), del quale sono noti e sperimentati i richiami alle regole di settore per delineare le inosservanze suscettibili di costituire reato<sup>26</sup>, specie dopo che quella fattispecie è trapassata da un modello sostanziale ad uno prevalentemente formale.

L'indeterminatezza delle fattispecie penali invocabili nei confronti degli attori processuali trova d'altronde un argine (in funzione garantista) nelle regole deontologiche anche per l'orientamento di queste a delineare minutamente le modalità di condotta da seguire in considerazione degli interessi attinti dall'esercizio dell'attività<sup>27</sup>. Al netto di comprensibili finalità di tutela corporativa della rispettiva categoria professionale, d'altronde, dovrebbe essere soprattutto quello appena evocato il ruolo proprio delle regole di deontologia. E una aspettativa di "assistenza" fornita da queste alla conformazione della fattispecie penale appare oggi viepiù alimentata da interessanti innovazioni che hanno riguardato in particolar modo il sistema disciplinare degli avvocati e in misura minore quello dei magistrati.

### 3. *Le condizioni per un coinvolgimento delle regole deontologiche in un sistema integrato di risposte alle scorrettezze degli attori processuali.*

Com'è noto<sup>28</sup>, le regole deontologiche delineano precetti di comportamento funzionali ad evitare occasioni di illeciti e di più gravi offese nei confronti degli interessi implicati dallo svolgimento di attività tecnico-professionali. Esse mirano a costituire per il singolo operatore uno strumento di orientamento *quotidiano e versatile* al *concreto* esercizio di quelle stesse attività. Perciò, esse tradizionalmente sfuggono ad una rigorosa tipizzazione dei modelli e si rimettono a clausole generali impregnate di contenuti culturali ed esperienziali non esprimibili necessariamente in forme stereotipiche. Tale profilo rappresenta il dato caratterizzante tali regole, ma ne introduce anche una ragione di problematicità quando ad esse attingano fattispecie di illecito.

<sup>25</sup> Cfr. per tutti M. ZANOTTI, *Studi in tema di favoreggiamento personale*, Padova, 1984, 125; T. PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 925.

<sup>26</sup> Cfr. già Cass. pen., Sez. VI, 27 marzo 1995, n. 5331, in *Giust. pen.* 1997, II, 157; più recentemente Cass. pen., Sez. V, 15 dicembre 2015, n. 6665, in *Guida dir.*, 19/2016, 92. Per una più ampia disamina della percorribilità di questa soluzione sia consentito rinviare a D. NOTARO, *op. cit.*, 110 ss.

<sup>27</sup> V. in termini generali P. PISCIONE, *Professioni (disciplina delle)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 1049.

<sup>28</sup> Cfr. P. PISCIONE, *op. loc. cit.*

Per un verso, l'impiego di clausole generali di buona fede e correttezza, articolate tramite l'enumerazione di "iconici" doveri fondamentali (di probità, di fedeltà, di lealtà, di indipendenza ecc.)<sup>29</sup>, implica la predisposizione di formule vaghe, destinate ad essere tradotte dagli organi competenti nelle diverse situazioni in cui le stesse sono chiamate a manifestarsi. Decisiva diviene, allora, l'intermediazione delle autorità preposte ad applicare quelle regole secondo le circostanze della trasgressione. Con l'indeterminatezza della prescrizione segue oltretutto il rischio di una surrettizia retroattività dell'illecito (disciplinare) che alla regola si rimetta per sanzionare la mancanza, dal momento che quest'ultima è disvelata al trasgressore solo dopo che è avvenuta la commissione del fatto per il quale è chiamato a rispondere.

Si è osservato in passato come il carattere di opacità della regola di condotta sia in realtà il corollario di un obiettivo *ben preciso* perseguito dalle comunità professionali organizzate. Sarebbe, infatti, in tal modo assicurata una "circolarità" di assetto fra regola e procedimento, mercé la quale la regola opererebbe in stretta aderenza al *reale* tratto di disvalore del fatto commesso e il procedimento svolgerebbe un ruolo informativo e "promozionale" del contenuto della regola violata sempre adeguato ai tempi: un compito "comunicativo" dell'assetto delle regole di correttezza che in termini penalistici si direbbe generalpreventivo. Tale sbilanciamento troverebbe un correttivo nel grado di tolleranza con cui gli organi disciplinari possono (e solevano) muovere la contestazione: «non di rado, infatti, a quel tipo di tolleranza corrispondono micro-mutazioni culturali e socio-strutturali altrettanto diffuse» nel contesto comunitario in cui si trovano ad operare quelle regole<sup>30</sup>.

A tale stato di "soggezione creativa" della regola deontologico-disciplinare<sup>31</sup> si opponeva il solo limite delle decisioni c.d. "a sorpresa": cioè il divieto per gli organi decidenti di qualificare le mancanze sanzionate in termini in alcun modo evincibili dalla contestazione dell'addebito in avvio del procedimento<sup>32</sup>; ne sarebbe andata, altrimenti, della reale possibilità dell'interessato di difendersi davanti agli organi preposti<sup>33</sup>. Attesa, tuttavia, la stretta dipendenza (della selezione) della

<sup>29</sup> Per il settore forense l'art. 12, r.d.l. n. 1578/1933 imponeva agli avvocati di «adempire al loro ministero con dignità e decoro, come si conviene all'altezza della funzione che sono chiamati ad esercitare nell'amministrazione della giustizia», mentre l'art. 38 individuava negli «abusi o mancanze nell'esercizio della professione» o nei «fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale» le situazioni passibili di sanzione disciplinare.

<sup>30</sup> V. OLGATI, *L'etica dell'avvocato come ordinamento*, in *Soc. dir.* 1985, 56; ID., *Saggi sull'avvocatura. L'avvocato italiano tra diritto, potere e società*, Milano 1990, 151 s.

<sup>31</sup> Per le implicazioni in ordine ai percorsi logici appannaggio del decidente v. A. MARIANI MARINI, «*Appunti sulla motivazione della sentenza disciplinare*», in *Rass. For.* 2004, 1124.

<sup>32</sup> G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2010, 461.

<sup>33</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2197, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 2.

regola disciplinare contestata con l'addebito disciplinare, dalla individuazione del suo significato assunto in relazione al fatto contestato così come ricostruito dagli organi competenti, la capacità del divieto di sorpresa di costituire un argine all'operato dei giudici stessi, appariva fortemente compromessa<sup>34</sup>. In altri termini, se contenuti e significati della prescrizione deontologica erano costruiti per attendere un chiarimento da parte degli organi competenti a decidere dell'infrazione, anche la contestazione della loro violazione finiva col dipendere dalla interpretazione autentica che ne fornissero gli organi di settore, senza che in sede giurisdizionale la Corte di cassazione potesse esercitare un controllo efficace sul momento formativo del rapporto processuale in sede disciplinare. Tale inconveniente risentiva, in definitiva, della sottrazione della regola deontologica – di rilievo disciplinare – a un vincolo di principio che ne imponesse la sua determinatezza e tassatività.

Se il problema della genericità e vaghezza delle regole deontologiche poteva costituire in passato una remora a spenderle quali parametri per migliorare la puntualità delle norme destinate a contrastare le mancanze di maggiore portata offensiva, tale ostacolo è destinato ad essere riconsiderato oggi alla luce delle riforme disciplinari intervenute in ambito giudiziario e forense e che hanno inteso rimediare ai vetusti caratteri delle regole medesime.

### 3.1. *L'evoluzione del sistema disciplinare dei magistrati*

Cominciando dal processo evolutivo che ha riguardato il sistema disciplinare dei magistrati, si tratta di osservare come la riforma intervenuta nel 2006 si sia posta l'obiettivo di superare un'impostazione basata sulla valenza esaustiva delle clausole generali di matrice deontologica. Al legislatore si è chiesto di assicurare un'articolazione più minuta di prescrizioni dettagliate nella descrizione e ripartite secondo significato e funzione del dovere sotteso.

L'art. 18 del regio decreto legislativo n. 511 del 1946 qualificava in origine come illecito disciplinare qualunque comportamento tenuto dal magistrato in ufficio o in altro contesto e che fosse tale da renderlo «immeritevole della fiducia o della considerazione di cui deve godere». Evidentemente la norma incentrava l'essenza degli illeciti nella compromissione dei valori etici fondamentali dell'ufficio e richiamati da una clausola generale che non specificava né le modalità né le circostanze in cui si potesse dare la violazione deontologica. La norma

<sup>34</sup> Particolarmente esplicitiva delle difficoltà di condurre un serio controllo sul punto si è dimostrata Cass. civ., Sez. Un., 18 novembre 2010, n. 23287, in *Foro it.* 2011, I, 445, con nota di G. SCARSELLI, *Il controllo in Cassazione del disciplinare forense (con postilla sul d.d.l. di riforma della professione)*, in *Guida dir.* 48/2010, 28, con nota di E. SACCHETTINI, *Le offerte per attrarre nuova clientela nel rispetto dei principi di decoro e dignità*, e in *Giust. civ.* 2011, I, 62. Per un approfondimento della questione sia consentito rinviare a D. NOTARO, *op. cit.*, 55 ss.

era insomma incapace di delineare i presupposti degli illeciti, senza fare appello all'intervento chiarificatore degli organi preposti a rilevare le violazioni rilevanti<sup>35</sup>. Essa si prestava a favorire applicazioni "pretorie" degli illeciti, tendenzialmente sottratte a rigorosi presupposti di predeterminazione<sup>36</sup>, nonostante che l'art. 17 del r.d.lgs. n. 511/1946 solennemente sottoponesse gli illeciti disciplinari a un principio di legalità<sup>37</sup> quanto ai casi e alle forme applicabili. Grazie alla sua "incompiutezza", la previsione dell'art. 18 citato si protendeva insomma a comprendere qualunque mancanza suscettibile di pregiudicare gli interessi della categoria<sup>38</sup>, secondo la sensibilità concretamente avvertita dagli organi preposti. E nell'arco delle possibilità concesse dalla norma, l'orientamento applicativo sovente seguito inclinava verso indirizzi di autotutela della categoria di stampo "corporativo", lontani dalle esigenze costituzionali di salvaguardia della funzione giurisdizionale, incombenenti sul singolo magistrato<sup>39</sup>. Un tal esito era invero favorito dalla tendenza ad interpretare i valori etici di riferimento in senso "soggettivo", ossia in ragione dei riflessi che le condotte scorrette potevano sprigionare sulla considerazione dell'opinione pubblica<sup>40</sup>, anziché in senso "oggettivo", per le ripercussioni che le medesime condotte potevano comportare sugli interessi legati all'assolvimento della funzione giurisdizionale<sup>41</sup>.

Dinanzi a tale situazione il legislatore del 2006 è intervenuto con l'obiettivo di migliorare il tasso di tipizzazione dei precetti e degli illeciti disciplinari, senza tuttavia emarginare completamente l'intervento operativo degli organi preposti alla rilevazione e all'accertamento delle infrazioni. Per la compiuta riforma del sistema disciplinare dei magistrati si parla, invero, di una tipizzazione soltanto ten-

<sup>35</sup> Cfr., ad es. Cass. civ., Sez. Un. 25 ottobre 1996, n. 9333, in *Giust. civ. Mass.* 1996, 1439.

<sup>36</sup> Occorre nondimeno ricordare che Corte Cost., 8 giugno 1981, n. 100, in *Giur. cost.* 1981, 843, ha escluso profili di illegittimità costituzionale dell'assetto della norma.

<sup>37</sup> G. VOLPE, *Sulla responsabilità politica dei giudici*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977, 821; V. MELE, *op. cit.*, 35. L'art. 17 recitava, infatti: «i magistrati non possono essere sottoposti a sanzioni disciplinari se non nei casi e nelle forme previsti dal presente decreto».

<sup>38</sup> Per un'approfondita disamina del problema cfr. Cass. civ., Sez. Un., 14 aprile 1984, n. 2411.

<sup>39</sup> E. DI NICOLA, *Ruolo del Pm nel controllo di legalità*, in *Giust. proc.* 2002, 207; F. BIONDI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati in Italia*, in AA.VV., *Magistratura e Consiglio cit.*, 83 s.; G. GRAZIANO, *Ordinamento giudiziario*, Roma, 2011, 289. La disfunzionalità di tale profilo, rispetto alle indicazioni costituzionali, è adombrata da A. CAPUTO, *La tipizzazione dell'illecito disciplinare del magistrato ordinario*, in AA.VV., *Indipendenza, imparzialità e responsabilità dei giudici speciali*, a cura di G. Campanelli, Pisa, 2013, 184.

<sup>40</sup> G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati. Considerazioni su alcuni aspetti generali*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977, 839; N. TROCKER, *La responsabilità del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1982, 1302 e 1304 s.

<sup>41</sup> V. ROPPO, *La magistratura come «professione legale»: per una deontologia del «servizio giustizia»*, in *Pol. dir.* 2000, 523 ss. L'importanza di tale passaggio è sottolineata ancora sotto il nuovo regime da R. FUZIO, *L'azione disciplinare obbligatoria del Procuratore Generale*, in *Cass. pen.* 2008, 4855.

denziale o “tendenzialmente rigida”<sup>42</sup>. Accanto all’enunciazione dei doveri etici incombenti sul magistrato, è stato posto, infatti, un nutrito elenco di condotte costituenti gli illeciti sanzionabili. Tale elenco di fattispecie, ripartito in tre grandi categorie – comprendenti, rispettivamente, gli illeciti commessi nell’esercizio delle funzioni giudiziarie, gli illeciti commessi al di fuori dell’esercizio delle funzioni giudiziarie e gli illeciti dipendenti da fatti costituenti reato<sup>43</sup> – aspirerebbe ad essere esaustivo. E tale profilo segna senza dubbio un progresso, rispetto al passato regime, sulla via della tipizzazione delle infrazioni che possono essere contestate ai magistrati<sup>44</sup>.

Nondimeno (anche non considerando il fatto che la riforma ha riguardato il solo settore dei magistrati ordinari), alcuni rilievi critici sono stati sollevati a ridimensionare l’efficacia dei risultati conseguiti. Si è anzitutto lamentato essersi sostanzialmente tralasciato un autentico approccio tipizzante, qual era quello che animava i primi progetti di riforma. Le fattispecie degli illeciti elencati in calce all’enunciazione dei doveri generali, «solo in alcuni casi fanno riferimento al dovere professionale violato, mentre in molti altri sono svincolate da qualsiasi esplicito ancoraggio a tale dovere; la relativa individuazione è dunque rimessa all’interprete e si presenta talora problematica»<sup>45</sup>. Al di là di alcune manifestazioni esemplificative, spesso manca, in effetti, un adeguato approfondimento delle modalità di comportamento mediante cui il magistrato può incorrere nell’infrazione per la violazione del dovere deontologico.

La relativa idoneità dell’opera del legislatore a delineare un sistema puntuale di infrazioni, emerge però soprattutto laddove si qualifica come illecito disciplinare qualunque violazione di uno dei fondamentali doveri – di imparzialità, di correttezza, di diligenza, di laboriosità, di riserbo, di equilibrio e di rispetto della dignità della persona – sol che ne consegua un «ingiusto danno» o un «indebito vantaggio» ad una delle parti (art. 2, comma 1, lett. *a*), d.lg. n. 109/2006; ma così recita anche l’art. 12, comma 1, lett. *a*) del medesimo testo). Posto che l’accertamento della violazione di uno dei summenzionati doveri ripropone negli stessi termini, già avvertiti sotto la previgente disciplina, i problemi di una individuazione della condotta indebita del magistrato, non sembra che l’aggiunta della

<sup>42</sup> G. GRAZIANO, *op. cit.*, 289.

<sup>43</sup> Per una sommaria analisi cfr. S. DE NARDI, *Finalmente illeciti disciplinari codificati*, in *Guida dir.* 2005 (32) 104. Per analogia impostazione adottata dal d.d.l. 6 settembre 1995, n. 3091, v. D. CARCANO-L. SALVATO, *La responsabilità disciplinare nel disegno di legge governativo*, in *Cass. pen.* 1996, 708 ss.

<sup>44</sup> L. CIAMPOLI, *Magistrati (illecito disciplinare dei)*, in *Dig. disc. pen. Agg.*, IV, t. II, Torino, 2008, 655.

<sup>45</sup> A. CAPUTO, *op. cit.*, 189. Il difetto era stato rilevato immediatamente (nei confronti della legge di delega) da E. ROSI, *La riforma dell’ordinamento giudiziario. I. Gli illeciti disciplinari*, in *Dir. pen. proc.* 2005, 1510.

necessità del riscontro di un “danno” o di un “vantaggio” ingiusto per una delle parti possa delimitare adeguatamente la fisionomia degli illeciti, attesa l'ampiezza dell'accezione che potenzialmente caratterizza entrambi gli eventi costitutivi<sup>46</sup>. Né è chiaro se l'elencazione delle infrazioni più analiticamente descritte, che segue la previsione di carattere generale, possa considerarsi esplicativa della modalità di elusione di quei valori o lasci viceversa residuare la possibilità di ulteriori addebiti da ricondurre alla previsione generale, quando caratterizzati dalla produzione di un ingiusto danno o da un indebito vantaggio<sup>47</sup>.

Certo è che a complemento di un sistema nel quale trova ancora spazio l'esercizio di discrezionalità applicativa da parte degli organi competenti, gioca la previsione dell'art. 3-*bis* d.lgs. n. 109/2006, che consente all'autorità procedente di escludere la tipicità dell'illecito ogni qual volta il fatto commesso denoti portata offensiva «di scarsa rilevanza»<sup>48</sup>. Ad essa compete, infatti, un ruolo correttivo, in funzione delimitativa della tendenza estensiva della tipicità che una formulazione ampia e generica degli illeciti in linea di massima mette in conto. Sennonché, l'assolvimento di un tale ruolo dipende pur sempre dalla capacità degli organi preposti di esercitare efficacemente un potere di valutazione del fatto concreto, in assenza di indici normativi sufficientemente predeterminati dal legislatore<sup>49</sup>.

Può allora conclusivamente rilevarsi che, se, da un lato, la riforma del 2006 ha ridotto i margini di imprevedibilità delle prescrizioni deontologiche e disciplinari incumbenti sui magistrati, rispetto a quanto emergente dal sistema previgente, permangono profili di flessibilità delle prescrizioni, che mantengono attivo il coinvolgimento degli organi di settore nella definizione dei comportamenti riprovati, confermando la direzione solo “tendenziale” del processo di tipizzazione imbastito nel 2006.

### 3.2. L'evoluzione del sistema deontologico degli avvocati

Per quanto concerne, invece, il settore disciplinare forense, la legge 31 dicembre 2012, n. 247 è venuta più recentemente sostituendo il regio decreto n. 1578 del 1933, allo scopo di affermare sia il carattere più propriamente giuridico delle regole deontologiche suscettibili di assumere un rilievo disciplinare, sia il loro necessario radicamento legalistico. E, rispetto a quanto è dato rilevare per il settore della magistratura, gli esiti della riforma appaiono maggiormente consoni all'esigenza di una predeterminazione dei contenuti precettivi delle regole.

<sup>46</sup> Di fattispecie affetta da «un grave *deficit* di determinatezza» e di eventi dalle «maglie larghe» parla, infatti, A. CAPUTO, *op. cit.*, 191.

<sup>47</sup> Per un approfondimento della questione sia consentito rinviare a D. NOTARO, *op. cit.*, 89 s.

<sup>48</sup> S. DI AMATO, *Ritardi e responsabilità disciplinare dei magistrati: l'onda della riforma giunge in Cassazione*, in *Cass. pen.* 2011, 931.

<sup>49</sup> In tale aspetto risiede la differenza con il più recente istituto introdotto con l'art. 131 *bis* c.p.

Assai importante ai nostri fini è anzitutto il “riconoscimento giuridico” delle regole deontologiche, quale traspare dalla impostazione della legge di riforma<sup>50</sup>. Il terzo comma dell’art. 3 della l. n. 247 affida al codice deontologico il compito di regolare l’esercizio dell’attività professionale e di delimitare le mancanze che costituiscono illeciti fonti di responsabilità<sup>51</sup>. Un tale affidamento implica una direttiva finalistica tesa a ricondurre le regole deontologiche a un “dialogo” di contenuti con l’ordinamento. Il riconoscimento giuridico delle prescrizioni di settore è quindi completato dalla previsione normativa che sovrintende alla pubblicazione delle medesime. Il quarto comma dell’art. 3 cit. impone che l’emanazione del codice e i suoi successivi aggiornamenti siano resi accessibili a *chiunque*, previa pubblicazione da effettuarsi secondo modalità stabilite con decreto del Ministro della Giustizia, adottato ai sensi dell’art. 17, comma 3, l. n. 400/1988. Non si tratta di accorgimento trascurabile: esso – riproponendo scadenze delineate per i codici di buona condotta promossi dal Garante per la *privacy*<sup>52</sup> – mette in dubbio il traluzio insegnamento che vorrebbe le regole in questione ripiegate sulla categoria (professionale) di individui per cui sono concepite. Oggi sembra che anche le regole deontologiche debbano vantare un profilo di conoscibilità *erga omnes*<sup>53</sup>, il

<sup>50</sup> Conf. G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, 4ª ed., Milano, 2013, 468; T. BENE, *Difesa d’ufficio. Una luce debolissima sulla rivalutazione culturale*, in *Dir. pen. proc.* 2015, 390.

<sup>51</sup> «L’avvocato esercita la professione uniformandosi ai principi contenuti nel codice deontologico emanato dal CNF ai sensi degli articoli 35, comma 1, lettera d), e 65, comma 5. Il codice deontologico stabilisce le norme di comportamento che l’avvocato è tenuto ad osservare in via generale e, specificamente, nei suoi rapporti con il cliente, con la controparte, con altri avvocati e con altri professionisti. Il codice deontologico espressamente individua fra le norme in esso contenute quelle che, rispondendo alla tutela di un pubblico interesse al corretto esercizio della professione, hanno rilevanza disciplinare».

<sup>52</sup> L’art. 12 del testo unico sul trattamento dei dati personali (d.lgs. n. 196/2003) stabilisce che il Garante «promuove nell’ambito delle categorie interessate, nell’osservanza del principio di rappresentatività e tenendo conto dei criteri direttivi delle raccomandazioni del Consiglio d’Europa sul trattamento di dati personali, la sottoscrizione di codici di deontologia e di buona condotta per determinati settori, ne verifica la conformità alle leggi e ai regolamenti anche attraverso l’esame di osservazioni di soggetti interessati e contribuisce a garantirne la diffusione e il rispetto». Tali codici sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica e il rispetto delle disposizioni dei codici «costituisce condizione essenziale per la liceità e correttezza del trattamento dei dati personali effettuato da soggetti privati e pubblici». Sul tema U. DE SIERVO, *Diritto all’informazione e tutela dei dati personali*, in *Foro it.* 1999, V, 69 ss.; G. BUSIA, *Deontologia parametro di liceità delle operazioni*, in *Il codice della privacy. Le novità del Dlgs 196/2003 e i commenti degli esperti*, in *Guida dir. dossier* 8/2003, 149; S. GONELLA, *Uno sguardo all’evoluzione del diritto alla riservatezza: la tutela penale*, in *Dir. pen. proc.* 2007, 536 s.

<sup>53</sup> A conferma della rilevanza “esterna” assunta dal sistema di regole disciplinari, è utile ricordare che C.e.d.u., Sez. II, 15 dicembre 2009, n. 28634/06, Maiorani e altri c. Italia, in *Cass. pen.* 2010, 1666, ha affermato la responsabilità dell’Italia ai sensi dell’art. 41 della Convenzione, per non essersi il nostro Paese dotato di un sistema capace di rispondere alle mancanze di alcuni magistrati, impedendo che il loro operato compromettesse la vita di alcuni cittadini.



quale richiede la predeterminabilità dei loro contenuti, tipica delle disposizioni normative.

A tale profilo si ricollega in termini asseverativi l'altra grande innovazione apportata con la riforma del 2012: quella della tendenziale sottoposizione delle prescrizioni deontologiche ad un "principio di tipicità". Ancora il terzo comma dell'art. 3, l. n. 247 cit. dispone, infatti, che le norme contenute nel nuovo codice deontologico, «per quanto possibile, devono essere caratterizzate dall'osservanza del principio della tipizzazione della condotta e devono contenere l'espressa indicazione della sanzione applicabile». Sebbene la formula adottata sconti un temperamento, rispetto a quella più recisa ipotizzata in origine dai compilatori della riforma<sup>54</sup>, non è dubbio che l'affermazione di un principio di tipicità delle violazioni disciplinari dipendenti dalla inosservanza di regole deontologiche, rappresenti un deciso passo in avanti (almeno rispetto alla generica conformazione degli illeciti emergente dall'art. 38, r.d. n. 1578/1933) nella direzione di rendere tali prescrizioni meno esposte ad applicazioni creative da parte degli organi competenti. Anche tale profilo spinge a considerare tali regole come capaci di puntualizzare i contenuti di illeciti che, come quelli penali, attendono di conformarsi a presupposti di predeterminazione legale.

Le direttrici impartite dal legislatore parlamentare in ordine alle modalità di formulazione delle regole deontologiche sono state oltretutto ben recepite dalle autorità di ambito professionale. Vero che il citato art. 3, l. n. 247/2012 chiede al codice deontologico di indicare al suo interno le regole «che, rispondendo alla tutela di un pubblico interesse al corretto esercizio della professione, hanno rilevanza disciplinare», i redattori del testo di autoregolazione, non solo non si sono sottratti a tale compito, ma – assumendo che non si possono dare regole deontologiche che non guardano al pubblico interesse al corretto esercizio della professione – si sono risolti a qualificare *tutte* le prescrizioni in esso contenute come di rilievo disciplinare, con ciò rimettendole al principio di tipicità. Declina, perciò stesso, l'ispirazione "corporativa" delle regole e si afferma il loro orientamento a tutelare il pubblico interesse al corretto esercizio della professione<sup>55</sup>.

Il codice deontologico varato il 31 gennaio 2014 reca, dunque, un sistema di precetti più puntualmente formulati che in passato: scompare la tecnica di formulazione delle regole per "canoni" di comportamento, distinti dagli articoli definitivi dei precetti; è adottata una formulazione più precisa dei doveri e delle regole di condotta; ricorre un'indicazione espressa delle prescrizioni la cui violazione fa

<sup>54</sup> Si prevedeva originariamente che le prescrizioni deontologiche dovessero rimettersi ad una «stretta osservanza» del principio di legalità, anziché ad una sua traduzione «per quanto possibile».

<sup>55</sup> Conf. G. SCARSELLI, *Brevi osservazioni sul nuovo codice deontologico forense*, in *Foro it.* 2014, V, 245.

sorgere una responsabilità disciplinare, e delle sanzioni che possono seguirne<sup>56</sup>; non è stata riproposta la clausola di chiusura contenuta nell'art. 60 del codice del 1997, secondo la quale le formulazioni deontologiche si dovevano considerare indicazioni esemplificative delle mancanze imputabili agli avvocati, senza pregiudizio della possibilità che ne fossero individuate di nuove dagli organi precedenti. Il varo del nuovo codice è stato, infine, accompagnato dalla raccomandazione agli organi disciplinari di formulare il capo di addebito in termini precisi, così da consentirne un collegamento chiaro con la violazione delle prescrizioni deontologiche e rendere più effettivo l'esercizio del diritto di difesa nel corso del procedimento.

Nel complesso il sistema deontologico-disciplinare delineato per gli avvocati denota un più deciso orientamento ad assecondare esigenze di predeterminazione dei comportamenti vietati. Dovrebbero quindi ridursi i rilievi opponibili nei confronti della possibilità di utilizzare le regole di settore come termini di puntualizzazione dei precetti penali spendibili nei confronti dei relativi operatori. Alla luce dei vantaggi che è possibile trarre dalla riforma dei sistemi disciplinari forensi, occorre analizzare ora le modalità con le quali le regole di correttezza sono in grado di interagire con le disposizioni incriminatrici più adatte a rispondere alle scorrettezze commesse dai magistrati e dagli avvocati nell'esercizio delle loro funzioni.

#### 4. *I possibili ruoli delle regole deontologiche nel contrasto alle forme di "abuso del processo"*

In considerazione dell'origine casistica, dei caratteri "minuti" e degli scopi di orientamento quotidiano delle condotte dei relativi destinatari, l'apporto che le regole deontologiche possono recare alla definizione di sistemi di prevenzione e di contrasto delle scorrettezze processuali, si manifesta sotto piani diversi e complementari.

a) *Il ruolo "proattivo" o deontologico "puro" delle regole di correttezza.* Una prima funzione delle regole deontologiche, che si può definire "proattiva", è intesa a promuovere l'assunzione di corretti comportamenti da parte degli operatori del settore. Tale obiettivo è perseguito tramite l'introduzione dei valori fondamentali dell'attività professionale da parte di ciascun singolo aderente al gruppo; introduzione a sua volta affidata a meccanismi di trasmissione generazionale di quei

<sup>56</sup> Tale accorgimento segna la riforma del sistema forense spagnolo intervenuta in Europa prima di quella italiana: per più approfondite indicazioni in merito, sia consentito rinviare a D. NOTARO, *op. cit.*, 66 ss.

valori all'interno della comunità degli aderenti<sup>57</sup>. Per tal via, le regole deontologiche svolgono un compito di orientamento e di educazione "culturale" dei loro destinatari, onde far sì che costoro, da potenziali perturbatori dell'attività e del funzionamento del sistema, e perciò da "controllati", ne divengano protagonisti virtuosi, assurgendo essi stessi a "controllori" del rispetto delle condizioni di svolgimento del ruolo<sup>58</sup>. Un tale compito delle regole serve ad assicurare probità di azione ed efficienza di funzionamento del sistema, quali *pre*-condizioni per scongiurare la successiva contestazione di illeciti di rilievo anche penale.

Non può dubitarsi della pertinenza e della plausibilità di un tale ruolo. Le regole deontologiche sono state individuate come la base di orientamento principale del comportamento di tutti gli operatori del sistema giurisdizionale processuale, essendo state definite, addirittura, come «l'epicentro di un processo giusto»<sup>59</sup>. Esse traducono valori comuni alle figure coinvolte, rendendosi strumento di confronto e di "dialogo" fra coloro che interagiscono nell'agone processuale. Questa componente delle regole deontologiche, allora, lungi dall'apparire secondaria, al contrario, non è surrogabile da strumenti afflittivi, quantunque penalistici e per quanto severi, che si ritengano di opporre al professionista. Di questi esse anticipano e, se possibile, scongiurano l'intervento, consentendo sia di prevenire occasioni di illecito, sia di ridurre l'area delle fattispecie sanzionatorie ai (più gravi) casi di offensività conclamata delle scorrettezze perpetrate. L'efficacia di un compito "proattivo" delle regole deontologiche è però affidata alla capacità della comunità di aderenti di avvertire l'importanza delle medesime: da un lato, occorre che il significato dei precetti rifletta quanto più possibile le esigenze correnti nella comunità di individui; dall'altro, i membri di questa (soprattutto quelli più autorevoli per esperienza) devono mostrare con il loro comportamento di riconoscere a quelle regole la capacità di orientare il proprio contegno professionale.

*b) Il ruolo prescrittivo disciplinare.* Per quanto le regole deontologiche siano destinate a fornire modelli di comportamento virtuosi, devono esistere degli strumenti in grado di richiamare l'attenzione sulla portata disvaloriale di una loro elusione e di intervenire, quindi, ad assicurare la loro osservanza da parte degli aderenti al sistema. Devono esistere, insomma, rimedi afflittivi capaci di operare ai più vari livelli: ad es., stabilendo come conseguenza della violazione

<sup>57</sup> Per la rassegna dei fattori "storici" di indebolimento della capacità delle regole deontologiche di coagulare intorno a sé valori comuni degli operatori di settore, sia consentito rinviare a D. NOTARO, *op. cit.*, 58 s. V. anche G. FINOCCHIARO, *Codice deontologico: quella difficile sfida verso la qualità*, in *Guida dir.* Suppl. 5/2014, 5 ss.

<sup>58</sup> Cfr. V. GAROFOLI, *I canoni deontologici come reazione all'abuso nel e del processo penale*, in *Dir pen. proc.* 2010, 137.

<sup>59</sup> P. MAGGIO, *op. cit.*, 643. V. anche E. RANDAZZO, *Il "giusto processo" in Italia e in Europa*, in *Giust. civ.* 2002, /85; P. CIPOLLA, *Rimedi agli abusi del processo penale*, in *Giur. mer.* 2007, Suppl. n. 2, 94.

il divieto di conseguire benefici sul piano professionale, sino alla possibilità di innescare reazioni disciplinari conclamate, con i riti e le forme proprie del procedimento che prelude all'adozione di conseguenze sanzionatorie.

Che possa – e che debba – esservi una relazione fra le regole deontologiche e i precetti (e le sanzioni) disciplinari, è chiaro da tempo ed oggi è certificato per il settore forense dal ricordato art. 3, l. n. 247/2012, seguito dal codice deontologico del 2014<sup>60</sup>. Abbiamo visto come tale collegamento si regga oggi sopra modalità di confezionamento e di pubblicità delle regole, che avvicinano queste al piano delle fonti normative; non può dunque meravigliare che l'ordinamento accetti di far dipendere la concreta fisionomia dei precetti disciplinari dalle nuove formulazioni promananti dalla categoria professionale. Anche per l'ambito giudiziario, peraltro, seppur con i limiti propri di un sistema a tipizzazione solo "tendenziale", emerge un collegamento fra gli illeciti disciplinari e i doveri deontologici, la cui violazione è appunto esplicitata dai precetti sanzionati.

Al lume di tale assetto, ben si comprende come i precetti disciplinari siano chiamati a svolgere contemporaneamente un duplice compito nel sistema di reazione alle pratiche scorrette: da un lato, di ordine *precauzionale*, nel prescrivere modelli di comportamento che servono a prevenire più gravi situazioni offensive degli interessi attinti dallo svolgimento dell'attività; dall'altro lato, di natura *deflattiva*, nell'opporre una prima e più pronta reazione ai comportamenti disfunzionali offensivi degli interessi suddetti. La funzione precauzionale può oggi contare su un miglior tasso di tipizzazione dei precetti che forniscono i modelli di condotta virtuosi: grazie ad essa è infatti più chiara e precisa la pretesa di comportamento che il sistema rivolge al singolo operatore. La funzione deflattiva richiede, invece, che la risposta disciplinare sia tempestiva e non esposta ad arbitrii e ad opacità di azione degli organi competenti, che la renderebbero viceversa aleatoria: utili a tal fine sono le garanzie circa il modo con cui viene formato e discusso l'addebito della eventuale trasgressione.

c) *Il ruolo di interpretazione degli elementi normativi dei precetti penali.* Salendo di livello, sulla scala dei rimedi opponibili alle scorrettezze di magistrati e avvocati, viene in considerazione il ruolo di *esplicazione* che le regole deontologiche sono in grado di esercitare sugli elementi costitutivi delle norme che sanzionano le mancanze a doveri di ufficio o professionali loro imposti. Anche trattandosi delle disposizioni penali, le regole in questione possono chiarire il significato di elementi c.d. normativi<sup>61</sup> che compongono le fattispecie di reato. In mancanza di

<sup>60</sup> Sui caratteri generali del nuovo codice e sui suoi rapporti con il sistema disciplinare v. E. PERFETTI, *Avvocati: operativo dal 15 dicembre 2014 il Codice deontologico*, in *Guida dir.* 3/2015, 13.

<sup>61</sup> Per una recente indagine su tali elementi v. S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, 2016, spec. 109 ss.

esse, la traduzione di quegli elementi sarebbe infatti affidata ad incerti parametri o ad operazioni interpretative più complesse ed opinabili.

Una prima testimonianza dell'utilità del richiamo a disposizioni deontologiche, onde chiarire la portata di profili di rilievo penale, si ricava da una singolare vicenda che ha riguardato la contestazione del delitto di abuso di ufficio a carico di un ispettore di polizia che, abilitato all'esercizio della professione legale, aveva avviato numerose persone, conosciute per ragioni di ufficio, presso lo studio di un avvocato ove lo stesso soggetto prestava al contempo attività come collaboratore, per essere ivi assistiti legalmente. La Corte di cassazione<sup>62</sup> ha al riguardo affermato che «l'ingiustizia del profitto (o del danno) possono benissimo derivare non da una violazione di legge o di regolamento ma da qualsiasi violazione di doveri giuridici quale ne sia la fonte, come nel caso di specie, in cui la genesi del dovere è contenuta in una norma di deontologia imposta a una categoria professionale»<sup>63</sup>. In particolare, per la Corte, l'«ingiustizia» del vantaggio procurato, necessario per configurare la fattispecie dell'art. 323 c.p., si profilerebbe nella violazione del divieto di accaparramento di clientela, sancito dall'art. 37 dell'attuale codice deontologico forense (come già dall'art. 19 di quello abrogato), quale emanazione del dovere di dignità e decoro nell'esercizio della professione, anch'essi stabiliti dal medesimo codice deontologico<sup>64</sup>.

Un'ulteriore dimostrazione dell'utilità delle disposizioni deontologiche per la definizione di elementi normativi si può avere per una delle fattispecie più propriamente rivolte a contrastare palesi mancanze del difensore nell'esercizio della sua attività professionale. L'art. 381 c.p., nel punire il patrocinatore che difenda contemporaneamente «parti contrarie» nel medesimo procedimento, sanziona la violazione (anche) di una regola deontologica: in particolare quella prevista dall'art. 24 del codice deontologico (come già dall'art. 37 del codice del 1997) in tema di conflitto di interessi<sup>65</sup>. Non varrebbe osservare, onde negare il ruolo sistematico che tale regola svolge nell'economia della fattispecie penale, che la disposizione incriminatrice assorbe, ridefinisce e specifica la mancanza deontologi-

<sup>62</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 6 luglio 2005, n. 36592, in *Cass. pen.* 2006, 2072, con nota di M. DE BELLIS, *La Cassazione e la c.d. «doppia ingiustizia» dell'abuso di ufficio nel caso di procacciamento di clienti a favore di avvocato e ad opera del pubblico ufficiale*, e in *Dir. pen. proc.* 2006, 49.

<sup>63</sup> In senso contrario, per l'esclusione della rilevanza di valutazioni di carattere etico, sociale o politico v. T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, 91; Cass. pen., Sez. VI, 7 marzo 1995, Bussolati, in *Riv. pen.* 1995, 1452.

<sup>64</sup> Per osservazioni circa la correttezza della conclusione nel caso in esame sia consentito rinviare a D. NOTARO, *op. cit.*, 134.

<sup>65</sup> Essa stabilisce che «l'avvocato deve astenersi dal prestare attività professionale quando questa possa determinare un conflitto con gli interessi della parte assistita e del cliente o interferire con lo svolgimento di altro incarico anche non professionale». Per ulteriori e più ampi riferimenti v. D. NOTARO, *op. cit.*, 210 s.

ca in vista di una più intensa tutela degli interessi in gioco. Il testo di autoregolamentazione, comunque, fornisce un prezioso parametro (non altrimenti surrogabile) di interpretazione del significato della locuzione “parti contrarie” ai fini della delimitazione dell’operatività della fattispecie penale.

Secondo l’art. 24, comma 3 c.d., infatti, sussiste conflitto di interessi fra il difensore e il suo assistito «anche nel caso in cui il nuovo mandato determini la violazione del segreto sulle informazioni fornite da altra parte assistita o cliente, la conoscenza degli affari di una parte possa favorire ingiustamente un’altra parte assistita o cliente, l’adempimento di un precedente mandato limiti l’indipendenza dell’avvocato nello svolgimento del nuovo incarico». Tale regola individua nella “contrarietà” fra gli assistiti le ragioni del divieto, illuminando l’orizzonte del requisito del reato. Quanto poi alla coeva indicazione contenuta nell’art. 24, comma 5, a proposito del dovere di astensione imposto all’avvocato anche quando il conflitto sussista fra parti che si rivolgano ad avvocati soci della medesima società o associazione professionale o «che esercitino negli stessi locali e collaborino professionalmente in maniera non occasionale» fra loro, la capacità di tale più ampia definizione di estendere l’area di operatività della fattispecie, è legata alla possibilità che il coinvolgimento di soci e collaboratori di studio sia riconducibile all’ambito semantico della locuzione di medesimo “patrocinatore” adoperata dall’art. 381 c.p. La regola deontologica richiama nondimeno l’attenzione dell’interprete verso tale ulteriore profilo di conflittualità fra gli interessi del cliente e quelli dell’avvocato.

Ecco che allora, lungi dal poter prevalere sul tenore della formulazione legislativa, e guardandosi dal rischio di favorire surrettizie estensioni analogiche della disposizione incriminatrice, le indicazioni deontologiche possono asseverare in via ermeneutica (anche estensivamente) significato normativo e portata operativa del precetto penale.

d) *Il ruolo di integrazione dei precetti penali.* Fra i modi con cui le regole professionali possono “soccorrere” le fattispecie penali non può naturalmente trascurarsi quello consistente in una vera e propria etero-integrazione delle disposizioni incriminatrici. Com’è noto, tale meccanismo è ammesso entro rigorosi limiti<sup>66</sup> dettati dalla necessità di osservare la garanzia di legalità sancita dall’art. 25, comma 2 Cost. Lo stesso meccanismo presuppone che la disposizione incriminatrice sia formulata a livello generale e astratto in termini non del tutto esaustivi e che la legge, pur non venendo meno al compito di delineare «con sufficiente spe-

<sup>66</sup> Sull’ampia questione sia consentito rinviare a D. NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, Torino, 2010, 83 s.

cificazione» i requisiti costitutivi caratterizzanti l'illecito<sup>67</sup>, abbisogni di un completamento in chiave di adeguamento "tecnico" o di specificazione ad opera di fonti sotto-ordinate.

A tale eventualità si espongono i principali schemi di reato opponibili alle condotte degli operatori processuali: l'art. 323 c.p., che punisce l'abuso di ufficio, per le condotte dei magistrati<sup>68</sup>; l'art. 380 c.p., concernente il "patrocinio infedele", e l'art. 378 c.p., che incrimina il favoreggiamento personale, per quel che attiene alle mancanze o alle inosservanze commesse dal difensore.

L'indicazione della «violazione di norme di legge» quale condizione per la configurazione di un abuso di ufficio espone direttamente la fattispecie ad una sua integrazione ad opera di disposizioni tecniche e specialistiche. Si è nondimeno posta nel tempo la questione del novero di "leggi" che possono integrare il requisito del delitto: in particolare, ci si è chiesti se anche disposizioni di principio e clausole generali a contenuto aperto (bisognevole cioè di una loro chiarificazione in sede interpretativa) possano essere considerate parametro di valutazione di una violazione penalmente sanzionata. A favore di una estensione della fattispecie a tali parametri si è rilevato che, diversamente ritenendo, sfuggirebbero utili termini di misurazione della potenziale nocività delle condotte dei funzionari, rimanendo in buona parte paralizzata la fattispecie incriminatrice nella sua portata applicativa. In senso opposto, propenso a limitare i parametri di misurazione della violazione abusiva alle sole disposizioni puntuali, si è naturalmente segnalata la necessità di rendere meglio determinata la fattispecie incriminatrice in linea con i dettami posti dall'art. 25, comma 2 Cost.

Quale che sia la soluzione preferibile in linea di principio, occorre segnalare che, per definire i termini della fattispecie in esame, la giurisprudenza<sup>69</sup> non ha

<sup>67</sup> Si ricordino Corte Cost., 23 marzo 1966, n. 26, in *Giur. cost.* 1966, 270, e, più recentemente, Corte Cost., 11-14 giugno 1990, n. 282, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1991, 993 con nota di G. Viciconte, e in *Foro it.* 1991, I, 3020 con nota di F. Albergiani.

<sup>68</sup> Sulla propensione dell'art. 323 c.p. – considerata norma «parzialmente» in bianco – ad "aprirsi" a fonti extra legislative cfr. A. D'AVIRRO, *L'abuso di ufficio. La legge di riforma 16 luglio 1996*, n. 234, Milano, 1997, 10 s.; L. PICOTTI, *Continua il dibattito sull'abuso di ufficio*, in *Dir. pen. proc.* 1997, 347 e 352; C. CUPELLI, *Abuso di ufficio e tipologia delle fonti: sulla rilevanza penale della violazione di un "sistema di norme"*, in *Cass. pen.* 2001, 1031, ss.; G. LICCI, *Abuso di ufficio. Analisi di un enunciato normativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, 461 e 471. In giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. IV, 17 ottobre 1997, Vitarelli e altri, in *Cass. pen.* 1998, 1616.

<sup>69</sup> Oltre a Cass. pen., Sez. Un., 29 settembre 2011, n. 155 cit., cfr., ad es., Cass. pen., Sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 9862, in *Cass. pen.* 2010, 1407. Si consideri inoltre Cass. pen., Sez. VI, 5 febbraio 2007, n. 4637, in *Riv. pen.* 2007, 1126, secondo la quale la violazione di legge interviene «come mero presupposto di fatto per l'integrazione del reato, senza che lo specifico contenuto della norma violata si incorpori nel precetto penale e diventi elemento costitutivo della relativa fattispecie», con la conseguenza che la fattispecie penale prescinde dal contenuto puntuale o aperto della

mancato di considerare in più occasioni la plausibilità di un coinvolgimento normativo di disposizioni di carattere generale e financo di principi costituzionali quali quelli sanciti dagli artt. 24, 97 e 111 Cost., in quanto suscettibili di esprimere le ragioni *sostanziali* dell'abuso riprovato dall'ordinamento<sup>70</sup>. Dinanzi a tale prospettiva, allora, escludere la considerazione delle regole deontologiche parrebbe soluzione riduttiva e controproducente, perché, da una parte, tali regole contengono in sé la capacità di esprimere il senso comune della condotta virtuosa, essendo adattabili ai più diversi contesti di azione; dei doveri deontologici evocati, oltretutto, i sistemi disciplinari operanti per magistrati e avvocati (specialmente dopo le riforme sopra considerate) prevedono sovente traduzioni puntuali utili a descrivere le situazioni riprovate almeno come termini di esemplificazione applicativa. L'alternativa ad un coinvolgimento delle regole deontologiche, d'altra parte, sarebbe rappresentato dal più probabile richiamo ai principi o ai valori costituzionali apicali della funzione, i quali, tuttavia, scontano la mancanza di un'attitudine prescrittiva<sup>71</sup> e, come emerso in relazione alla ritenuta configurazione di abusi di ufficio a carico di alcuni magistrati<sup>72</sup>, si prestano a traduzioni opache in buona parte dipendenti dalla sensibilità del giudice. Altrimenti ancora, valorizzare la connotazione sostanziale dell'abuso, prescindendo dal richiamo puntuale a disposizioni espressive di regole e doveri specifici del settore, contrasterebbe con la scelta compiuta nel 1997 dal legislatore di adottare un modello *formale* di abuso, più oggettivo e meno dipendente dalla sensibilità del giudice chiamato a fare di volta in volta applicazione della fattispecie<sup>73</sup>.

Spostandosi a considerare le figure di reato suscettibili di riguardare le mancanze del difensore, non può sfuggire come la struttura stessa dell'art. 380 c.p. – col punire il patrocinatore che, «rendendosi infedele ai suoi doveri professionali»,

disposizione richiamata; nello stesso senso Cass. pen., Sez. VI, 15 gennaio 2003, in 10056, in *Cass. pen.* 2004, 3621.

<sup>70</sup> Ed anzi, Corte Cost., 14 luglio 2016, n. 177, in *Giur. cost.* 2016, 1358, e in *Cass. pen.* 2016, 3585, ha dichiarato inammissibile (per mancata prospettazione della fattispecie applicabile nel caso di specie), la questione di legittimità costituzionale sollevata per contrasto con gli artt. 25, comma 2, e 97, comma 2 Cost. nella parte in cui si assume che, secondo il "diritto vivente", il requisito di «violazione di legge» includerebbe anche la elusione dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione; a parere della Consulta, inoltre, non sarebbe specificata dal giudice remittente la ragione per cui egli non ritenga di praticare un'interpretazione della norma denunciata che sia conforme a Costituzione.

<sup>71</sup> In senso contrario a tale consolidato assunto, per vero, L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.* 2010, 2771 ss.

<sup>72</sup> Con particolare riferimento alla vicenda che ha riguardato la condanna di un giudice di pace cfr Cass. pen., Sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 9862 cit., a proposito della quale sia consentito rinviare a D. NOTARO, In foro illecito cit., 114 s.

<sup>73</sup> Per le alternative comparatistiche a un modello formale di abuso, tutt'ora disponibili nel panorama europeo, e per i loro inconvenienti, con particolare riferimento all'esperienza della *Rechtsbeugung* tedesca, sia consentito richiamare D. NOTARO, In foro illecito versari cit., 142 ss.



arrechi nocumento agli interessi della sua parte assistita dinanzi all'autorità giurisdizionale – implichi il necessario ausilio delle regole professionali<sup>74</sup>. Il rinvio a queste ultime non sembra, d'altronde, potersi limitare al solo livello di *interpretazione* del testo normativo<sup>75</sup>, attesa la genericità della locuzione normativa e la centralità dell'elemento costitutivo interessato nell'economia della fattispecie incriminatrice. Si comprende, quindi, come il richiamo innescato dalla norma penale "responsabilizzi" la capacità delle regole professionali di predeterminare i doveri di comportamento imposti all'avvocato nell'esercizio della sua attività. Una tale pretesa si fa più pressante anche perché degli ulteriori elementi costitutivi del reato, adombrati dalla disposizione penale e che potrebbero contribuire a spiegare il disvalore della fattispecie, si tende a dare un'interpretazione poco selettiva, con la conseguenza che la fisionomia del reato si avvicina a quella delle pure trasgressioni di settore: così è a dirsi, se si conviene che l'operare «dinanzi all'autorità giudiziaria» non sottenda l'esercizio dell'attività *in pendenza* di un procedimento giurisdizionale, sicché sarebbe possibile configurare il reato anche per l'attività stragiudiziale o per quella precedente all'instaurazione del procedimento<sup>76</sup>; e così pure è a dirsi per il «nocumento» richiesto quale evento del reato, che viene individuato anche nel mancato conseguimento dei vantaggi giuridici e dei benefici di ordine morale che alla parte potrebbero derivare dal corretto e leale esercizio del patrocinio da parte dell'avvocato, eventualmente già nelle fasi intermedie o incidentali del procedimento<sup>77</sup>. E allora grava appunto sulla capacità del precetto deontologico di dettare una regola chiara, buona parte della possibilità della fattispecie penale di sottrarsi ad irresistibili rilievi di indeterminatezza.

L'instaurazione di relazioni di integrazione del profilo normativo penale ad opera di precetti deontologici, peraltro, non riguarda necessariamente le modalità della condotta integranti il fatto tipico. Si danno casi nei quali il supporto delle regole deontologiche integra profili di antigiuridicità speciale richiesti dalla fatti-

<sup>74</sup> Per una recente applicazione, che ha sottolineato la necessità di individuare la corrispondenza dell'atto all'esercizio di attività difensiva cui commisurare l'osservanza delle regole deontologiche professionali, v. Cass. pen., Sez. VI, 31 gennaio 2018, n. 14751, inedita.

<sup>75</sup> Per L. DURIGATO, *Sul delitto di infedele patrocinio*, Padova, 1966, 29 ss., si tratta proprio di eterointegrazione della fattispecie. Per G. ZUCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961, 48 ss.; e M.B. MIRRI, *Infedeltà del patrocinatore o consulente tecnico*, in *Dig. Disc. Pen.*, VI, Torino, 1992, 420 e 422, invece, le regole professionali varrebbero ad esplicitare a livello del fatto concreto l'elemento normativo dei "doveri" posto dall'art. 380 c.p. Che si debba attendere dalle regole deontologiche un chiarimento circa dimensione e portata dell'elemento costitutivo del reato, è riconosciuto anche da F. BENCIVENGA, *Infedeltà del patrocinatore o del consulente tecnico in atti "apparentemente" stragiudiziali*, in *Dir. pen. proc.* 1999, 466.

<sup>76</sup> In senso contrario (con effetto selettivo), di recente, Cass. pen., Sez. VI, 30 marzo 2017, n. 29783, in *CED Cass.* 279638.

<sup>77</sup> Di recente Cass. pen., Sez. V, 3 febbraio 2017, n. 22978, in *CED Cass.* 270200; ma v. già Cass. pen., Sez. VI, 26 maggio 2011, n. 29653, in *Riv. pen.* 2011, 1171.

specie incriminatrice: si consideri il carattere “indebito” della condotta di rivelazione di segreto inerente a un procedimento penale, punita dall’art. 379-*bis* c.p., i cui tratti sono disvelati dall’art. 28 del codice deontologico. Tale ultima disposizione consente di derogare al dovere di riserbo sull’attività prestata, sulle informazioni della parte assistita e su quelle apprese nello svolgimento del mandato, quando la divulgazione sia «necessaria» per svolgere l’attività di difesa o per impedire la commissione di un reato di particolare gravità; «in ogni caso la divulgazione dovrà essere limitata a quanto strettamente necessario per il fine tutelato». Tali indicazioni, puntualizzando i casi nei quali la rivelazione è ammessa a scapito dell’esigenza di riserbo, delimitano i presupposti di illegittimità della condotta richiesti per il suo rilievo offensivo in sede penale.

Per altro verso, le regole in questione si prestano a costituire parametro *definitorio* variamente incidente sulla condotta tipica o sulla sua antigiridicità: è il caso della interferenza dell’attività difensiva con lo spettro dell’art. 378 c.p. È noto che il delitto di favoreggiamento rappresenta una “spada di Damocle” incombenente sull’avvocato che assista una persona coinvolta da un procedimento penale. Per la sua macroscopicità ed evocatività di significato (dovuta all’adozione di un modello di formulazione sostanziale dalla capacità onnicomprensiva), il delitto in esame tende a divorare ambiti di estrinsecazione dell’attività professionale<sup>78</sup>. Rispetto alla portata di tale incriminazione, il problema non è semplicemente *giustificare* l’offensività di condotte difensive, ma, piuttosto, delimitare gli ambiti in cui – grazie alle indicazioni promananti dalla disciplina di settore – il compimento di taluni atti sia da intendersi, non già di ostacolo all’esercizio della giurisdizione, bensì funzionale ad esso e perfettamente “inquadrate nel sistema”.

Autorevole dottrina<sup>79</sup> ebbe a delineare in passato le condizioni in presenza delle quali escludere il delitto di favoreggiamento per le condotte difensive prestate al proprio assistito, assumendo a punto di partenza la distinzione fra comportamenti di aiuto materiale e condotte di ausilio intellettuale o informativo<sup>80</sup>. È significativo osservare come tale distinzione trovi oggi *positiva* conferma nell’assetto delle norme di settore, sia quanto alla diretta rilevanza penale delle condotte di aiuto *materiale*, posto che esse esulano senz’altro dal prototipo di at-

<sup>78</sup> Cfr. per tutti M. ZANOTTI, *Sul problematico rapporti tra favoreggiamento personale e diritto di difesa*, in *Crit. dir.* 2005, 276.

<sup>79</sup> D. PULITANÒ, *Il favoreggiamento personale tra diritto e processo penale*, Milano, 1984, 195.

<sup>80</sup> La stessa prospettiva è stata adottata da P. PISA, *Avvocati e favoreggiamento personale. Ancora un caso dubbio*, in *Dir. pen. proc.* 1995, 336; G. PIFFER, *I delitti contro l’amministrazione della giustizia*, I, *I delitti contro l’attività giudiziaria*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, dir. da G. Marinucci-E. Dolcini, IV, Padova, 2005, 731 s.; F. RINALDINI, *Il favoreggiamento personale*, Padova, 2005, 276 ss.; N. RAPACCINI, *La funzione difensiva tra diritto e “delitto di difesa”*, in *Dir. pen. proc.* 2009, 98 s.; L. ZILLETTI, *Il favoreggiamento*, in AA.VV., *Il rischio penale del difensore*, a cura di G. Insolera-L. Zilletti, Milano, 2009, 106 ss.

tività di assistenza difensiva tracciato dall'art. 2, l. n. 247/2012 e dall'art. 1 c.d., sia quanto alla possibilità di esimere dalla sfera di operatività dell'art. 378 c.p. l'aiuto intellettuale di tenore informativo prestato dal difensore al proprio cliente. A questo secondo versante attiene il caso della comunicazione di informazioni di tenore *fattuale* all'assistito, la quale non è necessariamente espressiva dell'attività di assistenza tecnica delineata dalle norme di settore. In relazione ad essa si segnala l'apporto fornito dal vigente codice deontologico il quale assevera l'attendibilità del criterio che guarda al modo di acquisizione (legittimo o illegittimo) della notizia comunicata al cliente e che era stato autonomamente elaborato dalla dottrina più autorevole per discernere l'ambito di estrinsecazione dell'attività professionale protetta e garantita dall'art. 24 Cost. Se già il codice deontologico del 1997, con l'art. 40, canone III, imponeva al difensore il *dovere* di «riferire al proprio assistito quanto appreso nell'esercizio del mandato se utile all'interesse di questi», nell'art. 27 del codice subentrato nel 2014 si puntualizza che il dovere di riferire all'assistito le informazioni che gli possono giovare riguarda le sole notizie apprese «legittimamente nell'esercizio del mandato», così profilando un oggettivo criterio di delimitazione degli spazi di estrinsecazione dell'attività difensiva libera da rischi penali. Si risolve così, in modo più certo e chiaro, fra l'altro, l'imbarazzo del conflitto di doveri in cui potrebbe trovarsi il difensore, stretto, fra l'esigenza, da un lato, di non tradire la fiducia del proprio cliente, cui guarda l'incriminazione posta dall'art. 380 c.p., e il dovere, dall'altro, di non porre ostacoli ultronei ed ingiustificati al corso dell'accertamento giudiziario, cui si rivolge l'art. 378 c.p.

e) *Il ruolo di intervento "complementare" alla tutela penale.* Da ultimo, il rapporto fra i sistemi deontologici-disciplinari e quello penale si atteggia in chiave di "complementarietà". Tale cifra può venire in considerazione sotto una duplice angolazione.

Una prima prospettiva evidenzia la strutturazione dei due sistemi in una più ampia strategia di contrasto generale alla perpetrazione di pratiche illecite. È il caso di fattispecie disciplinari e criminose che si pongono fra loro in relazione di progressione scalare di specificità e gravità crescenti del fatto sanzionato, pur avendo in comune la trasgressione di doveri professionali: già si è accennato al ruolo specificativo ed "intensivo" in cui si pone l'art. 380 c.p. rispetto alle mancanze disciplinari richiamate da quella stessa disposizione. Si prendano, però, adesso in considerazione il millantato credito di cui all'art. 382 c.p. e, più ancora, il traffico di influenze illecite, sanzionato dall'art. 346-*bis* c.p.

Tali fattispecie puniscono condotte *di per sé* contrastanti con i precetti deontologici (in particolare gli artt. 53-55 c.d.) che si curano di salvaguardare la correttezza formale dei rapporti dei difensori con gli altri soggetti del processo: magistrati, periti, consulenti, testimoni e persone informate sui fatti. Come il testo di

settore vieta, sotto minaccia di sanzione disciplinare, di instaurare relazioni oblique, in grado di condurre in futuro ad una strumentalizzazione della funzione difensiva, così i delitti si spingono a punire l'avvocato che, per affermare la propria posizione sul cliente o per pregiudicare quella delle parti contrapposte, adduca abitudini di frequentazione o veri e propri contatti indebiti con soggetti processualmente sensibili. Le regole disciplinari stigmatizzano, dunque, comportamenti potenzialmente prodromici all'instaurazione di relazioni collusive nocive agli interessi pubblici legati allo svolgimento della funzione di assistenza tecnica, senza che sia richiesto di riconoscere un orientamento particolare impresso alle relazioni informali allacciate.

Una ulteriore chiave di lettura, tutt'affatto diversa dalla precedente, individua la possibile complementarità fra illeciti disciplinari e reati, nella figura dell'illecito disciplinare "dipendente dal reato"<sup>81</sup>. È il caso degli illeciti professionali che, completando la risposta penale alla commissione di fatti criminosi, presuppongono che sia intervenuta la condanna per taluni reati. Ne ricorre testimonianza nel sistema che riguarda i magistrati (art. 4, d.lgs. n. 109/2006), mentre tale categoria di illeciti, un tempo considerata dagli artt. 42-43, r.d. 1933/1938, è tramontata per ciò che concerne la responsabilità degli avvocati<sup>82</sup>. In tali frangenti non è più solo la regola deontologica-disciplinare a condizionare la fisionomia dell'illecito penale, ma è quest'ultimo a definire (presuntivamente) l'inadeguatezza etica del magistrato ad osservare i propri doveri deontologici prodromici all'assolvimento dei compiti di ufficio. Sennonché, per evitare il rischio di una pura eticizzazione del rimprovero (penale e disciplinare) del magistrato e per migliorare la collaborazione fra i due tipici di precetti, si è altrove segnalata<sup>83</sup> la necessità di incrementare la capacità delle disposizioni disciplinari di esprimere la regola la cui violazione vale a integrare la fattispecie di reato, cui si ricollegli quindi l'ulteriore effetto (disciplinare) di attestare un'indegnità del magistrato ad esercitare la funzione.

##### 5. *Conclusioni. I limiti di plausibilità di una fattispecie di "abuso del processo"*

L'intervento delle regole deontologiche a concorrere a definire o a interpretare le norme penali, se, da un lato, come si è cercato di spiegare, può oggi contare soprattutto sui risultati positivi della riforma professionale compiuta tra il 2012 e il 2014 per il settore forense, d'altro lato, può incontrare resistenze culturali, mo-

<sup>81</sup> D. NOTARO, In foro illecito cit., 234.

<sup>82</sup> Sulle ragioni e sulle implicazioni della scelta compiuta nel 2012, sia consentito rinviare a D. NOTARO, *op. ult. cit.*, 237.

<sup>83</sup> D. NOTARO, In foro illecito cit., 235.

tivate probabilmente dal retaggio delle preoccupazioni legate alla duttilità con cui lo strumento disciplinare si prestava (soprattutto in passato) ad essere utilizzato arbitrariamente contro gli appartenenti alla categoria: ora come arma per minare l'indipendenza di azione e di giudizio del magistrato; ora come strumento per limitare l'esercizio della libertà difensiva dell'avvocato a tutela degli interessi del proprio cliente nel procedimento. Non si nega che la traduzione di clausole generali, imbevute di concetti "culturali" e di elementi di sentire comune, non può prescindere da gradienti di "precomprensione" che ne influenzano l'operatività. Si deve nondimeno riconoscere che la migliore articolazione formale delle prescrizioni e la loro profilata capacità di estroflettersi, mercé le modalità di pubblicazione cui sono tenute le regole di settore, costituiscono promettenti presidi di una sufficiente precisione di significato che ne consente la spendibilità sul versante penale.

Il timore, poi, che l'utilizzo di tali parametri per articolare le condotte suscettibili di dare luogo a responsabilità penale, valga ad opporre ostacoli allo svolgimento dell'attività professionale da parte degli avvocati, svantaggiandoli nella competizione processuale, è destinato a stemperarsi, se si considera che una analoga valorizzazione delle regole di settore è registrabile per gli strumenti afflittivi operanti nei confronti dei magistrati. D'altronde, proprio l'osservanza delle prescrizioni deontologiche sembra lo strumento più adatto per calibrare i rapporti fra le parti processuali chiamate ad operare all'interno di un modello "accusatorio" di procedimento; con tali regole possono e debbono, dunque, coordinarsi quei presidi che rispondono alla comune esigenza di salvaguardare condizioni di equilibrato esercizio delle prerogative processuali.

Né può trascurarsi che le alternative all'utilizzo delle regole di settore per definire i limiti di operatività delle fattispecie penali spendibili nei confronti di avvocati e magistrati impegnati nel processo, appaiono niente affatto rassicuranti, se si guarda all'esperienza applicativa dell'abuso di ufficio e del favoreggiamento maturata lungo un arco pluridecennale. Quanto alla prima fattispecie, come si è visto, per ricercare parametri adeguati a riempire di contenuti i rinvii formali innescati dall'art. 323 c.p., si è sovente fatto ricorso a principi costituzionali (in particolare quelli sanciti dall'art. 111 Cost.) che – a prescindere dalla questione della loro inidoneità a porre precetti<sup>84</sup> – palesano una genericità di contenuti che ri-

<sup>84</sup> R. ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars interpretandi* 2002, 131ss.; J. LUTHER, *Come interpretare i "principi fondamentali" della Costituzione*, in AA.VV., *I principi fondamentali della Costituzione italiana*, a cura di L. Luther-E. Malfatti-E. Rossi, Pisa, 2001, 10 s. e 18; in ottica penalistica M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro it.* 2001, V, 34; ID., *Democrazia penale e ruolo della scienza*, in AA.VV., *Nuovo revisionismo penale. Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di G. Insolera, Bologna, 2005, 29. Per un ridimensionamento

donda a beneficio di una ben maggiore discrezionalità applicativa da parte del giudice<sup>85</sup>. Del favoreggiamento, poi, si lamenta da sempre la mancanza di parametri formali per tradurre in concreto il tipo di “aiuto” vietato che il difensore non può spendere a beneficio del proprio cliente. I richiami alla riconducibilità dell’atto a profili estranei ai contenuti del mandato difensivo<sup>86</sup> o all’instaurazione di una “solidarietà anomala” dell’avvocato con il proprio assistito<sup>87</sup> non sono che succedanei, utili al più a esprimere la *ratio* di criteri tutti da definire; e pure le più articolate elaborazioni dottrinali che hanno inteso fornire criteri operativi della fattispecie, peccano di eccesso di creatività, se confrontate con gli scarni riferimenti positivi (penali) cui si riferiscono.

A non migliore soluzione si giunge, d'altronde, considerando la categoria dell'abuso del processo come paradigma di mancanze e scorrettezze sanzionabili. Quella figura tradisce un insostenibile gradiente di ambiguità a causa della sua dichiarata aspirazione ad operare negli interstizi delle fattispecie normative, senza potersi sorreggere, tuttavia, sulla disponibilità di criteri illustrativi delle condotte abusive: il richiamo alla finalità elusiva o fraudolenta dell'agente, da un lato, e il confronto con le finalità istituzionali dell'atto o dell'istituto evocato, dall'altro, non valgono certo ad offrire parametri obiettivi e scevri dal rischio di arbitrii applicativi da parte del giudice che dovrebbe riconoscerne l'inveramento nel caso concreto. La figura accreditata dalle Sezioni Unite penali nel 2011 non può, dunque, acquisire meriti superiori a quelli di avere sollecitato l'attenzione dell'interprete verso una migliore delimitazione dell'ambito applicativo di fattispecie che non da oggi costituiscono un problema e un “rischio”, tanto per il funzionario pubblico che promuove o conduce il procedimento giurisdizionale, come per l'avvocato difensore impegnato ad assistere il proprio cliente nell'esercizio di libertà costituzionalmente sancite.

della inidoneità precettiva dei principi v. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.* 2010, 2771 ss.

<sup>85</sup> V. Cass. pen., Sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 9862, in *Cass. pen.* 2010, 1407, con nota di M. DE BELLIS, *Abuso d'ufficio ed immeditata precettività del principio di imparzialità del giudice di cui all'art. 111, comma 2, Cost.*

<sup>86</sup> Cass. pen., Sez. VI, 21 marzo 2000, n. 7270, in *Giust. pen.* 2001, II, 394, e in *Cass. pen.* 2001, 795, con nota di A. D'AMBROSIO, *Condotta tipica, esercizio del mandato e abuso nel reato di favoreggiamento personale.*

<sup>87</sup> Cass. pen., Sez. VI, 29 marzo 2000, n. 651, in *Riv. pen.* 2000, 893, e in *Cass. pen.* 2001, 1791.

GIANFRANCO MARTIELLO

“CIVILE” E “PENALE”: UNA DICOTOMIA SANZIONATORIA  
DAVVERO SUPERATA? OVVEROSIA, QUANDO IL RISARCIMENTO  
DEL DANNO VUOLE “PUNIRE” IL REO

SOMMARIO: 1. La sanzione civile e quella penale nella contrapposizione classica e nell'ordinamento odierno: spunti per un'indagine sul fenomeno di contaminazione delle categorie. – 2. La prima dimensione del fenomeno: l'utilizzo in chiave (ulteriormente) affittiva della sanzione civile. Alcune esemplificazioni. – 3. La seconda dimensione del fenomeno: il risarcimento del danno ad effetto estintivo del reato. – 4. (*Segue*) Le proposte della dottrina a favore del risarcimento del danno come risposta al crimine alternativa alla pena. – 5. (*Segue*) Gli argomenti avversi. – 6. Spunti critici sui diversi paradigmi normativi di “risarcimento estintivo”.

1. *La sanzione civile e quella penale nella contrapposizione classica e nell'ordinamento odierno: spunti per un'indagine sul fenomeno di contaminazione delle categorie*

Nell'insegnamento della «Parte generale» è consuetudine accennare alla contrapposizione tra “penale” e “civile”, e ciò principalmente in due occasioni: trattando del concetto stesso di diritto penale, ove è d'uopo raffrontare i caratteri della pena con quelli delle altre sanzioni giuridiche, a cominciare da quella civile; definendo il reato, la cui natura di illecito «di modalità di lesione» strettamente tipizzata dalla legge è di solito contrapposta al carattere atipico dell'illecito aquiliano, infatti poco più che abbozzato dagli art. 2043 ss. c.c., che porrebbe l'accento non tanto sul comportamento antiggiuridico o sull'elemento soggettivo, spesso presumibile, quanto sulle sue conseguenze, cioè sul risarcimento del danno cagionato<sup>1</sup>. Nella prima prospettiva, in specie, si è soliti richiamare un consolidato insegnamento, secondo cui, volendo schematizzare<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> Obbligato e sufficiente, qui, appare il riferimento a M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II, pt. I, Torino, 2007, 7 s.

<sup>2</sup> Sul concetto di «sanzione giuridica», e sulla classica contrapposizione tra quella civile, deputata a risarcire/riparare il danno, e quella penale, intesa a punire un'offesa, v. F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, 157 s.; N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Nov.mo dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, 532-533, 534 s.; P. NUVOLONE, *Pena (in generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, 787 s.; T. PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in AA.VV., *Le pene private*, a cura di F.D. BUSNELLI, G. SCALFI, Milano, 1985, spec. 56 s., e nella manualistica, per tutti, v. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, III<sup>a</sup> ed., Torino, 2008, 13 s. ed A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*.

a) la pena, intesa anzitutto come categoria logica prima ancora che come variabile categoria storica, appartenerebbe al *genus* delle sanzioni eterogenee, e precipuamente alla *species* di quelle afflittive (o punitive, che dir si voglia), aventi per di più carattere personale. Sanzioni «eterogenee» le pene sarebbero poiché consistenti in conseguenze giuridiche aventi natura del tutto diversa da quella del comportamento richiesto dal precetto per la cui violazione esse sono irrogate. Le pene sarebbero inoltre sanzioni «afflittive» (o «punitive»), poiché consistenti in un «patire», in una «sofferenza» prevista e poi inflitta per uno scopo che, nella fase applicativa, è quello di *punire* l'autore di un certo fatto per averlo commesso, e, nella fase di poiesi della sanzione, è quello di prevenire, soprattutto mediante dissuasione psicologica, il ripetersi di fatti uguali da parte dei terzi: come ha detto pure la Corte costituzionale, infatti, non può negarsi che «afflittività [e] retributività [...] riflettano quelle condizioni minime, senza le quali la pena cesserebbe di essere tale»<sup>3</sup>. Peraltro, che la pena costituisca anzitutto un patire, trova oggi indiretta conferma nell'art. 613-*bis*, comma 3, c.p., secondo cui non ricorre il reato di tortura «nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti»: il che dimostrerebbe che la pena legittima è appunto sofferenza, afflizione. Le pene, infine, avrebbero natura «personale», e ciò non soltanto nell'ovvio senso che esse devono colpire soltanto l'autore del fatto e non soggetti ad esso estranei<sup>4</sup>, ma nel più sostanziale senso che le comminatorie penali non potrebbero conseguire alcuna finalità razionale se non rapportate ed adeguate anche alla personalità dell'autore<sup>5</sup>: e ciò – si noti – sia nel momento dell'imputazione della responsabilità penale (colpevolezza ascrittiva), sia in

*Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, 9. Tra i civilisti, per la ricostruzione storica delle tesi che distinguono il *proprium* della pena da quello del risarcimento del danno, v. S. LANDINI, *Assicurazione e responsabilità*, Milano, 2004, 111 s. e A. RIZZIERI, *Il danno non patrimoniale da reato*, in AA.VV., *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, a cura di S. DELLE MONACHE, Torino, 2010, 407 s.

<sup>3</sup> Testualmente, v. Corte cost., 3 luglio 1990, n. 313, in *Giur. it.*, 1992, I-1, spec. 1879.

<sup>4</sup> Per tutti, v. F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. I, II<sup>a</sup> ed., Milano, 1947, 131.

<sup>5</sup> Sul nesso tra pene e condizione personale del reo, si che le prime devono essere «variabili anche in rapporto alla *personalità* dell'autore», v. F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, X<sup>a</sup> ed., Padova, 2017, XXIII s. e XXVIII s. In giurisprudenza, v. emblematicamente Corte cost., 6 aprile 1998, n. 98, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1098, con nota di C. BARBIERI, la quale, chiamata a pronunciarsi sulla natura dell'obbligo di rimborso allo Stato delle spese di mantenimento in carcere di cui all'art. 188 c.p., constatato che questo poteva essere *ex lege* rimesso in virtù delle condizioni economiche disagiate del detenuto e della sua regolare condotta carceraria, rilevò (1101 s.) come tale eventualità testimoniasse «il penetrare nel rapporto obbligatorio tra condannato debitore ed erario creditore di una funzione estranea alla generalità dei rapporti di diritto civile», in quanto il legislatore aveva appunto riconosciuto «il prevalere della rieducazione e del reinserimento del condannato sull'adempimento dell'obbligo economico», di talché si sarebbe configurata una «obbligazione che non può non partecipare del carattere della personalità che è proprio di tutte le pene», e ciò al di là della collocazione sistematica di tale obbligo tra le conseguenze civili del reato.



quello della concreta determinazione della pena da infliggere (colpevolezza commisurativa)<sup>6</sup>. A ben vedere, anzi, il carattere in questi termini “personalistico” della pena risulta oggi condiviso dalla più generale categoria delle «sanzioni punitive», nella quale la pena a buon diritto si iscrive<sup>7</sup>. Ed invero, sia la legge che ha dettato i principî generali dell’illecito punitivo amministrativo (l. n. 689/1981), sia il provvedimento che ha introdotto la figura dell’illecito punitivo civile (d.lgs. n. 7/2016), nello stabilire i criteri dosimetrici necessari alla concreta irrogazione al reo delle relative sanzioni hanno richiamato, ovviamente adattandoli, buona parte di quei medesimi indici di natura soggettiva che l’art. 133, comma 2, c.p. utilizza per dosare la pena sulla capacità a delinquere del reo. Così, se la disposizione codicistica appena richiamata fa riferimento, tra gli altri, ai «precedenti penali e giudiziari e, in genere, [...] alla condotta e [...] alla vita del reo, antecedenti al reato», alla «condotta contemporanea o susseguente al reato», alle «condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo», l’art. 11 della l. n. 689/1981 richiama «l’opera svolta dall’agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione», la «personalità dello stesso» e le sue «condizioni economiche», mentre l’art. 5 del d.lgs. n. 7/2016 considera la «reiterazione dell’illecito», l’«arricchimento del soggetto responsabile», l’opera da questi svolta «per l’eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell’illecito», la sua «personalità» e – trattandosi di sanzioni pecuniarie – le sue «condizioni economiche».

b) al contrario, la sanzione civile apparterebbe al *genus* delle sanzioni omogenee, ed in particolare a quelle di tipo ripristinatorio. Invero, «omogenee» le sanzioni civili sarebbero in quanto esse partecipano della stessa natura della prestazione o del comportamento oggetto di quello stesso obbligo per la cui violazione esse sono state previste. La loro funzione, inoltre, non sarebbe quella di punire, bensì quella di «ripristinare», poiché esse dovrebbero neutralizzare le conseguenze derivanti dalla violazione dell’obbligo sanzionato, e quindi ripristinare lo *status quo ante*, o in senso materiale, ove possibile, o compensando il soggetto passivo del danno con l’equivalente monetario.

Secondo questa impostazione, quindi, sanzione civile (risarcitoria) e pena costituiscono strumenti molto diversi dal punto di vista funzionale: la prima “ripara”, la seconda “punisce”. Gettando però uno sguardo alla realtà dell’ordinamento attuale ci si avvede di come il confine tra queste due sanzioni si sia scolorito, e ciò, principalmente, a causa dell’invasione di campo che la

<sup>6</sup> Sulle diverse accezioni e sui diversi ruoli della colpa, che nel diritto penale sostanziale può essere intesa come principio giuridico, come terzo elemento costitutivo del reato e come criterio commisurativo della pena, basti il rinvio a R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 4, ed ivi ampi richiami bibliografici.

<sup>7</sup> Sul punto, per tutti, v. T. PADOVANI, *Lectio brevis*, cit., 61 s.

prima ha nel tempo operato ai danni della seconda. Il riferimento non è tanto alla già ricordata figura dell'illecito civile sottoposto a sanzione pecuniaria, che di certo assurge ad innovativa opzione deflattiva rispetto a quelle più tradizionali della decriminalizzazione e della depenalizzazione, quanto ad un'ulteriore tendenza dell'ordinamento a contaminare le categorie sanzionatorie del "penale" con quelle del "civile". Due, in particolare, sembrano le forme di manifestazione più interessanti del fenomeno. Da un lato, si registra: in primo luogo, l'inclinazione di parte della giurisprudenza a leggere in chiave punitiva certe fattispecie civili risarcitorie; in secondo luogo, la costruzione, da parte del legislatore, di figure sanzionatorie ibride, le quali, distinguendosi formalmente da quelle riparatorie del diritto civile e dalla stessa pena, sembrano finalizzate ad affliggere (ulteriormente) il reo<sup>8</sup>. In entrambi i casi, l'idea sembra essere quella di affiancare alla pena una sanzione per così dire "di rincalzo", che ne amplifichi l'effetto punitivo finale. Dall'altro lato, si registra l'introduzione per via normativa di clausole estintive del reato innescate dall'avvenuto risarcimento del danno<sup>9</sup>, le quali vorrebbero essere espressione sia di una tecnica alternativa di tutela dei beni giuridici, sia di un'istanza di deflazione penale.

L'intento è qui anzitutto quello di dare conto, tramite alcune esemplificazioni, del duplice fenomeno appena tratteggiato, non trascurando il dibattito dottrinale nato specialmente attorno all'idea di riconoscere allo strumento risarcitorio il ruolo di alternativa alla pena. Proprio a tale ultimo – e più radicale – modo d'utilizzo della sanzione civile sarà quindi dedicato un più ampio spazio nella trattazione, che nella parte finale si interrogherà sulla reale attitudine delle fattispecie che a tale logica ubbidiscono di porsi come credibili sostituti della pena nella lotta al crimine.

## 2. *La prima dimensione del fenomeno: l'utilizzo in chiave (ulteriormente) afflittiva della sanzione civile. Alcune esemplificazioni*

Come noto, nell'impostazione originaria del codice Rocco conseguenze propriamente penali (Libro I°, Titolo II°: le «pene»), conseguenze "amministrative" – non interessa qui se tali fossero nella sostanza – (Libro I°, Titolo VIII°: le «misure di sicurezza») e conseguenze civili (Libro I°, Titolo VII°: le «sanzioni civili») rappresentavano risposte al reato tra loro distinte e, in parte, anche reciprocamente autonome. Non può allora stupire se, in tale contesto sistematico, le aper-

<sup>8</sup> Di «riparazione afflittiva» parla O. MURRO, *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, Padova, 2016, 4 s.

<sup>9</sup> Guardando proprio all'effetto estintivo, ad una «riparazione premiale» allude O. MURRO, *Riparazione*, cit., 6 s.

ture verso forme sanzionatorie “spurie”, come è l’utilizzo in chiave punitiva dello strumento civilistico, fossero minime, se non inesistenti. Certo, non può sfuggire il noto caso dell’art. 641, comma 2, c.p., ove l’adempimento tardivo di quella stessa obbligazione contratta dal reo dissimulando il proprio stato di insolvenza, e col proposito di non adempierla, estingue il delitto di insolvenza fraudolenta. Ma a ben vedere, non sembra che in quel frangente il legislatore avesse inteso il risarcimento – in forma specifica – del danno patrimoniale come una vera e propria reazione punitiva al reato, quanto, più semplicemente, come condotta antagonista a quella criminosa che, considerati il modesto disvalore di quest’ultima e la peculiare natura del bene offeso<sup>10</sup>, fu ritenuta in grado di “riparare” al fatto. Distolto lo sguardo dal piano della tipicità formale, risulta infatti evidente come la clausola *de qua* finisca «per attingere alla dinamica degli interessi sottostanti quale si sviluppa oltre lo specchio del fatto tipico»<sup>11</sup>, come a dire che la risoluzione della controversia, formalizzata nel fatto tipico, corrisponde alla risoluzione del conflitto sociale che si agita sul suo sfondo, il che può rendere superflua la “punizione” in senso proprio del reo.

Come anticipato, però, la distinzione normativamente consacrata tra conseguenza “civile” e conseguenza “penale” del reato non ha impedito la contaminazione di fattispecie sanzionatorie di dichiarata (formalmente) natura civile con elementi tipici della pena: fenomeno, questo, apprezzabile sia a livello giurisprudenziale che normativo.

A) Nella prima prospettiva, il pensiero corre all’elaborazione che la prassi applicativa ha fatto della figura del danno non patrimoniale da reato. Occorre da subito segnalare che, per vero, il rapporto che questo intrattiene oggi col diritto penale è ambiguo. Nella pratica, difatti, tale danno si è distaccato dalle regole del diritto criminale per quanto attiene – e non è poco – al presupposto che ne legittima il ristoro, ossia la commissione di quel «reato» a cui allude l’art. 185 c.p. Invero, una ben nota giurisprudenza ha da tempo riconosciuto che al risarcimento del danno non patrimoniale non osta, ad esempio, né il mancato accertamento

<sup>10</sup> Così, sostanzialmente, la *Relazione sui Libri II e III del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, a cura del Ministero della giustizia e degli affari di culto, vol. V-2, Roma, 1929, 462.

<sup>11</sup> Cfr., F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, a cura di E. DOLCINI, C.E. PALIERO, Milano, 2006, 347. Sulle ragioni che rendono conferente la clausola *de qua* al delitto di insolvenza fraudolenta, v. anche G.C. ANGELONI, *Il delitto di insolvenza fraudolenta*, Milano, 1954, 89; G. AZZALI, *Insolvenza fraudolenta*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, 794; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, vol. II, t. 2, VI<sup>a</sup> ed., Bologna, 2014, 218; D. FONDAROLI, *Illecito penale e risarcimento del danno*, Milano, 1999, 504. Più in generale, per l’esistenza di casi – tipici proprio dell’ambito dei «delitti puramente patrimoniali» – ove il ristoro dei danni civili può eccezionalmente compensare l’offesa penalistica, alla quale il legislatore attribuirebbe «un valore scarso e trascurabile», v. F. ANTOLISEI, *L’offesa*, cit., 149 s.

della colpa del reo, che può anche presumersi<sup>12</sup>, né la sua non imputabilità<sup>13</sup>, né, infine, l'individuazione dello stesso colpevole<sup>14</sup>. La pretesa risarcitoria prevista dall'art. 2059 c.c. non dipenderebbe più, infatti, dalla consumazione di un reato in senso tecnico, ma dalla ricorrenza di una più lata «fattispecie corrispondente, nella sua oggettività, ad una astratta previsione di una figura di reato»<sup>15</sup>: come a dire che la nozione di “reato risarcibile” è divenuta ormai cosa diversa da quella di «reato» in senso proprio.

Nondimeno, il legame con il diritto penale persisterebbe sotto un diverso ma altrettanto qualificante profilo, ossia quello funzionale. Occorre infatti premettere che, non collegandosi ad un'effettiva perdita economica, il danno non patrimoniale da reato viene normalmente liquidato secondo “equità” dalla giurisprudenza, la quale, tuttavia, nel tempo ha elaborato una serie di criteri di riferimento ai quali il magistrato deve ricorrere per non scadere – sostengono gli stessi giudici – nell'arbitrio commisurativo, fonte di inaccettabili disequaglianze di trattamento<sup>16</sup>. Orbene, uno sguardo agli stessi dimostra come questi non guardino solo all'entità del danno in sé e per sé cagionato alla vittima, valutato dal giudice calandosi nella situazione soggettiva di quest'ultima, come sarebbe logico aspettarsi, ma attengono anche – e questo è il punto – alla gravità del fatto di reato-presupposto ed alla persona del reo, venendo in rilievo, ad esempio, l'elemento psicologico che ha sorretto l'agire criminoso, l'arricchimento da esso derivato al colpevole, la sua condotta *post factum*, le sue condizioni economiche, ecc.<sup>17</sup>: indici – questi – tipici della commisurazione infraeditale della pena<sup>18</sup>, ed espressivi di

<sup>12</sup> Cfr. Corte cost. 11 luglio 2003, n. 233, in *Giur. it.*, 2003, 1777, con nota di P. CENDON, P. ZIVIZ, successivamente confermata con l'ordinanza 27 novembre 2003, n. 356, in *Dir. giust.*, 2004, n. 2, 27, con nota di D. COLASANTI.

<sup>13</sup> V. infatti Cass. civ., SS.UU., 6 dicembre 1982, n. 6651, in *Foro it.*, 1983, I, 1630, con nota di A. JANNARELLI.

<sup>14</sup> V. Cass. civ., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Danni civili: danno alla persona e alla salute*, n. 217.

<sup>15</sup> Così, ancora Corte cost. 11 luglio 2003, n. 233, cit. V. inoltre, in termini sostanzialmente analoghi, Cass. civ., SS.UU., 11 novembre 2008, n. 26973, in *Foro it.*, 2009, I, 120, con note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI E R. SIMONE, G. PONZANELLI, E. NAVARRETTA. In dottrina, sul concetto di «reato» ai fini della risarcibilità del danno non patrimoniale, v. per tutti P. ZIVIZ, *I danni non patrimoniali*, Torino, 2012, 350 s.

<sup>16</sup> V. per tutte Cass. civ., sez. III, 13 gennaio 2009, n. 469, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, n. 1, 41, che parla icasticamente di «equità circostanziata».

<sup>17</sup> Trattandosi di valutazioni equitative, non censurabili in sede di legittimità, il rinvio è soprattutto alla giurisprudenza di merito: v. Trib. Lucca, 2 dicembre 2016, reperibile in *De Jure*; Trib. Torino, 23 gennaio 2009, *ivi*; App. Roma, 5 novembre 1990, in *Dir. dell'informaz. e dell'informatica*, 1991, 845; Trib. Roma, 27 marzo 1984, in *Giur. it.*, 1985, I-2, 13.

<sup>18</sup> Sottolineano l'intonazione punitivo-penalistica di tali indici commisurativi, tra gli altri, G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 390 s., 399 s.; P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, 96 s.; P. ZIVIZ, *I danni*, cit., 458 e 462.

una focalizzazione della sanzione sulla persona del reo che, come detto, è tipica del “punire” piuttosto che del “risarcire” (v. *retro*, § 1).

Non sorprende, quindi, che parte della dottrina civile e di quella penale riconoscano al danno non patrimoniale dell’art. 2059 c.c. una funzione *punitiva*, per non dire penale. Tra i cultori del diritto civile, ove comunque è acceso il dibattito sulle funzioni del danno non patrimoniale<sup>19</sup>, qualcuno ha anzitutto osservato come quest’ultimo svolga una «doppia funzione», compensatoria (per il danneggiato) e punitiva (per il danneggiante), rilevando, a tale ultimo riguardo, come esso «sembr[*i*] spiegare a priori efficacia deterrente, a posteriori afflittiva, assurgendo a rimedio spesso più utile e praticabile della sanzione penale criminale, collocandosi a livello intermedio tra quest’ultima ed il semplice risarcimento del danno»<sup>20</sup>; altri hanno invece notato come il danno *de quo* svolga tali funzioni in modo diverso a seconda che l’obbligo risarcitorio derivi dalla lesione di interessi afferenti alla persona, rispetto alla quale esso avrebbe scopo solidaristico-satisfattorio, oppure dalla commissione di un reato, nel qual caso «la componente punitiva preva[rrebbe] su quella solidaristica»<sup>21</sup>; e non è infine mancato chi, più radicalmente, ha inscritto *tout court* il danno non patrimoniale nell’alveo delle «pene private», le quali, pur nella confusione definitoria che le contraddistingue<sup>22</sup>, possono qui intendersi come quelle misure sanzionatorie aventi funzione deterrente-punitiva, irrogate da un giudice o da un privato su istanza dell’offeso, che ne è poi beneficiario<sup>23</sup>. Ricorrenti sono comunque le motivazioni che sorreggono tali ricostruzioni: la volontà dei *conditores*, desunta dagli artt. 185 c.p. e 2059 c.c., di accrescere le sole conseguenze (punitive) del reato e non di altri illeciti<sup>24</sup>; il rilievo che, non insistendo su un’entità materiale, ed essendo quindi sottratto ad una puntuale valutazione economica, come confermerebbe il ricorso al criterio dell’equità, l’attribuzione all’offeso di una somma di danaro per il ristoro di ciò che non può essere sostituito da un equivalente monetario non potrebbe svolgere la funzione compensativo-satisfattoria tipica del risarcimento del danno (patrimoniale), ma soltanto essere inteso ad

<sup>19</sup> Per un quadro del dibattito, animato dalla contesa tra teorie compensative, soddisfattive, punitive ed eclettiche, v. per tutti A. D’ADDA, *Le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale*, in AA.VV., *Responsabilità civile*, cit., 119 s.

<sup>20</sup> In questi termini, cfr. M.G. BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006, 110-111.

<sup>21</sup> Così, M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*, in *Corr. giur.*, 2003, spec. 1037.

<sup>22</sup> Sulla questione, v. S. PATTI, *Pena privata*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civile*, vol. XIII, Torino, 1995, 349 s. e M.G. BARATELLA, *Le pene*, cit., XVI s.

<sup>23</sup> Così, M.G. BARATELLA, *Le pene*, cit., XVII, ed *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>24</sup> L’argomento, per vero, non sembra oggi spendibile, vista la già richiamata “autonomizzazione” del danno non patrimoniale *ex art.* 2059 c.c. dal reato in senso proprio: sul punto, v. comunque A. RIZZIERI, *Il danno*, cit., 433.

affliggere l'obbligato, gravando quest'ultimo di una "punizione" che lo onera di un sacrificio ulteriore rispetto a quello di dovere compensare il danno patrimoniale<sup>25</sup>. Sul versante penalistico, e sebbene non senza contrasto<sup>26</sup>, vi è stato chi, sottolineandone tale carattere afflittivo, ha considerato l'obbligo di risarcire il danno non patrimoniale da reato come «vera e propria sanzione penale»<sup>27</sup>, ovvero chi, più latamente, ne ha colto la funzione "para penale", riconoscendo che esso «non mira alla reintegrazione del patrimonio, ma tende a dare al danneggiato una *soddisfazione in compenso* del pregiudizio sofferto», il che ne esalerebbe i «riflessi pubblicistici», e precipuamente «*anche* il valore di un mezzo di lotta contro il crimine» che il legislatore gli avrebbe così attribuito<sup>28</sup>.

Se dal dibattito teorico si passa a considerare la concreta portata che oggi ha assunto, non è difficile cogliere la "deflagrazione contenutistica" che negli ultimi anni ha interessato la figura del danno non patrimoniale, bulimicamente estesasi ben oltre l'originario nucleo del *pretium doloris*. È noto infatti come la fattispecie risarcitoria dell'art. 2059 c.c. abbracci oggi almeno le categorie del danno morale e di quello biologico, ma forse anche quella pur molto discussa del danno esistenziale<sup>29</sup>, ognuna delle quali è suscettibile poi di declinarsi – certo non in tutti i casi – in numerose "voci" risarcibili, quali ad esempio quelle del danno tanatologico, del danno alla dignità umana, del danno all'immagine sociale o professionale, del danno da perdita del rapporto parentale, del danno alla vita di relazione, del danno al normale svolgimento della vita familiare, e via dicendo<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> V. nel tempo A. DI MAJO GIAQUINTO, *Profili dei diritti della personalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, spec. 99 s.; G. BONILINI, *Il danno*, cit., 258 s., 272 s. e 296 s.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Sanzioni civili conseguenti al reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIII, Torino, 1997, 5; P. GALLO, *Pene private*, cit., 10 s. e 95 s. Per il mantenimento della sola e tradizionale funzione risarcitoria, v. P. CALAMANDREI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale* (1931), ora in *Id.*, *Opere giuridiche*, a cura di M. CAPPELLETTI, vol. X, Napoli, 1985, spec.134-136; D. POLETTI, *L'art. 2059 c.c. come ipotesi di sanzione civile punitiva?*, in *AA.VV.*, *Le pene private*, cit., spec. 342 s.; S. PATTI, *Pena privata*, cit., 353; A. RIZZIERI, *Il danno*, cit., 428 s.

<sup>26</sup> Dissentono sulla natura penale o comunque punitiva al danno non patrimoniale, T. PADOVANI, *Lectio brevis*, cit., 63 s. e M. ROMANO, *sub Art. 185*, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario*, cit., 357.

<sup>27</sup> Così, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, VIII<sup>a</sup> ed., Milano, 2003, 722.

<sup>28</sup> In questi termini, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, XVI<sup>a</sup> ed. a cura di L. CONTI, Milano, 2003, rispettivamente 843 e 846 (i corsivi sono nell'originale).

<sup>29</sup> Per un'agile ricapitolazione delle "stagioni" interpretative vissute dall'art. 2059 c.c., v. E. GUERINONI, *Il nuovo danno non patrimoniale*, Torino, 2009, 35 s. e E. MORANO CINQUE, *Il danno non patrimoniale: modelli e funzioni*, in *AA.VV.*, *Danno morale e reato*, a cura di L. D'APOLLO, Torino, 2010, 6 s., mentre una disamina delle principali categorie del danno non patrimoniale (morale, biologico ed esistenziale) si trovano in P. ZIVIZ, *I danni*, cit., 250 s.

<sup>30</sup> Per una panoramica delle vesti che il danno non patrimoniale può assumere in relazione a svariate categorie di reati, v. il già richiamato volume *Danno morale e reato*, a cura di L. D'APOLLO, 175 s.

Orbene, se a ciò si aggiunge che al danno non patrimoniale da reato è destinato di norma ad aggiungersi quello patrimoniale, ben potrebbero verificarsi casi nei quali, specie per reati di gravità medio-bassa puniti con pena pecuniaria, anche risultante dalla sostituzione di quella originariamente detentiva, il risarcimento del danno civile da reato finisce per sovrastare l'entità della pena irrogata al reo, il che può rendere *ex post* difficile stabilire quale, tra le predette sanzioni, abbia *in concreto* rivestito quel carattere “afflittivo” che si vorrebbe essere tipico della pena<sup>31</sup>, alla quale soltanto, tuttavia, e proprio per ragioni funzionali il legislatore ricollega specifiche garanzie. Ed una tale situazione *di fatto* potrebbe ulteriormente acuirsi se la strada per ora solo timidamente aperta dalle Sezioni Unite alla figura del “danno punitivo” dovesse sempre più allargarsi, travolgendo il limite dell'espressa tipizzazione normativa che, al momento, il supremo giudice di legittimità gli ha apposto<sup>32</sup>.

B) Anche il legislatore non ha mancato di ibridare gli istituti sanzionatori, e ciò anzitutto nella prospettiva di fornire un “rincalzo” alla pena, aggiungendo a questa ed al risarcimento del danno l'obbligo per il reo di versare all'offeso una somma di denaro a titolo di ulteriore “riparazione”, sulla cui natura, infatti, la dottrina discute: si pensi alla «Riparazione pecuniaria» prevista dall'art. 12 della legge n. 47/1948 in caso di diffamazione a mezzo stampa<sup>33</sup>, oppure a quella, analogamente definita, dell'art. 322-*quater* c.p. in materia di reati dei pubblici ufficiali verso la P.A.<sup>34</sup>. Volendo tuttavia rimanere sull'istituto propriamente risarcitorio, un interessante caso di contaminazione di questo con i tratti tipici della sanzione penale è forse quello dell'art. 187-*undecies* del d.lgs. n. 58/1998 (Testo uni-

<sup>31</sup> Già F. BRICOLA, *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, in *Foro it.*, 1985, V, 7 osservava come la possibilità di riconoscere al danno non patrimoniale una «funzione punitiva» fosse «strettamente collegata *de iure condendo* ad un superamento degli angusti limiti [del]l'art. 2059». Non stupisce perciò che oggi, ove il processo di abbattimento dei «limiti» in parola è giunto a maturazione, *a fortiori* la dottrina riconosca proprio al risarcimento delle numerose voci che compongono ora il danno non patrimoniale natura sostanzialmente «punitiva»: v. nella manualistica, F. PALAZZO, *Corso*, cit., 579 e A. MANNA, *Corso di diritto penale, Parte generale*, III<sup>a</sup> ed., Padova, 2015, 740.

<sup>32</sup> Secondo Cass. civ., SS.UU., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Giur it.*, 2017, spec. 1789, con nota di A. DI MAJO, tale figura va giudicata di per sé non ontologicamente incompatibile con i principi generali dell'ordinamento italiano, ove il risarcimento del danno può oggi assumere «una natura polifunzionale [...], che si proietta verso più aree, tra cui le principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva».

<sup>33</sup> Sul risalente dibattito circa la natura civile o penale dell'istituto, v. per tutti D. FONDAROLI, *Illecito*, cit., 175 s.

<sup>34</sup> Sulla natura penale o para-penale della riparazione prevista dall'art. 322-*quater* c.p., v. A. SPENA, *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazioni e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione (legge n. 69/2015)*, in *St. iuris*, 2015, spec. 1122 s. e V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 s. del PDF, ed *ivi* ulteriori indicazioni di dottrina sul punto.

co dell'intermediazione finanziaria). Tale disposizione, infatti, nel riconoscere alla Consob la facoltà di costituirsi parte civile nel processo relativo ai delitti di manipolazione del mercato (art. 184) e di *Insider trading* (art. 185), finalizza l'azione civile alla richiesta della «riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato». Orbene, il punto è costituito, ancora una volta, dai criteri che lo stesso legislatore ha stabilito per la determinazione del danno risarcibile. Il comma 2 dell'art. 187-*undecies*, infatti, prevede che il giudice possa liquidarlo in via equitativa, ma «tenendo comunque conto» non solo dei tipici riferimenti oggettivi dell'offensività del fatto e dell'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reo, ma altresì delle «qualità personali del colpevole». Ma è, questo, un parametro commisurativo che, come detto, tende a conferire al risarcimento del danno quel connotato personalistico che lo approssima alla sanzione punitiva, come peraltro hanno rilevato sia la dottrina di settore<sup>35</sup>, sia la Suprema Corte, che ha annoverato il citato art. 187-*undecies* tra quelle disposizioni che parrebbero presupporre la «natura polifunzionale» del risarcimento del danno, che verrebbe così a svolgere pure una funzione «preventiva (o deterrente o dissuasiva)» e «sanzionatorio-punitiva»<sup>36</sup>.

### 3. *La seconda dimensione del fenomeno: il risarcimento del danno ad effetto estintivo del reato*

Non c'è dubbio, tuttavia, che la dimensione più interessante di quel fenomeno di contaminazione tra «civile» e «penale» inizialmente segnalato sia quella rappresentata dai casi ove il legislatore ha utilizzato la sanzione risarcitoria *in luogo* della pena: il che, per vero, non deve meravigliare. Incalzato da una sempre più pressante esigenza di deflazione penale scaturita dall'ormai conclamata incapacità strutturale ed economica del sistema a gestire i frutti avvelenati dell'inveterato panpenalismo nostrano, il legislatore ha di buon grado «arruolato» anche il risar-

<sup>35</sup> Proprio tale riferimento commisurativo, infatti, ha indotto buona parte degli autori a ritenere tale risarcimento dei danni un esempio di «pena privata»: sul punto, per i necessari riferimenti bibliografici, sia permesso rinviare per tutti a G. MARTIELLO, *Diritto penale dell'intermediazione finanziaria*, Pisa, 2017, 211 s.

<sup>36</sup> Cfr. Cass. civ., SS.UU., 5 luglio 2017, n. 16601, cit., spec. 1789-1780. In tal senso, peraltro, sembra orientata anche la giurisprudenza di settore: v. infatti Trib. Milano, 23 novembre 2006, in *Foro ambr.*, 2006, 432, che ritiene tale fattispecie risarcitoria «svolg[er]e anche una funzione di deterrente nella commissione degli illeciti e [...] si configur[ar]e anche come strumento idoneo a promuovere la trasparenza».



cimento del danno tra gli strumenti deflattivi<sup>37</sup>. Due, in particolare, i paradigmi di riferimento:

A) Di certo note sono, anzitutto, le clausole estintive del reato che si legano all'avvenuto risarcimento – ora in forma generica, ora in forma specifica – del danno civile da esso derivante, proliferate ormai in quasi ogni settore di intervento della sanzione penale: da quello della protezione dell'ambiente, a quello dell'edilizia, a quello societario, a quello della salvaguardia dei beni culturali, sino a quello della tutela dei pubblici ufficiali di fronte all'agire ingiurioso del privato, solo per ricordarne alcuni. Tuttavia, nel collegare l'estinzione del reato alla riparazione o al risarcimento di quel medesimo danno al cui ristoro il reo sarebbe stato comunque obbligato dall'art. 185 c.p., la gran parte di tali clausole non sembra in realtà postulare una effettiva “sostituzione” della pena con la sanzione risarcitoria, sebbene appaia innegabile come esse assecondino – in modo senz'altro politicamente ripagante – quel processo di valorizzazione delle istanze della vittima del reato che da tempo è in atto. A ben vedere, difatti, in tali ipotesi pare che, più semplicemente, per motivi di opportunità spesso risalenti alla predetta esigenza deflattiva, il legislatore abbia ritenuto il solo ristoro del danno civile patito dal danneggiato risposta adeguata a chiudere la vicenda criminosa. Più che essere propriamente surrogata dalla sanzione civile, la pena sembra qui ritrarsi dal proprio consueto campo operativo, e la sua applicazione pare in sostanza oggetto di una “rinuncia” dell'ordinamento. Il che non toglie, comunque, che al ricorrere di tali ipotesi estintive è probabile che, nella più parte dei casi, l'unica risposta che l'ordinamento finirà per dare alla commissione del reato sarà, concretamente, la sola sanzione risarcitoria.

B) Non mancano però casi nei quali il legislatore ha espressamente richiesto al risarcimento o alla riparazione del danno di “coprire” un *quid pluris*, cioè di estendersi alla comprensione di esigenze ulteriori rispetto a quelle manifestate dal civilmente danneggiato dal reato, subordinando al soddisfacimento delle stesse l'effetto estintivo. Ed è in tali ipotesi che si può forse affermare che la sanzione risarcitoria propriamente si surroga a quella penale, poiché ritenuta satisfattiva di quelle medesime esigenze alle quali è la pena, nella sua polifunzionalità, ad essere di norma chiamata a fornire adeguata risposta. Orbene, di tale paradigma sembrano espressione sia la più risalente clausola estintiva dell'art. 35, d.lgs. n. 274/2000, sia quella recentissima dell'art. 162-ter c.p.

In entrambe tali ipotesi, difatti, l'estinzione del reato è collegata non solo all'integrale ristoro del danno civile, attuato con le «restituzioni» o il «risarcimento»,

<sup>37</sup> Per il rinvenimento in tali ipotesi estintive di più ampie *rationes* funzionali, che si spingerebbero sino alla costruzione di un nuovo modello di giustizia penale di tipo ristorativo, v. O. MURRO, *Riparazione*, cit., 10 s.

ma anche, ove possibile<sup>38</sup>, all'eliminazione delle «conseguenze dannose o pericolose del reato»: formula, questa, che alluderebbe al «danno criminale», ossia a quella lesione o messa in pericolo del bene giuridico costituente il contenuto offensivo del reato<sup>39</sup>, che di fatto tenderà ad assumere autonomo rilievo rispetto al danno civile specie nei reati senza vittima<sup>40</sup>, ovvero in quelli produttivi di un danno non risarcibile economicamente<sup>41</sup>. Peraltro, proprio facendo leva sulla “riparabilità” del danno criminale, la Suprema Corte ha negato applicazione alla clausola estintiva *de qua* ai reati di pericolo astratto, ed in specie a quello di guida in stato di ebbrezza, le cui conseguenze pericolose sono state difatti ritenute «eliminabili unicamente con la cessazione dell'attività di guida»<sup>42</sup>, e non diversamente rimuovibili da condotte quali, ad esempio, la volontaria sottoposizione del reo ad un programma di disintossicazione, ovvero la donazione di somme di denaro a favore di comunità di recupero per alcol dipendenti<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> Secondo l'interpretazione prevalente, infatti, le condotte “riparatorie” e quella “eliminativa” non starebbero solo in rapporto di necessario cumulo ma anche di residualità, a seconda che dal reato promanino o meno conseguenze dannose o pericolose eliminabili: v. R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in AA.VV., *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI, Torino, 2001, 380; S. CORBETTA, *Art. 35 D.Lg. 28 agosto 2000, n. 274*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA, G. SPANGHER, IV<sup>a</sup> ed., t. III, Milano, 2010, 9331; O. MURRO, *Riparazione*, cit., 78 e 83, nonché, in giurisprudenza, Cass. pen., SS.UU., 23 aprile 2015, in *Giust. pen.*, 2016, III, spec. 7-8.

<sup>39</sup> In questo senso, ed in relazione ad entrambe le disposizioni citate, v. S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in AA.VV., *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, a cura di A. SCALFATI, Padova, 2001, 514; E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, II<sup>a</sup> ed., Milano, 2007, 272; S. CORBETTA, *Art. 35*, cit., 9336; S. TURCHETTI, *D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274*, in AA.VV., *Codice penale commentato*, t. III, IV<sup>a</sup> ed., diretto da E. DOLCINI, G. L. GATTA, Milano, 2015, 2959; O. MURRO, *Riparazione*, cit., 84; M. RIVERDITI, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato (art. 162-ter): un primo sguardo d'insieme*, in *Giur. it.*, 2017, 2229; R. MUZZICA, *Sull'art. 162-ter c.p.: una norma dannosa per la Giustizia riparativa, inutile a fini deflattivi*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 1, 14 del PDF. In giurisprudenza, v. per un'analoga dichiarazione di principio, Cass. pen., sez. IV, 4 ottobre 2012, in *Resp. civ. e prev.* 2013, 650. *Contra*, v. F. CAPO-ROTONDO, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie: luci e ombre dell'art. 162-ter c.p.*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 1, 19 s. del PDF.

<sup>40</sup> V. tra gli altri E. APRILE, *La competenza*, cit., 272 e F. BELLAGAMBA, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie*, in AA.VV., *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di G.M. BACCARI, C. BONZANO, K. LA REGINA, E.M. MANCUSO, Padova, 2017, 100. Per una critica al riferimento normativo in questione nell'ottica della giustizia riparativa, v. R. MUZZICA, *Sull'art. 162-ter c.p.*, cit., 19 s.

<sup>41</sup> V. G. AMATO, *Così il «ravvedimento operoso» estingue il reato*, in *Guida dir.*, 2001, n. 38, 127; E. APRILE, *La competenza*, cit., 272.

<sup>42</sup> Così, Cass. pen., sez. IV, 2 luglio 2004, in *Riv. pen.*, 2005, 1395.

<sup>43</sup> In questo senso, e con riferimento alla guida in stato di ebbrezza, v. Cass. pen., sez. IV, 7 febbraio 2007, in *Cass. pen.*, 2009, 1120, con nota di D. CERTOSINO; Id., 7 luglio 2005, cit.; Id., 2 luglio 2004, in *Riv. pen.*, 2005, 1395; Id., 4 maggio 2004, N.M., in *Dir. giust.*, 2004, n. 36, 47, con nota di A. NATALINI. In dottrina, per alcune ulteriori esemplificazioni, v. per tutti S. CORBETTA, *Art. 35*, cit., 9331 s.

A tale condizioni il citato art. 35 ne aggiunge come noto un'altra, di ancora più evidente sapore penalistico, ossia la necessità che le condotte *post factum* intraprese dal reo risultino «idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione». Secondo le intenzioni del legislatore, infatti, tale previsione avrebbe dovuto «valorizzare gli obiettivi di prevenzione generale e di prevenzione speciale insiti nel sistema», emergendo in quei casi ove «il risarcimento e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose non integrano un presidio sanzionatorio sufficiente a compensare il disvalore complessivo dell'illecito e/o le esigenze di prevenzione speciale», così da evitare il rischio di una inopportuna «“monetizzazione” della responsabilità penale»<sup>44</sup>. In tale ottica, la clausola si proponeva evidentemente di realizzare una saldatura tra sanzione civile e sanzione penale, consentendo la sostanziale surroga della prima nella seconda soltanto laddove effettivamente la tutela riparatoria fosse risultata «*in grado di esplicare una funzione retributiva e preventiva*», ossia di apparire «di per sé idonea a perseguire le stesse finalità della pena»<sup>45</sup>. Se così è, può comprendersi l'opinione di quella dottrina che ha riconosciuto alla prestazione imposta al reo da tale clausola una valenza equiparabile a quella della pena<sup>46</sup>: la riparazione – com'è stato detto – «prende il posto della pena perché svolge le sue stesse funzioni», così che coerentemente «il reato si estingue perché non c'è più bisogno di pena»<sup>47</sup>.

Ma è proprio sull'ontologica – ma anche pratica – idoneità soddisfacente della sanzione risarcitoria in ambito penale che occorrerà soffermarsi in seguito (v. *infra*, § 6).

<sup>44</sup> V. la *Relazione governativa al d.lgs. 274/2000*, che può leggersi in *Guida dir.*, 2000, n. 38, spec. 71.

<sup>45</sup> Così, R. BARTOLI, *Contraddittore*, cit., 159-160 (il corsivo è dell'A.), che difatti ritiene l'art. 35 in questione il paradigma capace di «rendere compatibile la tutela riparatoria con il diritto penale», ma vedi anche, per ulteriori apprezzamenti riservati alla previsione normativa, G. AMATO, *Così il «ravvedimento operoso»*, cit., 128; E. APRILE, *La competenza*, cit., 277. Giudica invece la disposizione sbilanciata a favore della funzione sanzionatoria, G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003, 319.

<sup>46</sup> V. tra gli altri G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione: presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, in AA.VV., *Verso una giustizia penale “conciliativa”*, a cura di L. PICOTTI, G. SPANGHER, Milano, 2002, 150 e A. MANNA, *Risarcimento*, cit., 390.

<sup>47</sup> Testualmente, D. BRUNELLI, *Gli esiti non sanzionatori del procedimento penale davanti al giudice di pace: tutela della persona offesa tra spinte mediatrici ed esigenze deflattive*, in AA.VV., *La competenze civile e penale del giudice di pace. Bilancio e prospettive*, a cura di G. FORNASARI, M. MARINELLI, Padova, 2007, 121, nonché, in modo che parrebbe adesivo, S. CORBETTA, *Art. 35*, cit., 9329. V. anche, in senso sostanzialmente conforme, T. PADOVANI, *Diritto penale*, XI<sup>a</sup> ed., Milano, 2017, 380 s.

#### 4. (Segue) *Le proposte della dottrina a favore del risarcimento del danno come risposta al crimine alternativa alla pena*

A prescindere dall'opinabilità del contenuto di clausole estintive come quelle sopra richiamate, la loro presenza non deve considerarsi un *coup de theatre*. Invero, l'idea di impiegare la sanzione risarcitoria come strumento che, almeno in certi, può sostituire la pena nella risposta al reato è stata assai discussa nel tempo in dottrina ed anche proposta *de jure condendo* in Italia e all'estero. Ed il motivo del dibattito appare evidente: una tale opzione operativa, se da un lato arricchisce, flessibilizzandolo, l'armamentario di contrasto alla delinquenza utilizzabile dal legislatore, riuscendo forse anche a sortire benefici effetti processuali, dall'altro fa sorgere intuitivi problemi. Si tratterebbe infatti non solo di introdurre modifiche alla tradizionale disciplina che regola l'istituto (privatistico) del risarcimento del danno, ma anche, visto che esso si sostituirebbe alla pena vera e propria, di appurare: in prospettiva funzionale, se ed eventualmente in quale misura esso sarebbe realmente in grado di sortire effetti analoghi, o almeno non incongruenti, a quelli che si accreditano comunemente alla pena; in un'ottica garantista, la compatibilità dello stesso con i noti principi di tutela del reo che la criminalistica ha da tempo elaborato e che nel nostro ordinamento si trovano nella più parte consacrati nella stessa Carta costituzionale.

Volendo qui semplificare costruzioni teoriche spesso di più ampio respiro, è possibile affermare che l'interesse degli studiosi verso la tematica *de qua* può collegarsi nel tempo:

a) ora all'emersione di originali concezioni dell'intero sistema penale, che si sarebbe voluto rifondare non più sul tradizionale binomio repressivo colpevolezza-pena, che presuppone il libero arbitrio dell'uomo, bensì su quello preventivo pericolosità-misura trattamentale, che invece sottintende una visione deterministica dell'agire umano, condizionato da fattori sociali, economici, e finanche biologici. Il riferimento è qui – lo si sarà intuito – alla «Scuola positiva» del diritto penale, che proprio nel sistema differenziato e spiccatamente preventivo di risposta al crimine mostrava il suo tratto più innovativo<sup>48</sup>. Nel «Progetto Ferri» per un nuovo codice penale del 1921, che di tale indirizzo riformista fu la pratica espres-

<sup>48</sup> Sui postulati essenziali della Scuola positiva, così come codificati da Enrico Ferri, basti il rinvio a *Scuola positiva e diritto penale: quale eredità?*, a cura di P. PITTARO, Trieste, 2012, *passim* ed a R. BISI, *Enrico Ferri e gli studi sulla criminalità*, Milano, 2004, *passim*, nonché ad U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, Firenze, 1974, 119 s. Quanto alle fonti storiche, un riassuntivo quadro dei principi ispiratori della predetta Scuola può ricavarsi dai «Criteri fondamentali della riforma» esposti da E. FERRI nella *Relazione sul Progetto preliminare di codice penale italiano per i delitti (Libro I)*, che può leggersi in *Scuola pos.*, 1921, I, 2 s.

sione<sup>49</sup>, il risarcimento del danno da reato costituiva infatti sia una pena da cumulare ad un'altra di diversa natura, sia una pena esaustiva della pretesa punitiva<sup>50</sup>. A tale proposito, sarà sufficiente ricordare come, nella prima delle suddette prospettive, gli artt. da 90 a 99 del *Progetto* conferissero al risarcimento del danno, che «ogni sentenza di condanna deve imporre», connotati spiccatamente penali. Riprova ne era, anzitutto, il fatto che, ove il suo ammontare non avesse potuto «stabilirsi dagli atti processuali», il giudice avrebbe dovuto quantificarne l'importo non solo tenendo conto della «gravità del danno», ma anche ricorrendo ai tipici indici oggettivi e soggettivi di commisurazione penalistica della «proporzione» rispetto «alla gravità e modalità del delitto e alle condizioni economiche dell'imputato e [della] sua famiglia [...]» (art. 90, comma 1). A conferma che fosse la persona del reo – e non l'entità del danno da risarcire – l'obbiettivo di riferimento della condanna risarcitoria, il *Progetto* prevedeva un meccanismo teso a mantenere nel tempo la soggettiva afflittività di quest'ultima, autorizzando il giudice ad aumentare o diminuire l'importo in essa originariamente stabilito alle «sopravv[enute] circostanze che [avessero] muta[to] la condizione economica e la capacità di lavoro del condannato» (art. 90, comma 2). A caratterizzare in senso penalistico l'istituto del risarcimento del danno concorreva, inoltre, la sua connotazione pubblicistica. In questo senso, notevole significato assumono gli obblighi del pubblico ministero di richiedere, oltre alla condanna, anche «il risarcimento del danno cagionato dal delitto» (art. 91, comma 1), di curare la esecuzione delle sentenze «anche nella parte relativa al pagamento della somma stabilita per il risarcimento» (art. 90, comma 2) e di «provvede[re] all'immediata ipoteca legale sui beni immobili dell'imputato ed all'immediato sequestro di beni mobili, reddito, stipendio, salario per una parte proporzionata all'entità del danno [...]» non appena il magistrato avesse confermato l'arresto in flagranza o richiesto il rinvio a giudizio (art. 93), nonché il ferreo sistema di escussione del colpevole-debitore, il quale, ove non avesse potuto risarcire economicamente il danno, avrebbe dovuto essere obbligato al lavoro in carcere (art. 97). Si spiegava infatti nella Relazione illustrativa del *Progetto* che quest'ultimo avrebbe disciplinato il risarcimento del danno «in modo molto più efficace che sinora siasi fatto, considerando [quello] *ex delicto* come un rapporto anche di diritto pubblico e non soltanto di diritto privato come se fosse [...] *ex contractu*»<sup>51</sup>. Se difatti era vero,

<sup>49</sup> Si tratta del *Progetto preliminare di codice penale italiano per i delitti (Libro I)*, in *Scuola pos.*, 1921, I, 131 s.

<sup>50</sup> Sulla specifica rilevanza del risarcimento del danno nel sistema sanzionatorio auspicato dai positivisti, v. per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 866 e R. STABILE, *Fra diritto penale e diritto civile*, in AA.VV., *Scuola positiva*, cit., 99 s. e, per le fonti storiche, E. FLORIAN, *Per una rigorosa disciplina dell'obbligazione di risarcimento del danno derivante da delitto penale*, in *Scuola pos.*, 1928, I, 97 s.

<sup>51</sup> Cfr. la *Relazione sul Progetto*, cit., 11, ma vedi anche 76-78.

da un canto, che «Una delle proposte su cui la scuola italiana di sociologia criminale ha più insistito [...] è stata la protezione efficace che lo Stato deve alle vittime del delitto»<sup>52</sup>, dall'altro era altrettanto vero – si specificava poi – che il risarcimento del danno si annoverava anche tra i «mezzi di difesa sociale contro il delitto», e quindi risultava «di interesse pubblico», poiché posto «non solo nell'interesse immediato della parte lesa, ma anche nell'interesse immediato della difesa sociale preventiva e repressiva», tanto che la sua realizzazione veniva considerata «una funzione sociale affidata d'ufficio al pubblico ministero»: da qui, coerentemente, il rilievo conclusivo secondo cui «l'obbligo del delinquente al risarcimento del danno verso la parte lesa non [sarebbe stato] soltanto di diritto privato [...] ma [...] essenzialmente e sempre di diritto pubblico»<sup>53</sup>. Ma come si accennava, la «Scuola positiva» riconosceva al risarcimento del danno anche la possibilità di svolgere in modo autonomo, sebbene in casi specifici, il ruolo di pena, annoverandosi tra quelle note come «sanzioni riparatorie»<sup>54</sup>. Va infatti ricordato che, in base agli artt. 92, comma 1 ed 82 del *Progetto*, colui che avesse commesso «un solo delitto» ed in favore del quale concorressero «eccezionali circostanze di minore pericolosità», oppure avesse consumato un delitto «molto lieve e sottoposto a sanzione inferiore alla segregazione [...]», avrebbe potuto beneficiare del «perdono giudiziale», alla cui concessione, tuttavia, il giudice avrebbe potuto subordinare il risarcimento del danno, che quindi si sarebbe elevato ad autonoma ed unica risposta punitiva dell'ordinamento. Ma la cosa non deve stupire. Va difatti anzitutto premesso che, nella visione del futuro legislatore positivista, le sanzioni penali (*id est*: le «sanzioni di difesa sociale») avrebbero dovuto essere del tutto «estranee a qualsiasi pretesa di infliggere un castigo proporzionato ad una colpa morale», dovendo esse invece «soltanto provvedere alla più efficace difesa sociale verso i delinquenti pericolosi ed alla più rapida e sicura redenzione e riutilizzazione dei delinquenti meno pericolosi e più numerosi»<sup>55</sup>, di talché uno dei «criteri fondamentali» della auspicata riforma penale avrebbe dovuto essere, da un lato, la «più efficace difesa sociale contro i delinquenti pericolosi e specialmente contro i delinquenti abituali», e, dall'altro, il «rende[re] più mite il trattamento dei delinquenti occasionali o passionali»<sup>56</sup>. Era quindi nella prospettiva di rendere «il trattamento più benigno per i delinquenti non pericolosi o responsabili di lievi delitti» che avrebbe dovuto collocarsi il perdono giudiziale, la cui possibile subordinazione al risarcimento del danno avrebbe svolto

<sup>52</sup> V. *Op. ult. cit.*, 111.

<sup>53</sup> V. *Op. ult. cit.*, 111.

<sup>54</sup> V. *Op. ult. cit.*, 77.

<sup>55</sup> Cfr. *Op. ult. cit.*, 11.

<sup>56</sup> Cfr. *Op. ult. cit.*, 101.

l'importante funzione di «rendere non solo più sincera ma anche più morale l'esenzione dalla sanzione di chi ha pur sempre commesso un delitto»<sup>57</sup>;

b) ora alla nascita di quelle innovative costruzioni filosofiche dell'idea di «Giustizia penale» che, al tradizionale fondamento kantiano della pena come *malum passionis propter malum actionis*, contrapposero il diverso adagio del *bonum actionis propter malum actionis*, che vede il delitto ricompensato anche da un'attività in senso contrario allo stesso, la quale, ove possibile, ne annulli o ne riduca gli effetti<sup>58</sup>. Da ciò conseguirebbe, infatti, non solo che «la giustizia penale dovrebbe ridurre alquanto il suo campo [...] d'azione, modificando più o meno radicalmente non pochi dei suoi istituti», così che, ad esempio, «le pene afflittive non [dovrebbero] consider[arsi] più come assolutamente necessarie e vevoli di per se stesse a compensare quasi meccanicamente i reati»<sup>59</sup>, ma anche la presa d'atto che «il pubblico biasimo e la pubblica disistima [...] in una società eticamente sana valgono forse più delle pene a fare sentire il colpevole la necessità di riabilitarsi [...], il che può avvenire soltanto col interiore e colla riparazione del danno». Di contro – si precisava – «il fatto che l'autore di un torto, avendo scontato per esso una pena [...], sia reputato “in regola” colla società [...] senza avere risarcito il danno e lasciato così insoluto il suo debito, è un indice d'imperfetto sviluppo della coscienza etica nella società medesima: che si appaga del fatto estrinseco della pena, senza mirare all'intrinseco adempimento della giustizia»<sup>60</sup>;

c) ora alla rinnovata sensibilità nei confronti della tutela della vittima, sospinta dagli studi che le ha riservato la «vittimologia», dal ruolo che essa ha conquistato nel codice di rito del 1988, dalla dilatazione della perseguibilità a querela finalizzata ad evitare la vittimizzazione secondaria della parte lesa, e non ultimo da alcuni importanti documenti comunitari ed internazionali<sup>61</sup>, tra i quali spicca la recente direttiva 2012/29/UE, recepita dall'Italia con il d.lgs. n. 212/2015, che ha ulteriormente potenziato il ruolo processuale della vittima<sup>62</sup>. Orbene, in tale quadro, anche il risarcimento del danno ha ricevuto una valorizzazione, sia come misura che si aggiunge alla pena, sia come alternativa a quest'ultima, essendosi in

<sup>57</sup> Cfr. *Op. ult. cit.*, 104-105.

<sup>58</sup> Cfr. G. DEL VECCHIO, *Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del torto*, Milano, 1958, 8-10.

<sup>59</sup> Così, G. DEL VECCHIO, *Sul fondamento*, cit., 15-16.

<sup>60</sup> V. ancora G. DEL VECCHIO, *Sul fondamento*, cit., 23-24.

<sup>61</sup> Sulla progressiva valorizzazione delle istanze di tutela della vittima del reato, v., quanto ai profili segnalati nel testo, M.G. AIMONETTO, *La valorizzazione del ruolo della vittima in sede internazionale*, in *Giur. it.*, 2005. Spec. 1332 s. e M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, Milano, 2009, 230 s. e 241 s.

<sup>62</sup> Sull'attuazione della direttiva del 2012 ad opera del d.lgs. n. 212/2015, v. D. VISPO, *La riscoperta del ruolo della persona offesa nel sistema processualpenalistico italiano: prime riflessioni a margine del d.lgs. 2012/2015*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu).

esso intravisto «un istituto capace di contribuire ad una rivisitazione del sistema sanzionatorio per renderlo socialmente utile e allo stesso tempo funzionale alle esigenze delle vittime»<sup>63</sup>;

d) ora, infine alle suggestioni provenienti dalla dottrina tedesca, in seno alla quale il dibattito sull'utilizzo del risarcimento del danno quale alternativa alla pena si riaccese agli inizi degli anni novanta del secolo scorso. Proprio in quel periodo, infatti, un gruppo di professori diretto da Claus Roxin pubblicò un controprogetto “progetto alternativo” – in minima parte recepito poi nel § 46° dello StGB<sup>64</sup> – nel quale alla *Wiedergutmachung* («riparazione del danno», da intendersi però in senso assai ampio e non circoscritta al ristoro del solo danno civile) veniva riconosciuto il ruolo di “*dritte Spur*” (terza corsia, terzo binario, che dir si voglia) che si sarebbe dovuto affiancare alle tradizionali soluzioni della pena e della misura di sicurezza, sebbene applicabile soltanto ove la pena detentiva da irrogare non fosse stata superiore ad un anno e la sua irrogazione non fosse risultata al giudice – e qui per vero la formula si fa un poco misteriosa – «necessaria per il suo effetto sull'autore o sulla collettività»<sup>65</sup>. Peraltro, che proprio da certa dottrina tedesca sia giunta la proposta di valorizzare in chiave penalistica il risarcimento del danno non deve stupire, poiché è stato proprio in quell'ambito culturale che, principalmente, si sono radicate quelle teorie finalistiche della pena

<sup>63</sup> In questi termini, cfr. V. DEL TUFO, *Vittima del reato*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993, 1006. Sempre sulla valorizzazione del risarcimento del danno nella prospettiva di rinnovata tutela della vittima, v. anche M.G. AIMONETTO, *La valorizzazione*, cit., spec. 1334 ss. e G.P. DEMURO, *Finalità risarcitoria e teorie della pena*, in *Riv. pen.*, 1994, 654.

<sup>64</sup> «§ 46a (Conciliazione tra autore e vittima. Riparazione del danno). Se l'autore:

1. nello sforzo di raggiungere una conciliazione con la vittima, ha riparato, in tutto o per la maggior parte, il fatto da lui commesso o ha seriamente inteso ripararlo oppure

2. ha risarcito la vittima, in tutto o per la maggior parte, in un caso in cui la riparazione del danno abbia richiesto un suo notevole impegno personale o una rinuncia personale

il giudice può diminuire la pena ai sensi del § 49 co. 1°, ovvero, può astenersi dall'applicare la pena quando si tratta di una pena detentiva non superiore a un anno o di pena pecuniaria non superiore a trecentosessanta tassi giornalieri» (la traduzione riportata è quella contenuta ne *Il codice penale tedesco*, a cura di S. VINCIGUERRA, Padova, 2003, 75).

<sup>65</sup> V. il § 4 dello «*Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*» (AE-WGM), pubblicato a cura di J. BAUMANN, A.E. BRAUNBECK, M. BURGSTALLER et al. dall'editore Beck di Monaco nel 1992, sul quale v. comunque D. FONDAROLI, *Illecito*, cit., 279 s. ed A. MANNA, *Risarcimento del danno*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale*, a cura di A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Parte generale*, vol. III, Torino, 2014, 384-385. Sulla *Wiedergutmachung* come “terzo binario” punitivo, v. direttamente C. ROXIN, *Zur Wiedergutmachung als einer “dritten Spur” im Sanktionsystem*, in AA.VV., *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag*, a cura di G. ARZT, G. FEZER, U. WEBER, E. SCHLÜTTER, D. RÖSSNER, Bielefeld, 1992, 243 s. e Id., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, IV<sup>a</sup> ed., Monaco, 2006, § 3, Rn 72 ss. In senso critico, sempre nella dottrina tedesca, v. H.J. HIRSCH, *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1991, spec. 282 s. e K. LÜDERSEN, *Il declino del diritto penale*, Milano, 2005, 33 s.



che hanno prospettato l'esistenza di innovativi risvolti “in positivo” della sua più tradizionale funzione general preventiva. Questi ultimi, infatti, nell'evidenziare come lo stigma penale possa pedagogicamente concorrere ad accreditare nella società determinati valori ed a ristabilire nei consociati la fiducia nel sistema, in quanto si possa ritenere risolto in modo soddisfacente il conflitto nascente dal reato<sup>66</sup>, consentirebbero al risarcimento del danno di coniugarsi in modo più coerente con gli scopi della pena rispetto a quanto esso farebbe nell'ambito delle visioni più tradizionali – specie di quelle retributive e general preventive-intimidative – di quest'ultima. Spiega infatti al riguardo Roxin che: se si condivide l'idea che i fini prevalenti della pena sono quelli special preventivo e general preventivo di «pacificazione», da ritenersi conseguito ove «l'agente abbia prestato quanto consenta alla coscienza giuridica di tranquillizzarsi nei confronti dell'illecito commesso e considerare risolto il conflitto con l'agente stesso»; se si concorda sul fatto che il risarcimento del danno, soprattutto se spontaneo, può suscitare nel reo «un rivolgimento interiore, favorevole alla risocializzazione»; se si presta fede a quelle indagini statistiche che dimostrerebbero che «per i reati meno gravi la popolazione tende senz'altro ad accettare il risarcimento come unica sanzione»; se, infine, si considera che «per la persona offesa denunciante rileva soprattutto il risarcimento e molto meno la condanna penale» e che «le vittime non sono che rappresentanti qualificati della collettività», ne dovrebbe conclusivamente risultare che, «almeno per determinati reati e fino a un certo livello di gravità», il risarcimento del danno «soddisfa le esigenze generalpreventive o comunque le riduce in modo essenziale»<sup>67</sup>. Il che, forse banalizzando il ragionamento, equivale a dire che una certa sanzione svolgerebbe una funzione “penale” a prescindere dalla sua reale natura afflittiva ma nella misura in cui essa dovesse essere percepita dai consociati come idonea a risolvere in modo soddisfacente il conflitto sociale che il reato ha prodotto.

Considerati i ponti culturali che da tempo collegano il pensiero penalistico nostrano a quello tedesco, non può stupire il fatto che al dibattito sulla

<sup>66</sup> Il riferimento è alle teorie della general prevenzione «positiva» (*positive Generalprävention*) ed «integratrice» (*Integrationsprävention*), sulle quali v. per tutti, riassuntivamente, C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., § 3, Rn 26 s. e G. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, II<sup>a</sup> ed., Berlino-New York, 1991, 6 s. In lingua italiana, v. J. ANDENAES, *La prevenzione generale: illusione o realtà?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1953, 269 s.; T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981, 251 s.; A. PAGLIARO, *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 449 s.; L. EUSEBI, *La pena “in crisi”. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990, 33 s. e 47 s.; G. DE VERO, *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 439 s., e nella manualistica, per tutti, F. PALAZZO, *Corso*, cit. 18 s.

<sup>67</sup> Cfr. C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, spec. 16-19.

*Wiedergutmachung* sia corrisposto il riaccendersi dell'interesse verso il possibile ruolo che il risarcimento del danno avrebbe potuto svolgere anche nel nostro diritto penale. Così, proprio in quegli stessi anni novanta del novecento fiorirono in dottrina numerosi studi, proseguiti nel tempo, tesi ad accreditare il risarcimento del danno quale mezzo sanzionatorio alternativo alla pena, ragionevolmente riferito a reati qualificabili come bagatellari o comunque posti a tutela di beni la cui offesa risultasse riparabile, e ciò spesso in quel medesimo contesto ideologico di ripensamento delle funzioni realisticamente attribuibili alla pena che, come detto, proprio in Germania si era dapprima radicato<sup>68</sup>.

### 5. (Segue) *Gli argomenti avversi*

Come si avvertiva, è proprio il teorizzato uso del risarcimento del danno in chiave alternativa alla pena ad avere sollevato i più intensi dubbi sia di natura funzionale che relativi alla tenuta delle garanzie (v. *retro*, § 3). Volendo ancora una volta semplificare il discorso<sup>69</sup>, e prescindendo dai profili processuali<sup>70</sup>, basterà segnalare come: *a*) il risarcimento del danno sia ritenuto anzitutto incompatibile con la funzione afflittivo-retributiva che la pena svolgerebbe rispetto al fatto. Invero, ove si intendesse quest'ultima nel senso kantiano di retribuzione "morale", non sarebbe infatti difficile accorgersi come il protagonista della vicenda punitiva sia il reo, e in particolare l'esigenza che il male da questi perpetrato con il reato sia retribuito con un male a lui stesso inflitto; ove si intendesse la retribuzione in senso hegeliano, quindi come retribuzione "giuridica", apparirebbe chiaro come il protagonista della vicenda sanzionatoria sia lo Stato, o meglio

<sup>68</sup> Per la continuità dell'interesse mostrato sull'argomento, il riferimento è anzitutto agli studi di Manna, ed in specie a: ID., *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989, 543 s. e 682 s.; ID., *Il risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1991, 593, 594, 598-599; ID., *Risarcimento*, cit., 380 s.; ID., *Corso*, cit., 743 s. V. anche, pur con accenti diversi, G.P. DEMURO, *Finalità risarcitoria*, cit., 641 s.; ID., *Diritto penale e risarcimento del danno: la tutela del bene giuridico concretamente leso*, in *Riv. pen.*, 1994, 1201 s.; R. BARTOLI, *Contraddittore a D. Fondaroli: Roberto Bartoli*, in AA.VV., *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, a cura di E. VENAFRO, C. PIEMONTESE, Torino, 2005, 156 s.; F. GIUNTA, *Oltre la logica*, cit., 353 s., e, nella più diffusa manualistica, per tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, IV<sup>a</sup> ed., Bologna, 2014, 898 s.

<sup>69</sup> Più di recente, nella dottrina italiana, v. M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 875 s.; ID., *Pre-Art. 185*, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario*, cit., 335 s.; C. COVINO, *Danno e reato*, II<sup>a</sup> ed., Padova, 1999, spec. 60 s.; D. FONDAROLI, *Illecito*, cit., spec. 28, 401 s., 552 s. Nella manualistica, v. per tutti F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, V<sup>a</sup> ed., Torino, 2015, 574 s.

<sup>70</sup> Sulle questioni che l'estinzione del reato per riparazione del danno solleva rispetto ai principi costituzionali processuali di obbligatorietà dell'azione penale, del contraddittorio e della presunzione di non colpevolezza, v. per tutti O. MURRO, *Riparazione*, cit., 59 s.

l'equilibrio dell'ordinamento giuridico. Ma in entrambi casi la posizione della vittima non sarebbe considerata come parte rilevante del rapporto retributivo<sup>71</sup>, anche perché la riparazione del danno eventualmente ottenuta non potrebbe «procacciare al reo quella sofferenza “gratuita” necessaria affinché il soggetto si riappropri del valore universale dell'umanità frustrata con la realizzazione del reato»<sup>72</sup>; b) al risarcimento del danno non sia possibile riconoscere neanche quella parte di funzione retributiva che la pena dovrebbe invece svolgere rispetto alla colpevolezza del reo. Dovendo infatti tale sanzione riparare ad un danno, la sua commisurazione non potrebbe che avere riguardo, principalmente, alla gravità di quest'ultimo, rimanendole tendenzialmente estranea la considerazione della intensità della colpevolezza del reo<sup>73</sup>; c) il risarcimento del danno sia ritenuto incapace di svolgere la funzione deterrente accreditata alla pena. Anche se da un punto di vista empirico gli effetti intimidatrici della stessa pena sono difficilmente accertabili, al pari di quanto lo sarebbero per vero quelli del risarcimento del danno, si è tuttavia rilevato come quest'ultimo potrebbe produrre effetti addirittura criminogeni, visto che dal crimine il reo non avrebbe altro da perdere se non il beneficio ottenuto con il delitto, pur ammesso che il risarcimento del danno sia in grado di annullare quest'ultimo e che il reo possa economicamente sostenerlo<sup>74</sup>. Ridurre il compito del diritto penale al risarcimento del danno patito dalla vittima comporterebbe un «abbassamento rilevante della prevenzione generale, poiché le conseguenze giuridiche del reato finirebbero per corrispondere a quelle che comunque già deriverebbero dall'obbligo civilistico alla restituzione», e se è vero che anche l'adempimento di questo può essere avvertito dall'obbligato come un “male”, non si sfuggirebbe al rilievo secondo cui «realmente decisiva» per la distinzione tra pena e risarcimento è la «differenza di contenuto» tra di essi, poiché, diversamente dal secondo, la prima «consiste invece nell'aggiunta di un male ulteriore»<sup>75</sup>. A tale ordine di idee sembra nella sostanza ispirarsi anche chi vede nel risarcimento del danno “punitivo” una pericolosa contaminazione in senso privatistico del diritto penale, che priverebbe quest'ultimo della sua “mordacità”, indispensabile per la stigmatizzazione sociale del comportamento incriminato: «pena pubblica e stigma sociale» – si è detto – sono «necessari al diritto penale,

<sup>71</sup> In questo senso, v. G.P. DEMURO, *Finalità risarcitoria*, cit., 646 s.

<sup>72</sup> Così, R. BARTOLI, *Contraddittore*, cit., 154. Sulla natura afflittiva della pena quale “male ulteriore” rispetto a quello insito nella sanzione risarcitoria civile, v. H.J. HIRSCH, *Il risarcimento*, cit., 281 e K. LÜDERSEN, *Il declino*, cit., 33.

<sup>73</sup> Al riguardo, v. ad esempio F. GRISPIGNI, *Diritto*, cit., 137 e M. ROMANO, *Risarcimento*, cit., 869 e 875.

<sup>74</sup> In tal senso, v. F. CARNELUTTI, *Il danno ed il reato*, Padova, 1924, 45 s.; F. ANTOLISEI, *L'offesa*, cit., 150 s.; C. ROXIN, *Risarcimento*, cit., 8; C. COVINO, *Danno*, cit., 63; F. RAMACCI, *Corso*, cit., 574.

<sup>75</sup> Così, H.J. HIRSCH, *Il risarcimento*, cit., 279-280, 281.

[...] necessari alla sua “dignità” e quindi alla sua capacità di prevenzione generale<sup>76</sup>; *d*) il risarcimento del danno sia ritenuto difficilmente compatibile col principio costituzionale di uguaglianza e con la funzione special preventiva della pena. Si sostiene infatti che l’uso in senso punitivo del risarcimento del danno invierebbe ai consociati un messaggio discriminatorio, per il quale solo i più ricchi sarebbero nella condizione di evitare pene detentive, mentre i soggetti non abbienti, una volta giudicati colpevoli, andrebbero incontro ad un ben più tortuoso percorso di risocializzazione, o perché costretti a passare dal carcere, o perché impoveriti ulteriormente nel loro patrimonio, e quindi più soggetti in futuro a ricadere nel crimine per vivere<sup>77</sup>; *e*) il risarcimento del danno sia ritenuto difficilmente compatibile con il principio di legalità della pena consacrato dall’art. 25, comma 2, Cost. A tale proposito si è difatti messo in evidenza come il principio in parola richieda la predeterminazione *ante factum* del tipo di pena e quantomeno dei limiti di oscillazione del suo ammontare: garanzie, queste, che evidentemente il risarcimento del danno non potrebbe assicurare al meglio, essendo la sua determinazione in massima parte rimessa *ex post* all’esercizio di un’ampia discrezionalità da riconoscersi al giudice<sup>78</sup>; *f*) assai difficoltosa risulterebbe infine la strutturazione punitiva del risarcimento del danno nei doverosi termini di proporzionalità rispetto al reddito del reo. Si osserva, infatti, che per determinare in modo credibile la misura di tale entità economica occorrerebbe un sistema di accertamento fiscale intuitivamente assai più efficiente e preciso di quello che il nostro ordinamento è stato sin qui in grado di costruire<sup>79</sup>. Sempre in prospettiva pratica, occorrerebbe inoltre affrontare il tema assai spinoso dell’eventuale “assicurabilità” del risarcimento del danno, e quindi interrogarsi sulla necessità o meno che a quest’ultimo provveda personalmente il reo, tenuto conto dei casi di assicurazione obbligatoria. Come noto, alla questione la giurisprudenza si è dedicata, con esiti contrastanti, interrogandosi sulla possibile applicazione dell’attenuante prevista dall’art. 62, n. 6, c.p. al caso in cui ad avere «riparato interamente il danno» avesse provveduto un terzo e non già il colpevole<sup>80</sup>. Ma è chiaro come, ancora

<sup>76</sup> Cfr. M. ROMANO, *Risarcimento*, cit., 882, e più di recente, sostanzialmente, O. MURRO, *Riparazione*, cit., 14.

<sup>77</sup> Cfr. M. ROMANO, *Risarcimento*, cit., 877-878; F. GIUNTA, *Oltre la logica*, cit., 352 s.; F. RAMACCI, *Corso*, cit., 574.

<sup>78</sup> Al riguardo, v. per tutti M. ROMANO, *Risarcimento*, cit., 878 e C. COVINO, *Danno*, cit., 66.

<sup>79</sup> V. ancora M. ROMANO, *Risarcimento*, cit., 878.

<sup>80</sup> Per la natura “soggettiva” dell’attenuante, che implicando la respiscenza del reo postula la non surrogabilità dei terzi nel risarcimento del danno, v. Cass. pen., SS.UU., 23 novembre 1988, in *Cass. pen.*, 1989, 1181, con nota di T. PADOVANI. A favore della natura “oggettiva” della stessa, v. Corte cost., 23 aprile 1998, n. 138, *ivi*, 1999, 395, con nota di L. BISORI, e più di recente Cass. pen., sez. VI, 25 marzo 2010, *ivi*, 2011, 1048. In dottrina, per un recente riepilogo delle posizioni, v. O. MURRO, *Riparazione*, cit., 47 s.

una volta, la questione risale all'ibrida natura che il risarcimento del danno assume ogniqualvolta esso venga estrapolato dal proprio alveo naturale e caricato dal compito di svolgere funzioni ulteriori rispetto a quella riparatoria.

## 6. *Spunti critici sui diversi paradigmi normativi di “risarcimento estintivo”*

Già si è avuto modo di verificare come diverse siano le accezioni del riferimento al danno che il legislatore utilizza nel ricollegare al ristoro di questo l'estinzione del reato (v. *retro*, § 3). In certe ipotesi, infatti, il reo è ammesso a beneficiare di tale effetto favorevole semplicemente risarcendo la vittima del danno civile, come ad esempio accade – ma le esemplificazioni sarebbero numerose – nel caso dell'art. 341-*bis*, ultimo comma c.p., che consente l'estinzione del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale ove il reo abbia «riparato interamente il danno [...] sia nei confronti della persona offesa sia nei confronti dell'ente di appartenenza della medesima». In tali ipotesi, come detto, se è vero che non si verifica una vera e propria surroga della sanzione civile in quella penale, che semplicemente si ritrae, è comunque innegabile che il risarcimento del danno è ritenuto dal legislatore bastevole a determinare l'effetto estintivo, potendo quindi esso costituire, nei fatti, l'unica risposta che l'ordinamento contrappone ad un certo reato. Diverse appaiono invece le ipotesi dei richiamati artt. 35, d.lgs. n. 274/2000 e 163-*ter* c.p., ove il legislatore ha connesso l'effetto estintivo al ristoro di un danno “allargato”, che, pur contemplando il pregiudizio civile subito dal danneggiato, si estende alla considerazione del danno criminale e/o al soddisfacimento delle esigenze preventive tipiche di quella stessa pena che esso in effetti parrebbe surrogare.

Le tre ipotesi normative richiamate appaiono esemplificative di altrettante “varianti” nelle quali il paradigma estintivo del reato connesso al risarcimento del danno può presentarsi. Volendo tentare una classificazione che consenta di coglierne l'essenza, il criterio discrezionale parrebbe duplice, e potrebbe essere:

a) quello della diversa pregnanza del potere di controllo esercitabile dal giudice sulla vicenda estintiva. In tale ottica, si potrebbero distinguere ipotesi di risarcimento del danno a presupposti estintivi “incontrollati” (ed è il caso dell'art. 341-*bis*, u.c., c.p.), da ipotesi di risarcimento del danno a presupposti estintivi “controllati” (come nel caso degli artt. 35, d.lgs. n. 274/2000 e 163-*ter* c.p.);

b) quello dell'oggetto del risarcimento. In tale prospettiva, è forse possibile individuare: ipotesi di risarcimento del danno per così dire “pubblicistiche”, poiché estese alla considerazione tendenzialmente completa di tutte le conseguenze dannose cagionate dal reato (ed è il caso dell'art. 35, d.lgs. n. 274/2000 e, in minore misura, dell'art. 163-*ter* c.p.); ipotesi di risarcimento del danno per così

dire “privatistiche”, poiché limitate alla considerazione, fondamentale, del solo danno civilmente apprezzabile (ed è il caso dell’art. 341-*bis*, u.c., c.p.).

Se si condivide una tale tassonomia, non sarà difficile riconoscere che la previsione di un risarcimento del solo danno civile a presupposti estintivi incontrollati, se da un lato certamente soddisfa al massimo le esigenze di deflazione processuale, dall’altro rischia di mandare un messaggio del tutto incoerente al cittadino e di produrre più “danni” (alle altre fattispecie di reato) di quelli che ristora. Guardando anzitutto al criterio classificatorio *sub b*), delle due l’una: o si ritiene che il fatto provochi un allarme sociale tale da dovere essere in qualche modo controbalanciato, al limite con strumenti risarcitori che però almeno tendano a coprire ogni conseguenza dannosa prodotta, oppure si ritiene che, tutto sommato, il fatto abbia una rilevanza sostanzialmente confinata alle sole parti coinvolte<sup>81</sup>. Ma se così è, tanto vale direttamente “declassare” quel reato a forma di illecito extrapenale, piuttosto che sbandierare a tutta prima lo spauracchio della pena e poi ritirarne prontamente l’applicazione. Considerando poi il criterio classificatorio *sub a*), se è vero che il predetto art. 341-*bis*, u.c., c.p. contempla «un’obbligazione civile [...] disponibile in capo alle parti (debitore e creditore)», e quindi estinguibile con la remissione del debito prevista dall’art. 1236 c.c.<sup>82</sup>, due ed opposti sembrano i pericoli in agguato. Anzitutto, non è da escludere la possibile instaurazione di una sorta di “tirannia” della parte lesa, che potrebbe essere tentata di piegare la clausola estintiva al conseguimento di scopi meschini. Già Enrico Ferri, del resto, aveva giustificato la coloritura pubblicistica riconosciuta al risarcimento del danno dal Progetto del 1921 proprio con l’esigenza di «impedire alla parte lesa di portare nella giustizia penale, oltre l’affermazione sacrosanta dei suoi diritti, la cupidigia del lucro o i risentimenti e le vendette personali»<sup>83</sup>. D’altra parte, il collegare l’estinzione del reato alla libera contrattazione delle parti potrebbe anche portare ad una “banalizzazione” – se così può dirsi – della tutela, e ciò specie nei casi in cui il bene protetto possieda connotazioni pubblicistiche. Anche in tal senso, emblematica appare la vicenda applicativa dell’art. 341-*bis*, u.c., c.p., se si considera che nell’unico precedente specifico sul punto si è ritenuto soddisfatta la pretesa risarcitoria avanzabile dall’ente di appartenenza del pubblico ufficiale oltraggiato da una condotta di mera emenda morale, com’è certo una lettera di scuse<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> Sul punto, v. Trib. Camerino, 13 dicembre 2011, in *Riv. pen.*, 2012, 213, che, in riferimento al delitto dell’art. 341-*bis* c.p., ha evidenziato come il danno risarcibile sia solo quello «civile extraccontrattuale, ex art. 2043 c.c.», ammettendo quindi che, in tale caso, «la norma penale è [...] strumentale rispetto all’interesse (al risarcimento) del creditore».

<sup>82</sup> Cfr. Trib. Camerino, 13 dicembre 2011, cit.

<sup>83</sup> Cfr. la *Relazione sul Progetto*, cit., 80.

<sup>84</sup> Il riferimento è a Trib. Spoleto, 31 ottobre 2017, Guglielmi, reperibile in *De Jure* e sul sito [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

Diversa parrebbe a tutta prima la valutazione da riservare alle ipotesi ove il risarcimento del danno risulta più “sorvegliabile” dal giudice e copre, almeno tendenzialmente, tutte le conseguenze prodotte dal reato, cioè sia quelle in capo alla vittima, ove vi sia, che quelle in capo alla società. Come si anticipava, a tale paradigma sembrano ispirarsi le fattispecie estintive degli artt. 35, d.lgs. n. 274/2000 e 162-ter c.p., sebbene esse non risultino perfettamente sovrapponibili.

Come è noto, il suddetto art. 35 consente al giudice di dichiarare estinto il reato, «sentite» le parti e l’offeso, allorquando: da un canto, l’imputato «dimostri» di avere provveduto alla «riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento» e ad avere «eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato» stesso; dall’altro, lo stesso magistrato abbia valutato le predette attività risarcitorie e riparatorie come «idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione». Pur essendo pacifico che, considerata la diversa natura dei reati attribuiti alla cognizione del Giudice di Pace, non sempre tutte le condizioni potranno tra loro concorrere<sup>85</sup>, è tuttavia da osservare come la giurisprudenza sia concorde nel ritenere che : a) la vittima deve essere sempre «sentita» dal giudice ma che il suo giudizio circa la congruità del risarcimento del danno da questa patita non è comunque vincolante<sup>86</sup>; b) il magistrato dovrà appurare che la condotta *post factum* intrapresa dal reo abbia risarcito integralmente la vittima e sia stata idonea a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione, ad esempio verificando la proporzione rispetto al grado di colpevolezza dell’agente, in modo da assicurare una valenza retributiva e di prevenzione speciale alla propria sentenza<sup>87</sup>. Orbene, la considerazione tendenzialmente completa di tutte le conseguenze dannose provocate dal reato, se da un canto depotenzia la funzione deflattiva della clausola in parola<sup>88</sup>, dall’altro la ren-

<sup>85</sup> In dottrina, v. R. BARTOLI, *Estinzione*, cit., 379 s. e più di recente S. TURCHETTI, *D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274*, cit., 2953 s. e 2958. In giurisprudenza, v. per tutte Cass. pen., sez. IV, 4 ottobre 2012, cit., per la quale «Nei reati che esauriscono tutta la loro carica di disvalore nel procurare un danno alla persona offesa senza che residuino margini di offensività [...], il risarcimento del danno costituisce condotta sufficiente al fine di ottenere la declaratoria di estinzione del reato ai sensi dell’art. 35, comma 1, d.lgs. n. 274 del 2000».

<sup>86</sup> V. tra le altre, Cass. pen., sez. IV, 19 febbraio 2016, in *Guida dir.*, 2016, n. 29, 59; Id., 18 giugno 2008, in *Foro it.*, 2010, II, 159, con nota di R. RUSSO; Id., 7 luglio 2005, in *Arch. giur. circ. e sin. str.*, 2006, 519; Id., 4 maggio 2004, in *Dir. giust.*, 2004, n. 36, 47, con nota di A. NATALINI.

<sup>87</sup> Tra le numerose pronunce, v. Cass. pen., sez. IV, 18 febbraio 2010, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 546; Id., sez. V, 9 luglio 2009, in *Guida dir.*, 2010, *Dossier* n. 2, 75; Id., sez. IV, 10 luglio 2008, in *Guida dir.*, 2008, n. 45, 82; Id., 24 marzo 2005, in *Cass. pen.*, 2006, 2914.

<sup>88</sup> Così, F. GIUNTA, *Un primo bilancio applicativo della giurisdizione penale di pace*, in *Il Giudice di pace*, 2006, 77 e 80 s., che attribuisce proprio all’«impianto pletorico» dell’art. 35 le maggiori responsabilità della modesta applicazione della clausola estintiva *de qua*. Sulla funzione restrittiva che tale riferimento svolge, v. anche A. NAPPI, *La procedura penale per il giudice di pace*, Milano, 2001, 195.

de teoricamente più coerente con l'effetto estintivo promesso, dovendo il giudice verificare l'idoneità del risarcimento a soddisfare i bisogni di tutela sottesi alla poiesi dell'incriminazione: la pretesa è infatti qui che si "ripari" il fatto e non solo un danno.

In parte diverso è il paradigma seguito dall'art. 162-ter c.p., che per i soli reati perseguibili a querela soggetta a remissione consente al giudice, «sentite» le parti e l'offeso, di dichiarare estinto il reato ove l'imputato abbia «riparato interamente [...] il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento» ed «eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato», potendo tuttavia il magistrato provvedere ugualmente pure ove il reo abbia proceduto ad una «offerta reale» ex art. 1208 e ss. c.c. non accettata dall'offeso, allorché egli «riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo». La novella di fatto consente la trasformazione della modalità di estinzione dei reati perseguibili a querela da meccanismo a presupposti estintivi "incontrollati", essendo noto che la rimessione di questa è oggetto nella pratica della libera contrattazione tra le parti, a meccanismo ad effetti estintivi "controllati", che prevede l'intervento decisivo del giudice<sup>89</sup>, e da ipotesi tipicamente "privatistica" di risarcimento del danno a fattispecie contaminata dal modello "pubblicistico". Ma è proprio su quest'ultimo aspetto che più evidenti appaiono le differenze con il citato art. 35, visto che il legislatore non ha riprodotto il riferimento a quelle esigenze di «riprovazione» e di «prevenzione» alle quali, come si ricordava, il Giudice di Pace risulta astretto<sup>90</sup>. Tale scelta, apparsa a qualcuno come il segno di un mutato apprezzamento della riparazione del danno in senso mediativo-riconciliativo<sup>91</sup>, rivela forse il più pragmatico fine di ridurre la rosa delle valutazioni richieste al giu-

<sup>89</sup> I primi commentatori concordano nel ritenere che la disposizione in parola riconosca al giudice un «potere di scavalco» della volontà punitiva dell'offeso: v. infatti testualmente O. MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, in AA.VV., *La riforma Orlando*, a cura di G. SPANGHER, Pisa, 2017, 49, ma anche G. AMATO, *Adesso l'imputato può "cancellare" la sua condotta illecita*, in *Guida dir.*, 2017, n. 31, 96; C. PERINI, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162 ter: deflazione senza Restorative Justice*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1276, 1278-1279; S. RICCIO, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie*, in AA.VV., *La riforma della giustizia penale*, a cura di A. MARANDOLA, T. BENE, Milano, 2017, 8 e 10.

<sup>90</sup> Ritengono che anche nel caso dell'art. 162-ter c.p. la riparazione debba essere proporzionata a tali esigenze, G. AMATO, *Adesso l'imputato*, cit., 96; O. MURRO, *La riparazione*, cit., 51 s.; M. RIVERDITI, *Condotte*, cit., 2232 s.

<sup>91</sup> Così, S. RICCIO, *L'estinzione*, cit., 12 s. Considerati gli stilemi tipici della *restorative justice*, che prevedono un forte coinvolgimento della vittima nel procedimento riparativo, esprimono condivisibili dubbi su tale ricostruzione, tra gli altri, F. BELLAGAMBA, *L'estinzione*, cit., 84 s. e C. PERINI, *Condotte*, cit., 1275, 1278 s., 1282.



dice, e quindi di aumentare le potenzialità deflattive della clausola<sup>92</sup>, a scapito della “somiglianza” funzionale con la pena.

Se quindi, almeno di principio, lo schema estintivo che meglio si concilia con i tratti funzionali tipici della pena è quello dell’art. 35, d.lgs. n. 274/2000, non si devono tuttavia sottacere i problemi e le incoerenze che esso origina. Invero, è stato anzitutto riproposto l’interrogativo circa l’idoneità della sanzione risarcitoria – pur “corretta” dal legislatore nei termini visti – a surrogare il *patis* insito nella pena<sup>93</sup>, sulla qual cosa peraltro si tornerà. Non meno reale sembra la difficoltà di conciliare esigenze come quelle preventive e di riprovazione che non solo sono di difficile definizione ma, ancor più, non risultano neanche di agevole contemperamento, potendo esse esprimere tendenze antinomiche circa l’opportunità di riconoscere o meno il beneficio<sup>94</sup>, e ciò con l’ulteriore rischio, non certo irrealistico, che sia forte per il giudice la tentazione di strumentalizzare il reo alle più immediatamente afferrabili esigenze general preventive<sup>95</sup>. Corale è stata infine la censura mossa a tale paradigma estintivo per la discrezionalità che esso riconosce al magistrato, considerata intollerabilmente ampia e di difficile gestione, viepiù per un giudice non togato<sup>96</sup>: il che ripropone – occorre ribadirlo – il più generale problema di legalità di una sanzione che aspira comunque a “punire” chi ha commesso un reato. Certo, è innegabile che difficoltà commisurative e rinvii ampi all’apprezzamento soggettivo del giudice siano presenti anche nel meccanismo predisposto dagli artt. 132 e 133 c.p.<sup>97</sup>, ma non va dimenticato che, da un lato, quest’ultimo opera pur sempre in presenza di una cornice sanzionatoria di partenza, che peraltro dovrebbe esaurire buona parte della funzione general preven-

<sup>92</sup> La *Relazione* all’originario d.d.l. presentato dal ministro Orlando (A.C. n. 2798 del 23 dicembre 2014, reperibile su [http://documenti.camera.it/\\_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0027570.pdf](http://documenti.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0027570.pdf)) individuava la direttrice fondamentale della riforma, «lungo la quale si sviluppano le proposte di modifica della normativa penale sia sostanziale che processuale», nella «pressante esigenza di recuperare il processo penale ad una durata ragionevole» (p. 1), che l’art. 162-ter c.p. concorrerebbe a soddisfare in quanto «efficace ulteriore sistema di deflazione penale» (p. 3). Per la condivisione di tale *ratio* in seno all’originaria “Commissione Fiorella” del 2012, v. C. PERINI, *Condotte*, cit., 1274 s.

<sup>93</sup> Cfr. R. BARTOLI, *Estinzione*, cit., 390.

<sup>94</sup> Sul punto, v. tra gli altri R. BARTOLI, *Estinzione*, cit., 391; G. MANNOZZI, *La giustizia*, cit., 317 s.; S. CORBETTA, *Art. 35*, cit., 9337.

<sup>95</sup> Paventa il rischio S. CORBETTA, *Art. 35*, cit., 9337. Per la necessità che tale pericolo sia scongiurato riconoscendo preventivamente a tali esigenze un peso residuale, v. F. GIUNTA, *La giurisdizione penale del giudice di pace*, in *St. iuris*, 2001, 403.

<sup>96</sup> Il rilievo è diffuso in dottrina: tra i numerosi, v. G. AMATO, *Così il «ravvedimento operoso»*, cit., 128; R. BARTOLI, *Estinzione*, cit., 391; S. GUERRA, *L’estinzione*, cit., 518 s.; F. GIUNTA, *Un primo bilancio*, cit., 81.

<sup>97</sup> Il rilievo è di G. MANNOZZI, *La giustizia*, cit., 328-319.

tiva della pena<sup>98</sup>, e che, dall'altro, l'art. 133 c.p. comunque elenca i criteri fattuali che il giudice deve considerare nell'operazione dosimetrica, pur colpevolmente omettendo, come noto, l'indicazione di quello funzionale. L'art. 35 citato, invece, tace sui riferimenti commisurativi fattuali<sup>99</sup>, ma abbonda, in un modo che rischia di essere come visto contraddittorio, di quelli funzionali, che non a caso dottrina e giurisprudenza hanno concretizzato in modo più diverso: ad esempio, richiedendo al colpevole del delitto di lesioni colpose la presentazione alla vittima di «scuse personali»<sup>100</sup>, o comunque un (generico) «dippiù (ad es. forme di pubblicità)»<sup>101</sup>; ovvero estendendo il vaglio del giudice all'adozione, da parte dell'imputato, di «comportamenti improntati a lealtà, correttezza e alle regole del "bon ton", in vista della riaffermazione dei valori sociali naturalmente lesi dalla condotta criminosa»<sup>102</sup>, o alla «congruità dello sforzo "auto-educativo" già mostrato, ai fini del ristabilimento della pace sociale turbata dal reato»<sup>103</sup>, o persino alla «"effettiva respiscenza dell'autore del reato"»<sup>104</sup>. E non certo ignorabili sono le ulteriori incoerenze mostrate dalla prassi applicativa, laddove, ad esempio, ritiene l'obbligo risarcitorio del reo surrogabile da un terzo<sup>105</sup>, mentre le richiamate esigenze di «riprovazione» e di «prevenzione» parrebbero invece sottintendere la natura strettamente personale della prestazione<sup>106</sup>, ovvero tende alla potenziale "moltiplicazione" dei danni risarcibili, come parrebbe dimostrare un recente intervento delle Sezioni Unite che ha disconosciuto l'interesse della parte civile ad impugnare la sentenza pronunciata *ex art. 35* citato sul presupposto che essa non precluda a quest'ultima la facoltà di promuovere poi un giudizio civile per la rideterminazione delle restituzioni e del risarcimento del danno stabilite in sede penale<sup>107</sup>.

Tutti i paradigmi risarcitori passati in rassegna mostrano quindi delle criticità una volta inseriti nel circuito penale, a cominciare da quella – per noi assorbente

<sup>98</sup> Sul diverso ruolo che le funzioni della pena svolgono nelle sue fasi comminatoria, di irrogazione ed esecutiva, basti il rinvio a G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 750 s. e C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, III<sup>a</sup> ed., Torino, 2008, 591 s.

<sup>99</sup> Per vero, la citata *Relazione governativa al d.lgs. 274/2000*, spec. 71, si riferisce all'art. 133 c.p.

<sup>100</sup> Cfr. Cass. pen., sez. IV, 18 febbraio 2010, T.I., cit.

<sup>101</sup> V. ad es. Cass. pen., sez. IV, 24 settembre 2008, in *Guida dir.*, 2008, n. 49, 89.

<sup>102</sup> V. Cass. pen., sez. IV, 10 luglio 2008, cit.

<sup>103</sup> Cfr. S. QUATTROCOLO, *Art. 35*, in AA.VV., *Il giudice di pace e il processo penale*, diretto da M. CHIAVARIO, E. MARZADURI, Torino, rist. 2003, 341.

<sup>104</sup> Così, G. ARIOLLI, *Il processo penale del giudice di pace*, Milano, 2009, 440.

<sup>105</sup> V. ad es. Cass. pen., sez. IV, 14 giugno 2017, in *Cass. pen.*, 2018, 871, con nota di D. POTTETI; Id., 11 novembre 2010, in *Riv. pen.*, 2011, 293; Id., 24 settembre 2008, cit. In senso opposto, tuttavia, v. Id., 23 maggio 2014, in *Arch. giur. circ. e sin. str.*, 2015, 546.

<sup>106</sup> Cfr. R. BARTOLI, *Estinzione*, cit., 384 e S. QUATTROCOLO, *Art. 35*, cit., 339.

<sup>107</sup> Cfr. Cass. pen., SS.UU., 23 aprile 2015, cit., spec. 13 s.

– del rispetto del principio di legalità della pena, al quale ogni sanzione che aspiri a sostituirsi funzionalmente alla prima non può che soggiacere: per quanto, infatti, il meccanismo commisurativo costruito dagli artt. 132 e 133 c.p. sia notoriamente giudicato tutt’altro che preciso, esso nondimeno risulta preferibile – quando si tratti di “punire” – a sistemi che sostanzialmente demandano quasi per intero al giudice la determinazione della sanzione che deve pur sempre opporsi ad un reato. Il vero infatti è che, nonostante tutte le sovrastrutture normative erigibili, “riparazione” e “punizione” rimangono categorie logiche diverse, specie nell’apprezzamento emotivo dei consociati: per quanto, ad esempio, risarcimento per equivalente e pena pecuniaria possano materialmente coincidere, ciò che conta, quanto meno nella segnalata prospettiva psicologica, è invero il *titolo* in virtù del quale la sanzione è inflitta. Ecco che una vera deflazione, la quale svolga efficacemente il proprio ruolo senza creare ibridi dannosi alla coerenza del sistema, non può allora che passare dalla rimodulazione normativa in chiave riduzionista dell’area del penalmente rilevante. Invero, se la riparazione del danno si pone come condotta antagonista che effettivamente è in grado di compensare il disvalore espresso da una certa fattispecie criminosa, com’è forse ragionevole ritenere che avvenga nel caso dell’insolvenza fraudolenta, allora non si dovrebbe avvertire alcuna difficoltà a ritenere appropriata quale sanzione del comportamento illecito direttamente la riparazione privatistica dell’offesa o poco più. Se, rispetto ad un altro contesto criminoso, si è davvero convinti che la riparazione del danno, sia essa modulata in chiave tipicamente risarcitoria o più spiccatamente punitiva, possa in qualche modo svolgere – o svolgere per un equivalente accettabile – le funzioni della pena, allo stesso modo non si dovrebbe provare imbarazzo nel decidere di sanzionare quel medesimo fatto con uno strumento diverso dal diritto penale, tanto più che oggi le alternative allo stesso che nondimeno conservino una riconoscibile connotazione punitiva non mancano. Un tale modo di vedere le cose, se da un lato risulterebbe comunque funzionale all’obiettivo di deflazione, dall’altro avrebbe pure il non trascurabile merito di conservare al *residuo* diritto penale quella “faccia tenebrosa” che, sebbene ridimensionata per altre vie, è ancora utile per richiamare l’attenzione dei consociati sul rispetto di pochi ma essenziali valori. Natura inequivocabilmente pubblica e stigma sociale che deriva dalla severità della sanzione che infligge sono necessari alla conservazione dell’intima *ratio essendi* del diritto penale ed alla sua concreta possibilità di svolgere – auspicabilmente in sempre più ristretti casi – la funzione sua propria di estremo e mordace presidio dei beni giuridici.



DANIELE VELO DALBRENTA

SUL PROBLEMA DELL'OBEDIENZA AL DIRITTO (INGIUSTO).  
CONSIDERAZIONI A MARGINE DELLA C.D. FORMULA DI RADBRUCH

SOMMARIO: 1. Obbedire al diritto (ingiusto)? – 2. Una formula 'oscura'. – 3. Le quattro pagine che (non) sconvolsero il mondo. – 4. Dalla formula di Radbruch alla (dis)obbedienza civile.

1. *Obbedire al diritto (ingiusto)?*

Di primo acchito saremmo propensi a ritenere indubitabile che sia *giusto* prestare obbedienza al diritto: esso ha difatti il compito di innalzare l'uomo alla vita sociale, realizzandone appieno la natura in termini di *libertà* (con tutto ciò che questo implica)<sup>1</sup>.

Tuttavia, fin dagli albori della nostra tradizione giuridica non sembra esservi assunto più incerto. E la ragione è semplice: proprio se si rinviene nella libertà il fondamento dell'obbedienza al diritto, non ci si può contentare della circostanza di fatto che il diritto sia *positivo*, e dunque – grossomodo – *legge*: scritto, cioè, da chi detiene il potere politico (*ius in civitate positum*)<sup>2</sup>. Si sarà piuttosto propensi a ritenere che la libertà, e dunque la possibilità stessa della socialità, sia meglio custodita nell'idea di un diritto non scritto, ma in-scritto nella *natura* dell'uomo (siccome riconducibile alla divinità e/o alla razionalità), che possa – se del caso – fungere da *limite* invalicabile al diritto positivo<sup>3</sup>.

Ebbene, questa idea di un diritto cui il potere politico stesso dovrebbe inchinarsi, perché giusto in sommo grado, è fatalmente destinata a riemergere allorché il di-

<sup>1</sup> Sovverrà a molti, è fuor di dubbio, la definizione kantiana di 'diritto' quale «insieme delle condizioni per mezzo delle quali l'arbitrio dell'uno può accordarsi con l'arbitrio di un altro secondo una legge universale di libertà»: v. I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), trad. it., *La metafisica dei costumi*, Laterza, Roma-Bari 1989, Parte I, Introduzione alla Dottrina del diritto, § B, pp. 34-35. Sul paradossale carattere prodromico delle regole – anzitutto di diritto – per la realizzazione della libertà cfr. M. Barberis, *Libertà*, Il Mulino, Bologna 1999.

<sup>2</sup> Sulla polisemia della locuzione 'diritto positivo' cfr. G. Zaccaria (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Giappichelli, Torino 1991. Sugli incerti confini dell'oggettività che comunemente si ascrive al diritto positivo cfr. altresì C. Sarra-D. Velo Dalbrenta (a cura di), *Res iudicata. Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*, Padova University Press, Padova 2013 (ora consultabile in [www.disCrimen.it](http://www.disCrimen.it), sezione "Libri").

<sup>3</sup> Intorno alle origini di questo diritto 'altro' cfr. ad es. A. Sanchez de la Torre, *Los Griegos y el Derecho Natural*, Editorial Tecnos, Madrid 1962.

ritto positivo divenga strumento di oppressione, minacciando proprio quella libertà che dovrebbe invece – per statuto – proteggere. Costituisce così paradigmatica espressione dell'insolubile contrasto che può determinarsi tra diritto-scritto e diritto-non-scritto, e cioè tra diritto positivo e diritto naturale, la vicenda narrata nell'*Antigone* sofoclea, che vede la protagonista immolarsi in difesa del diritto naturale, disattendendo i precetti di quello positivo. Ma altrettanto si potrebbe dire, nel medesimo contesto di discorsi<sup>4</sup>, del *Critone* platonico, ove – per contro – si vede Socrate obbedire al diritto positivo della sua città, che ne ha decretato la morte, proprio perché sarebbe giusto – e dunque naturale – ottemperarvi (piuttosto che contravvenirvi, fuggendo dal carcere).

Fin qui resteremmo però sul piano rarefatto, e in certo modo inattuabile, della finzione mitica ed artistica, o della teoresi filosofica<sup>5</sup>, le quali potrebbero ritenersi scarsamente esplicative allorché si guardi alla (dis)obbedienza al diritto positivo dalla prospettiva dell'effettività dei comportamenti tenuti dalla generalità dei consociati.

Attraverso la c.d. formula di Radbruch, invece, il possibile dissidio tra dettami del potere politico e istanze di valore *parrebbe* invero sottratto alla tradizionale dinamica diritto positivo/diritto naturale, e allo stesso sotteso rapporto tra diritto e morale<sup>6</sup>, per venire ricomposto entro un più articolato concetto di 'obbligo giuridico'.

## 2. Una formula 'oscura'

Assai nota a penalisti e giusfilosofi (c'è una letteratura sterminata a confermarlo), la c.d. formula di Radbruch non risulta peraltro univoca nel portato<sup>7</sup>. Tale formula prevede infatti l'assoggettabilità a pena di individui che – nel commettere certi fatti – abbiano formalmente obbedito al diritto positivo vigente, laddove questo venga dichiarato – a posteriori – 'ingiusto'. Tuttavia, a questo modo si rischia evidentemente di rimettere ogni volta in discussione i presupposti stessi dell'affidamento dei consociati al diritto positivo, consentendo di disconoscerne la validità sulla base di ragioni larvatamente *morali*, come tali mai del tutto obiettabili<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. M. Mancini, *Nomos e Polis fra l'Antigone e il Critone. Momenti del tragico nel mondo antico*, ETS, Pisa 2014.

<sup>5</sup> Si rammenti, in proposito, soprattutto un tentativo di sistemazione: S. Tommaso, *Summa Theologiae*, I<sup>a</sup>, II<sup>ae</sup>, qu. 96, art. 4.

<sup>6</sup> Per il quale si rinvia a G. Pino, *Diritto e morale*, in G. Bongiovanni-G. Pino-C. Roversi (a cura di), *Che cosa è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 3-30.

<sup>7</sup> T. Mertens, *Nazism, Legal Positivism and Radbruch's Thesis on Statutory Injustice*, «Law and Critique», XIV (2003), pp. 277-295.

<sup>8</sup> La riflessione su tale formula s'innesta così in quella sull'eterno ritorno del diritto naturale inaugurata da Landsberg: cfr. E. M. Ambrosetti, *Il rapporto fra legalità e giustizia: l'eterno ritorno*

Decisamente meno oscure si direbbero peraltro le ragioni in base alle quali la formula di Radbruch ha fatto storia, permeando di sé l'operato della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (attraverso l'art. 7, § 2 CEDU) e della Corte Penale Internazionale (in forza dell'art. 33 del suo Statuto), nel contesto di quella strategia giurisdizionale di «superamento del passato attraverso il diritto» – per usare la nota espressione dovuta a Konrad Redeker – radicatasi con i processi di Norimberga e di poi valsa a far fronte a situazioni di diffusa obbedienza ad un diritto positivo ingiusto determinatesi in svariati contesti<sup>9</sup>: dal crollo della Repubblica Democratica Tedesca, che costrinse a confrontarsi con le condotte omicidiarie delle guardie di frontiera (giudicate peraltro in riferimento al diritto vigente nella Repubblica Federale Tedesca – e non al diritto internazionale)<sup>10</sup>, alle violazioni sistematiche dei diritti dell'uomo in paesi quali l'Argentina e la Colombia<sup>11</sup>, a stermini di massa con intenti genocidi, come accaduto nell'ex-Jugoslavia e in Ruanda<sup>12</sup>.

Tutto (ri)cominciò, dunque, a Norimberga, dove si celebrarono, tra il 20 novembre 1945 ed il 1° ottobre 1946, diversi processi intesi a chiudere *giuridicamente* i conti col totalitarismo nazionalsocialista chiamando a rispondere gerarchi, militari, medici, giudici, politici e civili tedeschi vari dell'Olocausto e delle atrocità commesse sotto tale regime, in Germania e nei paesi da questa occupati,

della formula di Radbruch, in Id. (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, Torino 2017, pp. 18-32 e M. Ricciardi, *Ritorno del diritto naturale?*, in A. Campodonico (a cura di), *Tra legge e virtù. La filosofia pratica angloamericana contemporanea*, Il Melangolo, Genova 2004, pp. 159-180.

<sup>9</sup> M. Balboni, *Da Norimberga alla Corte penale internazionale*, in G. Illuminati-L. Stortoni-M. Virgilio (a cura di), *Crimini internazionali fra diritto e giustizia: dai Tribunali internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, Giappichelli, Torino 2000, pp. 1-23; L. Bin, "Formula di Radbruch", principio di irretroattività e lex mitior, «Diritto penale contemporaneo», 9 aprile 2014; R. Borsari, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, CEDAM, Padova 2007; B. Lima, *Dall'idea ottocentesca del Tribunale Federale Universale all'istituzione della Corte penale internazionale*, «Rivista della cooperazione giuridica internazionale», 10/2002, pp. 101-112. Sull'ambiguità e i rischi della nuova giustizia internazionale basata sui diritti umani cfr. però M. Meccarelli-P. Palchetti-C. Sotis (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Universidad Carlos III, Madrid 2014.

<sup>10</sup> G. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Giuffrè, Milano 2002.

<sup>11</sup> E. Fronza-G. Fornasari (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, Università di Trento, Trento 2009.

<sup>12</sup> F. Aragona, *I processi davanti all'International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia e all'International Criminal Tribunal for Rwanda. Profili giuridici, storici e sociologici*, «Gnosis», 2/2014, pp. 51-59; P. Sullo, *Cosa resta di Auschwitz? Il genocidio ruandese e il superamento del passato attraverso il diritto*, in G. Resta-V. Zencovich (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, ESI, Napoli 2012, pp. 209-237.

prestando obbedienza al diritto positivo che ne costituiva piena espressione<sup>13</sup>.

Di contro all'aberrante diritto positivo nazionalsocialista, a Norimberga si ritenne invero infranta una 'legalità' – in ultima analisi – naturale, la cui indefinità attirò comprensibilmente accese critiche, se non altro in considerazione delle gravi responsabilità penali *individuali* che ne venivano fatte discendere.

Non potendo per vero trovare significativi addentellati nel diritto positivo dell'epoca, né nazionale né internazionale (il primo dava adito a cause di giustificazione e scusanti, mentre il secondo non contemplava – propriamente – responsabilità individuali), la 'legalità' applicata trovò supporto positivo unicamente nell'Accordo di Londra, istitutivo del Tribunale internazionale insediato a Norimberga, e siglato in prossimità dei processi, in data 8 agosto 1945<sup>14</sup>.

A tal riguardo va perciò da subito evidenziato, sotto il profilo *formale*<sup>15</sup>, relativo alla giudicabilità degli imputati (e cioè, all'instaurazione stessa dei processi e al loro svolgimento), che il Tribunale internazionale di Norimberga fu istituito, da parte delle potenze vincitrici del conflitto (USA, URSS, Gran Bretagna e Francia), *ad hoc* ed *ex post*, così violando principi a tutt'oggi normalmente sanciti nelle carte fondamentali:

- a) il *principio della precostituzione del giudice per legge*, in base al quale il giudice competente deve risultare individuabile secondo criteri legislativamente predeterminati rispetto all'insorgere della controversia (si pensi agli artt. 25<sup>1</sup> e 102<sup>2</sup> Cost.);
- b) il *principio di terzietà del giudice*, in base al quale si rende necessaria la salvaguardia dei caratteri di autonomia ed indipendenza del giudice rispetto alle parti e agli interessi coinvolti nella controversia (si pensi all'art. 104<sup>1</sup> Cost.).

Inoltre, venendo al profilo *sostanziale*, relativo alla giustiziabilità dei diritti lesi (e cioè alla perseguibilità delle condotte assunte come crimini), va ricordato il significativo scostamento dei processi di Norimberga da principi cardinali quali il principio di *legalità* penale (*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*) e il principio di *non retroattività*, suo corollario<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Cfr. A. Tarantino-R. Rocco (a cura di), *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione*, Giuffrè, Milano 1998. Il clima del processo, e la 'banalità' dei suoi protagonisti, sono ben raccontati nei contributi di Rebecca West raccolti in *A Train of Powder* (1955), trad. it., *Serra con ciclamini. Il processo di Norimberga e la rinascita economica della Germania*, Skira, Milano 2015.

<sup>14</sup> Fortemente critico H. Kelsen, *Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?* (1947), trad. it., *Il processo di Norimberga e il diritto internazionale*, «Nuovi studi politici», 1989, pp. 99-115.

<sup>15</sup> Alle violazioni di principio di cui si dirà subito di seguito, nel testo, andrebbero poi affiancate specifiche criticità tecnico-procedurali direttamente ricavabili dall'atto costitutivo del Tribunale: a) l'impossibilità di recusare i giudici (art. 3); b) la mancanza di limiti alla prova (art. 19); c) la definitività della sentenza (art. 26).

<sup>16</sup> Cfr. S. Sgroi, *Il principio di retroattività e il processo di Norimberga*, «Diritto e questioni pubbliche», 3/2003, pp. 313-329.



Certamente bisogna riconoscere che il principio di legalità, pur venendo a tutt'oggi considerato intangibile, ed essendo per ciò stesso sovente consacrato in disposizioni di legge di rango costituzionale (nel nostro ordinamento gli artt. 25<sup>2</sup>, 101<sup>2</sup> Cost.), costituisce retaggio dello Stato di diritto ottocentesco<sup>17</sup>. E bisogna parimenti riconoscere che il principio di legalità non è mai di per sé valso, né strutturalmente potrà mai valere, a scongiurare derive autoritarie del diritto<sup>18</sup>.

Nondimeno resta indubbio che tale principio costituisce pur sempre un primo baluardo di libertà dirimpetto al potere politico, e che esso venne considerevolmente 'forzato' a Norimberga, ove i capi d'imputazione facevano riferimento a crimini non ben definiti nelle convenzioni internazionali (le quali tra l'altro vincolavano i soli Stati che le avevano sottoscritte – tra i quali non sempre figurava la Germania), di massima sprovvisti di sanzioni, e, nel caso dei crimini contro l'umanità, persino di nuovo conio<sup>19</sup>. Tutto ciò al fine di stabilire una responsabilità penale individuale che, a quel punto, andava coordinata con ipotesi di responsabilità previste dai diritti interni degli Stati mediante fattispecie almeno in parte sovrapponibili.

Il fatto è che i 'crimini' del nazionalsocialismo, eccezionali tra le pur innumerevoli atrocità che già avevano costellato il divenire storico, mettevano impietosamente gli Alleati dinanzi ad un bivio: mandarne assolti i responsabili, data l'inequivocabile liceità di condotte rispondenti al diritto positivo formalmente vigente, o, appunto, condannarli, rinnegando i fondamentali principi consolidatisi nella civiltà giuridica occidentale?<sup>20</sup>.

Insomma, nonostante tutto, davvero una grande 'oscurità' giuridica avvolse i processi di Norimberga, finendo addirittura col confondere le parti. Basti pensare che Mariano Ruiz Funes, giurista di provata fede democratica, si spinse a scrivere che a Norimberga sarebbe trionfata la giustizia poiché venne ivi applicato il

<sup>17</sup> Un'ampia panoramica in *Principio di legalità e diritto penale* (per Mario Sbriccoli), I-II, «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico», 36 (2007). Per quel che riguarda la nostra giurisprudenza costituzionale cfr. invece I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Giuffrè, Milano 2017.

<sup>18</sup> Tant'è vero che nell'ordinamento fascista esso venne previsto all'art. 1 del codice penale Rocco (tuttora vigente nella formulazione originaria): cfr. E. Musumeci, *The Positivist School of Criminology and Italian Fascist Criminal Law: a Squandered Legacy?*, in S. Skinner (a cura di), *Fascism and Criminal Law. History, Theory, Continuity*, Hart Publishing, Oxford – Portland (Oregon) 2015, pp. 35-58. Vorrei poi aggiungere, a questo proposito, che lo stesso divieto di analogia penale è consegnato, nel nostro ordinamento giuridico, all'art. 14 prel., anch'esso di epoca fascista. Sulla labilità del principio in oggetto, accentuatasi, se possibile, in età contemporanea (con la globalizzazione giuridica e la crisi del moderno sistema delle fonti), cfr. G. Pino, *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in questa *Rivista*, 2014, pp. 167-183.

<sup>19</sup> I capi d'imputazione del principale processo di Norimberga erano quattro e vertevano su un piano cospiratorio (1°) per l'esecuzione di crimini contro la pace (2°), di guerra (3°) e contro l'umanità (4°).

<sup>20</sup> È per es. la tesi sostenuta in S. Sgroi, *Il principio di retroattività e il processo di Norimberga*, cit.

criterio sostanzialistico del ‘sano sentimento del popolo’ su cui s’imperviava lo stesso diritto (penale) nazionalsocialista (che ne demandava l’‘interpretazione’ al *Führer*), ma rispetto ad esso antecedente (risaliva all’allora formulazione del § 2 del codice penale del 1871). Come dire: il diritto positivo che aveva sostenuto l’abiezione totalitaria sarebbe venuto a costituire il medesimo strumento attraverso il quale questa poteva venire punita<sup>21</sup>.

Ecco: Gustav Radbruch approntò quella che venne poi riconosciuta come una ‘formula’ proprio per far fronte a tale ‘oscurità’, onde apportare chiarezza là dove non ve n’era (più); ciò che fece evocando, a completamento del concetto di ‘diritto’, una sfuggente dimensione *sovraleale*<sup>22</sup>.

*Obscurum per obscurius?*

### 3. *Le quattro pagine che (non) sconvolsero il mondo*

Quando pubblicò *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, breve contributo ove apparve la formula in discorso<sup>23</sup>, Gustav Radbruch era noto come giurista dal solido retroterra giuspositivistico (tendenzialmente favorevole, pertanto, alla dottrina che riduce il diritto – nel concetto – a diritto positivo), sicché tale scritto, nel quale affermava che il diritto positivo intollerabilmente ingiusto non poteva considerarsi valido, fece pensare ad una repentina quanto decisa «conversione» dell’autore al giusnaturalismo<sup>24</sup>.

In realtà, non solo Radbruch stesso ebbe modo di evidenziare che il diritto sovraleale cui aveva preso a guardare, a seguito di Norimberga, non coincideva affatto con il diritto naturale eterno della tradizione (trattandosi al contrario di un diritto ‘mobile’, attraverso lo spazio e il tempo)<sup>25</sup>, ma parrebbe comunque lecito

<sup>21</sup> Cfr. M. Ruiz Funes, *El Proceso de Nuremberg*, «Criminalia» (México), XII (1946), pp. 438-444, qui p. 441.

<sup>22</sup> D’altronde, egli per primo si dimostrò del tutto consapevole dei rischi insiti nella sua proposta: cfr. G. Radbruch, *Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, «Süddeutsche Juristen-Zeitung», 1947 – Sondernummer, coll. 131-136.

<sup>23</sup> *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, «Süddeutsche Juristen-Zeitung», 5/1946, pp. 105-108, trad. it., *Ingiustizia legale e diritto sovraleale*, in A. G. Conte-P. Di Lucia-L. Ferrajoli-M. Jori (a cura di), *Filosofia del diritto*, Milano 2013, pp. 152-163.

<sup>24</sup> H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, «Harvard Law Review», LXXI (4/1958), pp. 593-629, qui p. 616. Più diffusamente: M. A. Cattaneo, *L’ultima fase del pensiero di Gustav Radbruch: dal relativismo al giusnaturalismo*, «Rivista di filosofia», 50 (1/1959), pp. 61-80. Secondo M. Ricciardi, invece, «[i]l peculiare non positivismo di Radbruch non è [...] una teoria del diritto naturale, ma non è incompatibile con essa» (*Ritorno del diritto naturale?*, cit., p. 177).

<sup>25</sup> G. Radbruch, *Neue Probleme der Rechtswissenschaft*, in Id., *Eine Feuerbach-Gedenkrede sowie drei Aufsätze aus dem wissenschaftlichen Nachlaß*, J. B. C. Mohr, Tübingen 1952, pp. 31-34, qui p. 33.

supporre, anche in tale circostanza, la sua fondamentale preoccupazione di valorizzare la dimensione pratica della scienza giuridica<sup>26</sup>, in continuità col pensiero sviluppato nei precedenti scritti<sup>27</sup>.

Sia come sia, in *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* il giurista di Lubeca non pare lasciar adito a dubbi circa il suo intendere i fatti accaduti sotto il nazionalsocialismo quale esito della malnata connivenza – col potere politico – di un ceto giuridico prostrato dinanzi al diritto positivo a causa dell'adesione acritica alla dottrina giuspositivistica: «Il positivismo [...] con la sua convinzione 'La legge è legge' ha reso la categoria dei giuristi inerme dinanzi a leggi arbitrarie e dal contenuto criminale»<sup>28</sup>.

Questo atto d'accusa nei confronti del positivismo giuridico, o meglio, di un certo approccio al medesimo, emerge del resto dalle prime battute del contributo in oggetto, ove Radbruch appaia l'obbedienza gerarchica dei soldati all'obbedienza che i giuristi tedeschi prestarono al diritto nazionalsocialista, dando ad intendere che quest'ultima risultò ancora più stretta di quella, che incontrava perlomeno il limite dell'ordine che fosse stato impartito con scopi criminali<sup>29</sup>.

Furono dunque ragioni latamente ideologiche – avrebbe senza meno detto Bobbio – quelle che, determinando un senso dell'obbedienza addirittura superiore a quello dei soldati nei confronti dei superiori gerarchici, spinsero i giuristi tedeschi a mostrarsi così ligi nei confronti del diritto nazionalsocialista, che d'altronde si sarebbe dovuto faticare a considerare pienamente valido, se non altro perché scaturito dall'illegittima legge sui pieni poteri (*Ermächtigungsgesetz* del 24 marzo 1933)<sup>30</sup>.

Stabilito questo assunto centrale, che prefigura un ripensamento delle basi stesse del positivismo giuridico, l'argomentazione esposta da Radbruch viene sviluppandosi a partire dalla rassegna di una serie di casi portati all'attenzione dei tribunali tedeschi nell'immediato dopoguerra: il funzionario che con la sua delazione determina la condanna a morte di un commerciante, i collaboratori del boia resisi partecipi di esecuzioni capitali, il soldato disertore che uccide il funzionario da cui era stato sorpreso.

<sup>26</sup> Cfr., da prospettive diverse, G. Carlizzi, *Gustav Radbruch e le origini dell'ermeneutica giuridica contemporanea*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 41 (2/2011), pp. 389-418 e R. Cotterrell, *The Role of the Jurist: Reflections around Radbruch*, «Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law», 26 (4/2013), pp. 510-522.

<sup>27</sup> Per tutti: G. Carlizzi, *I fondamenti giusfilosofici della "Duplice formula di Radbruch"*, «Università degli Studi Suor Orsola Benincasa - Annali», 2016-2018, pp. 51-70.

<sup>28</sup> *Ingiustizia legale e diritto sovraleale*, cit., p. 157 (trad. modificata: v. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, cit., p. 107).

<sup>29</sup> *Ingiustizia legale e diritto sovraleale*, cit., p. 152.

<sup>30</sup> Provvedimento che era stato estorto al *Reichstag* tramite indebite pressioni e scoperte violenze esercitate a danno dei parlamentari dissenzienti al fine di trasferire il potere legislativo al governo. V. *Ingiustizia legale e diritto sovraleale*, cit., p.155.

Naturalmente, non interessa qui approfondire la discussione che Radbruch fa dei singoli casi (benché infine ristretta ai primi due<sup>31</sup>), quanto appunto la formula – meglio, forse, il criterio (*Maßstab*) – che egli ne trasse<sup>32</sup>.

L'argomentazione di Radbruch risulta articolata, e sembra potersi sintetizzare nei seguenti termini<sup>33</sup>.

- I. Afferma Radbruch che il diritto positivo, per il solo fatto di essere tale, realizza un valore: quella *certezza del diritto* che costituisce il punto di equilibrio tra le esigenze dell'*utilità sociale* (*Zweckmäßigkeit des Rechts für das Gemeinwohl*) e della *giustizia* (*Gerechtigkeit*). Per tale ragione, il diritto positivo non potrà venire disatteso neppure qualora risultasse *relativamente* (fisiologicamente?) ingiusto nei contenuti e/o incongruo rispetto agli scopi di utilità sociale che dovrebbe essere chiamato a perseguire.
- II. Peraltro, Radbruch appone immediatamente una riserva alla prima determinazione, affrettandosi ad aggiungere che il diritto positivo potrà – anzi, dovrà – prevalere, perché comunque valido ancorché ingiusto, *solo* a patto che, e fintantoché, l'ingiustizia di cui esso è latore non raggiunga una *misura intollerabile* (*unerträgliches Maß*): a quel punto, infatti, il diritto positivo sarà a tal punto ingiusto da risultare *invalido*, e dovrà perciò cedere dinanzi ad una superiore (sovralegale) istanza di giustizia.
- III. D'altra parte, Radbruch per primo si avvede della difficoltà di tracciare la soglia dell'intollerabilità dell'ingiustizia del diritto positivo, sicché completa la suddetta (seconda parte della) formula asserendo che, in ogni caso, almeno un confine evidente vi sarebbe: laddove il diritto positivo *deliberatamente* negasse quell'*eguaglianza* (formale) che costituisce il nucleo stesso della giustizia, non ci si troverebbe più dinanzi ad un diritto – tollerabilmente o meno – ingiusto, ma insino ad un *non-diritto*<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Il terzo caso sarebbe stato invece 'risolto' dalla retroattività *in bonam partem* stabilita da una legge nel frattempo emanata a riparazione dei torti commessi in applicazione del diritto nazional-socialista (*Ingiustizia legale e diritto sovralegale*, cit., p. 159).

<sup>32</sup> Con una precisazione: Radbruch vi pervenne poiché reputava superato, sul piano dei contenuti 'naturali' vigenti anche al di fuori del diritto positivo, quello che fu considerato il principale problema dei processi di Norimberga: vale a dire, l'applicazione retroattiva di una legge penale sfavorevole. Come si evince da quanto scrive altrove, nel trattare appunto de *Il diritto superiore a quello positivo*: «se anche non proprio queste leggi, pur tuttavia il loro contenuto era valido, quando subentrò quello stato di cose, quando quelle azioni vennero commesse, poiché queste leggi corrispondono nel contenuto a un diritto superlegale, comunque lo si voglia nel particolare indicare, diritto di Dio, diritto di natura, diritto della ragione»: G. Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie* (1947), trad. it., *Propeudeutica alla filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 1959, p. 233, corsivo aggiunto.

<sup>33</sup> A rigore, dovremmo parlare di una duplice formula di Radbruch, che peraltro si sdoppia nella sua seconda parte.

<sup>34</sup> Per meglio dire, alla negazione di ciò che è 'diritto': *Ingiustizia legale e diritto sovralegale*, cit., p. 158. Per tale ragione, sembra preferibile tradurre l'espressione *gesetzliches Unrecht*, di cui al

Ora, seguendo Robert Alexy, dovremmo desumere che la formula di Radbruch – proprio in quanto intenda presentarsi come formula! – non si presti a venire assunta da un punto di vista esterno, teorico, ma attenga ad un punto di vista interno, pratico<sup>35</sup>.

Eppure, proprio all'atto pratico essa avalla un'asimmetria tra chi agisce in base al diritto positivo formalmente vigente e chi *ex post* lo giudica per non aver agito svincolandosi dal medesimo<sup>36</sup>. Dall'un lato, infatti, detta formula sembra sì demandare a *ciascun consociato* la determinazione, nel caso concreto, della soglia di intollerabilità di quanto prescritto dal diritto positivo, ma solo ed unicamente a suo rischio e pericolo: *senza* che, cioè, venga fatto *corrispondere* a quello che si configura come un *dovere* di disubbidienza *ex post* un autentico *diritto* di disubbidienza *ex ante*. Dall'altro lato, però, essa sembra altresì consentire al *giudice* di accedere ad una dimensione sovraleale del diritto non meglio determinata (né – a priori – determinabile), per *giudicare* appunto della (non dis)ubbidienza al diritto positivo da parte dei consociati, *senza* però prospettare alcuna *responsabilità* riguardo al *decisum*.

Insomma, la c.d. formula di Radbruch, sottraendosi alla dicotomia diritto positivo/diritto naturale, parrebbe ristabilire una connessione (debole) tra diritto e morale, consentendo a quest'ultima di delegittimare il diritto positivo in casi estremi<sup>37</sup>, ma in definitiva confonde i piani col sostituire all'arbitrio del Legislatore, che avrebbe prodotto il diritto positivo intollerabilmente ingiusto o addirittura tale solo formalmente, l'arbitrio del giudice, allorquando debba appunto considerarsi legittimato in termini morali. Quando invece, a detta di Hart, la netta distinzione tra diritto (positivo) e morale andrebbe preservata proprio per consentire una critica spregiudicata del diritto (positivo) ingiusto<sup>38</sup>.

titolo del contributo in oggetto, con 'negazione legale del diritto', anziché 'torto legale', 'ingiustizia legale' o 'illecito legale' (così G. Carlizzi, *I fondamenti giusfilosofici della "Duplice formula di Radbruch"*, cit., pp. 55, 69-70).

<sup>35</sup> R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (1992), trad. it., *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino 1997, cap. II.

<sup>36</sup> S. Riccobono, *La difficile disobbedienza* (2002), in Id., *I diritti e lo Stato*, Giappichelli, Torino 2004, pp. 75-92, qui pp. 82-83.

<sup>37</sup> S. Riccobono, *La difficile disobbedienza*, cit., pp. 79-80.

<sup>38</sup> H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, cit., spec. pp. 620-621. Questa tesi, chiaramente diretta a salvare il giuspositivismo messo in crisi da Norimberga (cfr. C. Casini, *Processo di Norimberga e crisi del giuspositivismo*, in A. Tarantino-R. Rocco (a cura di), *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione*, cit., pp. 125-135), andò a sua volta incontro a numerose critiche. E. g., Lon Fuller addivenì alle stesse conclusioni di Radbruch opponendo 'solo' l'intrinseca moralità del diritto: cfr. *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*, «Harvard Law Review», LXXI (4/1958), pp. 630-672 (com'è noto, la polemica fra Hart e Fuller ebbe poi considerevoli strascichi). Carlos Nino ha invece evidenziato, per bocca di un ipotetico giudice, che la violazione del principio di legalità effettuata a Norimberga, su basi morali, andava dichiarata, nella sua eccezionalità, proprio per salvaguardare il principio stesso: cfr. *Introducción al análisis del derecho* (1980), trad. it., *Introduzione all'analisi del diritto*, Giappichelli, Torino 1996, p. 23.

Se poi rivolgiamo l'attenzione al fulcro della formula, quel principio di eguaglianza che – fissando il limite del non-diritto – dovrebbe costituire autentico criterio pratico, ci rendiamo addirittura conto del fatto che essa è sottilmente contraddittoria.

Invero, Radbruch parrebbe *ridurre* il nucleo di giustizia del diritto al principio di eguaglianza (che ha cura di ancorare alla moderna rivendicazione di quei diritti dell'uomo che diventeranno un *totem* del nostro tempo). *Et pour cause*: tale principio gli consente infatti di rendere la giustizia – in certo qual modo – *misurabile*<sup>39</sup>. Muovendo, non a caso, dai fatti dedotti a Norimberga: il riferimento al principio di eguaglianza si direbbe difatti scopertamente ricalcato, *a contrario*, sulle caratteristiche del (non-)diritto nazionalsocialista, inteso a disconoscere cittadinanza, e financo umanità, ad intere categorie di consociati.

Senonché, il principio di eguaglianza, lungi dal procedere dal riconoscimento di un'introvabile eguaglianza 'naturale' (basterebbe qui menzionare il principio degli indiscernibili<sup>40</sup>), si rivela del tutto 'artificiale', potendo funzionare solo previa determinazione del contesto, e cioè delle condizioni *formali* da soddisfare per riconoscere i soggetti come *sostituibili* (così almeno si direbbe una volta ricondotto tale principio ai suoi propri termini, i quali sono appunto quelli della logica formale)<sup>41</sup>. Che è un po' come dire che lo stesso diritto nazionalsocialista riconosceva il principio di eguaglianza, una volta però predeterminate proprie – aberranti – condizioni di appartenenza alla società di eguali che era chiamato a realizzare. Non per nulla si è osservato che il principio di eguaglianza, nella misura in cui mantiene rilevanza assiologica, rappresenta il «valore più compatibile con l'anima formalistica del positivismo giuridico»<sup>42</sup>.

Sarebbe stato allora maggiormente congruo adottare la regola aurea (e cioè il principio di reciprocità), l'affermazione più concisa della libertà individuale<sup>43</sup>, ma questa, appunto, non poteva costituire un criterio oggettivo che consentisse di 'misurare' la (in)giustizia del diritto positivo<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> Così si legge in *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* (1945), trad. ingl., *Five Minutes of Legal Philosophy*, «Oxford Journal of Legal Studies», XXVI (1/2006), pp. 13-15, qui p. 14: «Giustizia significa: giudicare senza riguardo alla persona, per misurare ciascuno in base al medesimo standard». Si veda inoltre S. Riccobono, *La difficile disobbedienza*, cit., pp. 81-82.

<sup>40</sup> G. W. Leibniz, *Prima Veritates* (1686?), trad. it. in *Discorso di metafisica – Verità prime*, Rusconi, Milano 1999, § 4 (p. 217): «nella Natura non possono esistere due cose singolari differenti unicamente per numero».

<sup>41</sup> C. S. Peirce, *Collected Papers*, III, Harvard University Press, Cambridge 1933, §§ 42-44 (pp. 24-26).

<sup>42</sup> S. Riccobono, *La difficile disobbedienza*, cit., p. 81. E d'altronde Radbruch stesso altrove lo riconosce: v. G. Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (1958<sup>9</sup> – ed. postuma), *Introduzione alla scienza del diritto*, Giappichelli, Torino 1961, pp. 85-86.

<sup>43</sup> B. Leoni, *Freedom and the Law* (1961), trad. it., *La libertà e la legge*, Liberilibri, Macerata 2000, p. 17.

<sup>44</sup> Ancora S. Riccobono, *La difficile disobbedienza*, cit., pp. 81-82.

In definitiva, tramite la 'formula' in parola, Radbruch si propose di compiere, in un momento storico cruciale, una 'rivoluzione' in senso proprio e stretto, e cioè di ripiombare quella concezione moderna del diritto che vedeva ormai il proprio tramonto a Norimberga in una disputa sul senso del diritto positivo, e dei suoi limiti, che pareva ormai superata, e che in qualche modo rispecchiava una tensione dialettica congenita più che altro al suo pensiero<sup>45</sup>.

Non si stenta pertanto a comprendere perché Hart non abbia avuto esitazione a parlare di *naïveté* riguardo alla 'diagnosi' di Radbruch<sup>46</sup>, e nemmeno perché Vassalli, che pure cercò di valorizzarne la formula, fornendone una doviziosa quanto equilibrata analisi, abbia comunque parlato, a tal riguardo, di «genericità» se non di «ovvietà», benché controbilanciate da «suggestività»<sup>47</sup>.

Tutto ciò considerato, si è forse tratti a rilevare che l'autentico apporto della c.d. formula di Radbruch consisté nel tentare di preservare, nel discorso sui confini del diritto, un livello intuitivo, auto-evidente<sup>48</sup>. Un livello che, a ben vedere, ci richiama alla sostanza *morale* delle pretese giuridiche valide con il solo consentire di rimarcare eventuali, brusche discontinuità rispetto ad una *tradizione* che proprio dal secondo dopoguerra viene sempre più identificata con un «diritto naturale vigente» fatto di *consuetudini* internazionali progressivamente consolidate<sup>49</sup>.

Insomma, mediante la 'formula' associata al suo nome, Gustav Radbruch si sforzò – coerentemente con la formazione neokantiana – di ricondurre nell'alveo della storia occidentale un cambiamento epocale peraltro ormai in atto: la ricerca di una giustizia superiore, ma non per questo propriamente 'naturale' (essendo considerata in parte significativa già positivizzata o comunque positivizzabile), che si riteneva di non poter (più) demandare al diritto positivo degli Stati nazionali (resi sempre più insicuri – nell'esercizio dei propri poteri coercitivi legali – proprio a causa della nascita, dopo Norimberga, di un vero e proprio sistema di giustizia penale internazionale)<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> Cfr. E. Castrucci, *Rileggendo Radbruch*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XVII (1988), pp. 487-498. Sulle odierne terminazioni del discorso sui limiti del diritto (positivo), di cui la formula di Radbruch sembra costituire paradigma irrinunciabile, cfr. da ultimo *Limiti del diritto* (Atti del XXX Congresso della Società Italiana di Filosofia del Diritto), «Rivista di filosofia del diritto» (Numero speciale), 2017.

<sup>46</sup> H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, cit., pp. 617-618.

<sup>47</sup> G. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, cit., pp. 280-281.

<sup>48</sup> S. Riccobono, *La difficile disobbedienza*, cit., p. 92.

<sup>49</sup> Cfr. G. Vassalli, *Norimberga sessant'anni dopo* (2006), in Id., *Ultimi scritti*, Giuffrè, Milano 2007; per il concetto di «diritto naturale vigente» cfr. invece S. Cotta, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Giuffrè, Milano 1981.

<sup>50</sup> L'idea è quella di una giustizia che «non debba fungere da criterio ordinario di legittimazione del diritto vigente bensì da criterio straordinario di delegittimazione delle prescrizioni arbitrarie» (S. Riccobono, *La difficile disobbedienza*, cit., pp. 79-80). Cfr. inoltre, sulla difficoltà di co-

#### 4. Dalla formula di Radbruch alla (dis)obbedienza civile

I processi di Norimberga non si risolsero in una pura messinscena, come invece era accaduto con alcuni giudizi sommari di poco precedenti (conclusi con esecuzioni – per dir così – annunciate), ma non potevano neppure sfuggire nella loro evidente valenza *politica* (nonostante fosse probabilmente alla sbarra quanto di più atroce concepito e realizzato dagli esseri umani fino ad allora)<sup>51</sup>. Valenza politica che del resto non si evincerebbe solo dall'aver escluso qualsiasi giurisdizione del Tribunale internazionale sui crimini commessi dagli Alleati (il bombardamento di Dresda, le fosse di Katyn, lo stesso ricorso all'atomica etc.)<sup>52</sup>, ma altresì dal totale dispregio per le persone dei condannati, trattati anch'essi alla stregua di non-più-persone: si consideri la comminatoria di pene contrarie al senso di umanità, quali le pene capitali, ma anche le relative esecuzioni, alquanto "imperfette" nelle modalità (e dunque arrecanti ulteriori sofferenze ai condannati)<sup>53</sup>.

Constatandovi la *débaçle* del diritto, l'illustre penalista spagnolo Luis Jiménez de Asúa, forte dei suoi convincimenti democratici (socialisti), arrivò perfino a sostenere che a Norimberga sarebbe stato meglio 'risolvere' il problema come fecero gli italiani con Mussolini<sup>54</sup>.

Ora, proprio in questa notte indifferenziata in cui il diritto sfuma nella violenza, e la violenza nel diritto, c'è conclusivamente da chiedersi se, all'intutto, la formula di Radbruch valga o meno ad apportare elementi di migliore comprensione del *senso* dell'obbligo di obbedire al diritto positivo, nonostante l'«indeterminatezza» che ne costituisce in tutta evidenza il punto debole<sup>55</sup>.

In realtà, come già si diceva sopra (§ 3)<sup>56</sup>, la formula di Radbruch si rivolge in

struzione di un sistema di giustizia penale internazionale, A. Garapon, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner* (2002), trad. it., *Crimini che non si possono né punire né perdonare*, il Mulino, Bologna 2004.

<sup>51</sup> Si veda M. Cattaruzza-I. Deák, *Il processo di Norimberga tra storia e giustizia*, UTET, Torino 2006, p. 28. Su Norimberga quale modello di una "giustizia" dei vincitori, di matrice appunto politica, cfr. D. Zolo, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Laterza, Roma-Bari 2006.

<sup>52</sup> Anche visto e considerato che, nello specifico dei processi di Norimberga, l'Accordo di Londra – agli artt. 1, 6-8 – escludeva precisamente la possibilità di appellarsi al *tu quoque*, oltre che all'obbedienza gerarchica.

<sup>53</sup> Quando proprio un giurista vicino al nazionalsocialismo, Carl Schmitt, aveva a suo tempo messo in guardia circa il rischio di schierarsi dalla parte dell'umanità (ciò che indurrebbe a disumanizzare l'avversario in quanto tale): si veda *Begriff des Politischen* (1932<sup>3</sup>), trad. it., *Il concetto di 'politico'*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, Il Mulino, Bologna 1972, pp. 101-165, qui p. 139.

<sup>54</sup> Vedasi L. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, II, Losada, Buenos Aires 1950, pp. 1041-1042.

<sup>55</sup> G. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, cit., p. 290.

<sup>56</sup> E comunemente si riconosce: cfr. B. H. Bix, *Radbruch's Formula and Conceptual Analysis*, «The American Journal of Jurisprudence», XL (2011), pp. 45-57.



definitiva al giudice, abbandonando – in un certo senso – i consociati di fronte a quelle scelte aleatorie di condotta che rendono più che mai dilemmatico, in tempe-rie eccezionali, affidarsi al diritto (positivo)<sup>57</sup>. Le medesime scelte che, in seguito, verranno spesso giustificate in via controfattuale (obbedienza come male minore, frutto di costrizione, etc.), ipotizzando cosa sarebbe verosimilmente successo, in termini di conseguenze sanzionatorie, se non si fosse ubbidito al diritto positivo<sup>58</sup>.

Tuttavia, a ben discernere, proprio con l'eludere il nòciolo del problema, contrapponendo l'individualità del giudice a quella dell'imputato (e cioè riproponendo un rapporto di forza!), la formula di Radbruch ci mostra appieno la sostanza *morale* del fenomeno giuridico: essa evidenzia infatti come, al di là del (credere di) seguire o meno specifiche regole giuridiche (qualunque cosa ciò significhi dopo Wittgenstein), in definitiva si segue sempre un *ordinamento sociale*. Sicché, le regole in esso vigenti sotto forma di diritto positivo saranno avvertite come *valide*, e per ciò stesso *obbligatorie*, da ciascun individuo, in virtù del suo senso di appartenenza – tutto interiore – alla società i cui *valori* si esprimono in quell'ordinamento giuridico<sup>59</sup>.

La 'formula' di Radbruch si direbbe così diretta ad esplicitare l'eccezionale obbligatorietà che può assumere una regola di condotta considerata valida, ancorché contrastante con il diritto positivo, appunto quale espressione di appartenenza ad un ordinamento *sociale* 'superiore'<sup>60</sup>.

E, per converso, il richiamarsi da parte di un consociato ad un ordinamento *sociale* 'superiore' quale (migliore) espressione di sé, nel necessario rapportarsi agli altri, costituirà *concreto* disconoscimento, *in parte qua*, del diritto positivo vigente in uno col potere politico su cui si sostiene l'ordinamento giuridico quale ordinamento (più?) effettivo<sup>61</sup>.

In tal guisa, per dirla con Simmel, «non siamo solo responsabili per il fatto che

<sup>57</sup> Cfr. C. Sarra, *Il diritto e il dilemma. Il modello giuridico di fronte alla scelta tragica*, in F. Zanuso-S. Fuselli (a cura di), *Il lascito di Atena. Funzioni, strumenti ed esiti della controversia giuridica*, FrancoAngeli, Milano 2011, pp. 13-37.

<sup>58</sup> Cfr. J. Elster, *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective* (2004), trad. it., *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, Il Mulino, Bologna 2008, pp. 200-231.

<sup>59</sup> Cfr. S. Berteau-G. Pavlakos (eds.), *New Essays on the Normativity of Law*, Hart Publishing, Oxford – Portland (OR) 2011, C. Sarra, *Il diritto e il dilemma. Il modello giuridico di fronte alla scelta tragica*, cit., spec. pp. 26-29, F. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano 1990, spec. cap. VII.

<sup>60</sup> Cfr. anche G. Caruso, *Simbolicità e legalità nel Processo di Norimberga. Ancora a proposito della c.d. formula di Radbruch*, «L'Ircocervo», 2016, pp. 64-78.

<sup>61</sup> «Potere corrisponde alla capacità umana non solo di agire, ma di agire di concerto. Il potere non è mai proprietà di un individuo; appartiene a un gruppo e continua a esistere finché il gruppo rimane unito. Quando diciamo che qualcuno è 'al potere', in effetti ci riferiamo al fatto che è stato messo al potere da un certo numero di persone per agire in loro nome»: v. H. Arendt, *On Violence* (1969), trad. it., *Sulla violenza*, Guanda, Parma 2013, p. 47 (secondo corsivo aggiunto).

obbediamo o meno ad una legge vigente, ma già per il fatto che questa legge vale per noi»<sup>62</sup>.

Quindi: la stessa (possibilità di) *coercizione*, avendo a che vedere con l'imposizione del diritto positivo, che costituisce espressione di una forza fisica, e non con l'obbligatorietà del medesimo, che costituisce invece espressione di una forza morale che si traduce in osservanza<sup>63</sup>, si lega indissolubilmente al tema dell'*autorità* e della sua *legittimazione*<sup>64</sup>. Posto che, come insegna Étienne de La Bóetie nel suo celebre discorso sulla servitù volontaria, non v'è ordinamento che si possa reggere sulla pura forza: si dà infatti uno 'zoccolo duro' di obbligatorietà che non è frutto di coercizione, e dunque di mera 'applicazione' del diritto positivo<sup>65</sup>.

Ecco allora che, al limite, per i consociati, individui e gruppi, ogni (dis)obbedienza al diritto positivo potrebbe dirsi (dis)obbedienza civile, laddove si intrecci al senso stesso del vivere, in quanto individuale e sociale ad un tempo<sup>66</sup>, di contro ad un'attitudine *criminale* più o meno organizzata. Non per niente, *ex art.* 9 dell'Accordo di Londra, a Norimberga le responsabilità individuali si colorarono, per così dire, di socialità, in forza del potere del Tribunale penale internazionale di dichiarare esponenti di una organizzazione criminale individui appartenenti a gruppi od organizzazioni<sup>67</sup>.

Dalla formula di Radbruch siamo così passati al problema classico della *societas sceleris*, che può dilatarsi fino a coincidere con interi ordinamenti criminali, come appunto quello nazionalsocialista tedesco (sullo sfondo la questione della tirannia, cara in special modo a tanta trattatistica medievale).

Detti ordinamenti possono ben costituire espressione di una devianza criminale già provvista di un qualche livello di organizzazione (quale, tipicamente, almeno partire dal XIX secolo, la forma partitica), ma comunque si costituiscono e prosperano socialmente perché suppliscono ad un'esigenza di ordine, nel mondo umano, che è relativa allo stato di disordine dell'esperienza cui si propongono di ovviare –

<sup>62</sup> G. Simmel, *Das individuelle Gesetz. Ein Versuch über das Prinzip der Ethik* (1913), trad. it., *La legge individuale. Un saggio sul principio dell'etica*, in Id., *La legge individuale e altri saggi*, Pratiche Editrice, Parma 1995, pp. 75-134, qui p. 131.

<sup>63</sup> P. Grossi, *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 253-255 e passim.

<sup>64</sup> Cfr. O. Höffe, *Den Staat braucht selbst ein Volk von Teufeln* (1988), trad. it., *Persino un popolo di diavoli ha bisogno dello Stato*, Giappichelli, Torino 1993, A. Schiavello, *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista e i suoi limiti*, ETS, Pisa 2010.

<sup>65</sup> Si veda anche A. Ross, *On Law and Justice* (1958), trad. it., *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino 2001, p. 55. *Contra*, rispetto alla tesi sostenuta nel testo, F. Schauer, *The Force of Law* (2015), trad. it., *La forza del diritto*, Mimesis, Milano-Udine 2016.

<sup>66</sup> Cfr. ad es. T. Serra, *La disobbedienza civile. Una risposta alla crisi della democrazia?*, Giappichelli, Torino 2002<sup>2</sup>.

<sup>67</sup> Cfr. comunque H. Arendt, *Civil Disobedience* (1970), trad. it., *La disobbedienza civile*, in P. Portinaro (a cura di), *Stato*, Laterza, Roma-Bari 2004, pp. 157-169.

nel permanere della possibilità di nuovi ordini – in termini di ‘giustizia’<sup>68</sup>.

E tuttavia, anche in tali casi, la giustizia si manifesta come forza di continuo all’opera nel ‘costringere’ gli individui che sono in rapporto tra loro a non esercitarsi violenza l’un l’altro: persino nell’associarsi al fine di compiere atti di sopraffazione e violenza.

In molti ricorderanno un passo contenuto nella *Repubblica*, in cui Platone evidenzia il manifestarsi, a livello relazionale, di un ordine armonico di giustizia anche nella banda di predoni: per continuare a depredare nella maniera più efficace, debbono essere ‘giusti’ perlomeno nei loro rapporti interni<sup>69</sup>. Secoli dopo, in maniera non molto dissimile, S. Agostino tornerà su questo stesso tema in un luogo non meno conosciuto del *De Civitate Dei*, constatando che, *prima facie*, l’ordinamento criminale può risultare indistinguibile da quello legittimo<sup>70</sup>, e così conferendo all’argomento una “torsione” scettica.

Queste tesi classiche sulla giustizia degli ordinamenti sembrano essere state recentemente riprese da Robert Alexy, il quale, dopo aver escluso che la formula di Radbruch possa valere da un punto di vista esterno all’ordinamento giuridico, evidenzia che l’ordinamento legittimo si differenzia da quello criminale per gradi cui corrispondono – anche – differenti livelli di positività del diritto<sup>71</sup>.

Senza accreditare la tesi estrema della derivazione banditesca degli ordinamenti giuridici<sup>72</sup>, potremmo peraltro sostenere che essi vengono formandosi su regolarità sociali rozze, per poi via via razionalizzarsi e, superata una certa soglia evolutiva, (auto)definirsi ‘giuridici’<sup>73</sup>, attesa la legittimazione ottenuta sul campo<sup>74</sup>. È solo allora che il potere politico che li sostiene si converte in autorità, strutturando un universo sufficientemente definito di regole, anche di diritto po-

<sup>68</sup> V. Frosini, *Ordine e disordine nel diritto*, Guida, Napoli 1979, pp. 20-21, 32-34.

<sup>69</sup> Plat., *Rep.*, I, 23.

<sup>70</sup> Sant’Agostino, *De Civ. Dei*, IV, 4.

<sup>71</sup> L’ordinamento *insensato*, caratterizzato dalla estemporaneità, mutevolezza, contraddittorietà delle regole ‘giuridiche’ (sostanzialmente corrispondenti a comandi dei dominati cui i dominanti ubbidiscono per timore della violenza); l’ordinamento *banditesco*, che presuppone un minimo di organizzazione interna, e quindi un sistema di regole ‘giuridiche’ destinate agli stessi dominati (che peraltro non fondano dei veri e propri diritti in capo agli stessi); l’ordinamento dei *dominanti*, nel quale si persegue pur sempre lo sfruttamento dei sottoposti, ma attraverso «una pratica disciplinata da regole», la quale dà origine a nuove regolarità sociali che ormai consentono unicamente soprusi vincolati a certe forme: tale «passaggio evolutivo» porrà le basi di legittimazione che consentiranno alla pratica imposta, ma regolamentata di sfumare in un ordinamento giuridico in senso proprio. Cfr. R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit., pp. 29-33.

<sup>72</sup> Così, all’incirca, M. Huemer, *The Problem of the Political Authority* (2013), trad. it. *Il problema dell’autorità politica*, Liberilibri, Macerata 2015.

<sup>73</sup> R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit., p. 32.

<sup>74</sup> Circa l’effettività del diritto, siccome rapportata alle regolarità sociali, fanno da sfondo, qui, le considerazioni contenute in L. M. Friedman, *The Legal System. A Social Science Perspective* (1975), trad. it., *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, il Mulino, Bologna 1978, capp. IV-V.

sitivo, con un correlativo apparato di elaborazione, applicazione e controllo che concorra a definire nei consociati uno specifico senso di appartenenza.

Del resto, guardando alla storia, rinveniamo esempi eclatanti di ‘futuri alternativi’ non meno che di trasformazioni ordinamentali (divenute) pressoché impercettibili.

Un esempio del primo tipo potrebbe essere costituito dalle società piratesche del XVII secolo, all’epoca consolidatesi su basi ordinamentali per certi versi anche più solide degli Stati nazionali. In effetti, rispetto alla marina mercantile ‘ordinaria’, gli uomini di mare che partecipavano ad una spedizione predatoria sapevano di poter fare assegnamento su una rigorosa ‘costituzionalizzazione’ della stessa, per non dire poi dell’elezione democratica del capitano, della tutela dei diritti – diremmo – fondamentali, della cassa comune di cui si disponeva, degli stessi benefici previdenziali comunque assicurati<sup>75</sup>.

Un esempio del secondo tipo ci tocca assai più da vicino: si tratta dell’annessione del Regno delle Due Sicilie al Regno d’Italia, che il Piemonte ottenne in spregio al diritto internazionale, senza neppure dichiarare guerra, ma semplicemente invadendo uno Stato che era pacifico, e sterminandone poi i prigionieri (che, esposti a condizioni di vita di disumane, morirono tutti di stenti nel giro di qualche mese): tant’è vero che, a causa tale operazione (considerata a tutti gli effetti di brigantaggio), gli Stati europei dell’epoca durarono a riconoscere il Regno d’Italia (quale Stato nazionale che vi subentrò)<sup>76</sup>.

Pertanto, al termine del nostro itinerario si staglia una questione ancor sempre ineludibile: è solo dal riconoscimento di un ordinamento sociale che può discendere, per la generalità dei consociati, l’obbligatorietà del diritto positivo che lo mette ‘in forma’, ma questa può peraltro rilucere solo come *morale* (ciò che obbliga, obbliga sempre *in interiore homine*). In correlazione a questo, anche tralasciando i problemi di conoscenza del diritto positivo (strutturali, non meramente empirici), resta il *fatto* che là dove esso non può arrivare con la (minaccia della) coercizione, là deve – inevitabilmente – rimettersi al senso morale dei consociati<sup>77</sup>.

Quindi, la questione dell’obbligatorietà del diritto positivo risulta indecidibile *ab extra*, in base alla formula di Radbruch<sup>78</sup>, della quale, tuttavia, la stessa valenza

<sup>75</sup> Cfr. P. T. Leeson, *The Invisible Hook. The Hidden Economics of Pirates*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey) – Oxford 2009.

<sup>76</sup> Cfr. E. Galli della Loggia, *Alcuni sgradevoli dati di fatto storici*, in V. Ferrari (a cura di), *Filosofia giuridica della guerra e della pace*, FrancoAngeli, Milano 2008, pp. 515-520.

<sup>77</sup> Cfr. anche G. Radbruch, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, cit., cap. IV.

<sup>78</sup> Come già cennato (*supra*, § 3.), anche R. Alexy vincola tale formula ad un punto di vista interno all’ordinamento giuridico: cfr. *Concetto e validità del diritto*, cit., cap. II. In questo torno di pensieri Ulfrid Neumann opportunamente rimarca come la questione sia di prospettiva: dalla nostra prospettiva, esterna (oltre che lontana nel tempo), non avrebbe senso, dice, asserire – sul piano teorico – l’invalidità e/o la non obbligatorietà del diritto antico che sanciva la schiavitù: v. *Ralf*

pratica *interna* ci appare oggi sotto una differente luce: è come se essa fosse stata tarata sull'eccezionalità della c.d. giustizia di transizione<sup>79</sup>, e sin qui considerata (labile) copertura argomentativa atta a dissimulare il reale contenuto *morale* di decisioni adottate da individui che si riconoscevano in un *nuovo* ordinamento sociale e si trovavano *di fatto* investiti di poteri decisionali in grado di revocare in dubbio il diritto positivo su cui si sorreggeva il precedente ordinamento sociale<sup>80</sup>.

Indubbiamente, su decisioni giurisdizionali equiparabili a quelle rese in circostanze 'storiche', la formula di Radbruch può forse continuare ad esercitare un qualche peso, perlomeno a livello *simbolico* (quale via d'uscita dalle inconseguenze del giuspositivismo ideologico)<sup>81</sup>. Soprattutto, però, nell'evidenziare il fondo *morale* delle decisioni 'giurisdizionali' di transizione, essa ci può ricondurre alla questione decisiva – almeno per il pensiero liberale<sup>82</sup> – del controllo del potere politico da parte della società, evidenziando l'inadeguatezza dello Stato a farsi pienamente carico dell'uno e dell'altra, sia pure col diritto positivo<sup>83</sup>.

Dreiers Radbruch, in R. Alexy (hrsg.), *Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005, pp. 141-157, qui p. 156.

<sup>79</sup> R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit., p. 57.

<sup>80</sup> Sulla giustizia di transizione cfr. J. Elster, *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, cit. Tale contributo non difende peraltro una tesi specifica (p. 12), ma si si propone di «descrivere e spiegare le differenze con cui, dopo la transizione a un nuovo sistema politico, le diverse società chiudono i conti aperti col passato» (p. 9), «[l]a giustizia di transizione [essendo nel suo complesso] costituita dall'insieme dei procedimenti giudiziari, delle epurazioni e dei risarcimenti cui si procede dopo la transizione da un sistema politico a un altro» (p. 17).

<sup>81</sup> Cfr. M. Pavčnik, *The Symbolic Meaning of Radbruch's Formula – Statutory (Non-)Law and the Argument of Non-Law*, in *ISSA Proceedings*, Sic Sat/International Center for the Study of Argumentation, Amsterdam 2014, pp. 1108-1117.

<sup>82</sup> Pur nelle sue innumerevoli declinazioni: cfr. ad es. R. Cubeddu, *Atlante del liberalismo*, Ideazione, Roma 1997.

<sup>83</sup> Cfr. ad es. C. Lottieri-D. Velo Dalbrenta (a cura di), *Libertates. Stato, politica e diritto alla prova delle libertà individuali*, IBLLibri, Torino 2014.



**Il punto su...**  
*L'irrequieto presente e l'incerto futuro  
della prescrizione*





FAUSTO GIUNTA

LA PRESCRIZIONE DEL REATO:  
OSSIA LA CAUSA ESTINTIVA CHE VISSE DUE VOLTE <sup>(\*)</sup>

1. Se si volesse dare un titolo alla lunga storia della prescrizione penale, mi sentirei di proporre – parafrasando la versione italiana del celebre capolavoro cinematografico di Alfred Hitchcock – “*La causa estintiva che visse due volte*”, al fine di sottolineare la radicale diversità delle vite vissute da questo istituto.

L’attenzione di noi tutti si catalizza – com’è normale che sia per chi vive nell’attualità – sulla storia recente della prescrizione, sulla sua seconda vita, più breve della prima, ma in compenso più vivace e contrastata, scandita dalle riforme legislative subite e da quelle annunciate, entrambe capaci di alimentare un dibattito sovente polemico, che non ha coinvolto soltanto gli addetti ai lavori, ma larga parte delle élite culturali del nostro paese e dell’opinione pubblica *tout court*.

A partire dagli anni '90 del secolo scorso, da quando la domanda di giustizia è cresciuta per effetto di Tangentopoli, e il sovraccarico giudiziario non ha più potuto contare sulla valvola di sfogo delle amnistie periodiche, di fatto precluse dalla maggioranza qualificata richiesta dal riformato art. 79 Cost., la prescrizione è uscita dal cono d’ombra di una vita anonima e ha assunto una centralità funzionale e simbolica assoluta. Nell’arco di qualche anno la prescrizione, da istituto poco studiato e poco applicato, qual era, perché fagocitato dall’operatività dell’amnistia, è diventata un’autentica protagonista del mondo della giustizia, e ha sprigionato un’attitudine divisiva insospettata, ben più intensa di quella espressa da altri istituti penalistici che periodicamente occupano la scena e fomentano contrapposte visioni politico-criminali, come, ad esempio, la legittima difesa, la recidiva, il concorso esterno nell’associazione mafiosa, la normativa premiale per il concorrente dissociato, ecc. La prescrizione – non è un’esagerazione – ha spaccato il mondo penalistico in due fazioni: per l’una, sia tratta di una garanzia personalistica irrinunciabile, il cui mantenimento merita una battaglia di civiltà giuridica; per l’altra, rappresenta il male assoluto, l’emblema della giustizia denegata e fallimentare.

<sup>(\*)</sup> Il contributo è già stato pubblicato in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, a cura di G. Conte e S. Landini, vol. I, Mantova, 2017, pp. 233-238.

Eppure, le cose non stavano così in origine, posto che l'istituto, seppure dibattuto sul piano della sua giustificazione teorica, era comunemente accettato.

Valgano due brevi citazioni. La prima: "*L'implacabile volontà di punire, se può concepirsi come un fatto di psicologia individuale inferiore, non è immaginabile quale fatto di psicologia collettiva, rispetto ad azioni individuali, come i reati, presso popoli civili, e quando il tempo ha alterato le condizioni in cui normalmente viene esercitato il potere punitivo pubblico*". La seconda citazione: "*Il rigido principio di attuazione della giustizia, per cui al delitto dovrebbe seguire, in ogni caso, la pena, non tollererebbe idealmente ostacolo o deroga alcuna: tanto meno quello che si concreta nel solo decorso del tempo. Tuttavia io non ho creduto di accedere ad una concezione così rigida. Sarebbe andar contro una legge inesorabile di natura disconoscere tale azione corroditrice del tempo; o anche considerare il rapporto giuridico penale fra quelli, in verità rari, che l'ordinamento sottrae all'influenza estintiva del tempo. Data la natura squisitamente pubblicistica di tale rapporto, il problema consiste nel non eccedere nella valutazione di questo elemento naturale e nel non largheggiare nell'ammissione di questa causa di estinzione*".

Gli autori dei passaggi citati, all'evidenza espressivi di una visione moderata ed equilibrata del rapporto tra la punibilità e il trascorrere del tempo, non sono due recenti epigoni di un garantismo ipocrita e "peloso", ma due importanti artefici del codice penale del 1930, rispettivamente: Vincenzo Manzini, autorevole giurista di regime; e Alfredo Rocco, all'epoca Guardasigilli. Possibile che la dottrina coeva al varo del codice penale del 1930, certamente incline a una visione severa e autoritaria dello *jus puniendi*, fosse meno intransigente degli odierni nemici della prescrizione?

Che le disfunzioni della giustizia penale non dipendano dalla prescrizione è dimostrato da una semplice constatazione. La disciplina della prescrizione ha subito nel tempo, ora per via legislativa, ora ad opera di una giurisprudenza pretoria, una costante evoluzione in senso sfavorevole al reo. Basti pensare alla riforma del 2005 (la c.d. *ex Cirielli*), che, erroneamente considerata espressione di lassismo punitivo, allungava per lo più i termini di prescrizione, collegando arditamente l'operatività di questo istituto a quello della recidiva, la cui *ratio* repressiva è incontestata e incontestabile. Ma non è tutto: si considerino la crescita numerica e l'estensione interpretativa (ovviamente *in malm partem*) delle cause di sospensione della prescrizione, l'elevazione parossistica dei massimi edittali come escamotage legislativo per allontanare ulteriormente il termine prescrizionale, le forzature giurisprudenziali in materia di consumazione del reato (fino all'estremo di considerare permanenti taluni reati formali, sovente contravvenzionali, al chiaro fine di differire il termine di decorrenza della prescrizione). E ancora: come trascurare la lettura *praeter legem* della categoria dell'inammissibilità dell'impugnazione, allo scopo di farne discendere effetti impeditivi della prescrizione formalmente

già maturata? Per non dire del recente progetto di riforma Orlando, che prevede, tra l'altro, ulteriori cause sospensive connesse alla sopravvenienza della condanna, su cui si tornerà in chiusura: una sorta di limbo temporale per quegli imputati nei cui confronti la presunzione di non colpevolezza comincia a vacillare.

Ebbene, deve far riflettere che a fronte di una disciplina viepiù severa della prescrizione, si continui a lamentare il protagonismo operativo dell'istituto, là dove in passato, quando la sua disciplina era assai più mite, l'esistenza della prescrizione non ostacolava la funzionalità del sistema punitivo, né favoriva la mortalità prematura del processo.

A ben vedere la prescrizione non costituisce il problema, ma segna il punto del circuito repressivo dove affiorano e si disvelano talune gravi inadeguatezze, di natura sistemica e generale, che affliggono da tempo la nostra giustizia penale.

2. Come noto, per chi muove dalle (risalenti e oramai per lo più abbandonate) concezioni retributive della pena, risulta difficile giustificare l'operatività della prescrizione. Nella metafisica dei disvalori, la gravità di un fatto e la colpevolezza del suo autore non sbiadiscono per il semplice decorso del tempo. L'illiceità rimane, a meno che non muti il parametro di giudizio e non intervenga una rivalutazione del fatto di reato, nel senso della sua abrogazione; nel qual caso il sopraggiungere della non punibilità non è effetto del decorso del tempo nel diritto penale, ma è un fenomeno che attiene al diverso capitolo dell'intertemporalità, ossia alla tematica del mutamento del diritto penale nel tempo.

La prescrizione – e più in generale le deroghe alla punibilità in concreto – sono espressione, infatti, di una concezione secolarizzata del diritto penale, che cala la dinamica della punizione nella storia sociale e assume la prevenzione dei reati come compito primario della giustizia penale. Fatti troppo lontani nel tempo perdono la forza evocativa necessaria alla riaffermazione del divieto, secondo la logica della c.d. prevenzione-integrazione.

Vi è largo accordo nel riconoscere che la prescrizione attui il principio, si può dire generale, del *tempori cedere*. E non meraviglia che meccanismi estintivi, vicini al modello della nostra prescrizione o ad essa equivalenti negli effetti, siano presenti nella gran parte dei sistemi penali contemporanei.

Per converso, non esiste un'ontologia in grado di guidare la disciplina positiva della prescrizione, la quale è piuttosto il campo delle variabili storiche e comparatistiche. L'operatività concreta della prescrizione dipende in modo decisivo dalla normativa processuale, con la quale essa si interseca in modo trasversale. Per esempio, anche altri sistemi (tra cui quello delineato dai §§ 78b e 78c StGB) prevedono, distinguendole, ipotesi di sospensione e interruzione della prescrizione; diversi, però, sono tanto i casi di sospensione e interruzione, quanto i loro effetti.

Si potrebbe continuare, osservando che negli ordinamenti imperniati sul principio della discrezionalità dell'azione penale, la scelta se attivare o meno la tutela repressiva può dipendere anche dalla risonanza sociale del fatto di reato o all'opposto dalla sua lontananza nel tempo; con la conseguenza che l'istanza del *tempori cedere* perde di autonomia, perché viene assorbita nella valutazione, in termini di opportunità, del bisogno sociale di pena, affidata al pubblico ministero. Per questa ragione, nel campo della prescrizione, la comparazione con sistemi stranieri può risultare fuorviante quando si concentra su profili normativi troppo specifici: è difficile isolare singoli segmenti di disciplina e valutarli a prescindere da una visione olistica dei contesti. In questa materia la comparazione maggiormente proficua è quella che valorizza le funzioni svolte dal sistema, più che la corrispondenza della loro traduzione normativa.

Anche per quel che concerne la nostra esperienza legislativa recente, l'operatività della prescrizione non va isolata dai cardini strutturali del sistema repressivo nel suo complesso. Come cercherò di argomentare, infatti, la prescrizione è fuoriuscita dal suo alveo funzionale dichiarato. Per cogliere la portata di questa trasformazione bisogna abbandonare il diritto penale libresco e concentrarsi su quello vivente, che ci consegna un presente più difficile da comprendere del passato, perché il sistema si è evoluto troppo più velocemente delle categorie utilizzate per descriverlo.

3. Sebbene la prescrizione non abbia affatto smarrito l'originaria *ratio* sostanziale legata al *tempori cedere*, negli ultimi anni l'istituto ha finito per perseguire, in modo surrettizio e prioritario, altri due obiettivi. Il riferimento è, da un lato, alla durata ragionevole del processo, dall'altro, al contenimento del sovraccarico giudiziario attraverso la selezione, ad opera del pubblico ministero, dei fatti bisognosi di pena. Si tratta di due autentiche patologie del sistema, con le quali *bon gré mal gré* la prescrizione interferisce.

Per quanto riguarda la durata ragionevole del processo penale, non è certo la prescrizione lo strumento per perseguirla. È ben vero il contrario: la prescrizione presuppone che l'ordinamento assicuri in altro modo, e per così dire "a monte", la ragionevole durata del processo. Nella fisiologia del sistema, infatti, il tempo necessario per la prescrizione sopravanza quello della durata ragionevole del processo, la quale, secondo la giurisprudenza CEDU e la legge Pinto, non può eccedere mediamente il tetto di sei anni. Non solo: il decorso della prescrizione durante lo svolgimento del processo è temperato dalle cause di sospensione previste dall'art. 159 c.p. Quest'ultima disposizione muove dall'idea che il tempo prescrizione debba essere abbondantemente sufficiente a celebrare il processo, tanto è vero che le cause di sospensione, ossia le eventuali parentesi di stasi del processo,

si sommano senza limiti e si considerano come tempo processuale non trascorso, ossia tempo “fermo” non contemplato dal legislatore nella valutazione presuntiva della durata ordinaria del processo. Le ipotesi di sospensione rispondono, dunque, all’esigenza di ricalcolare e aggiornare il tempo della prescrizione quando rischia di essere più breve della durata ragionevole del processo. Diversamente, l’incidenza delle cause di interruzione, che dimostrano unicamente la persistenza dell’interesse ordinamentale alla persecuzione del fatto, è contenuta, indipendentemente dal numero dei fattori interruttivi, al di sotto di un nuovo tetto insuperabile, destinato per lo più a scattare – data la numerosità delle cause interruttive – e a costituire il vero tempo massimo di prescrizione, per l’appunto in modo da renderlo superiore a quello che si ritiene astrattamente necessario all’esaurimento del processo.

Passando alle interferenze con il principio di obbligatorietà dell’azione penale, è noto che la prescrizione matura per lo più nella fase delle indagini preliminari. Dall’intensità della spinta iniziale e della persistente attività della magistratura inquirente dipendono le probabilità che l’indagine venga instradata verso l’epilogo estintivo, quale alternativa rispetto alla chiusura rituale delle indagini o all’archiviazione del procedimento. La sostanza del discorso è che nel primo caso la prescrizione consente scelte selettive dei fatti da perseguire destinate a rimanere opache sotto il profilo dei criteri che le guidano.

Se così stanno le cose, il vero problema che si agita dietro la prescrizione è l’elevata quantità dei procedimenti pendenti, tale da non consentire al sistema di gestirli, con un conseguente e generalizzato allungamento dei tempi di definizione del processo, a sua volta contrastato da una non dichiarata – e comunque insufficiente – sacca di discrezionalità pura nelle mani della magistratura inquirente.

Sia chiaro, i pubblici ministeri non usurpano alcun potere di selezione dei reati da perseguire; essi si trovano a gestire una situazione di fatto e fanno quello che tutti noi faremmo al loro posto: dare un ordine alle priorità in concreto. Questa attività equivale, però, a effettuare opzioni politico-criminali. Il problema merita al più presto una soluzione coraggiosa, che muova senza ipocrisia proprio dall’ineffettività del principio espresso dall’art 112 Cost. Finora si è cercato di salvare l’obbligatorietà dell’azione penale attraverso forme di *diversion* processuale indubbiamente utili (potenziamento della procedibilità a querela, irrilevanza penale del fatto, riti semplificati ecc.), le quali, tuttavia, non sono più sufficienti. Nei sistemi sociali complessi, non si può pretendere la repressione di tutto quanto è previsto come reato, risultando sufficiente per la prevenzione generale una repressione articolata, tendenzialmente a tappeto per quanto riguarda i reati gravi, e mirata ed esemplificativa per i rimanenti. La qual cosa significa rendere trasparente la dissociazione, oramai nei fatti, tra legalità penale sostanziale e obbligatorietà dell’azione penale: la prima, limitando il perimetro dell’area del penalmente rilevante, è espressiva di una garanzia cui non si può rinunciare senza

incidere sul nostro paradigma di giustizia penale; la seconda, operando in modo concentrico rispetto alla legalità sostanziale, ha perso l'originaria natura di obbligatorietà di risultato, per assumere un valore programmatico e tendenziale, che richiede una regolamentazione del potere di selezione anche sul piano della responsabilizzazione del suo esercizio.

4. Il disegno di legge Orlando in materia di prescrizione segna un deludente passo indietro, perché non risolve, bensì accentua i guasti della normativa vigente.

Anziché adoperarsi per assicurare la ragionevole durata del processo, quale diritto del cittadino, aprendo al contempo alla flessibilizzazione del principio stabilito dall'art. 112 Cost. (come ha fatto la recente proposta di legge costituzionale di iniziativa popolare promossa dall'Unione delle Camere penali), il progetto di riforma Orlando si preoccupa di ampliare ulteriormente l'operatività della prescrizione, assicurando così lunga vita al processo penale.

Come si è avuto modo di anticipare, questo obiettivo viene perseguito con l'introduzione di una nuova causa di sospensione della prescrizione, per un totale di tre anni, che scatta con l'impugnazione della sentenza di condanna, in appello o in Cassazione, ove coronata da successo.

Si prescinda pure dalla eterogeneità della nuova causa sospensiva, che, a differenza di quelle finora previste, non è ancorata a una stasi forzata del processo. Il punto debole della proposta sta soprattutto altrove. Essa muove dal corretto presupposto che, in un sistema dove la prescrizione decorre durante lo svolgimento del processo, come accade da noi, ma anche in Austria e in Germania, il processo deve durare meno del tempo necessario alla prescrizione. Sennonché, piuttosto che incidere sul tempo del processo, si è preferito allungare ancora la prescrizione, dimostrando l'incapacità del sistema di garantire la ragionevole durata del processo. È vero, infatti, che la prescrizione falciava il processo, ma non è affatto vero che si tratti di una mortalità precoce.

A questo punto, e considerato che – se passa la riforma – la prescrizione non scatterà quasi mai dopo la sentenza di condanna, ci si può chiedere provocatoriamente perché non rinunciare del tutto all'istituto, facendo cadere il velo che avvolge la gestione temporale delle indagini preliminari da parte del suo *dominus*: il pubblico ministero. Ne conseguirebbe uno tsunami istituzionale, che tuttavia farebbe giustizia di molti silenzi e altrettante ipocrisie. Il sistema, infatti, già in crisi, diventerebbe ingestibile: il sovraccarico giudiziario reclamerebbe una regolamentazione trasparente dei flussi in entrata, con beneficio per la durata dei processi, che può ridursi se si riduce il numero dei processi celebrabili e si prevede una causa di improcedibilità per quelli irragionevolmente lunghi. È proprio il caso di dire: *hic sunt leones*.

STEFANO MANACORDA

PRESCRIZIONE E CONTROLIMITI: PROVE DI UN DIALOGO  
CONSTRUENS NEGLI SVILUPPI DEL CASO *TARICCO*<sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. Premessa: la prescrizione sotto attacco nel panorama europeo ed internazionale. – 2. La qualificazione processuale dell'istituto della prescrizione nella prospettiva europea e la 'chiusura dogmatica' della Corte di Giustizia. – 3. La ricostruzione della prescrizione in termini sostanziali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e il sorgere dei controlimiti. – 4. Riduzione e attualità del contrasto ai casi con termine prescrizionale non ancora integralmente decorso. – 5. Prescrizione e materia penale: uno scenario di ricomposizione? – 6. L'identità costituzionale dell'art. 4.2 TFUE e la 'comunitarizzazione' dei controlimiti. – 7. La clausola di riserva e non regressione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. – 8. Una rimeditazione della Corte di Giustizia sulla scorta dei diritti fondamentali. La sentenza M.A.S. e M.B. del 2017.

1. *Premessa: la prescrizione sotto attacco nel panorama europeo ed internazionale*

Cimentarsi nuovamente con le prospettive dischiuse e i problemi posti dalla celeberrima vicenda *Taricco* appare davvero uno sforzo inane, sol che si ponga mente alla mole e talvolta alla profondità dei commenti che hanno accompagnato il 'canto' e il 'controcanto' delle Corti, in un crescendo che a lungo è sembrato non potersi arrestare. Tra le questioni che hanno costituito oggetto di divergenti vedute, si staglia notoriamente il 'nodo della prescrizione'<sup>1</sup>, ed in particolare il corredo di garanzie chiamate a presidiare il regime temporale di applicazione della disciplina per il caso di mutamento dei termini massimi in presenza di eventi interruttivi. Si tratta di un nodo i cui capi sono stati tesi dalla Corte di Giustizia e dalla Corte Costituzionale in direzioni contrapposte e con un vigore inconsueto, dando luogo ad un 'groviglio' giuridico apparso a tratti davvero inestricabile, e

<sup>(\*)</sup> Si tratta del testo, rivisto e ampliato, della relazione svolta nell'ambito del Congresso nazionale dell'*Association Internationale de Droit Pénal* – Gruppo italiano, a tema *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, svoltosi a Modena nelle giornate del 30 e 31 marzo e del 1 aprile 2017.

Il presente contributo è stato licenziato prima che si pronunciasse la Corte costituzionale con la sentenza n. 115/2018, della quale, pertanto, l'Autore non ha potuto tenere conto.

<sup>1</sup> D. Pulitanò, *Il nodo della prescrizione*, in *Riv. trim. – Dir. pen. cont.*, n. 1, 2015, p. 20 ss.

che ha lasciato autorevolmente dubitare della tenuta di quel *pluralisme ordonné* preconizzato con lungimiranza in dottrina<sup>2</sup>.

La tentazione di uno strappo o di una rottura, destinati a recidere il tenue legame che ancora tiene avvinti due modi diversi di intendere l'istituto della prescrizione, e con esso forse anche due diverse concezioni della penalità, sembra aver percorso le pronunce tanto dei giudici italiani quanto di quelli eurounitari. Se questi ultimi hanno impresso una forza inusitata, nel primo celebre *dictum* dell'8 settembre 2015, alle ragioni dell'efficienza punitiva nel campo della tutela degli interessi finanziari<sup>3</sup>, la Corte Costituzionale pare aver meditato non poco, nell'ordinanza n. 24/2017, per non cedere alla tentazione di una reazione virulenta, limitandosi a paventare – senza azionarla – l'arma 'letale' dei controlimiti e optando per un atteggiamento secondo taluni dialogico, così almeno parzialmente stemperando il gioco delle forze contrapposte che si profilava all'orizzonte<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> C.E. Paliero, *Conclusioni*, in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Atti del convegno tenutosi all'Università degli Studi di Milano il 15 aprile 2016*, Giuffrè, 2017, p. 284 ss. Sul tema sia consentito rinviare al nostro *Le fonti del diritto penale nella costruzione di un pluralismo ordinato. A proposito dell'opera di Mireille Delmas-Marty*, in M. Delmas-Marty, *Studi giuridici comparati e internazionalizzazione del diritto*, Giappichelli, 2004, p. 27 ss.

<sup>3</sup> Corte di Giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione), causa C-105/14, *Taricco*, 8 settembre 2015. Parla di una "sentenza eversiva" e "sbagliata" R. Bin, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *Dir. pen. cont.*, 14 luglio 2016, e di "judicial adventurism" V. Manes, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2016. Critici, con varietà di accenti, anche E.M. Ambrosetti, *La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?*, in *Proc. pen. e giust.*, n. 1, 2016, p. 44 ss.; C. Cupelli, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Riv. AIC*, n. 3, 2016, p. 1 ss.; L. Eusebi, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2015; G. Insolera, *Il sindacato di costituzionalità sull'obbligo di disapplicazione: verso un conflitto tra le Corti?*, in *Critica dir.*, n. 1, 2015, p. 9 ss.; S. Manacorda *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2015, p. 867 ss.; Id., *Le garanzie penali nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, in *Cass. pen.*, n. 9, 2016, p. 3488 ss.; V. Maiello, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. pen.*, n. 3, 2016, p. 1250 ss.; O. Mazza, *Il sasso nello stagno: la sentenza Taricco e il crepuscolo della legalità penale*, in *Rassegna tributaria*, 2015, p. 1554 ss.; D. Vozza, *Prescrizione e gravi frodi IVA: "Disapplicare per punire"?*, in A. Gullo, F. Mazzacuva (a cura di), *Ricchezza illecita ed evasione fiscale*, Cacucci editore, 2016, p. 131 ss. Tra i costituzionalisti: M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della costituzionale*, in *Riv. AIC*, n. 2, 2016, p. 1 ss.; A. Ruggeri, *Il Primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l'esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile ricomposizione*, in *Consulta online*, n. 1, 2016, p. 114 ss.

<sup>4</sup> Ord. Corte cost., 26 gennaio 2017, n. 24. È noto che non tutti condividono l'analisi dell'ordinanza come espressiva di un atteggiamento dialogico, rinvenendo piuttosto in essa un sostanziale *ultimatum* rivolto alla Corte di Giustizia, che anziché stemperare ha accentuato (sia pur rinviandola nel tempo) l'ipotesi della contrapposizione frontale. Per tutti in dottrina, con varietà di accenti, cfr. F. Palazzo, *La "Consulta" risponde alla Taricco: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 3, 2017, p. 285 ss.; V. Manes, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco*



Prescrizione e controlimiti delineano così lo spazio di queste riflessioni, operando l'una come area di problematico confronto tra giudici nazionali ed europei, gli altri quali confini entro cui la Corte Costituzionale si è dimostrata – almeno in apparenza – disposta ad accettare il confronto. Si tratta di confini sui quali la Corte di Giustizia si è da ultimo pronunciata nell'attesissima sentenza resa dalla Grande Sezione il 5 dicembre 2017, nel caso *M.A.S. e M.B.* con il sostanziale accoglimento delle istanze avanzate dalla Consulta<sup>5</sup> – a dispetto degli ulteriori 'venti di guerra' che sembravano spirare a seguito delle conclusioni rese dall'Avvocato Generale<sup>6</sup>.

L'intera vicenda riposa sul male endemico della prescrizione nel processo penale italiano, il quale, nella realtà, costituisce il punto di emersione visibile ed estremamente sensibile di una costellazione di tematiche, forse difficilmente percepibili dall'osservatore esterno ma niente affatto ignote al giurista interno, che caratterizzano il sistema della nostra giustizia penale, anche nel raffronto con le omologhe esperienze di altri Stati europei<sup>7</sup>. Per quanto oggetto ovviamente di apprezzamenti molto variabili, si colgono dietro il tema della prescrizione questioni di fondo, tra le quali spiccano il numero indefinito delle fattispecie prodotte dalla spirale inflazionistica, la rigidità – invero teorica – del principio costituzionale della obbligatorietà dell'azione penale, la cifra spropositata dei procedimenti penali e con essa la (ir)ragionevole durata dei processi, il sistema dei gravami oggetto di tentativi di ridimensionamento, tutte tematiche tra loro fortemente interrelate ma delle cui complesse dinamiche interne non è dato ragionare in questa sede. Piuttosto giova sottolineare come la prescrizione – indubbiamente anche per effetto di un certo uso strumentale che se ne è fatto nella prassi e nelle scelte di politica criminale – rappresenti proprio il punto più visibile, il 'nervo

a "Taricco". Note minime all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2017, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017; C. Cupelli, *Il caso Taricco e l'ordinanza 24 del 2017: prove di dialogo "a senso unico"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, p. 266 ss.; A. Bernardi, *L'ordinanza "Taricco" della Corte costituzionale alla prova della "pareidolia"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 1, 2017, p. 48 ss. e gli altri scritti raccolti in A. Bernardi, C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale*, Jovene, 2017.

<sup>5</sup> Corte di Giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione), causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, 5 dicembre 2017. Per i primi commenti cfr. C. Cupelli, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 11 dicembre 2017 e dottrina ivi citata.

<sup>6</sup> Conclusioni Avvocato Generale Yves Bot, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, 18 luglio 2017. Prime note in C. Cupelli, *Le conclusioni dell'Avvocato Generale sul caso Taricco: aspettando la Corte di Giustizia... il dialogo (non) continua*, in *Dir. pen. cont.*, 3 ottobre 2017.

<sup>7</sup> Cfr. anche D. Micheletti, *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco. Dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, in C. Paonessa, L. Zilletti (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie: i nuovi scenari della soggezione al diritto dell'UE. A proposito della sentenza CG Taricco*, Pacini editore, 2016, p. 57 ss. (ora consultabile in [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it), sezione "Libri").

scoperto', di un assetto penale in fortissimo affanno<sup>8</sup>. Non vi è quindi da sorprendersi se i prodromi di una sentenza europea destinata a colpire il regime italiano della prescrizione si fossero già da tempo manifestati.

Le prime critiche alla disciplina italiana dell'istituto della prescrizione sono state mosse dalla Corte EDU in due rilevanti interventi giurisprudenziali<sup>9</sup>. Nel caso più risalente, *Alikaj c. Italia*, l'Italia veniva condannata per violazione dell'art. 2 CEDU, in conseguenza della mancata attuazione di un obbligo di tutela effettiva del bene vita<sup>10</sup>. Il procedimento, avviato in origine per il reato di omicidio volontario, riqualificato poi dalla Corte d'assise come omicidio colposo, si era concluso con il proscioglimento dell'imputato per prescrizione del reato. Nel caso di specie, la Corte di Strasburgo affermava che in presenza di violazioni degli artt. 2 e 3 CEDU "la procedura o la condanna non può essere resa caduca da una prescrizione". Nella più recente sentenza *Cestaro c. Italia*, avente ad oggetto la condanna dello Stato italiano per la mancata previsione e disciplina interna del reato di tortura in violazione dell'art. 3 CEDU, i giudici di Strasburgo hanno nuovamente sottolineato, in senso critico e sulla base del medesimo presupposto utilizzato nel caso *Alikaj*, la presenza di brevi tempi di prescrizione per singole fattispecie di reati perseguibili nel nostro ordinamento interno<sup>11</sup>, non in grado di assicurare una reazione giuridica adeguata a fatti che ledono diritti fondamentali, posizione recentemente ribadita nel caso *Azzolina*<sup>12</sup>, dal quale è scaturita la condanna dell'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU nei suoi versanti sostanziale e procedurale. Un monito al regime prescrizionale era pervenuto all'Italia anche da parte del *Working Group on Bribery* dell'OCSE, l'organismo che nel corso degli anni ha monitorato con particolare attenzione le politiche nazionali in tema di contrasto ai fenomeni corruttivi<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Si veda da ultimo *Questione Giustizia*, n. 1, 2017, *Il diritto di Crono* e i contributi ivi raccolti.

<sup>9</sup> M. Caianiello, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra Corti o conflitto identitario?*, in *Riv. trim. – Dir. pen. cont.*, n. 2, 2017, p. 222 ss.

<sup>10</sup> Corte EDU 15 settembre 2011, *Alikaj c. Italia*, n. 47357/08, in particolare § 99.

<sup>11</sup> Corte EDU, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, n. 6884/2011. In dottrina: S. Negri, "Violazioni strutturali" e ritardo nell'esecuzione delle sentenze CEDU: il caso "*Cestaro c. Italia*" e l'incerta introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano, in *Dir. pen. e proc.*, n. 12, 2016, p. 1657 ss.; F. Zacchè, *Caso "Cestaro c. Italia": dalla prima condanna della Corte EDU sull'irruzione alla Diaz l'obbligo di introdurre il delitto di tortura*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2015, p. 462 ss.

<sup>12</sup> Corte EDU, 26 ottobre 2017, *Azzolina et Autres contre Italie*, n. 28923/09 e 67599/10 § 158: "Contrairement à sa conclusion dans d'autres affaires, la Cour considère que, en l'espèce, la durée de la procédure interne et le non-lieu prononcé pour cause de prescription de la plupart des délits ne sont pas imputables aux attermoissements ou à la négligence du parquet ou des juges internes mais aux défaillances structurelles de l'ordre juridique italien".

<sup>13</sup> Segnala la posizione benevola dell'OCSE derivante dalla modifica del regime della prescrizione attuato dalla legge n. 103/2017, D. Stasio, *Lo strano caso della prescrizione prendere o lasciare*, in *Questione Giustizia*, 26 giugno 2017. Per un cenno alle questioni relative ai rapporti tra Convenzione OCSE e regime prescrizionale della corruzione cfr. G. Balbi, *Questioni aperte in tema di pre-*

Tratto comune di tutte queste censure – giudiziarie o politiche – mosse al sistema italiano è che esse si fondano sulla considerazione di beni giuridici considerati dalla comunità internazionale bisognosi di un livello particolarmente accentuato di tutela, motori di quegli obblighi di penalizzazione sui quali ci si è spesi, con varietà di accenti, nel corso degli ultimi anni, e dai quali si è inteso ricavare essenzialmente la contrarietà agli standard internazionali di forme ‘occulte’ di depenalizzazione e quindi nella necessità per lo Stato di approntare un regime adeguato di prescrizione<sup>14</sup>.

Divenuto un terreno di contenzioso, l’istituto della prescrizione è stato posto nuovamente ‘sotto attacco’ nella sentenza *Taricco* da parte della Corte di Giustizia. La decisione si colloca a pieno titolo, pur con peculiarità di rilievo, nella stessa scia, nella misura in cui anch’essa, facendo leva su una concezione ‘sacrale’ degli interessi finanziari dell’Unione<sup>15</sup>, ha sostanzialmente imposto al giudice italiano di intervenire onde garantire termini prescrizionali più congrui rispetto a quelli risultanti dal combinato disposto delle norme sui termini massimi di interruzione, così come complessivamente ridefiniti dalla riforma del 2005, e il presidio costituzionale della irretroattività delle norme penali più sfavorevoli. La saga giudiziaria che ne è derivata ripropone tuttavia, con maggiore forza che in passato, il tema del riconoscimento delle peculiarità italiane del regime prescrizionale e soprattutto della latitudine interpretativa nel riconoscimento delle garanzie costituzionali a fronte delle esigenze di *primauté* del diritto eurounitario.

La domanda che spontaneamente è sorta è se questo conflitto, passato attraverso la diversa e contrapposta interpretazione dei giudici supremi riguardo alle garanzie da riconoscersi in ordine a taluni aspetti della disciplina prescrizionale, fosse necessariamente destinato a deflagrare, ovvero se esso – come poi è apparso – fosse suscettibile di essere ricondotto entro i limiti di una dialettica contrapposizione tra modi distinti di interpretare il giure penale (oltre quindi le peculiarità del singolo istituto). Sin da subito è apparso più ragionevole propendere per questa seconda opzione, muovendo da una lettura dei dati normativi e giurisprudenziali ispirata all’idea di una possibile convivenza del molteplice nell’uno, secondo il motto fatto proprio dalla costruzione europea. Per evitare che questa conclu-

*scrizione del reato*, in A. Castaldo, V. De Francesco, M. Del Tufo, S. Manacorda, L. Del Monaco (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Editoriale Scientifica, 2013, p. 398 ss.

<sup>14</sup> Cfr. F. Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. Manes, V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 2011, p. 243 ss. E il nostro “*Dovere di punire?*” *Gli obblighi di tutela penale nell’era della internazionalizzazione del diritto*, in A. M. Stile, S. Manacorda, V. Mongillo (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 107 ss.

<sup>15</sup> C. Sotis, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 14 ottobre 2016, ora anche in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, cit., e dottrina ivi richiamata.

sione si risolvesse unicamente in un ‘principio speranza’, sono stati prospettati numerosi elementi giuridici a conforto della tesi della sostanziale compatibilità delle (a lungo) contrapposte letture, compatibilità da ultimo confermata dalla decisione europea resa nel caso *M.A.S. e M.B.* Tali argomenti saranno passati in rassegna una volta individuate le diverse prospettazioni della Corte di Giustizia e della Corte Costituzionale in ordine alla natura della prescrizione.

## 2. *La qualificazione processuale dell’istituto della prescrizione nella prospettiva europea e la ‘chiusura dogmatica’ della Corte di Giustizia*

Il ragionamento non può che prendere le mosse dall’oggetto del contendere, inerente alla qualificazione sostanziale o processuale dell’istituto della prescrizione rispetto alla quale – come è noto – si sono espresse in modo discordante le due Corti supreme, sollevando dubbi circa la tipologia e la gradazione delle garanzie applicabili nel caso di estensione dei termini massimi per effetto di atti interruttivi, ma altresì rivitalizzando un antico dibattito sulle garanzie applicabili agli istituti processuali e sulla natura ibrida della prescrizione.

Nel gioco tra le parti, la Corte UE ha assunto – fino alla più recente decisione – le vesti del ‘despota paterno’ che impone con le sue decisioni di rinunciare alle garanzie storicamente consolidate nella tradizione costituzionale, attraverso una pronuncia dai più considerata *in malam partem*, mentre la Corte Costituzionale ha vestito i panni della ‘materna protettrice’ dei diritti, mediante un’ordinanza dai tratti sostanzialmente conciliativi ma nella sostanza orientata a ribadire il primato della Costituzione e uno standard più elevato delle garanzie.

Contrariamente al trend giurisprudenziale prevalente in Corte Costituzionale – di cui si darà conto nel successivo paragrafo – la Corte di Giustizia ha infatti inteso l’istituto della prescrizione come estraneo al raggio di azione del principio di legalità, escludendo così che la disapplicazione degli artt. 160, u. co., e 161, co. 2, c.p. si ponesse in contrasto con l’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione (CDFUE) nella parte in cui esso statuisce il principio del *nullum crimen* e della irretroattività della legge penale più sfavorevole. Nella decisione *Taricco*, i giudici europei hanno infatti ritenuto che non venisse a configurarsi una violazione della legalità in relazione ai casi pendenti, in quanto disapplicando la norma interna si assisterebbe ad un semplice prolungamento dei termini di prescrizione di un reato *ex se* perseguibile. Nella sostanza, a tale conclusione si perviene sul presupposto che “non sia ravvisabile in ambito convenzionale né in am-

bito europeo un diritto fondamentale dell'individuo a non essere sottoposto a termini di prescrizione non previsti al momento della commissione del fatto"<sup>16</sup>.

A tale conclusione la Corte di Giustizia perviene sulla scorta di una qualificazione processuale della prescrizione, sottraendo così le relative norme alle garanzie del *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Si è parlato a tale proposito di un "comodo alibi"<sup>17</sup> e, in particolare, è stato stigmatizzato come l'assurdo dei giudici del Lussemburgo si sia fondato su un semplice rinvio alla pronuncia resa dalla Corte EDU nel caso *Coëme c. Belgio*, che aveva escluso che un allungamento del termine prescrizionale posteriore alla consumazione del reato potesse determinare un *vulnus* rispetto al principio tutelato all'art. 7 CEDU<sup>18</sup>. La Corte di Strasburgo aveva in effetti rilevato che "la soluzione adottata dalla Corte di Cassazione si fonda sulla sua giurisprudenza secondo la quale le leggi che modificano la disciplina della prescrizione sono ormai considerate, in Belgio, leggi di competenza e di procedura. Pertanto, si ispira al principio generalmente riconosciuto secondo il quale, salvo espresse disposizioni in senso contrario, le leggi di procedura sono di applicazione immediata ai procedimenti in corso"<sup>19</sup>. La Corte EDU aveva peraltro avuto premura di precisare che "la questione di una eventuale violazione dell'art. 7 da parte di una disposizione che avrebbe l'effetto di far rivivere la possibilità di sanzionare i fatti divenuti non punibili per effetto dell'intervenuta prescrizione è estranea al caso di specie [...] [i] ricorrenti, che non potevano ignorare che i fatti contestati potevano comportare la loro responsabilità penale, sono stati condannati per atti per i quali l'azione penale non si era mai estinta per prescrizione. Tali atti costituivano reato nel momento in cui sono stati commessi e le pene irrogate non sono più severe di quelle applicabili al momento dei fatti".

Il carattere peculiare di tale isolato precedente giurisprudenziale della Corte EDU, combinato con l'assenza di un'autonoma giurisprudenza della Corte eurounitaria, ha portato a dubitare del fatto che l'approdo processualistico in ordine alla qualificazione della prescrizione costituisca un risultato facilmente generalizzabile. A dimostrazione di ciò, si tenga conto, ad esempio, che la Corte EDU, nella sentenza *Yukos c. Russia*, ha sancito la responsabilità dello Stato, pur prendendo come riferimento la legalità dell'ingerenza nel diritto di proprietà, qualora determini un prolungamento dei tempi di prescrizione del reato in assenza di un

<sup>16</sup> F. Viganò, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in *Dir. pen. cont.*, 22 gennaio 2016, p. 2.

<sup>17</sup> Critico anche D. Voza, *Prescrizione e gravi frodi IVA: "Disapplicare per punire"?*, cit., p. 131 ss.

<sup>18</sup> Corte EDU, 22 giugno 2000, *Coëme e altri c. Belgio*, n. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96.

<sup>19</sup> Sul punto M. Bassini, *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in *Consulta online*, 2016, fasc. 1, p. 100 ss.

referente normativo certo e prevedibile<sup>20</sup>. Sempre in termini critici, si è fatto rilevare che l'assunto per cui l'istituto della prescrizione avrebbe sempre natura processuale deriva da un 'fraitendimento dogmatico' dato che in numerosi ordinamenti europei diversi ed ulteriori rispetto a quello italiano la prescrizione ha natura sostanziale<sup>21</sup>.

Che il tema non fosse sopito si ricava anche dal rilievo che esso si è riproposto in Corte di Giustizia anche dopo la pronuncia *Taricco*. Nella sentenza *Glencore*, i giudici del Lussemburgo hanno così ribadito che "per quanto riguarda il principio di certezza del diritto, come emerge dalla giurisprudenza della Corte in materia penale, gli Stati membri possono procedere ad un prolungamento dei termini di prescrizione quando i fatti addebitati non si siano prescritti", profilo ulteriormente integrato dal richiamo al principio di proporzionalità, ritenendo entrambi i canoni di garanzia rispettati (rispettivamente §§ 73 e 74 della sentenza)<sup>22</sup>. Anche le conclusioni rese dall'Avvocato generale nel caso *Scialdone*, relativo al regime retroattivo della *lex mitior* in relazione all'innalzamento delle soglie per i reati tributari, toccano liminarmente la questione<sup>23</sup>.

Nonostante la problematicità del tema, la posizione inizialmente assunta dalla Corte di Giustizia appare ribadita in modo ancora più netto nelle conclusioni rese il 18 luglio 2017 dall'Avvocato Generale nel caso *M.A.S. e M.B.* I termini di prescrizione desunti dalla normativa italiana, di cui agli artt. 160, u. co., e 161, co. 2, c.p. assumerebbero i connotati di termini di decadenza, generando un "diritto all'impunità" del tutto incompatibile con il principio di effettività del diritto europeo cui rinvia lo stesso art. 325 TFUE. Partendo da tali considerazioni si è proposta quindi una 'nozione autonoma' di interruzione della prescrizione<sup>24</sup>.

Complessivamente si coglie nelle decisioni dei giudici dell'Unione l'assenza di qualsivoglia riflessione in ordine alla *ratio* dell'istituto, alle sue finalità e agli orizzonti teleologici in cui esso si colloca, agli effetti discendenti per l'imputato dalla scelta in favore di un'integrale riconduzione nell'alveo della materia processuale, tutte argomentazioni spazzate via nel ragionamento della Corte da valutazioni meramente formali ed estrinseche. In altri termini è la 'chiusura dogmatica' della Corte di Giustizia che legittima più di una perplessità sulla qualificazione proces-

<sup>20</sup> Corte EDU, 31 luglio 2014, *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia*, n. 14902/04.

<sup>21</sup> R. Lucev, *La prescrizione dei reati tributari dopo la sentenza CGUE Taricco: in attesa della Corte Costituzionale, torna sul tema la Cassazione*, in *Giurisprudenza penale*, 2016.

<sup>22</sup> Corte di Giustizia dell'Unione europea, causa C-584/15, *Glencore*, 2 marzo 2017.

<sup>23</sup> Conclusioni Avvocato Generale M. Bobek, causa -574/1, *Mauro Scialdone*, 13 luglio 2017.

<sup>24</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Bot, cit.: "La nozione di interruzione della prescrizione dev'essere considerata una nozione autonoma del diritto dell'Unione e dev'essere definita nel senso che ogni atto diretto al perseguimento del reato nonché ogni atto che ne costituisce la necessaria prosecuzione interrompe il termine di prescrizione; tale atto fa quindi decorrere un nuovo termine, identico al termine iniziale, mentre il termine di prescrizione già decorso viene cancellato" (§ 109).

suale della prescrizione, specie se posta a raffronto con la ricchezza del dibattito italiano.

### 3. *La ricostruzione della prescrizione in termini sostanziali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e il sorgere dei controlimiti*

Se è tendenzialmente pacifico, nel ricco dibattito interno, che la prescrizione del reato costituisca un istituto dal carattere proteiforme e mutevole<sup>25</sup>, che attribuisce una funzione obliante al decorso del tempo, e che risulta essere privo di una giustificazione logica assoluta<sup>26</sup> in quanto legato al rapporto che intercorre tra il fattore naturale del decorrere del tempo e il fatto storico di reato, va riconosciuto che – pur nella estrema varietà delle posizioni<sup>27</sup> – si staglia l'opinione di quanti considerano che essa sia intimamente collegata alla (non) punibilità e vada collocata nell'alveo del diritto penale sostanziale. A conforto di tale tesi si suole richiamare la *voluntas legis*, rinviando alle scelte terminologiche e ad alcuni passaggi dei lavori preparatori del Codice penale<sup>28</sup>, alla collocazione topografica della disciplina, nonché ad ulteriori argomentazioni desunte dalle disposizioni del codice di rito<sup>29</sup>. Secondo l'insegnamento comunemente accolto, dunque, le norme in materia di prescrizione, attenendo all'*an* della punibilità, presentano, nell'ottica nazionale, una veste sostanziale e non processuale, il che ben si accorda anche con la dimensione teleologica della sanzione costituzionalmente accolta. L'affidamento del reo non va letto solamente come calcolabilità anticipata del trattamento, ma anche come legittima fiducia che una situazione punitiva, com-

<sup>25</sup> G. Giostra, *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali*, in *Giur. it.*, n. 11, 2005, p. 2221 ss., ove la prescrizione è definita un "ornitorinco" del sistema penale.

<sup>26</sup> P. Pisa, voce *Prescrizione – f) Diritto penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 81.

<sup>27</sup> Su cui per tutti cfr. F. Giunta-D. Micheletti, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, 2003, *passim* (ora consultabile in *www.discrimen.it*, sezione "Libri").

<sup>28</sup> Nella Relazione del Guardasigilli al testo del codice penale si legge, con specifico riferimento al principio di comunicabilità degli effetti sospensivi e interruttivi della prescrizione (art. 161 c.p.): "è logico che deve trattarsi di reati connessi, perché la prescrizione non è un istituto di diritto processuale, ma di diritto sostanziale". Vedi *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, Vol. VII, Testo del nuovo Codice penale con la Relazione a Sua Maestà il Re del Guardasigilli (Rocco)*, Roma, 1930, p. 78.

<sup>29</sup> M. Caianiello, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea*, cit., p. 4 e p. 15 (anche con riferimento alla legalità discendente dall'art. 111 Cost.). Sul punto cfr. anche le osservazioni di A. Macchia, *Prescrizione, Taricco e dintorni: spunti a margine di un sistema da riformare*, in *Questione Giustizia*, n. 1, 2017, p. 9 ss., con accenti critici sulla posizione dell'ordinanza n. 24/2017 della Corte Costituzionale.

prensiva delle cause di punibilità e delle norme di favore, non venga ad essere peggiorata dal legislatore dopo la commissione dell'illecito.

L'adesione all'indirizzo sostanzialista determina il configurarsi di una serie di conseguenze rilevanti, quali l'individuazione di referenti costituzionali dell'istituto della prescrizione, riconoscibili come parametri vincolanti per il legislatore e il giudice nazionali. Ed *in primis*, le norme dettate in materia di prescrizione in ambito penalistico risultano soggette all'art. 25, co. 2, Cost., rinviando, nello specifico, al rispetto del principio di legalità, *sub specie* della riserva di legge e, per quel che qui rileva, del divieto di retroattività delle modifiche in *malam partem*<sup>30</sup>.

Si è osservato che, malgrado tali presupposti, la tesi dell'applicazione retroattiva di norme che mutano in senso sfavorevole al reo i termini prescrizionali avrebbe trovato avallo in una ormai risalente ordinanza della Corte Costituzionale in cui è stato evidenziato che “non può assegnarsi alcun rilievo giuridico ad una sorta di ‘aspettativa’ dell'imputato al maturarsi della prescrizione”<sup>31</sup>. In realtà, nella sua consolidata giurisprudenza, la Corte Costituzionale non ha esitato ad affermare che la copertura del principio di legalità si estende alle norme in tema di prescrizione e che l'art. 25, co. 2, Cost. “rende inammissibili pronunce il cui effetto possa essere quello di introdurre nuove fattispecie criminose, di estendere quelle esistenti a casi non previsti, o, comunque, di incidere in *peius* sulla risposta punitiva o su aspetti inerenti alla punibilità, aspetti fra i quali, indubbiamente rientrano quelli inerenti la disciplina della prescrizione e dei relativi atti interruttivi o sospensivi”<sup>32</sup>. Nella sentenza n. 143 del 2014, la Corte ha precisato che “sebbene possa proiettarsi anche sul piano processuale – concorrendo, in specie, a realizzare la garanzia della ragionevole durata del processo (art. 111, co. 2, Cost.) – la prescrizione costituisce, nell'attuale configurazione, un istituto di natura sostanziale, la cui *ratio* si collega preminentemente, da un lato, all'interesse generale di non più perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venir meno, o notevolmente attenuato [...] l'allarme della coscienza comune; dall'altro, al ‘diritto all'oblio’ dei cittadini,

<sup>30</sup> M. Donini, N. Mazzacuva, M. Nobili, L. Stortoni, M. Virgilio, M. Zanotti, *Prescrizione e ir-retroattività fra diritto penale e procedura penale*, in *For. it.*, V, 1998, p. 317 ss.; in particolare cfr. Donini che opportunamente invoca il principio di irretroattività delle leggi che prolungano i termini di prescrizione ai fini della tutela dell'affidamento dei singoli rispetto alla calcolabilità della reazione punitiva e più in generale al mutamento delle regole del gioco (324). *Contra*, per tutti, G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Giuffrè, 2015, p. 264 ss. e D. Pulitanò, *Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 1298 ss.

<sup>31</sup> Corte Cost., ord. 17 dicembre 1999, n. 452, in *Giur. cost.*, 1999, p. 3890

<sup>32</sup> Come avvenuto nelle sentenze Corte Cost., 23 ottobre 2006, n. 393 e Corte Cost., 30 luglio 2008, n. 324.



quando il reato non sia così grave da escludere tale tutela”<sup>33</sup>. Da altro punto di vista, nella più recente sentenza n. 45 del 2015<sup>34</sup>, la Corte Costituzionale ha affermato che “la sospensione è assimilabile a una parentesi, che una volta aperta deve anche chiudersi, altrimenti si modifica la sua natura e si altera profondamente la fattispecie alla quale la sospensione si applica. Una sospensione del corso della prescrizione senza fine determina di fatto l’imprescrittibilità del reato, e questa situazione, in violazione dell’art. 3 Cost., dà luogo a una ingiustificata disparità di trattamento nei confronti degli imputati che vengono a trovarsi in uno stato irreversibile di incapacità processuale”.

Per tornare al caso di specie, nell’ordinanza n. 24/2017 la Corte Costituzionale – collocandosi nella scia dei suoi precedenti – ha quindi coerentemente optato nuovamente nel senso di riconoscere una natura sostanziale alla prescrizione, affermando che si tratti “di un istituto che incide sulla punibilità della persona e la legge, di conseguenza, lo disciplina in ragione di una valutazione che viene compiuta con riferimento al grado di allarme sociale indotto da un certo reato e all’idea che, trascorso del tempo dalla commissione del fatto, si attenuino le esigenze di punizione e maturi un diritto all’oblio in capo all’autore di esso”. L’istituto della prescrizione è dunque soggetto al principio di legalità in materia penale, di cui all’art. 25, co. 2, Cost. Esso va inteso come “sostanza della legalità penale e non semplice morte del processo”<sup>35</sup>, con la conseguenza che la norma di disciplina che regola l’istituto deve permettere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo. Qualsiasi modifica che determini una minaccia concreta di pena deve essere pertanto soggetta al principio d’irretroattività. Va infatti riconosciuto – secondo la Corte Costituzionale – che “la persona non potesse ragionevolmente pensare, prima della sentenza resa nella causa *Taricco*, che l’art. 325 del TFUE prescrivesse al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, c.p. ove ne fosse derivata

<sup>33</sup> Corte Cost., 19 maggio 2014, n. 143 che dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 157, co. 6, c.p., nella parte in cui prevede che i termini di cui ai precedenti commi del medesimo articolo sono raddoppiati per il reato di incendio colposo (art. 449, in riferimento all’art. 423 del codice penale). Per un commento cfr. N. Recchia, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. – Dir. pen. cont.*, 2015, 2, p. 55 ss.

<sup>34</sup> Corte Cost., 25 marzo 2015, n. 45 che dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 159, co. 1, c.p., nella parte in cui, ove lo stato mentale dell’imputato sia tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento e questo venga sospeso, non esclude la sospensione della prescrizione quando è accertato che tale stato è irreversibile. Per un commento cfr. M. Daniele, *Il proscioglimento per prescrizione dei non più ‘eterni giudicabili’. La sorte degli imputati affetti da incapacità processuale irreversibile dopo la sentenza 45/2015 della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 20 aprile 2015.

<sup>35</sup> P. Gaeta, *Rapporti tra fonti europee e Cassazione in tema di legalità: alcune icone*, in A. Caddoppi (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Dike, 2017, p. 169 ss..

l'impunità di gravi frodi fiscali in danno dell'Unione in un numero considerevole di casi, ovvero la violazione del principio di assimilazione<sup>36</sup>.

In definitiva, si conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, non limitato alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma inclusivo di ogni profilo sostanziale concernente la punibilità che deve risultare prevedibile dall'individuo ed irretroattiva, poiché sussiste un'istanza d'affidamento da parte del singolo nei confronti dello Stato affinché quest'ultimo non modifichi le carte in tavola con un effetto a sorpresa in *peius*<sup>37</sup>.

Date tali premesse, il passo è stato breve per concludere che potessero essere attivati i controlimiti<sup>38</sup>, anche se non sono mancate voci dissenzienti sul punto<sup>39</sup>. Il principio di legalità in materia penale è infatti riconosciuto come “un principio supremo dell'ordinamento, posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo”, e in quanto tale non assoggettabile ad una *deminutio* per garantire un'applicazione del diritto eurounitario, sulla scorta del rilievo – oramai tralattivamente accolto – per il quale l'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia. Inoltre, secondo una condivisi-

<sup>36</sup> Ord. Corte cost., 26 gennaio 2017, n. 24 § 5.

<sup>37</sup> Più sfumata la posizione di F. Giunta-D. Micheletti, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, cit., p. 71 ss., che ritengono estranea al divieto di retroattività enunciato dall'art. 25, co. 2, Cost. la disciplina della prescrizione, ammettendo che circostanze eccezionali giustificchino appunto un allungamento retroattivo dei termini, escludendo viceversa “un allungamento retroattivo ed indiscriminato”, giacché esso “violerebbe il coacervo di vincoli costituzionali, tra cui spicca il principio personalistico” (p. 85).

<sup>38</sup> Già preconizzati da molti: cfr. V. Manes, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2016, p. 14; C. Cupelli, *Il caso Taricco e il controlimito della riserva di legge in materia penale*, cit., p. 10; M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della costituzionale*, cit., p. 6 ss.; M. Bassini, *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo*, cit., p. 111.

<sup>39</sup> E. Lupo, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in *Riv. trim. – Dir. pen. cont.*, 1, 2016, p. 222 ss. per il quale l'impedimento a dare corso alla sentenza Taricco sorge “prima ancora che dai controlimiti inerenti alle garanzie costituzionali previste in materia penale, dalla estrema genericità della norma europea in relazione alla quale il giudice nazionale dovrebbe poi procedere alla disapplicazione” e p. 224 ss. per l'esclusione della legalità prescrizione dai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale; F. Viganò, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto Ue e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2015; A. Venegoni, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2015. Nella dottrina europeistica R. Mastroianni, *Supremazia del diritto dell'Unione e “controlimiti” costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2016; P. Mori, *La Corte Costituzionale chiede alla Corte di Giustizia di rivedere la sentenza Taricco: difesa dei controlimiti o rifiuto delle limitazioni di sovranità in materia penale?*, in *Riv. dir. int.*, n. 2, 2017, p. 421 ss. che esclude si tratti di un problema di identità costituzionale.

bile opinione dottrinale, un allungamento retroattivo ed indiscriminato della prescrizione, dovuto all'incapacità dell'ordinamento di svolgere nei tempi preventivati i giudizi in corso, violerebbe altresì un nucleo più cospicuo di vincoli costituzionali<sup>40</sup>. Verrebbero, tra l'altro, in rilievo gli artt. 1, 2, 3, 13, 27, 101, 134 della Costituzione, stridendo, dunque, la visione proposta dalla Corte di Giustizia con il nucleo duro dei principi e diritti costituzionali conformanti l'aspetto personalistico dell'imputazione penale, a loro volta qualificabili come controlimite<sup>41</sup>.

#### 4. *Riduzione e attualità del contrasto ai casi con termine prescrizionale non ancora integralmente decorso*

Di fronte alla divergenza di vedute, si apriva il campo, come detto dapprima, ad uno scontro senza precedenti tra le due Corti o si affacciavano ipotesi di ricomposizione – almeno parziale – dello scenario?

Si sgombri anzitutto il campo da un possibile malinteso, sottolineando un'evidenza con il fine precipuo di ridurre l'ambito del contrasto potenziale tra le Corti. La questione era destinata a sorgere (perlomeno) per i fatti commessi in un momento precedente alla sentenza *Taricco* – sulla cui problematicità si conviene in dottrina, ad eccezione di quanti riguardano il tema in prospettiva unicamente eurounitaria e ritengono che la sentenza della Corte di Giustizia abbia valenza dichiarativa – ma avrebbe dovuto a nostro avviso configurarsi anche per quelli ad essa successivi, quand'anche il profilo di tensione inerisca in quest'ultimo caso alla legalità/prevedibilità e non anche alla irretroattività della norma sfavorevole. In ordine ai fatti pregressi andava poi operata una distinzione fra le ipotesi in cui il termine prescrizionale fosse già maturato e quelle in cui esso non fosse ancora integralmente decorso<sup>42</sup>.

Con riferimento alla prima situazione, si afferma che “una volta spirato il termine prescrizionale, il potenziale autore vanta un vero e proprio diritto soggettivo all'impunità; diritto, che non può essere dunque menomato da un allungamento retroattivo del termine richiesto per l'estinzione, giacché una tale modifica si porrebbe certamente in contrasto con il fondamento garantistico dell'art. 25,

<sup>40</sup> A. Vallini, *La portata della sentenza CGUE “Taricco”: un'interferenza grave in un sistema discriminatorio*, in questa *Rivista*, 2015, p. 295 ss. e Id., *Un'interferenza grave in un sistema discriminatorio*, in C. Paonessa, L. Zilletti (a cura di) *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie: i nuovi scenari della soggezione al diritto dell'UE*, cit., p. 133 ss.

<sup>41</sup> C. Sotis, *Il limite come controlimite*, cit., p. 16 ss.

<sup>42</sup> E. Lupo, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale*, cit., p. 223 ss.; M. Gambardella, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in *Cass. pen.*, n. 4, 2016, p. 1470 ss.

comma 2, Cost.”<sup>43</sup>. La prescrizione andava dunque senz’altro assoggettata ai termini massimi di prescrizione risultanti dall’interruzione così come espressamente previsti dagli artt. 160 e 161 c.p. allorché nel corso del procedimento la prescrizione fosse già stata dichiarata. Se dubbi potevano sorgere in ordine alla medesima conclusione per i casi in cui la prescrizione, ancorché integralmente decorsa, non fosse stata ancora dichiarata dal giudice, si tende correttamente a ritenere che anche in tal caso il diritto risultasse quesito dall’imputato.

Rimaneva invece problematicamente aperta la questione dell’inquadramento giuridico del regime di interruzione della prescrizione per i fatti pregressi per i quali la prescrizione non fosse ancora integralmente decorsa. La stessa Corte di Giustizia, al § 57 della sentenza *Taricco*, ha correttamente limitato il tema dell’“allungamento del termine quando i fatti addebitati non siano ancora prescritti”. È solo in relazione a tale punto che si poneva la necessità di individuare una possibile composizione tra i diversi modi di ragionare delle Corti. Qualora la prescrizione non si fosse compiuta – secondo i giudici europei – era più corretto invocare il principio del *tempus regit actum*, e ciò in contrapposizione alla giurisprudenza costituzionale, che ritiene applicabile il divieto di retroattività.

Fissati questi punti, ci si potrebbe domandare se i recenti interventi legislativi di riforma della prescrizione abbiano consentito di superare le obiezioni mosse dalla Corte di Giustizia ovvero se il contrasto abbia mantenuto ciò nonostante una sua attualità. La riforma della prescrizione per i reati tributari, precedente al *dictum* del 2015 ma successiva ai fatti contestati agli imputati nel procedimento principale (relativi agli esercizi fiscali dal 2005 al 2009), secondo taluni avrebbe potuto costituire un *commodus discussus* per la Corte di Giustizia nella c.d. *Taricco bis*<sup>44</sup>. Non altrettanto può dirsi con riferimento al recente intervento legislativo di riforma della prescrizione intervenuto con legge n. 103 del 23 giugno 2017. Il testo, composto di un unico articolo, prevede notoriamente una serie di elementi innovativi<sup>45</sup>. *In primis*, esso contempla lo slittamento del *dies a quo* della prescrizione in relazione ai reati in danno di minori; in secondo luogo esso provvede ad

<sup>43</sup> F. Giunta-D. Micheletti, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, cit., p. 88 ss. Adde D. Vozza, *Prescrizione e gravi frodi IVA: “Disapplicare per punire”?*, cit. 153 ss.

<sup>44</sup> Così V. Manes, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, cit., p. 12, con riferimento all’art. 2, comma 36-*vicies semel*, lettera l), del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni dall’art. 1, comma 1, della legge 14 settembre 2011, n. 148.

<sup>45</sup> Per uno sguardo d’insieme sulla novella G. Spangher, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2016, p. 88 ss.; L. Barone, M. Brancaccio, P. Di Geronimo, G. Fidelbo, P. Silvestri, *“Riforma Orlando” e questioni di diritto intertemporale: soluzioni organizzative presso la Corte di Cassazione in funzione della nomofilachia*, in *Cass. Pen.*, 2017, p. 3029 ss. Con specifico riguardo al nodo della prescrizione, S. Zirulia, *Riforma Orlando: la “nuova” prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, in *Dir. pen. cont.*, 20 giugno 2017.

introdurre tre nuovi casi di sospensione della prescrizione (per le rogatorie all'estero, per la sentenza di condanna in primo grado e per la sentenza di condanna in secondo grado); in ultimo ed è ciò che più rileva in questa sede, prevede l'estensione dei termini massimi di allungamento della prescrizione in caso di interruzione o sospensione. Il comma 14 interviene sull'art 161 c.p. prevedendo ulteriori casi in cui i fenomeni interruttivi o sospensivi comportano un prolungamento del termine di prescrizione superiore ad un quarto. In particolare la legge amplia la categoria delle ipotesi in cui tale dilatazione temporale può spingersi sino alla metà del termine base. Accanto all'ipotesi, già prevista, di cui all'art. 99, co. 2, c.p. (recidiva aggravata specifica infraquinquennale), vengono aggiunti i reati di corruzione e di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche. Si tratta complessivamente di un intervento normativo che ridefinisce i termini di prescrizione allungandoli, e ciò anche e proprio in relazione alle fattispecie 'comunitariamente necessarie' ma con esclusione dei reati tributari in materia di IVA.

La novella tuttavia, coerentemente con quanto già previsto nella nostra tradizione giuridica, istituisce il divieto di retroattività in relazione alle neointrodotte disposizioni in materia di prescrizione (comma 15), norma che richiede una qualche riflessione. Partendo dal presupposto che l'istituto della prescrizione abbia una natura sostanziale, tale espressa previsione potrebbe considerarsi apparentemente superflua, poiché trattandosi di una legge (nel complesso) produttiva di effetti sfavorevoli per il reo la sua irretroattività sarebbe stata già pacificamente ricavabile dai principi generali che governano l'efficacia nel tempo delle norme penali. Volendo poi anche riconoscere alle disposizioni di nuovo conio una potenziale portata *in bonam partem*, invero assai ridotta ma non del tutto inesistente, tale previsione potrebbe assumere anche profili di incompatibilità con il principio della retroattività *in mitius*. La circostanza che il legislatore abbia inteso esplicitamente prevedere l'irretroattività, d'altro canto, potrebbe, in qualche misura, anche giustificare una differente lettura della natura giuridica della prescrizione: accedendo ad un'interpretazione che conferisca significato innovativo al comma 15, e non lo renda inutilmente ridondante e privo di contenuto precettivo, potrebbe anche avanzarsi l'ipotesi che il legislatore sia partito dal presupposto che la prescrizione non abbia natura sostanziale. Tuttavia, ritornando alla realtà dei fatti, si può ragionevolmente ritenere che il legislatore, per evitare dubbi circa il divieto di applicazione retroattiva della disciplina della prescrizione più sfavorevole nella prassi giurisprudenziale, abbia ritenuto comunque opportuno stabilire espressamente detta regola.

Da queste notazioni, scaturisce dunque la conclusione che il *thema decidendum* circa la durata complessiva dei termini di prescrizione per le frodi gravi in materia di IVA ha mantenuto una sua attualità anche dopo la riforma introdotta dalla legge n. 103/2017 la quale non ha disinnescato il conflitto tra le Corti. Si tratta a questo punto di individuare i profili di possibile coordinamento tra le due Corti e le filoso-

fie sottese alle rispettive decisioni: obiettivo ultimo, in tale linea compositiva, sarà quello di individuare gli strumenti che consentono ai due ordinamenti di dialogare, senza dar necessariamente luogo a rotture, per poi soffermarsi sulla soluzione accolta nel caso *M.A.S. e M.B.*

### 5. Prescrizione e materia penale: uno scenario di ricomposizione?

Una prima linea ricostruttiva – allo stato davvero ipotetica, se non addirittura astratta – passa attraverso una rivisitazione del concetto di materia penale, chiave di volta della conquista garantistica dei diritti ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo negli ultimi trent'anni e portatrice di benefici effetti anche nell'ordinamento eurounitario e in quello nazionale. La nozione autonoma di materia penale, notoriamente elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>46</sup>, si qualifica all'interno di un contesto giuridico *multi-level* come 'nozione nomade'<sup>47</sup>, e radicata su un atteggiamento antiformalistico dei giudici europei decisi ad operare *behind the appearances*. Il concetto, per questa sua dimensione materiale sostanzialistica presenta profili di incertezza e sinanche di ambiguità, ma di esso è comunque possibile cogliere con nettezza l'orientamento teleologico: la nozione in oggetto si propone, sin dall'origine, di pervenire all'estensione del novero delle garanzie personalistiche degli artt. 6 e 7 CEDU (e poi via via di altre garanzie come quella del *ne bis in idem*) ad ambiti formalmente extra-penalmente mediante una ricostruzione operata sulla base della natura del fatto vietato e della natura della sanzione prevista e operando quindi 'a senso unico'<sup>48</sup>.

Tenuto conto dell'etichetta formalmente penalistica della prescrizione, non ci pare possano sorgere dubbi riguardo alla sua riconduzione alla *matière pénale*, e oggetto del contendere è piuttosto lo standard variabile d'applicazione delle garanzie convenzionali<sup>49</sup>. Rivitalizzando un antico dibattito sulle guarentigie appli-

<sup>46</sup> Tra le voci più autorevoli, senza pretesa di esaustività, cfr. C.E. Paliero, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 3, 1985, p. 919 ss.; V. Manes, Art. 7, §1, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, 2012, p. 274 ss. e da ultimo Id., *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 988 ss.

<sup>47</sup> F. Mazzacuva, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4, 2013, p. 1899 ss. e ora Id., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, 2017 (ora consultabile in [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it), sezione "Libri").

<sup>48</sup> V. Manes, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema"*, cit., p. 14.

<sup>49</sup> Sulla natura 'non penale' della prescrizione, al pari di altri istituti afferenti alla non punibilità (le scriminanti *in primis*), cfr. tuttavia le interessanti notazioni di F. Giunta-D. Micheletti, Tem-

cabili agli istituti processuali e sulla natura ibrida della prescrizione, va ricordato che gli artt. 6 e 7 CEDU non sono sempre oggetto di un'applicazione congiunta, potendo variare le soluzioni sulla base della tipologia della garanzia, procedurale o sostanziale, e dei diritti oggetto di tutela. La diversa qualificazione di un istituto opera quindi sull'estensione del corredo di garanzie: riconoscendo allo stesso natura processuale, esso risulta essere coperto dall'ombrello garantista dell'art. 6 della CEDU – diritto all'equo processo e presunzione d'innocenza – la cui sfera di operatività si estende ad ogni attività processuale in materia penale. Dubbi riguardano invece l'eventuale ampliamento dello standard di tutela minimo agli istituti di natura processuale afferenti alla materia penale e la conseguente, ulteriore, applicazione dell'art. 7 CEDU. Si potrebbe tuttavia cogliere lo spunto innovativo per una rimeditazione sull'estensione delle garanzie sostanziali inerenti al concetto di materia penale, conducendo ad un'estensione che inglobi anche il dato processuale, perlomeno nella misura in cui essa inerisca alla pena o più ampiamente alla punibilità? Si tratterebbe di un ampliamento della nozione, nell'ottica di espansione del terreno applicativo delle garanzie sovramenzionate, in particolare per la disciplina della legge nel tempo che notoriamente diverge nei due campi. D'altronde in ottica interna, l'art. 111 Cost. consacra il tema della legalità processuale, mentre rimane incerto il tema della irretroattività (e forse anche della retroattività *in mitius*), da ricollegarsi eventualmente alla nozione di prevedibilità<sup>50</sup>.

Sullo sfondo si coglie la questione più generale dei rapporti tra istituti processuali e istituti sostanziali, la cui linea di confine non appare certamente netta né all'interno dei singoli ordinamenti, né nel raffronto comparativo tra ordinamenti nazionali<sup>51</sup>. Tema già affrontato con riferimento al rito abbreviato, nella celeberrima sentenza *Scoppola c. Italia* del 2009, ove le conseguenze sanzionatorie di un istituto qualificato come processuale in diritto italiano sono state attratte nel novero delle garanzie dell'art. 7 CEDU per effetto notoriamente della sua diretta

pori cedere. *Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, cit., p. 71 ss.

<sup>50</sup> T. Epidendio, *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la "crisi del diritto penale tra le Corti*, in *Dir. pen. cont.*, 28 settembre 2017, p. 9. Sul tema, all'interno di una vasta bibliografia, cfr. M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *Riv. trim – Dir. pen. cont.*, n. 3, 2016, p. 13 ss., nonché V. Valentini, *La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva*, in *Dir. pen. cont.*, 20 giugno 2016.

<sup>51</sup> T. Epidendio, *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la "crisi del diritto penale tra le Corti*, cit., p. 1 ss. Sul punto cfr. anche le notazioni di V. Maiello, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. pen.*, n. 3, 2016, p. 1258. Adde S. Marcolini, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, n. 1, 2016, p. 372.

rilevanza sulla pena in concreto irrogata al condannato<sup>52</sup>. Aderendo a tale ipotetica prospettiva, si addiverrebbe, in altri termini, a ritenere che la qualificazione sostanziale o processuale di un istituto ad opera degli Stati parte – oggetto del margine nazionale di apprezzamento – non impinga sulla (ri)qualificazione in senso garantista di un istituto ad opera della Corte europea. Quest'ultima sarebbe libera (ed anzi coerentemente obbligata), secondo la logica autonomista posta a fondamento della materia penale, a prescindere dalla qualificazione giuridica proposta dagli ordinamenti nazionali – sempre nell'ottica di evitare una frode delle etichette – dovendo viceversa riconoscere le garanzie che accompagnano il reato e la pena ogni qualvolta il mutamento legislativo finisca per incidere sul trattamento sanzionatorio del reo latamente inteso. Saremmo di fronte ad un'estensione per così dire 'orizzontale' del concetto di materia penale (a cavallo tra diritto e processo) e non più 'verticale' (ossia inerente ai rapporti tra sanzione formalmente penale e amministrativa).

Si tratta allo stato di prospettive solo liminarmente analizzate in questa sede, le quali richiederebbero ben altro sforzo interpretativo per essere compiutamente argomentate e che sospingono l'analisi in direzione di prospettive conciliative dotate di maggiore concretezza nella vicenda *Taricco*.

## 6. *L'identità costituzionale dell'art. 4.2 TFUE e la 'comunitarizzazione' dei controllimiti*

Uno spunto per muovere alla ricerca di un punto di congiunzione tra le contrapposte posizioni giurisprudenziali è stato rinvenuto nel passaggio in cui la Corte Costituzionale ricorre alla tesi secondo cui la Corte di Giustizia consentirebbe l'applicazione dell'art. 325 TFUE solo se compatibile con "l'identità costituzionale" dello Stato italiano e dall'idea che il primato del diritto dell'Unione nasce dalla "capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare l'identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro", richiamando la disposizione dell'art. 4.2 TUE<sup>53</sup>. La valutazione dell'effettiva compatibilità spetterebbe al giudice nazionale, nel caso di specie alla Corte Costituzionale, sulla base di una interpretazione che apparentemente non mette in discussione la lettura dell'art. 325 TFUE fornita dalla Corte di Giustizia, né compromette le esigenze di "uniforme applicazione" del diritto dell'UE. La resistenza dei giudici costituzionali non investe infatti il riconoscimento della *primauté* del diritto europeo,

<sup>52</sup> Allude a questa prospettiva anche V. Manes, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema"*, cit., p. 14 ss.

<sup>53</sup> La norma dispone che: "l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale".



e neppure l'applicazione dell'art. 325 TFUE, ma riguarda l'imposizione di un obbligo di risultato nella misura in cui esso è idoneo a ledere un principio della tradizione costituzionale conformante l'identità nazionale dello Stato membro e tale clausola di riserva troverebbe nell'identità costituzionale un suo appiglio.

Proprio il riconoscimento del rispetto dell'identità costituzionale all'interno del Trattato di Lisbona potrebbe secondo taluni aprire la strada ad una "comunitarizzazione" dei controlimiti, dando luogo a formule inedite di risoluzione delle antinomie tra diritto europeo e diritto interno<sup>54</sup>. Sulla base dell'art. 4.2 TUE si propone infatti di ricavare un riconoscimento dei controlimiti su scala europea, non identificabili più come momento di rottura con l'ordinamento ma come strumento capace d'innescare un dialogo tra Unione europea e Stati membri. In tale chiave ricostruttiva la tematica dei controlimiti, anziché costituire un freno unilateralmente apposto al processo di integrazione, dovrebbe viceversa dare avvio ad una rimeditazione dialogica dei limiti di competenza rispettiva degli ordinamenti 'a confronto', di cui dovrebbero giovare i principi fondamentali attinenti al giure penale. Nell'ottica di un processo di armonizzazione tra gli ordinamenti penali degli Stati membri risulterebbe opportuno garantire un effettivo dialogo tra gli organi giudicanti, non sempre istaurabile mediante il ricorso allo strumento dell'interpretazione conforme, definita da taluni una "pietosa menzogna" capace solo di attenuare ma non guarire la "schizofrenia" che caratterizza l'intricato rapporto tra Corti<sup>55</sup>. Si tratterebbe di superare una visione 'difensiva' dei controlimiti, intesi come divieto d'accesso alla penetrazione del diritto europeo, aprendosi ad una visione 'dinamica' degli stessi quali strumento non solo di garanzia costituzionale ma soprattutto di stimolo al dialogo multilivello<sup>56</sup>. I controlimiti, in questa diversa prospettiva, dovrebbero essere assorbiti nel tessuto ordinamentale europeo, garantendo così una coesistenza della giurisdizione della Corte di Giustizia e delle Corti costituzionali, senza violare il principio di leale collaborazione e spingendo viceversa tutti gli attori ad operare *hand in hand*.

Nella medesima logica di valorizzazione delle specificità costituzionali potrebbe leggersi il c.d. freno di emergenza degli artt. 82, co. 2, e 83, co. 2 TFUE, il quale consente ad uno Stato membro di attivare un processo di desolidarizzazione dalla decisione eurolunitaria in fase ascendente quando le direttive di armonizzazione incidano su "aspetti fondamentali del proprio sistema giuridico penale". Anche se non applicabile nello specifico campo della tutela degli interessi finanziari, e al netto delle incertezze interpretative che la formula sincretica dischiude,

<sup>54</sup> Per i primi rilievi (ante Taricco) C. Cupelli, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, in questa *Rivista*, 2013, p. 339 ss.

<sup>55</sup> R. Bin, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, 1/2015, 9 gennaio 2015, p. 12.

<sup>56</sup> Ancora F. Palazzo, *Legalità e determinatezza della legge penale*, cit. p. 279 ss.

tale clausola rappresenta comunque un elemento significativo per affermare la rilevanza del nucleo dei principi penalistici nell'ottica europea<sup>57</sup>.

In materia, i plurimi interventi del *Bundesverfassungsgericht* volti a identificare l'art. 4.2 TUE come clausola di autorizzazione ad una riserva giurisdizionale affidata alle Corti costituzionali degli Stati membri, in presenza di atti europolitari ritenuti lesivi del 'nucleo duro' di principi e diritti costituzionalmente garantiti, costituiscono un importante punto di riferimento<sup>58</sup>. Tuttavia essi sembrano mossi dall'intenzione di preservare il ruolo di decisore ultimo, rivendicando la *Letztentscheidungskompetenz* sulla base di quanto stabilito dall'art. 23 della *Grundgesetz*, e non possono facilmente fungere da modello, tenuto anche conto della costituzionalizzazione dei controlimiti nel tessuto giuridico tedesco non rinvenibile nel nostro ordinamento giuridico.

Il valore prospettico di tali riflessioni e il loro contenuto suggestivo appare indubitabile, in quanto esse precluderebbero ad una maggiore integrazione dell'essenza costituzionale del diritto penale nella costruzione europolitaria e consentirebbero, al contempo, un atteggiamento più fiducioso da parte della Consulta nei confronti dei giudici europei, che per esempio avevano dato prova di un uso meditato dello strumento sanzionatorio nel caso *Omega*<sup>59</sup>. Allo stato, tuttavia, nella specifica vicenda *Taricco* è stato rilevato che tale opzione interpretativa consisterebbe in un "maldestro tentativo di neutralizzazione dei controlimiti" se riguardata nell'ottica costituzionale<sup>60</sup>, determinando l'attribuzione alla Corte di Giustizia del potere di dirimere il conflitto. Secondo taluni sarebbe d'altronde implausibile che la Corte UE accetti una limitazione del primato del diritto europeo sul diritto interno, essendosi già mostrata restia ad accedere ad una lettura 'relativa' del principio di supremazia sovranazionale<sup>61</sup>. Tutt'al più si potrebbe ipotizzare che spetterebbe alla Corte di Giustizia garantire il rispetto delle prescrizioni in esso contenu-

<sup>57</sup> Sulla possibilità di attivare il freno d'emergenza anche nel settore degli interessi finanziari dell'Unione europea si rinvia a H. Satzger, *Prospettive di un diritto penale europeo basato su una politica criminale europea*, in A.M. Stile, S. Manacorda, V. Mongillo (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, cit., p. 94.

<sup>58</sup> BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08 - Rn. (1-421), cd. *Lissabon Urteil* nella quale si fa esplicito riferimento all'art. 4. 2 TUE quale strumento di codificazione della teoria dei controlimiti e base giuridica per l'esercizio del controllo da parte delle Corti costituzionali sulla norma europea lesiva dell'identità costituzionale nazionale.

<sup>59</sup> Corte di Giustizia dell'Unione europea, causa C-36/02, *Omega Spielballen - und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, 14 ottobre 2004.

<sup>60</sup> M. Luciani, *Il brusco risveglio*, cit., p. 9 ss. Critica anche L.S. Rossi, *Come risolvere la "questione Taricco" senza far leva sull'art. 4, par. 2, TUE*, in [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org), 17 maggio 2017.

<sup>61</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, causa 6/64, *Costa c. Enel*, 15 luglio 1964: "scaturito da una fonte autonoma il diritto nato dal trattato non potrebbe [...] trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della comunità".

te, operando bilanciamenti ‘in proprio’ ovvero autorizzando un intervento derogatorio del principio di primazia assoluta del diritto dell’UE solo in presenza di una minaccia “reale e sufficientemente grave alla tutela di interessi fondamentali della collettività”.

A conferma della problematicità dell’argomento rilevano le già menzionate conclusioni dell’Avvocato Generale nel caso *M.A.S. e M.B.* nelle quali si afferma che i principi e diritti fondamentali dello Stato italiano sono previsti dagli artt. 1-12 della Costituzione nazionale. Sulla base di una visione formalistica il principio di legalità non rientrerebbe in tale elenco e di conseguenza la disapplicazione delle norme nazionali e la ipotetica violazione del principio di legalità non lederebbe “l’identità nazionale” dello Stato membro di cui all’art. 4.2 TUE (§§ 181 e ss.).

### 7. *La clausola di riserva e non regressione dell’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione*

Un ulteriore argomento suscettibile di essere invocato per consentire un dialogo *construens* tra le Corti è stato rinvenuto nel disposto dell’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione relativa al livello di protezione dei diritti. La norma notoriamente prevede che “Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell’Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l’Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri”.

Che tuttavia questo ultimo inciso consenta agli Stati membri di ottenere un’eccezione al regime armonizzante del diritto dell’Unione è lecito dubitare, se si ha riguardo alla decisione – invero criticamente commentata dalla dottrina penalistica maggioritaria – resa dalla Corte di Giustizia nel celebre caso *Melloni*, ove si è inteso far prevalere il primato del diritto dell’Unione, e di unità ed effettività del diritto sovranazionale rispetto alle peculiarità (penal)costituzionali degli Stati membri<sup>62</sup>. Non a caso, la Corte Costituzionale, consapevole di tale difficoltà, ha operato in seno all’ordinanza n. 24/2017 per un *distinguishing* con tale problematico precedente. Al riguardo, la Consulta si è premurata di precisare che mentre in *Melloni* una differente soluzione avrebbe comportato “la rottura dell’unità del diritto dell’Unione in una materia basata sulla reciproca fiducia in

<sup>62</sup> C. Cupelli, *Hobbes europeista?*, cit., p. 339 ss.; S. Manacorda, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale à la carte*, in *Riv. trim. – Dir. pen. cont.*, n. 3, 2013, p. 242 ss.

un assetto normativo uniforme”, nella vicenda *Taricco* non sarebbe posto in discussione il primato del diritto dell’Unione, quanto piuttosto l’esistenza di “un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice”, che “non dipende dalla contrapposizione di una norma nazionale alle regole dell’Unione ma solo dalla circostanza, esterna all’ordinamento europeo, che la prescrizione in Italia appartiene al diritto penale nazionale, e soggiace perciò al principio di legalità in materia penale” (punto 8)<sup>63</sup>. Secondo la Corte Costituzionale, difatti, la prescrizione non è oggetto di armonizzazione “ed ogni Stato membro è perciò libero di attribuire alla prescrizione dei reati natura di istituto sostanziale o processuale”. Si tratterebbe, come più volte ribadito nell’ordinanza, di una “qualificazione esterna” rispetto all’art. 325 TFUE, una “circostanza esterna” all’ordinamento europeo.

Tale ultimo argomento è stato riconosciuto come fondato nella sentenza *M.A.S. e M.B.* al § 44: “alla data dei fatti di cui al procedimento principale il regime della prescrizione applicabile ai reati in materia di IVA non era stata oggetto di armonizzazione”, prospettiva mutata tuttavia per effetto dell’entrata in vigore della nuova Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari dell’Unione del 5 luglio 2017<sup>64</sup>. Quindi, come si evince dal successivo § 45 della più recente sentenza europea, “la Repubblica italiana era libera di prevedere che il regime di applicazione temporale della prescrizione ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati e delle pene, nel diritto penale sostanziale”.

Resistenze al ricorso all’art. 53 CDFUE attraversano d’altronde la dottrina comunitarista sul presupposto che la disposizione in esame non costituisca una semplice clausola di salvaguardia del diritto al *maximum standard* e non sia neppure da concepirsi come clausola di risoluzione dei conflitti: essa – letta alla luce

<sup>63</sup> Sul punto V. Manes, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*. cit., p. 11, peraltro con accenti perplessi sulla effettiva tenuta del *distinguishing*. Critica sull’argomentazione della Corte anche P. Mori, *La Corte Costituzionale chiede alla Corte di Giustizia di rivedere la sentenza Taricco*, cit., p. 436 ss.

<sup>64</sup> La direttiva UE 2017/1371 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale riconosce termini omogenei di prescrizione per i reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione. L’art. 12, per i reati di cui agli artt. 3, 4 e 5, prevede un termine di almeno 5 anni dal momento in cui il reato è stato commesso per poter “condurre le indagini, esercitare l’azione penale, svolgere il processo e prendere la decisione giudiziaria”. Un termine di prescrizione che può essere ulteriormente ridotto, fino ad un minimo di 3 anni, in base al diritto di deroga alla disciplina generale riconosciuto a favore dei Paesi membri dal § 3 dell’art. 12, purché il termine possa essere sospeso o interrotto per atti specifici. Un termine di prescrizione minimo è previsto anche per il periodo di esecuzione della pena. Il § 4 prevede, difatti, che una sanzione alla reclusione non inferiore ad un anno o, in alternativa, una sanzione detentiva irrogata per reato punibile con una sanzione non inferiore nel massimo a 4 anni, possano essere eseguite per almeno 5 anni dal momento in cui la sentenza di condanna definitiva è stata emanata; in caso di atti interruttivi o sospensivi il termine può essere prorogato.

del parere 2/2013 della Corte di Giustizia – impone invece che l’interpretazione dei diritti fondamentali venga garantita nell’ambito della struttura e degli obiettivi dell’Unione<sup>65</sup>.

#### 8. *Una rimeditazione della Corte di Giustizia sulla scorta dei diritti fondamentali. La sentenza M.A.S. e M.B. del 2017*

Il tema dei diritti fondamentali è stato dai più individuato come possibile terreno di incontro tra le Corti, idoneo a far rientrare il pericoloso argomento dei controlimiti. Ci sembra di poter dire che le argomentazioni sul punto si siano articolate in due diverse opzioni interpretative.

Secondo un primo orientamento, taluni avevano rilevato che avrebbe potuto giovare alla ricomposizione dei punti di vista la qualificazione in termini sostanziali della prescrizione come parte delle “tradizioni costituzionali” ad opera dell’ordinanza n. 24/2017. La Corte Costituzionale ha infatti tenuto a precisare che la problematica in questione non riguarda direttamente né le competenze dell’Unione, né le norme dell’Unione, non rinviando ad alcuna esigenza di uniformità nell’ambito giuridico europeo, aggiungendo che ogni “Stato membro è perciò libero di attribuire alla prescrizione dei reati natura di istituto sostanziale o processuale, in conformità alla *sua tradizione costituzionale*”. L’istituto della prescrizione, avendo natura sostanziale ed essendo soggetto alla garanzia di cui all’art. 25, co. 2, Cost., rientrerebbe nella tradizione costituzionale dello Stato italiano, che, rispetto all’art. 49 della Carta di Nizza e all’art. 7 CEDU, risulta per l’imputato di maggior favore. Sulla scorta di tale passaggio argomentativo dell’ordinanza della Corte Costituzionale e di un espresso richiamo all’art. 6, co. 3, TUE, si era da taluni prospettata l’apertura – nell’attesa sentenza della Corte di Giustizia – in direzione di un potenziale riconoscimento dei diritti fondamentali fondato appunto su tale ultima disposizione, che notoriamente radica il riconoscimento degli stessi nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, e che è stata posta a fondamento della consacrazione del principio della retroattività della *lex mitior* nel celeberrimo caso *Berlusconi*<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> P. Mori, *La Corte Costituzionale chiede alla Corte di Giustizia di rivedere la sentenza Taricco*, cit., p. 439 ss.

<sup>66</sup> Corte di giustizia dell’Unione europea, cause riunite C-387/02, C-391-02 e C-403/02, *Berlusconi ed altri*, 3 maggio 2005 con nota di G. Insolera-V. Manes, *La sentenza della Corte di giustizia sul “falso in bilancio”: un epilogo deludente?*, in *Cass. pen.*, n. 9, 2005, p. 2768 ss.; S. Manacorda, *“Oltre il falso in bilancio”: i controversi effetti in malam partem del diritto comunitario sul diritto penale interno*, in *Dir. un. eur.*, n. 2, 2006, p. 253 ss.; R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alle Corti Costituzionale, Giappichelli*, 2005.

A dire il vero, tale strada appariva preclusa<sup>67</sup>. Altro è infatti ragionare sulla tradizione costituzionale propria ad uno Stato membro – nella specie ovviamente l'Italia – per fondare, per il tramite dei diritti fondamentali, un principio generale di diritto dell'Unione, come avviene nella ordinanza n. 24/2017. Altro è, viceversa, prospettare una tradizione costituzionale *comune* agli Stati membri che – per quanto appaia formula fortemente indeterminata ed aperta anche a manipolazioni interpretative di rilievo – deve sostanziarsi in una prospettiva ricognitiva e argomentativa che trascenda l'esperienza di un singolo ordinamento<sup>68</sup>.

Secondo una diversa opzione interpretativa, un appiglio più solido per un tentativo di ricomposizione era da rinvenirsi nella stessa sentenza *Taricco*, dove la Corte di Giustizia, al § 53, ha affermato che “se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che *i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati*”<sup>69</sup>; del pari essa ha aggiunto, al successivo § 55, che la disapplicazione della norma interna contrastante va disposta “*con riserva di verifica da parte del giudice nazionale*” *in ordine al rispetto dei diritti degli imputati*”<sup>70</sup>. Si è quindi rilevato che il giudice penale, per procedere alla disapplicazione, avrebbe dovuto operare una serie di verifiche intersecanti tanto il piano delle scelte politico-criminali (c.d. condizione positiva della disapplicazione), quanto quello della tutela dei diritti fondamentali (c.d. condizione negativa della disapplicazione): un percorso “irto di condizioni” per il giudice, difficili peraltro da configurare nell'ordinamento italiano in virtù della portata del principio della separazione tra poteri<sup>71</sup>.

In linea con questa lettura, già prima della recente decisione *M.A.S. e M.B.* del 5 dicembre 2017 si era rilevato che da tale prospettiva sarebbe derivata la possibilità per il giudice europeo ‘in seconda battuta’ di individuare con maggiore precisione i margini di operatività dei diritti fondamentali, allineandosi alla sentenza della Corte Costituzionale. Più esattamente, la Corte di Giustizia, nella tesi prospettata, avrebbe potuto accogliere le motivazioni della Consulta, riconoscendo che esse si fondano appunto sulla tutela del diritto fondamentale dell'individuo a che sia prevedibile il complessivo trattamento punitivo in cui incorre, comprensivo dei termini massimi di prescrizione.

Si era quindi auspicata una cedevolezza della Corte di Giustizia che non giungesse sino al punto di un *revirement* ma che si inserisse negli ‘interstizi’ interpretativi aperti dal dialogo tra Corti. Ciò secondo una logica di sistema, cui anche la

<sup>67</sup> Critico anche M. Luciani, *Il brusco risveglio*. cit., p. 8 ss.

<sup>68</sup> Incidentalmente sul punto P. Mori, *La Corte Costituzionale chiede alla Corte di Giustizia di rivedere la sentenza Taricco*, cit., p. 418.

<sup>69</sup> D. Voza, *Prescrizione e gravi frodi IVA: “Disapplicare per punire”?*, cit., 123 ss.

<sup>70</sup> S. Manacorda, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA*, cit., p. 4.

<sup>71</sup> D. Voza, *Prescrizione e gravi frodi IVA: “Disapplicare per punire”?*, cit., p. 123 ss.

Corte di Giustizia non dovrebbe rimanere insensibile, se è vero che la legittimazione (invero incerta) delle istituzioni europee non è detto che si rafforzi attraverso modelli comportamentali caratterizzati da rigidità e sostanziale disprezzo per quelle peculiarità dei sistemi penali che pure occorre rispettare.

Le *chances* che la Corte di Giustizia si ‘piegasse’ alle esigenze costituzionali italiane attraverso il richiamo generico o specifico ai diritti fondamentali, inizialmente sostanziatesi in un auspicio, sono diventate realtà nella decisione *M.A.S. e M.B.*, ove i giudici europei hanno operato in due tempi. In un primo tempo, essi si sono premurati di ribadire il contenuto essenziale della sentenza *Taricco*, ricordando che spetta ai giudici nazionali disapplicare le norme sulla prescrizione che, in un procedimento per gravi reati in materia di IVA, impediscano l’applicazione di sanzioni effettive e dissuasive per combattere le frodi lesive degli interessi finanziari dell’Unione europea. Non si è, d’altra parte, rinunciato ad evidenziare che un legislatore nazionale, allorché – per soddisfare obblighi europei – proroghi un termine di prescrizione con applicazione immediata, non lede, in linea generale, il principio di legalità dei reati e delle pene (§§ 41 e 43), e – in assenza di un’armonizzazione della disciplina della prescrizione intervenuta parzialmente con la nuova Direttiva 2017/1371 – la “Repubblica italiana era quindi libera, a tale data, di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico, detto regime ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati e alla determinazione delle pene, nel diritto penale sostanziale e fosse a questo titolo soggetto, come queste ultime norme, al principio di legalità dei reati e delle pene” (§ 44 e 45). Del pari, invocando il § 53 della sentenza *Taricco*, si è ribadito che i giudici interni “quando devono decidere, nei procedimenti pendenti, di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione, sono tenuti ad assicurarsi che i diritti fondamentali delle persone accusate di aver commesso un reato siano rispettati” (§ 46). Tuttavia, in un secondo tempo – e in linea con la tesi compositiva qui prospettata – la Corte di Giustizia si è soffermata sull’ulteriore compito dei giudici nazionali: premesso che “i requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività inerenti al principio di legalità dei reati e delle pene si applicano, nell’ordinamento giuridico italiano, anche al regime di prescrizione relativo ai reati in materia di IVA” (§ 58), ciò “osta[no] a che, in procedimenti relativi a persone accusate di aver commesso reati in materia di IVA prima della pronuncia della sentenza *Taricco*, il giudice nazionale disapplichì la disposizione del codice penale in questione”. A ciò si oppone per l’appunto il principio di irretroattività (§ 60).

La tesi dei diritti fondamentali, che in prima battuta era sembrata peccare per ottimismo, si è in realtà avverata nella recente decisione, anche se la Corte di Giustizia ha sostanzialmente ‘ceduto’ alle ragioni della Corte costituzionale senza lanciarsi in impegnative affermazioni di principio.

## 9. Conclusioni: il monito al giudice e il richiamo alle responsabilità del legislatore

La Corte di Giustizia nel caso *Taricco* si è mostrata inizialmente orientata verso un confronto frontale che sembrava alludere ad una lotta per la primazia, e si è, dunque, avvicinata alla rottura del ‘gioco ad incastri’ con la Corte Costituzionale. Quest’ultima ha preferito non sguainare la ‘spada’ dei controlimiti e ha tentato un contrattacco in sordina proponendo un confronto diretto e l’apertura di un dialogo multilivello tra Corti. Il confronto è stato sciolto, come auspicabile, mediante un dialogo *construens*, in cui i giudici europei hanno preferito, in seconda battuta, superare la prospettiva conflittuale, senza rinunciare alla dialettica.

Come già nella sentenza *Taricco*, anche nella sentenza *M.A.S. e M.B.* si pone al centro della scena il giudice, cui compete “assicurarsi che i diritti degli imputati derivanti dal principio di legalità dei reati e delle pene siano garantiti” (§ 48). Spetta al giudice valutare se la disapplicazione comporti “una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell’insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell’applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato” (§ 62).

Un monito giunge dunque anzitutto al giudice comune, che è il vero destinatario delle indicazioni promananti dal Lussemburgo, affinché si faccia garante dei diritti fondamentali e dell’effettività del diritto dell’Unione<sup>72</sup>. In quello che è stato definito il “diritto penale dell’attesa”, derivante dal susseguirsi di decisioni giudiziarie dagli effetti così dirompendi ma suscettibili di letture estremamente variegata e che annunciano nuove decisioni, dando anche luogo ad una incertezza normativa crescente, sottotraccia può leggersi altresì un’occasione per riveditare sul ruolo da riconoscersi alla Corte Costituzionale<sup>73</sup>.

Tuttavia, un richiamo ancora più forte – specie per essere stato espresso in una sentenza avente ad oggetto l’interpretazione del diritto eurounitario e non la sua violazione – giunge al legislatore. Nella sentenza *M.A.S. e M.B.* si legge infatti che “spetta, in prima battuta, al legislatore nazionale stabilire norme sulla prescrizione che consentano di ottemperare agli obblighi derivanti dall’art. 325 TFUE, alla luce delle considerazioni espresse dalla Corte al punto 58 della sentenza *Taricco*. È infatti compito del legislatore garantire che il regime nazionale di prescrizione in materia penale non conduca all’impunità in un numero considerevole di casi di frode grave in materia di IVA o non sia, per gli imputati, più severo nei casi di frode lesive degli interessi finanziari dello Stato membro interes-

<sup>72</sup> Propendeva per l’esclusione dell’intervento della Consulta, M. Gambardella, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, cit., p. 1476.

<sup>73</sup> T. Epidendio, *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 26 ss.



sato rispetto a quelli che ledono gli interessi finanziari dell'Unione" (§ § 41 e 61). Già in precedenza si aveva avuto modo di sottolineare come al cospetto della sentenza *Taricco* fosse necessario – ancorché poco plausibile – un intervento normativo. Oggi, il Parlamento (e l'Esecutivo che tanta parte ha nell'attuale produzione legislativa, specie in attuazione del diritto dell'Unione) è nuovamente posto dinanzi alle sue responsabilità: posto al cospetto di una congerie di sollecitazioni e limiti di fonte europea, deve mostrare doti di equilibrio, meditazione e approfondimento analitico non sempre rinvenibili nell'attuale realtà del diritto penale. Dopo il tramonto del primato della norma scritta e la *common law-isation* del diritto penale<sup>74</sup> sono forse questi i primi segni di un'inversione di rotta dei giudici europei volta a riscoprire il vincolo del giudice alla legge?

<sup>74</sup> Per tutti V. Manes, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazione del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 955 ss.



DOMENICO PULITANÒ

## LA MORALITÀ DELLA PRESCRIZIONE PER DECORSO DEL TEMPO

SOMMARIO: 1. Risposte al reato e dimensione temporale. – 2. Il problema prescrizione. – 3. I tempi di prescrizione. – 4. *Dies a quo* del problema prescrizione. – 5. Tempo dell'oblio e tempi del processo. – 6. Obliare che cosa? – 7. I tempi del processo come costo 'di giustizia'.

### 1. *Risposte al reato e dimensione temporale*

Il titolo intende essere una provocazione a riflettere sul senso di un istituto – la prescrizione del reato – che spezza la regola generale del diritto penale, la connessione fra il reato e la pena, dando rilievo decisivo al mero trascorrere del tempo.

La dimensione temporale è costitutiva dei fatti del mondo e della vita. Nel tempo si colloca il diritto criminale/penale, nel tempo si colloca l'accertamento processuale, il percorso istituzionale per arrivare al giudizio, del quale la condanna è un possibile esito. Dopo la sentenza definitiva di condanna, la dimensione temporale è carattere costitutivo della tipologia di pena più importante, la pena detentiva.

Per l'applicazione della legge penale hanno a che fare con il tempo problemi di varia natura: eventuale successione di leggi; eventuale rilevanza attribuita o attribuibila, ai fini della risposta al reato, a fatti anteriori o successivi ad esso, anche nel corso dell'esecuzione della pena.

La norma che regge il sistema sanzionatorio (art. 133 c.p.) riconosce rilevanza alla condotta del reo antecedente, contemporanea e susseguente al reato, ai fini del giudizio sulla capacità a delinquere, e quindi della risposta al commesso reato. Questo allargamento della base del giudizio, apparentemente indefinito, incontra limiti anche costituzionali, messi a fuoco da importanti sentenze.

Ha a che fare con problemi di rilevanza di fatti pregressi l'istituto della recidiva. Il modello rigorista costruito dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, in controtendenza rispetto alla novella del 1974, è stato demolito dalla giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sentenza interpretativa n. 192 del 2007. Il giudice può applicare l'aumento di pena previsto per la recidiva reiterata *“solo qualora ritenga il nuovo episodio delittuoso concretamente significativo – in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, ed avuto riguardo ai parametri indicati*

dall'art. 133 cod. pen. – sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo”<sup>1</sup>.

Approdo di questa linea argomentativa è la sentenza n. 185 del 2015, che ha dichiarato illegittima l'obbligatorietà dell'aumento di pena per la recidiva in ragione di determinati titoli di reato (art. 99, comma 5, c.p.), *senza alcun accertamento della concreta significatività del nuovo episodio delittuoso* in relazione ai parametri di commisurazione della pena. Parametri costituzionali, gli artt. 3 e 27, comma 3. La *concreta significatività* (rispetto alla colpevolezza e/o pericolosità del reo) è criterio e limite di legittimità costituzionale della recidiva quale ragione di aggravamento della pena.

Ha pure a che fare con i limiti di rilevanza di fatti anteriori Corte Cost. n. 249/2010<sup>2</sup>, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di un'aggravante simbolo della legislazione securitaria del 2008 (reato commesso dall'immigrato irregolare): *“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”*. Non possono essere tipizzati come rilevanti ai fini della 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*.

Uno spazio maggiore è aperto alla rilevanza *in bonam partem* di condotte susseguenti al reato, in particolare condotte riparatorie o di collaborazione con l'autorità. Nella giurisprudenza costituzionale è di particolare interesse la sentenza n. 183 del 2011: dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 62-bis, comma 4, c.p., nella parte in cui stabilisce che, ai fini delle attenuanti generiche, non si possa tenere conto della condotta del reo susseguente al reato. Tale esclusione contrasta col principio di ragionevolezza (art. 3) e con la finalità rieducativa della pena (art. 27, comma 3): la condotta susseguente al reato *“può segnare una radicale discontinuità negli atteggiamenti della persona e nei suoi rapporti sociali; e l'obiettivo della rieducazione del condannato “non può essere efficacemente perseguito negando valore a quei comportamenti che manifestano una riconsiderazione critica del proprio operato”*.

Questa sentenza dice qualcosa d'importante sui principi di struttura del sistema sanzionatorio: staglia l'importanza che condotte susseguenti al reato possono avere, come segnali di *discontinuità negli atteggiamenti della persona e nei suoi rapporti sociali*. Discontinuità anche *radicale*: potrebbero essere *comportamenti*

<sup>1</sup> In questo senso R. BARTOLI, *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1695.

<sup>2</sup> Ha dichiarato illegittima la circostanza aggravante introdotta dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (convertito in legge 24 luglio 2008, n. 125) come punto 11 bis dell'art. 61 c.p.: *“l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trovi illegalmente sul territorio nazionale”*.

che manifestano una riconsiderazione critica del proprio operato, ai quali non può essere negata, alla luce del finalismo 'rieducativo', la possibile rilevanza attenuante, anche sotto forma di attenuanti generiche, con possibile prevalenza sulla recidiva (un'aggravante agganciata al passato, a tempi che precedono la svolta ideale e/o comportamentale positiva).

In questo quadro si colloca la sentenza n. 74 del 2016: dichiarazione d'illegittimità del divieto di prevalenza sulla recidiva di un'attenuante speciale che premia collaborazioni utili, con riduzioni di pena molto spinte.

Nell'ambito delle condotte successive al reato, le condotte riparatorie sono fra le più idonee a segnare una riconsiderazione critica; la preclusione del giudizio di prevalenza, nel bilanciamento con la recidiva, appare incompatibile con la ragion d'essere di attenuanti che valorizzino condotte successive al reato.

La freccia del tempo è determinante per le risposte al commesso reato: *i fatti più recenti hanno maggiore rilievo di fatti remoti*. L'attivarsi del reo in senso positivo, per la riparazione (per quanto possibile) delle conseguenze del reato, è un elemento importante per un giudizio aggiornato: rimodulazione *in bonam partem* del trattamento sanzionatorio, e a certe condizioni estinzione del reato (il modello dell'oblazione *ex art. 162-bis c.p.*).

La freccia del tempo è importante per la strutturazione di pene la cui esecuzione si svolge nel tempo (*in primis*, ma non solo, la pena detentiva). È possibile (anzi doveroso, dice l'idea 'rieducativa' iscritta nella nostra Costituzione) costruire la pena come un percorso, che comincia con la commisurazione giudiziale e può poi snodarsi attraverso possibili varianti, costruite da istituti del codice penale e dell'ordinamento penitenziario.

Nel linguaggio comune definiamo *giustizia penale* la condanna/punizione di autori di reato secondo la legge punitiva vigente qui ed ora. Lo statuto 'di giustizia' della decisione dipende da scelte legislative e giudiziarie contingenti. Entro l'orizzonte etico-politico della democrazia liberale, una giustizia legittimamente discutibile è anche una legalità *rivedibile nel tempo*. L'idea di *certezza* della pena, luogo comune delle ideologie e del discorso pubblico sul penale, va ragionevolmente tradotta (relativizzata) in esigenza di fondamento legale e di ragionevolezza e coerenza dei modelli di risposta al reato: *certezza delle conseguenze legali del reato*, corollario del principio di legalità.

## 2. Il problema prescrizione

Il *problema prescrizione* ha a che fare col puro e semplice decorso del tempo, e non di fatti modificativi della valutazione giuridica del fatto illecito commesso. Sta qui, nella riduzione al mero dato temporale, la specificità del problema, il suo

essere (ed essere sentito) come un problema limite, un punto critico per un sistema che si usa definire di *giustizia penale*.

Dietro le etichette c.d. ‘dogmatiche’ sulla natura della prescrizione per decorso del tempo (sostanziale o processuale?) la sostanza del problema riguarda la disciplina applicabile secondo le regole di un ordinamento giuridico dato, ed eventuali principi sovraordinati di riferimento.

Storicamente, l’istituto della prescrizione è nato sul terreno del processo. Può essere coerentemente costruito come istituto processuale che preclude l’avvio di indagini, dopo che il termine di prescrizione sia già scaduto. La configurazione come *causa di estinzione del reato*, nell’ordinamento italiano, lo inserisce nel sistema delle risposte al reato. Il problema cui l’istituto prescrizione dà risposta nel nostro ordinamento, riguarda il *punire o non punire*. La natura del problema, e la risposta data, rientrano nel campo governato dai principi costituzionali sul diritto penale sostanziale<sup>3</sup>.

Una specifica disciplina processuale (art. 129 c.p.p.) è volta a ridurre al minimo l’impegno processuale, quando già consti l’applicabilità di cause estintive del reato per cui si procede, e in vista di tale obiettivo paga il prezzo di far dichiarare l’estinzione del reato anche quando la responsabilità sia ancora *sub iudice* (e un reato potrebbe non esserci stato). Per la prescrizione prima dell’accertamento del reato, la connotazione processuale sarebbe più coerente. La possibilità di rinuncia alla prescrizione, introdotta da una sentenza additiva della Corte costituzionale (n. 275/1990) in nome del diritto di difesa, riconosce all’imputato il diritto a un compiuto accertamento nel merito: un diritto di cui viene fatto, per evidenti ragioni di prudenza, un uso assai parco.

La natura sostanziale della prescrizione, chiaramente riconosciuta nella dottrina e giurisprudenza italiana, è sempre stata affermata dalla Corte costituzionale, da ultimo nelle pronunce sul caso Taricco (sentenza della Corte UE de 13 settembre 2015): l’ordinanza n. 24/2017, e infine la sentenza n. 115/2018, che anche alla luce della seconda sentenza della Corte UE (5 dicembre 2017) ha riaffermato che per la prescrizione vale il principio penalistico di legalità/determinatezza.

La previsione della prescrizione quale *causa estintiva* (del reato o della pena) rispecchia un sostanziale consenso di principio sull’affievolirsi, nel corso del tempo, delle ragioni giustificative della risposta penale. Assegnare alla variabile del tempo trascorso una rilevanza autonoma, ai fini della risposta al commesso reato, è una soluzione normativa suggerita (imposta?) dalla *considerazione dei tempi della memoria sociale e dei tempi di vita delle persone*; da esigenze di proporzione degli interventi penali non semplicemente rispetto al commesso reato, ma rispetto

<sup>3</sup> In dottrina, *ex multis* A. MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena*, in *Nov. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 679; P. PISA, *Prescrizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 78.

a bisogni di risposta che il corso del tempo può ragionevolmente concorrere a rimodulare.

Come suggerisce l'etichetta (o metafora) di *causa estintiva*, la prescrizione è un *estintore*, come quelli previsti da un sistema antincendio: può essere necessario collocare estintori a presidio di determinate situazioni, ma in condizioni di normale funzionamento del sistema dovrebbero rimanere inattivi. L'estinzione del reato in ragione del tempo trascorso sottende una valutazione, per così dire, di *irragionevole durata del tempo intercorso fra il commesso reato e il momento della decisione*; il suo effetto è la rinuncia ad applicare la conseguenza del reato (la sanzione penale) che in un tempo ragionevole sarebbe stata legalmente dovuta.

Vi sono vincoli costituzionali? Vengono in rilievo i principi affermati dalla Corte costituzionale in tema di cause di non punibilità: queste *“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”* (Corte cost., n. 148 del 1983).

Nonostante le difficoltà del collegare l'istituto della prescrizione a *un fondamento razionale assoluto e univoco*<sup>4</sup>, l'idea che ci sia un *tempo dell'oblio* (dell'affievolirsi, fino a svanire, di esigenze di risposta punitiva) è coerente con una *lettura utilitaristica e secolarizzata del diritto penale*<sup>5</sup>. Rispetto a uno scenario indifferente allo scorrere del tempo, *tempori cedere*, a date condizioni, può essere una soluzione ragionevole, con un solido fondamento nell'orizzonte costituzionale della pena<sup>6</sup>.

Espressione di un'idea di giustizia consapevole dei suoi limiti, senza pretese di assolutezza, l'idea del tempo dell'oblio non addita soluzioni precise, ma pone un problema serio. Chiede al legislatore valutazioni di giustizia o di politica del diritto, relative a ciò che possa venire in rilievo come tempo dell'oblio, *avendo riguardo al complessivo lasso di tempo fra la commissione del reato* (il fatto da eventualmente 'obliare') *e la decisione sul reato*.

Rispetto all'idea retributiva, *tempori cedere* segna il distacco da una pretesa di giustizia assoluta, quella iscritta sulla porta dell'inferno dantesco: *“Giustizia mosse il mio alto fattore... e io eterna duro”*. Non è incompatibile con versioni dell'idea retributiva che siano consapevoli della tensione fra giustizia e diritto positivo, del *malum* naturalistico comunque insito nella pena, e della rilevanza del fattore tempo rispetto a problemi di giusta e ragionevole risposta a fatti illeciti che il corso del tempo ha allontanato. Anche in un'ottica 'di giustizia', la pena

<sup>4</sup> S. SILVANI, *Il giudizio del tempo*, Bologna, 2009, p. 53.

<sup>5</sup> F. GIUNTA-D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, Torino, 2003, p. 24, 28.

<sup>6</sup> F. VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3, 2013, p. 18.

che sarebbe stata *giusta se tempestiva*, se tardiva acquisterebbe il *sapore di un'indebita sovraccentuazione*<sup>7</sup>: “*la troppo tarda pena è un inutile esempio, ed il lungo tempo ricopre in un'oscura notte colla memoria del fatto la chiarezza delle prove*”<sup>8</sup>.

La disciplina della prescrizione è materia marcatamente politica: il legislatore è competente a valutare le ragioni ritenute rilevanti nell'attribuire, modellare, limitare la rilevanza del decorso del tempo ai fini della decisione. L'esigenza di un *ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco* consente un controllo alla luce del principio di eguaglianza/ragionevolezza, eventualmente in collegamento con altri principi specificamente penalistici (principio di legalità; tendenza 'rieducativa' della pena).

La moralità della prescrizione – incerta e ambigua – ha a che fare con la considerazione dei *tempi di vita* delle persone: un dato che dovrebbe essere determinante per la ricostruzione complessiva del sistema penale alla luce dei principi costituzionali che riconoscono i diritti inviolabili dell'uomo e l'invulnerabilità di principio della libertà personale. Il rispetto della dignità e libertà della persona implica la considerazione dei tempi di vita, nella configurazione non solo di pene detentive, ma dell'intero sistema di risposte al reato: tipologie di sanzioni, e limiti dell'intervento. La questione dei tempi dell'oblio è strettamente intrecciata ai tempi di vita; il problema prestazione può e deve essere inserito in una visione complessiva dei limiti (anche limiti morali) del diritto penale.

Alla ricerca di difficili equilibri, sollecitato da valori apprezzabili e da corposi interessi, l'istituto della prescrizione solleva problemi chiaramente leggibili nelle due riforme – di segno diverso – che hanno modificato la disciplina apprestata dal codice Rocco. L'ambito di applicazione della causa estintiva è stato ridisegnato (tendenzialmente ampliato) dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, e ristretto dalla recente legge 23 giugno 2017, n. 103 in esito a un percorso legislativo assai tormentato. Senza entrare nei dettagli tecnici della novellata disciplina della prescrizione, propongo alcune riflessioni centrate su problemi aperti.

### 3. I tempi di prescrizione

La determinazione legislativa del tempo necessario a prescrivere è un punto specifico della costruzione del sistema sanzionatorio, che rientra in via di principio nella discrezionalità politica del legislatore, entro i limiti segnati dai principi costituzionali. La scelta di soglie temporali è un punto d'equilibrio selezionato da

<sup>7</sup> A. MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena*, cit., p. 684.

<sup>8</sup> M. PAGANO, *Giustizia criminale e libertà civile*, Roma, 2000, p. 101.



una contingente valutazione del legislatore, dentro un insieme di equilibri possibili; una scelta in qualche misura convenzionale, che può dipendere anche da ragioni tecniche, di architettura e di praticabilità del modello di disciplina. Nessuna scelta può avere la pretesa di rappresentare l'unico accettabile discrimine fra il punire e il non punire in ragione del tempo trascorso. La discutibilità di qualsiasi determinazione temporale è fra gli aspetti che rendono irriducibilmente ambiguo il significato dell'istituto.

Criterio di massima è la differenziazione dei tempi di prescrizione in ragione della gravità dei tipi di reato. Il riferimento al massimo edittale è una scelta tecnicamente semplice, con un aspetto problematico: incorpora valutazioni di gravità (del legislatore storico) relative a fatti collocabili nella fascia più alta di gravità d'un dato tipo di reato; anche per fatti rientranti nello stesso tipo di reato, ma di gravità diversa, un ragionevole 'tempo dell'oblio' potrebbe essere diverso. D'altro canto, il riferimento alla pena che potrebbe essere commisurata in concreto attribuirebbe al giudice un potere di decisione discrezionale sull'estinzione del reato, non compatibile col principio di legalità<sup>9</sup>.

L'originario modello di disciplina del codice Rocco prevedeva tempi diversi (più o meno lunghi) di prescrizione, differenziando *fasce di reati, raggruppati avendo riferimento al massimo edittale di pena*, e l'imprescrittibilità di delitti particolarmente gravi. La riforma del 2005 ha sostituito quel modello con il collegamento puntuale ai massimi edittali di ciascun reato (salvo che per i reati meno gravi: le contravvenzioni, i delitti per i quali sia prevista una pena massima inferiore a sei anni). La novella del 2017 si è innestata sul modello modificato nel 2005, che può definirsi destrutturato: a differenza che nel modello codicistico originario, i tempi di prescrizione dei delitti di media o elevata gravità non sono più predeterminati da scelte 'di parte generale', ma sono fatti dipendere pedissequamente dalla contingente molteplicità e varietà dei massimi edittali, stabiliti nella parte speciale.

Questa modifica di sistema, introdotta dalla riforma del 2005 e conservata dalla riforma del 2017, è priva di fondamento assiologico ed infelice sul piano tecnico.

Priva di fondamento assiologico, nel senso che non è collegata a valutazioni specifiche sui tempi dell'oblio. È irragionevole postulare che il massimo edittale di pena, fissato secondo criteri di politica sanzionatoria, definisca per ciascun tipo di reato un peculiare tempo dell'oblio; e ancor più irragionevole postulare (statuire normativamente) che il tempo dell'oblio debba seguire pedissequamente ogni variazione del massimo edittale.

<sup>9</sup> Su questo punto, la riforma del 2005, eliminando la rilevanza delle circostanze e del bilanciamento fra circostanze, ha eliminato un grave difetto (di legittimità costituzionale?) della disciplina previgente: la sostanziale decisività di un giudizio discrezionale ai fini della prescrizione.

Infelice sul piano tecnico, perché a seguito del *linkage* rigido fra tempi di prescrizione e massimi edittali, l'insieme dei tempi di prescrizione è divenuto meno compatto (i tempi di prescrizione mutano da reato a reato) e meno stabile. In prospettiva, *qualsiasi* modifica dei massimi edittali (al di sopra della soglia dei sei anni di reclusione) diviene un *fattore di instabilità* dei tempi di prescrizione. È un vincolo pesante su riforme che intendano andare in direzione di un abbassamento di massimi edittali (cui corrisponderebbe automaticamente una riduzione del tempo di prescrizione). Si presta ad usi strumentali: modificare al ribasso o al rialzo i massimi edittali per accelerare o per allungare i tempi di prescrizione, senza dichiarare una posizione ben definita sulla determinazione dei tempi dell'oblio. Si direbbe che il legislatore abbia preferito evitare di esporsi sul problema, politicamente assai spinoso, di una esplicita e ragionata determinazione dei tempi dell'oblio in sede di parte generale<sup>10</sup>. L'esito è distorto non solo rispetto alle ragioni della prescrizione, ma rispetto alla complessiva costruzione del sistema sanzionatorio: tendenzialmente spinge verso la previsione di massimi edittali elevati.

Certo, anche la suddivisione per fasce di gravità è un modello non indipendente da scelte di parte speciale relative alla pena. Ma affidando al legislatore di parte generale la determinazione di termini di prescrizione ritenuti congrui con riguardo alla natura e gravità dei reati delle diverse fasce, riconosce l'autonomia assiologica delle scelte in materia di prescrizione. Il sistema che ne risulta è più organico, più maneggevole nelle applicazioni, meno instabile, meglio controllabile.

#### 4. Dies a quo *del problema prescrizione*

La prescrizione decorre dal giorno della *consumazione* del reato (art. 158 c.p.). Nella discussione sulla riforma è affiorata la proposta di spostare il *dies a quo*, dal *tempus commissi delicti* al momento della notizia di reato (spesso ravvicinato, talora distanziato nel tempo). La ragione di una tale proposta – rimasta senza seguito – è facile da comprendere: precludere al reo di giovare del ritardo nella scoperta del reato. Perché non accoglierla?

Propongo un esempio: Agostino, ormai Vescovo, racconta un episodio della sua giovinezza, un furto di pere commesso trent'anni prima, insieme con altri ra-

<sup>10</sup> Tornare al modello della differenziazione dei termini di prescrizione per fasce di gravità di tipi di reato, era la strada suggerita dalla Commissione Fiorella; non assente (ancorché minoritaria) nelle proposte che erano state presentate in Parlamento è una strada autorevolmente sostenuta nella dottrina penalistica da F. PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro?*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 1, 2016, 52 ss.

gazzi, per il solo gusto di rubare<sup>11</sup>. Dentro una grande storia, una piccola confessione intrisa di amarezza, su un peccatuccio (obiettivamente delittuoso) remoto nel tempo e rimasto sconosciuto al mondo. L'attendibilissima confessione sarebbe la notizia – pienamente probante! – del furtarello di trent'anni prima. Ipotizzando che la prescrizione non decorra prima che sia stata acquisita la notizia di reato, il santo Vescovo confesso e contrito potrebbe (dovrebbe) essere ritenuto responsabile (salva l'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p.) per il furto giovanile da lui confessato e reso palese dopo decenni.

Questa storia ci mostra un caso emblematico di che cosa può e deve essere riconosciuto come tempo dell'oblio. Ci mostra che ancorare alla notizia di reato il *dies a quo* della prescrizione potrebbe avere per effetto un attivarsi della giustizia penale manifestamente insensato, *fuori tempo massimo*.

Far decorrere il tempo di prescrizione (il *tempo dell'oblio*) da un'iniziale *notizia* a disposizione delle istituzioni del *law enforcement* sarebbe un radicale mutamento di paradigma, ricostruito dal punto di vista dell'autorità. Fino a che la notizia non ci sia, la prescrizione non decorrerebbe: il delitto rimasto ignoto si sottrarrebbe alla causa estintiva, proprio perché rimasto ignoto, indipendentemente da ogni caratterizzazione di gravità e di persistente rilevanza. Il restare ignoto renderebbe imprescrittibile qualsiasi reato.

Il *problema dell'eventuale oblio* mette in gioco *tutto il tempo* a decorrere dal fatto illecito, il tempo che può assumere rilievo per la società e le valutazioni sociali del fatto, e per la vita dell'autore. Le risposte possono e tendenzialmente debbono essere differenziate in ragione della gravità dell'illecito. Spostare in avanti il *dies a quo* sarebbe una risposta non corrispondente alla sostanza del problema, una torsione autoritaria.

Conferma la regola che fa decorrere il tempo di prescrizione dal tempo del commesso reato l'eccezione mirata che la riforma del 2017 ha introdotto: per delitti in danno di minori (quelli previsti dall'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p.): il termine della prescrizione decorre dal compimento del diciottesimo anno della persona offesa (o dall'acquisizione della notizia di reato se l'azione penale è stata esercitata precedentemente). La dilatazione dei tempi dell'oblio guarda alla posizione di vittime vulnerabili di delitti gravi. Risponde allo spirito del tempo, nel bene e nel male.

## 5. Tempo dell'oblio e tempi del processo

Punto nodale per la disciplina della prescrizione è come fare i conti con i tempi del processo, che di tempi (breve o lunghi) ha sempre bisogno. Il tempo di pre-

<sup>11</sup> AGOSTINO, *Confessioni*, libro II, § IV ss.

scrizione non può essere realisticamente determinato senza tenerne conto. I modelli di disciplina dei tempi di prescrizione presentano di regola, con variazioni, la seguente struttura: un tempo base di prescrizione collegato alla gravità del reato, e spostamenti del termine legati a vicende del processo.

5.1. – Proviene da una matrice culturale processualpenalistica, e si è legata a ideologie diffuse nel mondo forense, l'idea che la prescrizione serva a “*presidiare l'interesse oggettivo alla ragionevole durata del processo*”<sup>12</sup>. L'istituto che conosciamo non è costruito in questa prospettiva: l'estinzione del reato per prescrizione è l'esito di un processo che si è concluso ad *eccessiva distanza temporale dal reato imputato*, non necessariamente per eccessiva lunghezza del processo.

La prescrizione *non* è uno strumento idoneo ad *assicurare* (come vorrebbe il principio iscritto nell'art. 111 Cost.) la ragionevole durata del processo penale: arriva quando il tempo ragionevole è già scaduto. L'esigenza di una durata ragionevole ha riguardo alla decisione *nel merito*, sulla fondatezza o infondatezza dell'ipotesi d'accusa, o sull'improcedibilità per ragioni processuali o comunque diverse dalla prescrizione.

La prescrizione (comunque etichettata) non può essere pensata come sanzione (a carico di chi?) per l'irragionevole durata del processo. L'improcedibilità (= non punibilità!) stabilita come conseguenza dell'eccessiva durata del processo (o addirittura di una sua fase) parrebbe pensata a beneficio di qualsiasi imputato. Dell'effetto sostanziale di non punibilità sarebbe però beneficiario soltanto l'imputato colpevole. Per l'imputato innocente, che prudentemente non abbia rinunciato alla prescrizione, la declaratoria di estinzione del reato *non* restaura appieno la dignità dell'innocenza.

In precedenti legislature sono state formulate proposte che distinguono fra prescrizione del reato, decorrente dal momento del fatto, e prescrizione del processo, collegata al superamento di tempi di durata di fasi processuali. La formula ‘prescrizione del processo’ sembra definire un istituto come (esclusivamente?) processuale; gli effetti non sarebbero però meramente processuali (a differenza del tradizionale istituto della estinzione del processo civile, che non pregiudica la possibilità di riproporre *ex novo* la medesima azione). La prescrizione del processo penale implicherebbe la *non punibilità* dell'eventuale reato oggetto d'imputazione nel processo dichiarato estinto. Un effetto, dunque, *sostanziale e definitivo*, quali che siano le etichette e la collocazione legislativa.

Una costruzione autonoma della prescrizione *nel processo*, con la previsione di termini di prescrizione per singole fasi, aprirebbe a conseguenze paradossali: una

<sup>12</sup> V. GREVI, *Prescrizione del reato ed effettività del processo tra sistema delle impugnazioni e prospettive di riforma*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 190 ss. e 222.

disfunzione del processo, che cagionasse la scadenza di un termine, avrebbe come esito concreto l'impunità, in tempi che, se il processo è stato avviato a poca distanza temporale dal fatto, potrebbero teoricamente essere molto brevi, anche per delitti molto gravi<sup>13</sup>. E questo in assenza di ragioni giustificative sostanziali dell'esito di non punibilità.

5.2. – All'esigenza di tenere conto dei tempi del processo possono servire due modelli: previsione di atti interruttivi (tipicamente, atti di formale contestazione dell'accusa) dai quali il tempo di prescrizione ricomincia a decorrere, e sospensione del corso della prescrizione per determinati periodi. Nella disciplina originaria del codice Rocco, la sospensione della prescrizione era collegata a casi di sospensione del processo; nuove ipotesi sono state introdotte dalle successive novelle. Nella riforma del 2017 la novità di maggiore rilievo – la vera e unica novità di sistema – è appunto la sospensione della prescrizione per periodi determinati, nelle fasi del giudizio d'impugnazione: dal termine previsto per il deposito della sentenza di condanna di primo grado, sino alla pronuncia del dispositivo della nuova sentenza, e comunque per un tempo non superiore a un anno e sei mesi; *idem* per il successivo grado del giudizio. La sospensione ha effetto limitatamente agli imputati nei cui confronti si sta procedendo.

Rispetto al tradizionale modello degli atti interruttivi, il modello della sospensione per tempi determinati presenta una struttura più razionale: è una strada tecnicamente ben congegnata per un obiettivo di per sé ragionevole (ridurre il numero delle declaratorie di prescrizione), idonea per la costruzione di un istituto unitario di prescrizione del reato, che tenga conto delle esigenze di un processo di ragionevole durata. In concreto, il sistema risultante dalla riforma comporta un sensibile (eccessivo?) allungamento del tempo necessario a prescrivere, per effetto del cumulo dei due modelli: spostamento del *dies a quo* a seguito di atti interruttivi (come nella disciplina previgente) e nuovi consistenti periodi di sospensione del corso della prescrizione<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Questi rilievi si ritrovano in F. GIUNTA-D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, cit., p. 97.

<sup>14</sup> L'opzione, di per sé ragionevole, per il modello della sospensione in corso di processo, consentirebbe di eliminare l'istituto degli atti interruttivi. Un effetto collaterale positivo sarebbe il venir meno dell'irragionevole differenziazione per categorie soggettive che la novella del 2005 ha introdotto nella disciplina del prolungamento della prescrizione per effetto di atti interruttivi. Tale disciplina, non toccata dalla riforma del 2017, è incoerente con le ragioni sottese all'istituto della prescrizione, e si espone a critica in relazione al principio d'eguaglianza: le ragioni giustificative della prescrizione per decorso del tempo trascorso, legate alla gravità del reato e alla distanza temporale dal commesso reato, valgono allo stesso modo per tutti, incensurati o recidivi. Differenziando per categorie soggettive i tempi di prescrizione, la novella del 2005 ha introdotto la possibilità di una prescrizione selettiva, a parità del decorso del tempo, addirittura fra concorrenti nel medesimo reato: condannato il recidivo, salvato dalla prescrizione il non recidivo.

5.3. – Trova ampio e variegato consenso – entro mondi (magistrati, studiosi, politici) che spesso sono su posizioni contrapposte – la proposta di bloccare definitivamente il corso della prescrizione dopo che sia stato avviato il processo. La suggestione di questa idea ben si spiega: taglia fuori la possibilità di conquistare l'estinzione del reato (cioè l'impunità) sfruttando i tempi processuali. Sarebbe il rimedio più radicale di fronte al dato patologico di estinzioni di massa: l'eliminazione di un tetto massimo di durata complessiva del tempo di prescrizione, là dove l'attività processuale sia arrivata a una certa soglia.

Le ragioni che sorreggono questa proposta sono serie. La mannaia dell'estinzione del reato, bloccando un processo in corso, comporterebbe la dispersione di attività relative a un reato (*rectius*: a un'ipotesi d'accusa) svolte prima che il tempo dell'oblio sia arrivato. Nell'ottica della funzionalità repressiva, bloccare il corso della prescrizione si presenta come una mossa forte e plausibile.

Contro tale proposta, da tempo è stata mossa l'obiezione che la previsione di un tempo massimo, al quale la macchina processuale si debba fermare, costituisce una *imprescindibile garanzia dell'individuo*<sup>15</sup>. Se si blocca la prescrizione dopo la condanna in primo grado, a quel punto qualsiasi reato in via di principio prescrivibile diverrebbe imprescrivibile. Il tempo dell'oblio, pur previsto dalla legge, viene cancellato. La metamorfosi da prescrivibile a imprescrivibile mette in gioco la tenuta di un limite garantista all'intervento penale; apre a una possibile deriva indefinita, secondo la medesima *ottica dell'autorità* che regge la proposta di ancorare alla notizia di reato il *dies a quo* del corso della prescrizione.

Detto in gergo mediatico, sarebbe una soluzione giustizialista: costruita dal punto di vista dell'autorità, finalizzata a consentire condanne anche molto tardive. Anche nell'ottica della funzionalità e della ragionevole durata del processo, è una soluzione discutibile: meno equilibrata e non più efficiente di quella (recepita dalla riforma Orlando) costruita sulla sospensione della prescrizione per tempi di ragionevole durata di fasi processuali. Potrebbe togliere incentivi a ridurre i tempi.

Riassumendo: introdurre discipline che, a un certo punto, blocchino definitivamente il corso della prescrizione di reati che in via di principio sono classificati prescrivibili, appare assiologicamente contraddittorio. Si potrebbe ipotizzare una questione di illegittimità costituzionale, per contrasto col principio di eguaglianza/ragionevolezza, e anche (forse) con la finalità rieducativa della pena.

Se pure il tempo necessario a prescrivere, segnato in ragione della gravità del reato, non è rigido e può essere prolungato in ragione di tempi del processo, ciò pone il problema di mantenere un ragionevole equilibrio. Schematizzando, un modello ragionevole può essere costruito nei modi che la riforma Orlando ha prefigurato in modo imperfetto: determinare il tempo necessario a prescrivere

<sup>15</sup> F. GIUNTA-D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, cit., p. 100 ss.

quale livello minimo in ragione della gravità del reato; tenendo conto di tempi di ragionevole durata del processo, può essere determinato il livello massimo, oltre il quale l'equilibrio della bilancia slitterebbe in senso inaccettabilmente autoritario.

## 6. *Obliare che cosa?*

Dietro i problemi di disciplina della prescrizione quale tempo dell'oblio, c'è un problema che non affiora nelle usuali discussioni: che cosa *estinguere* nel ricordo del fatto, cioè nella risposta giuridica al fatto commesso tempi addietro, che pure *infectum fieri nequit*?

Alcune distinzioni sono già presenti nel nostro ordinamento. Vi sono conseguenze del reato estinto che possono sopravvivere, per es. sul piano civilistico. Quando vi sia stata condanna in primo grado, la legge processuale vigente richiede al giudice dell'impugnazione l'accertamento del fatto a fini civilistici (art. 578 c.p.p.). È stata pure riconosciuta, non senza vivaci discussioni, la possibilità di confisca in presenza di declaratoria di prescrizione del reato<sup>16</sup>.

Lo scorrere del tempo può giustificare la rinuncia a punire, prima e più che l'astensione dal giudizio di responsabilità e da altre conseguenze giuridiche, in particolare là dove siano in gioco diritti soggettivi di terze persone, o esigenze di eliminazione di effetti persistenti del commesso delitto. Una possibile modalità tecnica di distinguere il giudizio di responsabilità dalle conseguenze punitive è lo schema della estinzione non del reato, ma *della pena*: merita di essere preso in considerazione per i casi in cui il processo si sia concluso dopo la scadenza del termine di prescrizione, con la conferma dell'accertamento di responsabilità effettuato nella precedente sentenza. Renderebbe il sistema più capace di differenziare, superando la rigidità dicotomica del *tutto o niente*. Darebbe forma più chiara all'accertamento di responsabilità nei casi in cui ciò sia richiesto per fini non penali.

Si presterebbe anche a inquadrare i casi in cui il tempo di prescrizione collegato all'evento (il momento consumativo dei reati con evento naturalistico) non sia scaduto, ma sarebbe scaduto con riferimento alle condotte. Sono le condotte, non l'evento, il momento in cui il soggetto agente ha agito in modo contrario alla legge penale. Per riflessioni sulla ragionevolezza e giustizia del diritto vigente, i *casi in cui l'evento segua a notevole distanza temporale dalle condotte* meritano un'attenzione mirata.

Questo problema lo si può cogliere in processi per morti cagionate (in ipotesi d'accusa) da esposizioni ad amianto. Le lunghe latenze dei tumori da amianto al-

<sup>16</sup> Vedi Corte Cost. n. 49/2015 e art. 240-bis c.p.

lontanano enormemente i tempi del giudizio dai tempi delle condotte contestate. Avendo riguardo ai portatori dell'interesse offeso dall'eventuale reato (poniamo, le vedove che attendono la sentenza), un pur tardivo accertamento di responsabilità ha senso, sia per il suo valore simbolico, sia (soprattutto?) come premessa della condanna al risarcimento. Per gli imputati – amministratori o dirigenti di un tempo lontano, in cui l'amianto poteva essere ed era largamente usato – anche qualora si arrivasse a una ben fondata affermazione di responsabilità (per delitto omissivo colposo) sarebbe francamente difficile riconoscere, dal punto di vista delle funzioni del diritto *penale*, un senso razionale a condanne a pene detentive (anche solo sulla carta, con pena sospesa), dopo trenta o quarant'anni da condotte che in ipotesi d'accusa sarebbero state colpose, e avrebbero cagionato una anticipazione dell'evento morte, non si sa di quanto. La condanna di uomini anziani, per colpe lontanissime, non avrebbe alcuna valenza di prevenzione generale. Quanto al significato retributivo, non sarebbe maturo il tempo dell'oblio?

Non sarebbe maturo, il tempo dell'oblio, rispetto all'evento: sono in gioco interessi dei danneggiati, e anche l'interesse a ottenere un giudizio relativo ad eventi non remoti nel tempo. Una ragionevole conciliazione di contrapposte esigenze potrebbe essere la prescrizione della pena, in esito a un giudizio che abbia accertato eventuali responsabilità.

### 7. *I tempi del processo come costo 'di giustizia'*

Sarà una maggiore giustizia, la prevedibile diminuzione del numero di prescrizioni a seguito della riforma Orlando? Abituati a ragionare da un punto di vista interno al diritto, tendiamo a dimenticarci che il diritto non sempre e non necessariamente è un sicuro orizzonte di giustizia. L'interrogativo sulla giustizia delle sanzioni penali merita di essere tenuto aperto.

La questione prescrizione è per così dire al confine estremo dei problemi legati alla dimensione temporale delle risposte sanzionatorie. Non diversamente dalle altre ragioni su cui si costruisce il diritto criminale/penale, anche le ragioni e condizioni del *tempori cedere* hanno a che fare con l'equilibrio fra il polo 'autoritario' (in senso descrittivo) del finalismo repressivo e il polo liberale dei limiti.

Nella storia della giustizia penale italiana, estinzioni di massa del reato o della pena sono state risposte d'emergenza date per decenni con provvedimenti di clemenza (amnistia e indulto), succedutisi con frequenza ciclica fino alla riforma costituzionale del 1992. La prassi della clemenza periodica<sup>17</sup> ha svolto a lungo

<sup>17</sup> Nei primi decenni della Repubblica vi sono state concessioni di amnistia e di indulto nel 1953, nel 1959, nel 1963, nel 1966, nel 1970, nel 1978, nel 1981, nel 1986, nel 1990. Più di recente, l'indulto del 2006.



una funzione di surroga di mancate riforme: è servita ad alleggerire una macchina repressiva troppo pesante, e anche a ridurre ciclicamente (con periodicità irregolare) la popolazione carceraria, pagando il prezzo di incrinare l'uguaglianza di tutti di fronte alla legge (cioè un principio fondamentale di giustizia) e la credibilità della deterrenza legale.

La rottura dell'uguaglianza, insita nei provvedimenti di clemenza, è una rottura di principio, costruita sulla base di un criterio generale di discriminazione temporale, imposto in assenza di giustificazione sostanziale (salvo il caso di amnistie 'di pacificazione'<sup>18</sup>).

La prescrizione del reato comporta una divaricazione del trattamento di casi singoli, fondata su ragioni che possono essere coerenti con criteri di ragionevolezza, ma comunque segnalano disfunzioni nel sistema (anche strategie sbagliate di inquirenti).

Come matrice di estinzioni di massa, l'istituto della prescrizione è il successore di una clemenza non più utilizzabile. Entrambi sono *farmaci*, ad un tempo medicina e veleno. Entrambi sono antidoti a difetti della legislazione e/o del *law enforcement*, ma anche produttivi di problemi gravi.

Sullo sfondo di entrambi gli istituti ci sono l'ipertrofia del sistema penale e le complicazioni del sistema processuale. L'approccio usuale al problema prescrizione, che vede soltanto insuccessi nella repressione di reati, coglie solo un aspetto, il più appariscente. Ieri la clemenza periodica, e oggi la massa di declaratorie di prescrizione, sono segno ed effetto (anche) di un'eccessiva espansione del penale e di sovraccarichi evitabili nella macchina giudiziaria.

Di fatto, le declaratorie di estinzione del reato sono pronunciate in assenza di un accertamento di responsabilità: una via d'uscita un po' ambigua in situazioni d'incertezza, che potrebbe risultare preferibile sia all'accusa che alla difesa, rispetto ai costi e ai rischi di un contraddittorio dispiegato. In alcuni casi il maturare della prescrizione coesiste con accertamenti di responsabilità a fini civilistici. In altri casi la declaratoria di prescrizione cade in situazioni di obiettiva insussistenza di reato, copre cioè una *defaillance* non già nella repressione di reati, ma nel riconoscimento dell'infondatezza di accuse.

Il necessario passaggio attraverso il processo segna comunque un limite alla capacità di giustizia del diritto penale sostanziale (anche di un diritto penale ideale): non solo per il limite delle capacità di accertamento di reati e responsabilità, ma anche per i costi che il processo e i suoi tempi comportano comunque per le persone coinvolte, colpevoli e innocenti.

Il principio di *ragionevole durata* guarda al processo come un costo, innanzi tutto (ma non solo) per l'inquisito. Di fronte allo scorrere del tempo, il primo –

<sup>18</sup> M. FRANZINELLI, *L'amnistia Togliatti*, Milano, 2005.

ma sottovalutato – problema di giustizia riguarda il funzionamento di filtri processuali: quelli affidati al giudice, e anche quelli di competenza degli inquirenti, nella valutazione di ‘notizie di reato’ e nella selezione di ipotesi investigative. Il *tempo del processo* è di per sé un *problema di giustizia*, che il *farmakon* della prescrizione (medicina e veleno) non risolve affatto: il costo è fatto pagare anche a persone innocenti, e perciò particolarmente grave. Non meno grave (forse più grave) dei costi insiti in cause estintive del reato.

Chiudo con una notazione sullo spirito del nostro tempo: è pregno di umori che vanno in direzione diametralmente opposta all’oblio. Basti pensare alle rivelazioni di violenze o molestie risalenti a un passato anche molto lontano: esprimono risentimenti, richieste di riconoscimento, richieste di reazioni molto invasive, non necessariamente e non esclusivamente penalistiche: il moralismo ben intenzionato ma autoritario del *politically correct*. Proprio per questo, è il caso di prendere sul serio il problema della possibile (ancorché ambigua) ragionevolezza e moralità del *tempori cedere*.

**Il punto su...**  
*L'irrequieto presente e l'incerto futuro  
della prescrizione*



CARLO GUARNIERI

## I GIUDICI DELLE CORTI EUROPEE: CHI SONO E COME VENGONO SCELTI? UN'ANALISI DEI PROCESSI DI NOMINA E DEI LORO ESITI <sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. Il processo di scelta: la Corte di Giustizia. – 2. Il processo di scelta: la Corte europea dei diritti dell'uomo. – 3. I caratteri dei giudici europei: alcuni dati. – 4. Alcune considerazioni finali.

Il rilievo assunto dalle Corti europee – Corte di Giustizia dell'Unione Europea e Corte europea dei diritti dell'uomo – nei sistemi giudiziari nazionali è un dato ormai assodato, che ha portato da tempo gli studiosi a dirigere il loro interesse verso questi organi giudiziari. Considerare i caratteri socio-professionali dei loro giudici diventa allora indispensabile per completare il quadro conoscitivo e cercare di comprendere, almeno a grandi linee, la direzione dei loro interventi. Infatti, la tradizionale visione della decisione giudiziaria – che considera il processo di interpretazione e applicazione del diritto da parte del giudice un processo meccanico, privo di margini di discrezionalità – risulta oggi sempre meno corrispondente alla realtà. Così, anche se è difficile identificare il grado effettivo con cui le esperienze sociali e professionali dei giudici influenzano le loro decisioni, si può tranquillamente affermare che queste esperienze comunque contano<sup>1</sup>. Analizzeremo, quindi, il modo in cui i giudici delle Corti europee vengono scelti, così come l'esito di questa procedura. Anche se i dati di cui disponiamo sono ancora parziali – ci baseremo soprattutto sulle biografie ufficiali dei giudici presenti nei siti web delle due Corti – essi ci forniscono nondimeno alcune importanti indicazioni.

### 1. *Il processo di scelta: la Corte di Giustizia*

<sup>(\*)</sup> Il contributo è già stato pubblicato in *Giurisdizioni europee e sistemi penali. Tendenze e criticità*, a cura di C. Guarnieri, G. Insolera e L. Zilletti, Roma, Carocci, 2018, pp. 17-24.

<sup>1</sup> Cfr. N. Garoupa, J. Liu, A. H. Zang, *Judging in Europe: Do Legal Traditions Matter?*, 2016, manoscritto non pubblicato; C. Guarnieri, P. Pederzoli, *Il sistema giudiziario*, il Mulino, Bologna 2017, pp. 127 ss.

I giudici della Corte di Giustizia<sup>2</sup> sono nominati per sei anni, rinnovabili una sola volta, dal Consiglio dell'Unione Europea – cioè in pratica dai governi – su proposta degli Stati membri, previo parere – non vincolante – del comitato di cui all'art. 255 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea<sup>3</sup>.

Il comitato, che ha iniziato a operare nel 2010, è senz'altro la principale novità in tema di reclutamento dei giudici delle Corti europee, visto il ruolo cruciale che vi svolge. La sua composizione (cfr. TAB. 1) presenta alcuni tratti abbastanza stabili e cioè: presenza per lo più di ex giudici della Corte di Giustizia o delle Corti Supreme o Costituzionali nazionali, mentre solo i membri designati dal Parlamento europeo rientrano nella categoria dei giuristi di “notoria competenza”, e presenza stabile di un rappresentante per ciascuno dei tre grandi paesi dell'Unione – Francia, Germania e Regno Unito<sup>4</sup> – così come di istituzioni prestigiose come il Consiglio di Stato francese o la Corte Costituzionale tedesca.

**TABELLA 1**

**Composizione del panel di cui all'art. 255 del TFUE (nomine alla CGUE)**

2010		2014		2016	
Stato di provenienza	Esperienza professionale	Stato di provenienza	Esperienza professionale	Stato di provenienza	Esperienza professionale
Francia	Consiglio di Stato	<i>Idem</i>		<i>Idem</i>	
Regno Unito	Corte Suprema	<i>Idem</i>		<i>Idem</i>	
Austria	CGUE	Germania	Corte Costituzionale	<i>Idem</i>	

<sup>2</sup> I giudici sono 28 – in pratica uno per ogni Stato membro – mentre 11 sono gli avvocati generali, che hanno il compito di “assistere” la Corte. La Corte di Giustizia, insieme al Tribunale, forma la Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Analizzeremo qui solo i giudici e gli avvocati generali della Corte di Giustizia.

<sup>3</sup> Secondo l'articolo 255 del Trattato sul Funzionamento della UE, «è istituito un comitato con l'incarico di fornire un parere sull'adeguatezza dei candidati all'esercizio delle funzioni di giudice e avvocato generale della Corte di Giustizia e del Tribunale, prima che i governi degli Stati membri procedano alle nomine [...]. Il comitato è composto da sette personalità scelte tra ex membri della Corte di Giustizia e del Tribunale, membri dei massimi organi giurisdizionali nazionali e giuristi di notoria competenza, uno dei quali è proposto dal Parlamento europeo. Il Consiglio adotta una decisione che stabilisce le regole di funzionamento di detto comitato e una decisione che ne designa i membri. Esso delibera su iniziativa del presidente della Corte di Giustizia».

<sup>4</sup> Direttamente o tramite paesi strettamente legati per cultura giuridica.

Finlandia	CGUE	Finlandia	Corte Suprema	<i>Idem</i>	
Danimarca	Corte Suprema	Paesi Bassi	CGUE	<i>Idem</i>	
Ungheria	Corte Costituzionale	Idem		Polonia	Corte Costituzionale
Spagna	Parlamento europeo	Italia	Parlamento europeo	<i>Idem</i>	

Il comitato opera le valutazioni dei candidati secondo una serie di criteri. In particolare: indipendenza; esperienza giuridica; esperienza professionale. Valuta anche il grado in cui la procedura di scelta nazionale garantisce l'indipendenza del candidato proposto<sup>5</sup>. Sono poi oggetto di valutazione anche le conferme – cioè le proposte degli Stati di rinnovare per altri sei anni il mandato di un giudice o di un avvocato generale. Anche se in questo ultimo caso fino a oggi i pareri sono sempre stati positivi, il dato introduce nel sistema una, almeno potenziale, carriera. Difatti, il comitato è composto in gran parte – sei membri su sette – sulla base delle proposte avanzate dal presidente della Corte e, nelle sue valutazioni, prende in esame anche i casi in cui il giudice o l'avvocato generale hanno partecipato come *rapporteur*<sup>6</sup>.

L'impatto del comitato non è comunque trascurabile. Anche senza considerare il fatto che la sua presenza può scoraggiare potenziali candidati (è il cosiddetto *chilling effect*) – che potrebbero non gradire eventuali pareri non del tutto positivi<sup>7</sup> – i pareri negativi non sono mancati, anche se concentrati prevalentemente sui candidati a giudice del Tribunale: fra il 2010 e il 2016 sono stati ben 13 sui 68 pareri per le prime nomine complessivamente emessi dal comitato<sup>8</sup>. Nel complesso, i pareri negativi sono sempre stati seguiti dal Consiglio e dagli stessi Stati membri, forse anche grazie al fatto che si tratta di pareri confidenziali<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Cfr. *Fourth Activity Report of the Panel Provided by Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union*, 2017, pp. 18 e 22 ss.

<sup>6</sup> *Ivi*, p. 17.

<sup>7</sup> Cfr. A. Alemanno, *How Transparent is Transparent Enough?*, in M. Bobek (ed.), *Selecting Europe's Judges*, Oxford University Press, Oxford 2015, pp. 202-21.

<sup>8</sup> Con esclusione dei rinnovi, che abbiamo visto hanno sempre ricevuto pareri positivi. Cfr. *Fourth Activity Report of the Panel Provided by Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union*, cit., p. 14.

<sup>9</sup> *Ivi*, p. 21.

## 2. Il processo di scelta: la Corte europea dei diritti dell'uomo

I giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) – 47, uno per ciascuno degli Stati che attualmente fanno parte del Consiglio d'Europa – sono nominati con un mandato di 9 anni non rinnovabile. La procedura di nomina è più complessa di quella dei giudici della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE). Prevede, infatti, che la terna di candidati proposta dagli Stati membri sia sottoposta al parere di un comitato consultivo di esperti (*Advisory Panel*) e poi a quello del Comitato parlamentare per l'elezione dei giudici alla Corte EDU, per essere infine sottoposta al voto dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa. Anche qui, come nel caso dell'Unione Europea, in un processo tradizionalmente gestito da attori politici – i governi e l'assemblea parlamentare – è stato inserito, sempre a partire dal 2010, un “attore” tecnico, il comitato consultivo di esperti<sup>10</sup>.

Il comitato consultivo è nominato dal Consiglio dei ministri del Consiglio d'Europa dopo aver consultato il presidente della Corte, anche sulla base di proposte avanzate dagli Stati membri.

La sua composizione<sup>11</sup>, pur attualmente bilanciata dal punto di vista di genere – tre dei sette membri sono donne –, lo è molto meno dal punto di vista geografico (cfr. TAB. 2). Analogamente a quanto abbiamo visto nel caso del comitato consultivo dell'Unione Europea, i tre paesi *pivot* – Francia, Germania e Regno Unito – sono sempre – direttamente o indirettamente – presenti, insieme a un rappresentante della Polonia o dell'Ungheria e uno o due rappresentanti dei paesi dell'Europa centrale e settentrionale, mentre decisamente sottorappresentati sono i paesi dell'Europa del Sud, per non parlare dei paesi dell'Europa dell'Est.

**TABELLA 2**

**Composizione dell' *Advisory Panel of Experts* (nomine alla Corte EDU)**

2010		2014		2017	
Stato di provenienza	Esperienza professionale	Stato di provenienza	Esperienza professionale	Stato di provenienza	Esperienza professionale
Russia	Corte Costituzionale	Francia	Consiglio di Stato	Francia	Consiglio di Stato

<sup>10</sup> Cfr. *Draft Report on the Process of Selection and Election of Judges of the European Court of Human Rights in View of the 3d DH-SYSC Meeting*, Council of Europe, 2017, p. 17.

<sup>11</sup> «Il comitato sarà composto di sette membri, scelti fra membri delle corti supreme nazionali, ex giudici delle corti internazionali, inclusa la Corte europea dei diritti dell'uomo, e altri giuristi di notoria competenza [...]. La composizione del comitato dovrà essere bilanciata dal punto di vista geografico e di genere» (Risoluzione CM/Res (2010)26, paragrafo 2).



Irlanda	CEDU	<i>Idem</i>		Regno Unito	CEDU
Germania	CEDU	Austria	Corte Costituzionale	<i>Idem</i>	
Finlandia	CEDU	<i>Idem</i>		Danimarca	Corte Suprema
Svizzera	CEDU	Rep. Ceca	Corte Costituzionale	Paesi Bassi	Corte Suprema
Polonia	Corte Suprema	<i>Idem</i>		Polonia	Corte Costituzionale
Turchia	Corte Suprema	Grecia	CGUE	Croazia	CEDU

L'impatto dei pareri del comitato – anch'essi confidenziali – sembra meno elevato di quello del corrispondente comitato dell'Unione Europea, forse anche per via del maggior ruolo comunque affidato all'Assemblea parlamentare. Sta di fatto che in 3 delle 23 elezioni che si sono tenute fra il 2013 e il 2017 l'Assemblea non ha tenuto conto del parere negativo espresso dal comitato<sup>12</sup>.

Da quest'analisi del processo di nomina dei giudici europei emergono diversi aspetti che vanno sottolineati. Infatti, poteri nazionali e sovranazionali vi si intersecano e il rilievo della dimensione sovranazionale non può essere negato. In particolare, è il ruolo dei comitati consultivi a espandersi, in particolare di quello per la valutazione delle nomine alla Corte di Giustizia<sup>13</sup>. Soprattutto, grazie anche al forte isomorfismo delle soluzioni istituzionali adottate, essi sembrano prefigurare l'emergere, anche a livello europeo, di una forma di autogoverno giudiziario<sup>14</sup>.

### 3. I caratteri dei giudici europei: alcuni dati

Quanto al “prodotto” delle procedure che abbiamo esaminato, alcuni tratti

<sup>12</sup> Cfr. *Draft Report on the Process of Selection and Election of Judges of the European Court of Human Rights in View of the 3d DH-SYSC Meeting*, cit. p. 30.

<sup>13</sup> Influenza destinata a crescere se i comitati consultivi inizieranno a valutare, come si sono ripromessi, anche le procedure adottate dagli Stati per presentare le proprie candidature. Cfr. Alemanno, *How Transparent is Transparent Enough?*, cit.

<sup>14</sup> Cfr. T. Dumbrovsky, B. Petkova, M. Van Der Sluis, *Judicial Appointments: The Article 255 TFEU Advisory Panel and Selection Procedures in the Member States*, in “Common Market Law Review”, 51, 2014, pp. 455-82.

emergono in modo abbastanza chiaro. Innanzitutto, in taluni casi, specie di giudici proposti dalle “nuove” democrazie, l’età di nomina è relativamente giovane, fatto che li potrebbe condizionare, dato che, allo scadere del mandato, si troveranno ancora nel pieno delle capacità lavorative, e quindi ancora con aspettative circa eventuali futuri incarichi<sup>15</sup>. Nel caso poi dei giudici e degli avvocati generali della Corte di Giustizia va considerata la possibilità che il loro mandato venga rinnovato: aspetto che, come abbiamo sopra accennato, introduce un condizionamento non solo da parte degli Stati, ma anche del comitato consultivo e, in ultima analisi, del presidente della Corte.

Per quanto riguarda gli studi, oltre a quelli – scontati – in giurisprudenza, va segnalata la limitata presenza di quelli di altro tipo: solo 7 dei 39 giudici – e avvocati generali – della Corte di Giustizia e solo 2 dei 47 giudici della Corte EDU dichiarano di aver acquisito anche altre competenze: economiche, politiche o in generale nelle scienze sociali. Soprattutto, limitatissima appare la presenza di giudici con esperienze di diritto – o procedura – penale: solo due avvocati generali della Corte di Giustizia le dichiarano – in quanto entrambi hanno svolto le funzioni di pubblico ministero a livello nazionale. Un po’ più diffusa l’esperienza penalistica fra i giudici della Corte EDU: la dichiarano 9 su 47.

Quanto alle esperienze professionali precedenti alla nomina, per la Corte di Giustizia è stato possibile condurre un’analisi diacronica (cfr. TAB. 3)<sup>16</sup>. Il risultato più rilevante è il netto declino delle esperienze – o delle carriere – politico-diplomatiche e la forte crescita delle esperienze giudiziarie, in particolare di quelle svolte presso le Corti Supreme o Costituzionali nazionali. Si tratta di un aspetto presente anche nella Corte EDU (vedi TAB. 4)<sup>17</sup>. Le origini di questa tendenza stanno probabilmente nella percezione di una migliore capacità professionale e più forte indipendenza nei giudici di origine “giudiziaria”, cosa che peraltro si riflette nel fatto che le decisioni prese da collegi dove sono maggiormente presenti giudici di tale estrazione sembrano ricevere una migliore accoglienza da parte dei giudici nazionali<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Come talvolta si suole dire, un giudice indipendente deve poter giudicare *nec spe ac metu*.

<sup>16</sup> Grazie ai dati di D. Chalmers (*Judicial Performance, Membership, and Design at the Court of Justice*, in Bobek, *Selecting Europe’s Judges*, cit., pp. 51-77), in parte integrati, per il 2017, da una nostra elaborazione.

<sup>17</sup> Ma qui non abbiamo potuto svolgere un’analisi diacronica. La TAB. 4 è infatti solo una fotografia della situazione al 2017.

<sup>18</sup> Cfr. E. Voeten, *Does a Professional Judiciary Induce More Compliance? Evidence from the European Court of Human Rights* (2012), in *www.ssrn.com*; consultato il 2 novembre 2017. Il punto è sostenuto anche da Bobek, *Searching for the European Hercules*, in Bobek, *Selecting Europe’s Judges*, cit., p. 303.

**TABELLA 3****Esperienze professionali dei giudici della Corte di Giustizia, ponderate per tipo di esperienza e durata in carica**

	Politica	Accademia	Privato	Settore pubblico	UE	Giudiziario	Alte Corti	
1958-69	51	111	33	53	<sup>3</sup>	34	19	304
	16,8%	36,5%	10,9%	17,4%	1,0%	11,2%	6,3%	
1970-93	117	203	40	187	21	53	213	834
	14,0%	24,3%	4,8%	22,4%	2,5%	6,4%	25,5%	
1993-2009	82	292	114	352	41	37	319,5	1237,5
	6,6%	23,6%	9,2%	28,4%	3,3%	3,0%	25,8%	
2009-2013	21,5	97,5	36,5	100,3	9,7	14,2	142	421,7
	5,1%	23,1%	8,7%	23,8%	2,3%	3,4%	33,7%	
2017*	9	34	12	29	7	3	22	116
	7,8%	29,3%	10,3%	25,0%	6,0%	2,6%	19,0%	

\*Per il 2017 i dati, basati su un'analisi dei cv dei giudici in servizio al 1° luglio 2017 estratti dal sito ufficiale della Corte, sono ponderati solo per esperienze professionali prevalenti.

Fonte: *D. Chalmers, Judicial Performance, Membership, and Design at the Court of Justice, in M. Bobek, Selecting Europe's Judges, Oxford University Press, Oxford 2015.*

**TABELLA 4****Esperienze professionali dei giudici della Corte europea dei diritti umani, ponderate per tipo (2017)\***

Politica	Accademia	Privato	Settore pubblico	UE/CE/ONU	Giudiziario	Alte corti	Totale
1	45	18	24	21	11	22	142
0,7%	31,7%	12,7%	16,9%	14,8%	7,7%	15,5%	

\* Stime sulla base dei cv dei giudici in servizio al 1° luglio 2017, estratti dal sito ufficiale della Corte.

Rimane comunque elevata la presenza di giudici con esperienze prevalentemente accademiche, ma va sottolineato che questi giudici mostrano soprattutto profili di diritto pubblico e – comprensibilmente nel caso della Corte di Giustizia – di diritto dell'Unione Europea, mentre nel caso della Corte EDU sono maggiormente presenti gli studiosi di diritti umani.

#### 4. *Alcune considerazioni finali*

Le innovazioni introdotte in questi ultimi anni – in altre parole, l’istituzione di comitati consultivi – rispondono senz’altro alla domanda, oggi più diffusa rispetto al passato, di circoscrivere il ruolo della politica nel processo di nomina e dare invece maggiore spazio a valutazioni “tecniche”. Non va però neanche trascurato che, a partire dagli anni Novanta, le Corti europee hanno fatto esperienza di un allargamento legato all’entrata nell’Unione Europea e nel Consiglio d’Europa di numerosi nuovi Stati, con un conseguente aumento del numero di giudici, giudici che talvolta non sembravano possedere un curriculum professionale all’altezza dei loro colleghi delle democrazie più consolidate. Si può quindi ipotizzare che l’istituzione dei comitati abbia avuto come obiettivo principale quello di “gestire l’allargamento”, anche nel campo delle Corti europee, cosa che sembra confermata anche dalla composizione dei comitati, che abbiamo visto avere di fatto una forte rappresentanza degli Stati che tradizionalmente hanno svolto un ruolo di rilievo nella politica europea, oltre che dal ruolo dei presidenti, specie della Corte di Giustizia che, fra il 1994 e il 2015, ha visto avvicinarsi solo due presidenti<sup>19</sup>.

Resta il problema di vedere se le competenze che oggi sembrano caratterizzare la gran parte dei giudici delle Corti europee siano adeguate ai compiti che si trovano a svolgere. Ad esempio, alcuni settori del diritto – come il diritto dell’Unione Europea o i diritti umani<sup>20</sup> – sembrano fortemente rappresentati, mentre altri, come il diritto penale, molto meno<sup>21</sup>. Quali poi possono essere le conseguenze della divaricazione fra il crescente rilievo politico delle Corti europee<sup>22</sup> e le esperienze professionali dei giudici, sempre più centrate sull’esperienza giudiziaria ed eventualmente accademica, e in questo ultimo caso con i limiti che abbiamo visto? Per chi ritiene che la legittimità delle Corti dipenda anche dal ruolo esercitato dalle istituzioni elettive nel processo di reclutamento l’attuale tendenza a “depoliticizzarlo” è rischiosa<sup>23</sup>. Di recente<sup>24</sup>, è stato rilevato che la fiducia nella Corte di Giustizia ha mostrato un deciso calo, specie nei paesi del Sud

<sup>19</sup> La Corte di Giustizia ha avuto, dalla data della sua fondazione, nel 1952, 11 presidenti, mentre la Corte EDU, dal 1959, 13, di cui ben 7 a partire dal 1985.

<sup>20</sup> Questi ultimi specie nella Corte EDU.

<sup>21</sup> Forse a questa scarsa presenza possono essere addebitate decisioni molto discusse come la recente Taricco.

<sup>22</sup> Cfr. la recente analisi di M. Blauberger, S. Schmidt, *The European Court of Justice and its Political Impact*, in “West European Politics”, 40, 2017, pp. 907-18, che individua l’influenza crescente della Corte di Giustizia in vari settori di policy.

<sup>23</sup> Cfr. R. D. Kelemen, *Selection, Appointment, and Legitimacy: A Political Perspective*, in Bobek, *Selecting Europe’s Judges*, cit., pp. 249-66.

<sup>24</sup> M. A. Pollack, *The Legitimacy of the Court of Justice of the European Union*, 2017, in *www.ssrn.com*; consultato l’8 agosto 2017.

Europa e in Gran Bretagna. È possibile che questo calo – che ha coinvolto anche le altre istituzioni europee – sia un riflesso delle politiche di austerità sostenute dall’Unione Europea, che hanno colpito soprattutto i paesi del Sud Europa, e, nel caso della Gran Bretagna, della Brexit. Resta però senza risposta la domanda se, sul lungo periodo, la depoliticizzazione delle nomine dei giudici europei, in un contesto di crescente rilievo politico delle loro decisioni, sia in grado di sostenerne l’accettazione da parte di una cittadinanza che appare “democraticamente” sempre più esigente.



JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA

ALCUNE NOTE SUGLI INTERVENTI LEGISLATIVI DELL'UNIONE EUROPEA NEL PROCESSO PENALE: SFIDE E INCERTEZZE <sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. Le difficoltà nella unionizzazione del processo penale. – 2. Le conseguenze sistematiche principali della unionizzazione. – 3. Il recepimento degli interventi legislativi dell'Unione nel sistema processuale penale spagnolo. – 4. Conclusioni.

*A Conchita, que ya no está, por tantas razones*

1. *Le difficoltà nella unionizzazione del processo penale*

Come preambolo, voglio fin d'ora anticipare la difficoltà di trattare con un maggiore approfondimento il quasi illimitato numero di quesiti e problematiche che sorgono qualunque sia l'approccio alla materia oggetto della relazione, ovvero l'intervento del legislatore dell'Unione nel processo penale degli Stati membri.

Mi limito, quindi, a fare una sintetica relazione, con un elenco di spunti descrittivi, sul processo di "unionizzazione" del processo penale, ed evidenziare, come incompiuto epilogo, le sue incognite e incertezze nel contesto degli Stati membri e soprattutto spagnolo.

Non c'è dubbio che il fenomeno di "unionizzazione" o "comunitarizzazione" del processo penale risponda a una richiesta politico-istituzionale segnata dalle consuete complessità e dagli attriti che storicamente hanno caratterizzato le politiche di integrazione quando è in gioco la regolamentazione di quello che, prima del Trattato di Lisbona, si chiamava terzo pilastro, ovvero lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Prima del Trattato di Lisbona, l'architettura normativo-istituzionale dell'Unione non lo facilitava affatto. Tanto meno determinava con chiarezza l'attribuzione di competenze dell'Unione per regolamentare queste materie.

Questa situazione era in contrasto, invece, con un crescente intervento in materia penale sostanziale. L'Unione regolamentò in forma esplicita obiettivi di poli-

<sup>(\*)</sup> Il contributo è già stato pubblicato in *Giurisdizioni europee e sistemi penali. Tendenze e criticità*, a cura di C. Guarnieri, G. Insolera e L. Zilletti, Roma, Carocci, 2018, pp. 93-109.

tica criminale giustificandoli come efficaci nella lotta alla criminalità transnazionale, nella necessità di stabilire un minimo limite comune punitivo in modo da evitare che certi Stati potessero diventare “paradisi di impunità”, o in risposta a nuove forme di criminalità o di novazione di fattispecie criminose già esistenti – la xenofobia, il riciclaggio di denaro, pedopornografia e sfruttamento minorile, traffico di esseri umani, attività fraudolente degli interessi dell’Unione, cybercriminalità, traffico di stupefacenti, criminalità organizzata, traffico di armi.

Ovviamente la realizzazione di questi obiettivi e presupposti di intervento politico-criminale imponeva di favorire in modo efficace la cornice di cooperazione tra gli Stati membri. Per ottenere le prove e gli indizi conseguenti talvolta alla dimensione transnazionale di una gran parte delle tipiche formule di azione ma anche per favorire il riconoscimento reciproco delle risoluzioni giudiziarie eventualmente prese dai diversi Stati. Con prevalenza, come strumento decisivo, dell’efficacia del Mandato di arresto europeo.

E, conseguentemente, non si poneva in dubbio la necessità di stabilire minimi criteri *standard* di protezione dei diritti processuali delle persone sotto processo penale. Livello di garanzia minimo che diventava una condizione materiale dell’applicazione senza restrizioni del principio di reciprocità.

Ma gli attori dell’Unione erano pienamente consapevoli delle difficoltà operative con cui si confrontavano. La più importante: una incontestabile realtà di frazionamento e di livelli diversi nel riconoscere e garantire i diritti fondamentali processuali da parte degli Stati. In modo particolare, la contrapposizione tra gli Stati dell’Est e quelli dell’Ovest. O anche molto significativo il grave e molto suggestivo conflitto interstatale tra Italia e Spagna riguardante le condizioni di applicazione degli strumenti di estradizione in un primo momento, e quello del Mandato di arresto europeo, dopo, nei presupposti in cui la persona in oggetto fosse stata processata in contumacia. Conflitto che ha portato, d’altro canto, a una delle pronunce più interessanti e paradigmatiche della Corte di Giustizia UE (CGUE), alla quale farò riferimento successivamente, ovvero la sentenza della Grande Sezione del 23 febbraio del 2013, caso Melloni, come risposta alle questioni pregiudiziali presentate dal Tribunale Costituzionale.

La più che evidente necessità di un intervento normativo da parte dell’Unione per stabilire funzionali ed efficaci strumenti di cooperazione non diminuiva, affatto, la complessità della sfida né tanto meno i dubbi sul modo di affrontare la materia.

Diversamente dagli obiettivi di politica-criminale sostanziali – che in genere non hanno generato né resistenza politica degli Stati, né questioni pregiudiziali sull’ambito applicativo delle norme dell’Unione, a causa, in buona sostanza, di presupposti ideologici e necessità di intervento condivise – l’intervento regolatore dei diritti fondamentali del processo penale ha generato, invece, sensibili obie-



zioni da parte degli Stati. E la ragione è che i diritti fondamentali nel processo sono, innanzitutto, i limiti di indagine dello Stato e, quindi, della sua capacità per esercitare lo *ius puniendi*.

La tensione tra statalismo e integrazione europea è molto più evidente, molto più critica, molto più delicata quando la posta in gioco è stabilire le regole per imporre una sanzione, piuttosto che la disciplina delle condotte di reato o delle rispettive sanzioni.

Ed è dovuto a tutto questo, a queste significative difficoltà, che il piano di intervento normativo in materia di garanzie processuali dell'Unione sia stato circondato da speciali cautele nella profonda riforma istituzionale realizzata nel 2009 dal Trattato di Lisbona, che ha riformato il Trattato dell'Unione Europea (TUE) e il Trattato sul Funzionamento (TFUE) e che ha istituito la Carta dei diritti Fondamentali (CDFUE) attribuendole un valore normativo equipollente a quello dei Trattati costitutivi.

La prima di queste cautele, data la sua eccezionale trascendenza, è consistita nel trasferire gli aspetti risultanti dal terzo pilastro riguardanti lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia – la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale – verso il primo pilastro. Questo ha portato a una profonda trasformazione della materia, diventata pienamente comunitaria.

La seconda è stata una specifica previsione della competenza, superando le incertezze del vecchio articolo 31 TFU. Così, nell'articolo 82 TFUE, in corrispondenza con la previsione generale contenuta nell'articolo 4 TFU, si stabilisce come competenza concorrente la possibilità di legiferare su questioni come l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri, i diritti della persona nella procedura penale, i diritti delle vittime della criminalità e altri elementi specifici della procedura penale, individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione.

Un terzo gruppo di cautele o condizioni è quello relativo ai limiti dell'azione legislativa. Si sottomette, da una parte, al principio di sussidiarietà, secondo i termini del 5.3 TUE, per il quale l'Unione solo interverrà nel caso che, e anche nella misura in cui, gli obiettivi dell'azione prevista non possano essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri. Più specificamente per facilitare il riconoscimento reciproco di sentenze e decisioni giudiziarie e la cooperazione giudiziaria in questioni penali con dimensione transnazionale. E, d'altro canto, si sottomette al principio di proporzionalità per il quale il contenuto e la forma dell'azione legislativa dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei Trattati. Anche come contrappeso, si stabilisce un doppio controllo nel compimento del principio di sussidiarietà. Uno, politico, con il riconoscimento di un ruolo attivo dei Parlamenti nazionali, e l'altro, giudiziario, esercitato dalla CGUE. E si rafforza il principio democratico determi-

nandosi un procedimento legislativo ordinario anche per queste questioni – tramite l’iniziativa del Consiglio e poi con l’approvazione congiunta della Commissione e del Parlamento europeo.

Il quarto livello di precauzione è di tipo teleologico-funzionale: l’obiettivo dell’Unione è fissare *standard* o livelli minimi di protezione, consacrando un principio generale di non regressione. Questo significa che nessun diritto processuale oggetto di regolamentazione da parte dell’Unione potrà comportare una riduzione del suo livello di tutela riconosciuto dalle Convenzioni internazionali in materia di diritti fondamentali o dalle Costituzioni di ogni Stato membro. Per questo motivo, il legislatore dell’Unione cerca di delimitare questo minimo limite di protezione con il contenuto dei diritti riconosciuti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentale (carta di Roma) nei termini previsti dall’articolo 6 TUE e nell’articolo 52.3 CDFUE.

Nonostante ciò, pur con questo quadro di cautele, condizioni e formule auto restrittive, le forti prevenzioni di qualche paese – Regno Unito, Irlanda e Danimarca – forzarono a includere, con protocolli annessi ai Trattati, strumenti per svincolarsi: le cosiddette clausole *opt-in* e *opt-out* o il noto sistema di freni di emergenza o di decelerazione – *emergency brakes*. Questo ha generato un gioco di specchi rotti che impedisce di identificare un’immagine chiara e completa dell’intervento necessario in materia di garanzie processuali.

Tuttavia, la nuova cornice normativa, conseguenza del Trattato di Lisbona, ha portato già nel 2009 a un piano di lavoro, conosciuto come *Piano Stoccolma*, che ha individuato gli obiettivi delle prime regole come quelli dei diritti di traduzione e interpretariato, di informazione delle persone indagate nel processo penale, di assistenza legale difensiva e di comunicazione delle persone detenute, dei diritti delle vittime nel processo penale. Il che ha avuto seguito con il piano di lavoro del 2013 che include la regolamentazione del diritto all’assistenza legale gratuita, il diritto alla presunzione di innocenza, a essere presente nelle udienze del processo, e i diritti degli imputati minorenni nel processo penale.

Obiettivi programmatici che hanno già comportato, tutti quanti, le corrispondenti direttive, in buona parte già incorporate agli ordinamenti degli Stati, o in fase di incorporazione.

## 2. *Le conseguenze sistematiche principali della unionizzazione*

L’intensa e progressiva unionizzazione/comunitarizzazione delle strutture basiche del processo penale, anche con incursioni nella delicatissima tematica delle regole sulla prova del fatto, ad esempio quella del valore del diritto al silenzio

della persona indagata – direttiva 2016/43 –, comporta significative conseguenze tanto per l'Unione Europea quanto per gli Stati membri.

Con riferimento alle conseguenze per gli Stati membri, la prima, e più importante, è quella dell'istituzione di un vincolo di connessione tra la normativa processuale nazionale da recepire e il diritto dell'Unione. La stessa norma derivata, come punto fondamentale di connessione, ma anche il vincolo con la Carta dei diritti fondamentali della UE (CDFUE).

E questo punto di connessione porta a un'altra conseguenza di primo livello: i dubbi interpretativi che possono incidere sul senso e sulla portata delle norme nazionali da recepire obbligano i magistrati nazionali a sollevare la questione pregiudiziale alla CGUE *ex art.* 267 TFUE.

Obbligo che, bisogna ricordare, può derogarsi solo in una di queste tre condizioni: 1) che non ci sia alcun dubbio ragionevole nel modo di interpretare la norma dell'Unione – teoria dell'atto chiaro; 2) che ci sia una giurisprudenza ben consolidata della CGUE sulla materia che abbia chiarito tutti i dubbi interpretativi; 3) che pur considerando il primato della norma dell'Unione, il giudice nazionale, in applicazione della clausola di non regressione, ritenga che il livello di protezione che offre la norma statale sia superiore a quello della norma derivata.

Deroghe all'obbligo di sollevare questione pregiudiziale che devono, in ogni caso, essere usate con speciale prudenza.

La stessa CGUE con riferimento alla deroga per atto chiaro ha ammonito sulla necessità da parte del giudice nazionale di tenere conto delle variabili linguistiche, delle nozioni proprie e autonome dell'Unione e della necessità di interpretazione sistematica ed evolutiva prima di escludere di sollevare la questione pregiudiziale. E con riferimento alla deroga per non regressione, la sentenza Melloni ha introdotto un chiaro appello all'auto-restrizione delle autorità giudiziarie statali al suo uso quando questo possa far venire meno il principio di primato ed efficacia del diritto dell'Unione.

Inoltre, l'importante sentenza della Corte EDU, caso Schipani c. Italia del 21 luglio 2015, ha comportato un chiaro rinforzo dell'obbligo di promuovere stabilendo che il diritto al giusto processo *ex art.* 6 CEDU impone alle autorità giudiziarie nazionali uno *standard* di motivazione particolarmente stringente nel caso di rinuncia a sollevare la questione pregiudiziale.

Per l'architettura istituzionale dell'Unione, il più che prevedibile incremento di procedimenti di rinvio pregiudiziale in materia processuale penale attribuirà alla CGUE un ruolo protagonista nella risoluzione di conflitti sui diritti fondamentali del processo penale che sino a poco tempo fa non aveva, eccetto puntuali interventi legati al Mandato di arresto europeo e allo Statuto delle vittime del 2001.

Con le richieste di questione pregiudiziali sulle nuove Direttive, la CGUE sarà sollecitata a precisare il contenuto e la portata dei diritti fondamentali processuali

riconosciuti negli articoli 47 e 48.2 della CDFUE.

E, nella logica delle conseguenze inevitabili, la CDFUE avrà un ruolo normativo effettivo con valenza di parametro di validità “costituzionale” tanto del diritto derivato dall’Unione quanto, per effetto riflesso, della norma nazionale da recepire. Questo è quello che il professor Joseph Weiler ha definito come il fenomeno crescente della costituzionalizzazione del diritto dell’Unione.

Inoltre, questo ruolo protagonista provocherà sicuramente una riformulazione dei termini del dialogo giurisdizionale e dei suoi effetti, che a mio giudizio saranno enormemente trascendenti.

Infatti, nonostante l’Unione Europea non sia ancora parte della Carta di Roma del 1950 – questione di speciale rilevanza istituzionale pendente nell’agenda politica dell’UE – tanto l’articolo 6 TUE quanto l’articolo 53 CDFUE nel definire il perimetro decisionale della CGUE nell’interpretazione dei diritti e delle libertà fondamentali segnano un livello minimo di protezione che verrà determinato dal contenuto riconosciuto e garantito dalla CEDU.

Impregiudicati gli standard interpretativi stabiliti dalla CGUE purché contengano un maggiore livello di protezione.

La proiezione di questa regola d’interdipendenza che Ingolf Pernice chiamò costituzionalismo multilivello – *multilevel constitutionalism* – è paradigmatica.

La CGUE nell’applicare gli standard della CEDU nella sua funzione di genuino giudice costituzionale dà alla giurisprudenza di Strasburgo uno strumento decisivo di rafforzamento del “effetto diretto” tante volte da questa preteso e, soprattutto, una efficacia verticale estesa ai 28 paesi membri dell’Unione.

Le decisioni di Strasburgo che limitano lo spazio decisionale di Lussemburgo acquisiscono, quindi, una significativa dimensione normativa agendo come parametri del principio di primato del Diritto dell’Unione e, come argomenti, nel caso, di disapplicazione della norma nazionale configgente o della sua interpretazione da parte dei giudici nazionali.

In questa misura, *prima facie*, le decisioni di Strasburgo, per mandato dai trattati costitutivi, non sono più giurisprudenza persuasiva ma diventano giurisprudenza vincolante interpretativa delle norme derivate dell’Unione. A meno che la CGUE riformuli, per non essere sufficientemente protettivi, gli standard della Corte europea.

Questo obbligo normativo di dialogo pone, tuttavia, qualche problema di particolare rilevanza e complessità. Il principale: le cosiddette condizioni di *transplant*, a cui si riferisce Giuseppe de Vergottini.

Non si deve dimenticare, dalla prospettiva della protezione dei diritti fondamentali nel processo penale, che l’intervento della CGUE e quello della Corte EDU hanno un indirizzo molto diverso: la prima, considerando le risoluzioni delle questioni pregiudiziali, agisce come un vero e proprio tribunale costituzionale

confrontandosi con problemi di validità e di interpretazione conforme e adeguata di norme concrete; la CEDU, invece, si confronta con ricorsi individuali per violazione dei diritti convenzionali derivati dall'interpretazione e dall'applicazione della normativa interna da parte di giudici nazionali. La Corte di Strasburgo non applica standard di controllo di costituzionalità della norma nazionale. La Corte valuta la proiezione dei provvedimenti delle autorità giudiziarie statali sui contenuti dei diritti protetti dalla Carta. E per fare ciò, la Corte EDU usa una metodologia molto specifica: l'uso di concetti autonomi, la deferenza verso gli Stati con l'uso dello standard di margine nazionale di apprezzamento e, senza dubbio, in materia di diritti processuali, il metodo di valorizzazione dello sviluppo del processo nel suo insieme per identificare se il livello di *fairness* riscontrato è compatibile con la Carta. Senza dimenticare, anche, l'uso frequente di doppi standard per valutare violazioni della carta a seconda che i ricorsi provengano da paesi dell'Est o dell'Ovest.

Il che complica, in modo molto particolare, nell'ambito dei diritti di cui all'articolo 6 CEDU, l'individuazione di standard sufficientemente precisi.

Inoltre, a mio giudizio, la giurisprudenza della Corte EDU, negli ultimi anni, non si può qualificare come il migliore dei mondi possibili nel garantire i diritti fondamentali del processo penale.

La Corte EDU in alcune questioni sui diritti dell'uomo collegate al processo penale ha mostrato una preoccupante deriva verso il funzionalismo securitario. In modo semplicemente enunciativo:

- La “non-protezione” convenzionale, nella pratica, delle regole di esclusione probatoria, mediante un forzato standard di deferenza al margine nazionale di applicazione delle regole della prova – Prade c. Germania 2016 – o la costruzione di formule di bilanciamento nelle quali si privilegiano interessi di azione penale – Gafgen c. Germania, 2010; Kafnenienen c. Belgio, 2017.
- La riduzione della garanzia di contraddittorio *ex art.* 6.3 CEDU, ammettendo che la condanna possa basarsi su informazioni testimoniali prodotte al di fuori del processo senza un contraddittorio difensivo – caso Al Khawaja c. Regno Unito e altri, 2011, consacrando lo *standard* dei contrappesi adeguati.
- La legittimazione di restrizione temporale al diritto di assistenza dell'avvocato delle persone detenute nell'ambito delle prime indagini per reati gravi – caso Ibrahim e altri c. Regno Unito, 2016.
- L'ammissione di pratiche processuali fortemente limitative della *discovery* probatoria, come manifestazione del diritto della difesa a giocare ad armi pari e a disporre dei mezzi necessari a garantire la loro efficacia, applicando degli standard diffusi di prevalenza degli interessi dello Stato nella efficace lotta verso particolari forme di delinquenza – caso Van Vasebbeeck c. Holanda, 2017.
- La progressiva accettazione di tipologie estensive del processo in contumacia,

anche per reati molto gravi – caso, paradigmatico, Sejdovic c. Italia, 2006.

Non c'è dubbio che i primi passi della CGUE in questo nuovo spazio regolatore del processo penale risulteranno particolarmente rilevanti. In primis, per identificare la metodologia che userà per recepire la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e superare così i problemi del *trasplant*. E in secondo luogo, per verificare il suo grado di autonomia nei confronti della Corte EDU e, nello specifico, se sarà disposta a iniziare un cammino proprio di interpretazione costituzionale dei contenuti della CDFUE che aumenti gli standard di protezione di determinati diritti e garanzie.

### 3. *Il recepimento degli interventi legislativi dell'Unione nel sistema processuale penale spagnolo*

Ad ogni modo, lo sbarco del processo penale dell'Unione obbliga, per determinare i suoi effetti, a identificare come si è proiettato in ognuna delle legislazioni interne.

E ciò richiede, in primo luogo, di osservare i meccanismi normativi usati per identificare il livello di corrispondenza tra la norma dell'Unione da recepire e la norma nazionale di trasposizione. E, in seconda battuta, di analizzare i provvedimenti dei tribunali ordinari e costituzionali che alla fine sono quelli che preciseranno, mediante l'uso di una tecnica di "giurisprudenza legislativa", la portata finale del prodotto normativo.

Con riguardo al primo modulo di analisi rinuncio, senz'altro, a un'esposizione dettagliata delle conseguenze nel modello processuale spagnolo. Per fare ciò, avrei bisogno di un tempo di cui non dispongo, necessario per cercare di rappresentare un'immagine della struttura del processo penale spagnolo. Soprattutto se, come in questo caso, presenta singolari differenze rispetto al modello italiano del 1989.

Quindi, mi limiterò a fare un accenno di valutazione generale su, *in primis*, le conseguenze modificative *lege data* e, in secondo luogo, sul grado di corrispondenza raggiunto nei processi di trasposizione.

Con riguardo alle conseguenze modificative, e nell'ordine temporale di trasposizione stabilito dalle direttive, la prima del 2010, relativa ai diritti di traduzione e interpretariato, la trasposizione spagnola si presenta, *prima facie*, abbastanza fedele alla norma dell'Unione. Si riempie, senza dubbio, un vuoto normativo o, per meglio dire, si completa una regolamentazione di un diritto fondamentale del processo penale, la cui presenza normativa era limitata alla sua menzione tra i diritti che assistevano a ogni persona imputata. Diritto la cui portata oggettiva e soggettiva e i cui meccanismi di protezione erano segnati dalla giurisprudenza della Corte EDU – caso Hermi c. Italia – benché questo non abbia evitato

provvedimenti fortemente restrittivi del *Tribunal Supremo*.

La legiferazione su contenuti essenziali permette, in qualche occasione, di garantire meglio l'efficacia dei diritti fondamentali.

E, in questo senso, la trasposizione può considerarsi un passo in avanti per schiarire zone di penombra, specialmente sull'estensione oggettiva dei diritti di interpretariato e traduzione.

Ma è ovvio che la direttiva ha un alto contenuto di prestazioni dal quale dipende la vera efficacia del diritto fondamentale che però il legislatore spagnolo ha eluso, limitandosi a un recepimento dei principi ma non dei dettagli.

In primo luogo, e in modo fortemente intenzionale, si definisce al ribasso il contenuto prescrittivo del diritto di interpretariato. Approfittando di un clamoroso vuoto regolatore della direttiva, quello che si garantisce nella norma spagnola è l'interpretariato alla lingua che possa comprendere sufficientemente la persona indagata o imputata. Non l'interpretariato nella sua propria lingua.

Il che riduce, ovviamente l'intensità difensiva del diritto. Non è la stessa cosa comprendere una lingua e disporre delle competenze linguistiche adeguate per potersi difendere efficacemente in quella lingua che, anche se compresa, non è la propria.

A questo dobbiamo anche aggiungere la mancanza di ogni meccanismo o protocollo di identificazione della necessità di attivare il diritto di interpretariato che impone la direttiva.

E neppure si è considerata la regolamentazione precisa delle condizioni di iscrizione degli interpreti e traduttori agli albi ufficiali delle amministrazioni come garanzia di qualità ed efficacia del lavoro da fare. La situazione a questo riguardo è semplicemente da fare arrossire. La quasi totalità dei servizi di interpretariato e traduzione viene fornita da società private prese a contratto dalle Amministrazioni pubbliche, le quali fanno reclutamento di personale senza alcuna garanzia preventiva di qualità e di capacità. A questo si deve aggiungere la mancanza ingiustificabile di protocolli tecnici minimi su come si deve sviluppare la dichiarazione orale con interprete.

Ma senza dubbio il maggiore inadempimento è di tipo ideologico: la mancanza di impegno da parte della maggioranza degli addetti ai lavori del sistema giudiziario penale – avvocati, giudici, pubblici ministeri – verso condizioni di qualità ed efficacia del diritto. Indifferenza che risponde, come dicevo, a un preconcetto ideologico del processo penale, per il quale la persona imputata occupa ancora una posizione subordinata e non da protagonista nello scenario processuale e i cui diritti di difesa si considerano soddisfatti essenzialmente con l'assistenza difensiva dell'avvocato.

Per quanto riguarda la direttiva 2012/13, sul diritto all'informazione nel procedimento penale delle persone indagate – a mio giudizio quella che porta il maggiore numero di *input* di trasformazione del modello – la risposta di recepimento

mento spagnola offre molti profili complessi.

Innanzitutto, per quanto riguarda le modificazioni sostanziali del modello, la più importante è l'incorporazione sostanziale del diritto di accesso ai documenti del fascicolo della indagine da parte della persona privata di libertà, e/o del suo avvocato, che risultino essere fondamentali per impugnare o fare ricorso verso un provvedimento di arresto e/o detenzione, incluso anche quando sia stato dichiarato il segreto investigativo.

Nella precedente regolamentazione spagnola, quando c'era il segreto investigativo, la norma consentiva solo che la persona privata di libertà conoscesse in modo molto succinto i motivi del suo arresto o della custodia cautelare, ma non l'accesso a fonti documentali della fase investigativa. Senza dubbio era uno spazio in deficit di garanzie minime che la direttiva ha permesso di coprire.

Nonostante ciò, la trasposizione realizzata si discosta dalla direttiva riducendo sottilmente – ma significativamente – il contenuto della norma da trasporre. Infatti, la direttiva precisa il contenuto oggettivo del diritto di accesso con riferimento ai documenti che risultino fondamentali per impugnare l'arresto, mentre la norma di trasposizione si riferisce in termini più ristretti agli elementi degli atti di indagini che siano essenziali per impugnare il provvedimento.

Quanto alle esigenze che riguardano il contenuto del dovere d'informazione sui fatti del processo, la trasposizione suggerisce qualche dubbio di corrispondenza.

Infatti, all'articolo 6.1 la direttiva mette l'accento del contenuto dell'informazione sul reato che le persone indagate sono sospettate o accusate di avere commesso. Quando la persona indagata o imputata è detenuta, l'informazione deve estendersi ai motivi del suo arresto detenzione – articolo 6.2. Mentre tanto la formula impiegata nell'articolo 118.1 *a*) quanto quella dell'articolo 520.2 della *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LECrím) insistono sul concetto di fatti attribuiti, come contenuto specifico dell'informazione sull'imputazione, senza riferimento alcuno alla qualificazione giuridica che possa derivarne. Tuttavia, da questa mancanza di corrispondenza non bisogna trarre conseguenze riduttive sul contenuto del diritto di essere informato dell'accusa, di modo che si interpreti come non precettiva l'informazione sulla dimensione normativa del fatto. E questo per due ragioni: la prima, e più importante, perché la portata estensiva del diritto all'informazione è a questo punto tutelata e garantita meglio dal Diritto dell'Unione e dalla giurisprudenza Corte EDU su questo tema; secondo, perché, in ogni caso, il mandato rinforzato di interpretazione conforme obbliga a considerare che il riferimento alla parola "fatti" contenuta negli articoli 118, 520 e 775, tutti quanti della LECrím, equivale, agli effetti informativi, all'espressione "fatti punibili" – categoria normativa che si usa anche nell'articolo 779.5 LECrím – e che corrisponde in modo più approssimativo alla categoria reato contenuta nella direttiva.

Per quanto riguarda le esigenze formali, temporali e materiali di accessibilità e



comprensione, la trasposizione si aggiusta in modo adeguato alle nuove esigenze, addirittura usando formule di portata più garantista.

D'altra parte, il legislatore spagnolo ha messo molta cura nella risposta di trasposizione con riguardo alle eccezioni alla *discovery* probatoria previste nell'articolo 7.4 della direttiva – una delle chiavi più rilevanti e più regressive della direttiva.

Indipendentemente dai termini usati nella trasposizione, il legislatore spagnolo continua a garantire con particolare estensione il diritto di accesso della difesa a tutti i materiali probatori per l'udienza – fatti salvi modi singolari di produzione di qualche fonte di prova, in particolare le testimonianze degli agenti infiltrati.

L'accesso può esercitarsi solo nella fase dell'indagine e in maniera limitata nel tempo sul presupposto di un pericolo grave per la vita o per i diritti fondamentali di un'altra persona o se si corre il rischio di compromettere gravemente l'indagine.

La legge spagnola scarta l'altra limitazione contenuta nella direttiva relativa a quando la *discovery* probatoria può minare gravemente la sicurezza nazionale dello Stato.

Non so se in forma conscia o no, ma in questo caso è stata applicata con tutto il rigore la clausola di non regressione.

L'estensione dei privilegi dell'accusa che la direttiva contiene permettendo l'occultamento alla difesa di determinate prove – con l'esplicita approvazione, inoltre, della CEDU – si contrapponeva, e si contrappone, in modo chiaro al modello costituzionale processuale spagnolo.

Per quanto riguarda il recepimento della direttiva 2013/48 sul diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale, il bilancio in termini generali deve considerarsi positivo per ciò che incorpora e, anche, e per ciò che non incorpora.

Considerando il già accettabile livello di garanzia che era riconosciuto nella legge processuale nazionale, la trasposizione ha permesso di aumentare, di rinforzare, la densità costituzionale del diritto.

Si inserisce poi il diritto all'intervista previa del difensore con il detenuto prima dell'interrogatorio di polizia, che fino alla legge di trasposizione era garantito solo nella fase processuale giudiziaria.

E si formalizzano in modo esplicito, anche se frammentario, una regola di proibizione del mezzo di prova – l'intercettazione delle comunicazioni difensive tra avvocato e imputato – e la proibizione della valorizzazione delle informazioni che anche in modo casuale potrebbero derivarne. Salvo che lo stesso avvocato non sia anche egli soggetto diretto dell'indagine, per la sua presunta partecipazione criminale nel fatto oggetto del processo.

Nuovamente, si evita l'inserimento di clausole gravemente regressive della direttiva. In particolare, si escludono le clausole di posposizione e di ritardo nell'assistenza legale che sono previste negli articoli 3 e 4 della direttiva – anche queste validate dalla

Corte EDU nella sentenza Ibrahim – rinforzandosi addirittura il diritto all’assistenza legale anche in presupposti eccezionali di arresto in isolamento.

Per quanto riguarda la trasposizione della direttiva 2012/29 sui diritti delle vittime nel processo penale, una semplice enumerazione delle questioni sarebbe già troppo lunga per questa sede. Mi limito a constatare che la struttura “codicistica” e il livello di precisione e dettaglio dei contenuti regolamentati dalla direttiva hanno facilitato una specie di incorporazione in blocco in una legge *ad hoc* che colloca lo statuto processuale della vittima al di fuori della *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Il vantaggio di integrità dei contenuti regolativi che offre la legge speciale perde forza con i problemi di corrispondenza e articolazione con le norme vittimologiche che continuano a rimanere nella legge processuale generale.

Oltre ai diritti di tutela, di protezione e di partecipazione nel processo che si garantiscono, la trasposizione è servita a riformulare e delimitare meglio il concetto di vittima e a differenziarla da altre situazioni soggettive che risultano in una certa misura offese dal reato.

La trasposizione, così come detto prima rispetto al diritto di traduzione e interpretariato, non è stata accompagnata da misure organizzative reali ed efficaci per dotare di contenuto effettivo i molti e pressanti doveri di tutela che si stabiliscono nella direttiva.

Il che permette di osservare fin da subito un chiaro inadempimento degli obiettivi fissati dal legislatore dell’Unione. E neppure è stata accompagnata da cambiamenti ideologici significativi nel modo di trattare la vittima nel processo penale da parte degli operatori del sistema. Una buona prova di ciò è la inaccettabile assenza di qualsivoglia regolamentazione nel processo penale spagnolo di meccanismi di giustizia riparativa.

Da segnalare, infine, che il legislatore spagnolo in una specie di deriva *ultra vires* marcata ideologicamente dal cosiddetto integralismo vittimologico ha approfittato della norma di trasposizione per aumentare l’intervento processuale della vittima nella fase della esecuzione della pena. Sino al punto di legittimarla a opporsi o a fare ricorso per la concessione di benefici penitenziari o di misure alternative. Intervento che non è previsto nella direttiva né risulta conforme con i fondamenti stabiliti dalla CGUE nella sentenza, *Casi Salmeron e Gueye*, del 15 settembre del 2011.

#### 4. Conclusioni

Quanto fin qui esposto è semplicemente uno spunto descrittivo che serve per segnalare, invece, i numerosi problemi di applicazione e interpretazione che i tribunali nazionali tanto ordinari quanto costituzionali si trovano ad affrontare.

Probabilmente molte di queste difficoltà troveranno una risposta definitiva nella CGUE a causa di nuovi, intensi e numerosi vincoli di unionizzazione di cui si sono nutriti i processi penali degli Stati membri della Unione.

A mio parere, i pronostici per una maggiore garanzia non sono molto promettenti. L'intrinseco senso politico-istituzionale delle direttive come tetti minimi e il fatto che qualcuna di queste già preveda formule normative decisamente riduttive – v. eccezioni al diritto all'assistenza legale, estensioni dei presupposti di segreto investigativo, limitazioni del *discovery* probatorio, riconoscimento di un diritto quasi illimitato a non essere presente in giudizio da parte dell'imputato – puntano verso una giurisprudenza conservatrice e a non avere eccessivi problemi ideologici nel processo di migrazione delle idee costituzionali, come lo definisce Sujit Choudhry, della Corte di Strasburgo.

E questo porta verso la configurazione di uno *ius commune* processuale penale dell'Unione Europea segnato da distorsioni marcatamente funzionaliste nelle questioni più sensibili. Nuovo paradigma di concentrazione conformativa della portata delle norme processuali dell'Unione che fa che il ruolo dei giudici nazionali sia più complesso ma senza dubbio anche più compromesso.

In materia di garanzie fondamentali nel processo, né la unionizzazione né il principio di supremazia possono giustificare regressioni sostanziali.

Non si deve dimenticare che il principio di non regressione costituisce uno dei fondamenti istituzionali del sistema di protezione dei diritti fondamentali che si rappresentano nella CDFUE, per cui va preso molto sul serio.

Con questo non pretendo di suggerire strategie di resistenza o esclusività nazionale dei contenuti dei diritti fondamentali del processo. Intendo solo richiamare l'attenzione sul fatto che con la scusa del principio di primato e di vincolo del diritto dell'Unione non si possono giustificare né adattamenti normativi, né l'introduzione di standard interpretativi che riducano il contenuto dei diritti e delle garanzie fondamentali nel processo penale di cui siano già dotati i sistemi costituzionali di ciascuno degli Stati.

A mio giudizio, il principio di non regressione si pone come un elemento decisivo del nuovo dialogo giurisdizionale. Di fronte ai rischi che possono derivare da una giurisprudenza della CGUE eccessivamente pietrificata, i conflitti causati dall'applicazione della clausola di non regressione da parte delle autorità giudiziarie degli Stati possono significare un efficace contrappeso.

È un campanello d'allarme contro i rischi di un processo comune europeo che livelli e uniformi verso il basso i diritti e le garanzie fondamentali nel processo penale.

In modo paradossale i giudici nazionali possono convertirsi, con l'uso delle clausole di non regressione e sollevando questioni pregiudiziali di validità, nell'ultima barriera di protezione anche nei confronti della stessa Unione.



OLIVIERO MAZZA

LE GARANZIE DEBOLI NEL RELATIVISMO DELLA CORTE  
DI STRASBURGO <sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. La palingenesi della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 2. Garanzie convenzionali *versus* legalità. – 3. L'inevitabile scontro fra diverse legalità e i nuovi scenari della giustizia penale.

1. *La palingenesi della Corte europea dei diritti dell'uomo*

Difficile sondare le logiche decisorie o, ancora più a fondo, la mentalità della Corte europea dei diritti dell'uomo se non si prende atto che, proprio dall'inizio del nuovo millennio, il giudice di Strasburgo ha completamente rivoluzionato il significato e la portata della sua giurisdizione.

La linea evolutiva è chiara: nel giro di pochissimi anni si è passati dal giudice internazionale del caso singolo, chiamato a occuparsi della specifica violazione dei diritti dell'uomo occorsa in una determinata vicenda processuale, al giudice europeo delle leggi e degli ordinamenti nazionali. Il mutamento è stato determinato e giustificato con il richiamo espresso alla tematica, tutto sommato utilitaristica, delle violazioni seriali e delle sentenze pilota.

Per difendere sé stessa da un eccessivo carico di lavoro, la Corte ha deciso di evidenziare, nella parte dispositiva della decisione, quando la singola violazione accertata sia dipesa, non tanto dal comportamento delle autorità nazionali procedenti, quanto dalla incompatibilità strutturale della legislazione interna con la Convenzione europea, così come interpretata dalla stessa Corte europea.

Il punto di rottura è rappresentato dalla precisa scelta del Consiglio d'Europa, della Corte europea e, in particolare, del Comitato dei ministri, di sollecitare energicamente l'adeguamento dei sistemi normativi interni alle sentenze pronunciate a Strasburgo.

Fino a quando la condanna dello Stato in sede europea rappresentava solo una sorta d'isolata censura all'operato delle autorità nazionali, con conseguenze limitate al caso singolo e al mero indennizzo di natura pecuniaria, la giurisprudenza europea e, a monte, il dettato della Convenzione, venivano considerati solo

<sup>(\*)</sup> Il contributo è già stato pubblicato in *Giurisdizioni europee e sistemi penali. Tendenze e criticità*, a cura di C. Guarnieri, G. Insolera e L. Zilletti, Roma, Carocci, 2018, pp. 73-91.

strumenti internazionali di tutela dei diritti fondamentali del cittadino circoscritti alla specifica vicenda presa in considerazione. Una volta reso esplicito che la Corte europea svolge anche il ruolo di giudice della conformità degli ordinamenti nazionali ai principi europei e che il diritto interno si deve conformare alle decisioni degli organi di Strasburgo, in particolare quando queste ne segnalino un deficit strutturale, è apparso chiaro a tutti che il livello europeo d'intervento investe direttamente le legislazioni e non più solo il contegno delle autorità nazionali nel caso giudicato.

Vi sono alcuni passaggi significativi che testimoniano questa "mutazione genetica" del sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo.

Il primo, fondamentale, è stato compiuto dalla stessa Corte europea con la sentenza della Grande Camera nel caso *Brownioski c. Polonia* (22 giugno 2004). Per la prima volta, infatti, il giudice di Strasburgo ha ricollegato la violazione accertata (art. 1 Protocollo n. 1 sul diritto di proprietà) alla carenza strutturale della legislazione interna. Nel dispositivo della sentenza si legge dunque, *expressis verbis*, che la violazione non è ascrivibile a un evento isolato occorso nel caso del ricorrente, bensì all'insufficienza del sistema normativo nazionale. La Corte europea rivendica a sé il ruolo di giudice delle leggi e come tale si assume anche il compito di indicare, sempre in sentenza, i rimedi necessari per evitare il ripetersi di ulteriori violazioni. Dunque, la Corte non solo finisce per sindacare il diritto interno, mentre prima si era sempre limitata a considerare l'applicazione dello stesso nel caso del ricorrente, ma avoca a sé anche la funzione precedentemente svolta dal Comitato dei ministri, quella di imporre allo Stato l'adozione di riforme indispensabili per ricondurre l'ordinamento nazionale alla piena coerenza con i principi europei.

La sentenza *Brownioski* non è un'estemporanea presa di posizione, ma si iscrive in un più ampio disegno di mutamento dei lineamenti della giurisdizione europea.

Non bisogna, infatti, dimenticare:

- la Raccomandazione R(2000)2 del 19 gennaio 2000, con la quale le Parti contraenti sono state specificamente invitate «ad esaminare i rispettivi ordinamenti giuridici nazionali allo scopo di assicurare che esistano adeguate possibilità di riesame di un caso, ivi compresa la riapertura di procedimenti, laddove la Corte abbia riscontrato una violazione della Convenzione»;
- la Raccomandazione n. 6 del 12 maggio 2004, sul miglioramento dei rimedi interni atti a superare carenze sistematiche, con la quale il Comitato dei ministri ha ribadito la necessità di un puntuale adeguamento delle autorità giudiziarie nazionali alla giurisprudenza europea nell'applicazione del diritto interno;
- il 13 maggio 2004 viene adottato anche il Protocollo n. 14 alla Convenzione, ratificato dall'Italia il 7 marzo 2006 ed entrato in vigore il 1° giugno 2010;

questo Protocollo, attraverso specifici meccanismi di infrazione, impone agli Stati contraenti di garantire l'esecuzione delle sentenze europee anche attraverso il tempestivo adeguamento degli ordinamenti interni;

- il D.P.R. n. 289 del 28 novembre 2005 ha interpolato il più noto D.P.R. n. 313 del 2002 – testo unico sul casellario giudiziale – inserendo i nuovi art. 2 *bis* e 2 *ter* che impongono di iscrivere l'estratto delle decisioni definitive adottate a Strasburgo concernenti i provvedimenti delle autorità nazionali già iscritti nel casellario;
- la legge 9 gennaio 2006, n. 12 che impone al presidente del Consiglio di promuovere gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea, tra cui l'obbligo di riferire al Parlamento sulle conseguenze della giurisprudenza europea per il nostro Stato;
- la sent. Cost. n. 113 del 2011 sulla revisione europea che si iscrive in un generalizzato orientamento della giurisprudenza interna sensibile all'esigenza di ammettere ampi interventi sul giudicato, anche *extra ordinem*, per garantire l'esecuzione, ai sensi dell'art. 46 CEDU, delle sentenze della Corte europea.

Non vanno nemmeno tralasciate le sentenze gemelle della Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 2007, con i correttivi successivamente apportati dalla sentenza n. 49 del 2015 in tema di orientamento consolidato e di margine interno di apprezzamento.

Il complesso dei mutamenti appena elencati ha determinato, a tutti i livelli, la piena consapevolezza della preminenza dei principi europei e della necessità di un tempestivo adeguamento agli stessi dell'ordinamento nazionale.

Dal punto di vista sistematico, questi cambiamenti, voluti dal Consiglio d'Europa, hanno definitivamente chiarito come la Convenzione europea e la giurisprudenza su di essa elaborata dalla Corte di Strasburgo siano ormai assunte al rango di fonti primarie del nostro ordinamento, provocando, però, una prima grave aporia: in un sistema, come quello penale, governato dal principio costituzionale di stretta legalità, tanto sostanziale, quanto processuale, risulta difficile l'innesto di una fonte, peraltro sovraordinata, di matrice giurisprudenziale.

Il *vulnus* è profondo perché, così facendo, si finisce per rendere flessibile tutto il sistema interno delle garanzie della giustizia penale. Il primo soggetto a rendersi conto della palingenesi della giurisdizione europea è stato proprio la Corte di Cassazione la quale, anche in virtù del suo ruolo apicale, si è vista costretta a intraprendere un'opera di *restyling* del diritto interno ispirata alla logica dei principi europei. L'interpretazione convenzionalmente orientata, per molti versi meritoria e tesa a un innalzamento del livello interno delle garanzie, ha finito inevitabilmente per importare nell'ordinamento nazionale non solo i principi europei, ma anche la logica decisoria a essi sottesa.

## 2. *Garanzie convenzionali versus legalità*

Entrando subito nel cuore del tema, se nella giurisprudenza europea il diritto al processo equo non è inteso quale specifico diritto, ma alla stregua di un meta-diritto, di un criterio elastico di valutazione complessiva dello svolgimento processuale, da ciò consegue che si può ritenere rispettato il principio anche a fronte di singole violazioni di specifici diritti di carattere formale, facendo così prevalere il criterio delle garanzie sostanziali compensative nel quadro unitario rappresentato dal processo nel suo complesso.

È la logica *fuzzy* del pregiudizio effettivo, della lesività in concreto rapportata a valutazioni che in Europa vengono compiute *ex post*, mentre i giudici interni sarebbero chiamati a esprimerle strada facendo, nel corso del processo e non al termine dello stesso.

Occorre quindi tenere ben distinti i piani dell'analisi: un conto è l'interpretazione convenzionalmente orientata, doverosa, ma solo nell'ottica dell'incremento delle garanzie, come sancito del resto dall'art. 53 CEDU; altro conto è il messaggio della logica decisoria *flue* o *fuzzy* che la Corte europea ha trasmesso alle giurisdizioni interne.

Anticipando la conclusione del ragionamento, bisognerebbe costruire un sistema multilivello di garanzie per l'accusato che faccia coesistere armonicamente il pieno recepimento degli standard minimi europei in un contesto costituzionale governato dal principio di legalità. L'adeguamento alla Convenzione non può essere pagato al prezzo, troppo elevato, di mandare in frantumi la solida cornice del principio di legalità formale in cui è racchiuso il sistema penale interno.

La vera questione, tuttavia, è che lo stesso principio di legalità viene inteso in termini nettamente difformi dal sistema costituzionale e da quello della Convenzione.

Per la Corte europea, il concetto di diritto, al quale rapportare il principio di legalità, comprende tanto la legislazione formale quanto la giurisprudenza. A ciò si aggiunga che la legalità, basata sulle due fonti eterogenee, viene considerata una garanzia effettiva quasi esclusivamente sotto il profilo della prevedibilità dell'esito decisivo, tralasciando del tutto il suo valore intrinsecamente democratico. A monte di questa impostazione ci sono ovviamente paesi con diverse fonti di produzione del diritto, ma la Corte enfatizza la prevedibilità anche con riferimento all'interpretazione giurisprudenziale del diritto. Si riconosce, cioè, che a prescindere dal sistema delle fonti il formante giurisprudenziale non ha un ruolo meramente dichiarativo.

Questa conclusione può essere considerata ovvia per chi si occupa della teoria del diritto. Nondimeno, resta in ombra la distinzione più rilevante. L'interpretazione creativa, quella che attribuisce alle disposizioni un significato



che le stesse non hanno, ossia quella che costruisce norme inespresse senza disposizioni, implica scelte politiche che i giudici, in alcuni contesti nazionali, come il nostro, non sono autorizzati a compiere, proprio per la mancanza di una correlativa responsabilità politica.

La Corte europea non sembra però preoccuparsi troppo del tipo di ermeneutica adottata. Quello che conta è il risultato in termini di prevedibilità, volendosi tutelare un altro valore, quello della sicurezza giuridica, della stabilità normativa a prescindere dalla natura eminentemente politica delle scelte compiute dall'interprete. E il discorso diventa circolare quando la Corte europea ritiene assolto il requisito della prevedibilità sulla base di prassi giurisprudenziali consolidate.

La legalità convenzionale poggia quindi anche sulla giurisprudenza, anche su quella creativa, purché consolidata o comunque prevedibile, indipendentemente dalla legittimazione dei giudici a compiere scelte di politica legislativa.

Tuttavia, è molto riduttivo limitare il principio di legalità alla prevedibilità di una decisione purchessia. La legalità, nel quadro costituzionale, è la massima garanzia dell'accusato, assicurando tanto la correttezza del comportamento delle autorità procedenti quanto il miglior sviluppo procedimentale nel solco delle regole del giusto processo. Il percorso della legalità è quello che conduce, in un sistema democratico, non tanto e non solo a una decisione prevedibile, quanto a una decisione giusta, la cui giustizia sta proprio nel rispetto delle regole adottate con metodo democratico. Senza dimenticare che, a monte, solo la legalità di matrice parlamentare garantisce la legittimazione politica delle regole e, al tempo stesso, del risultato processuale.

Un esempio paradigmatico del corto circuito innescato, sul piano del diritto sostanziale, dalla nozione autonoma di legalità penale adottata dalla giurisprudenza europea è fornito dalla notissima decisione del caso *Conrada*.

Per la Corte di Strasburgo, il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso non aveva originariamente una sufficiente base legale e si è perfezionato, come fattispecie incriminatrice, solo per effetto del consolidarsi dell'intervento giurisprudenziale. Va sottolineato come questa affermazione, che costituisce la base del ragionamento svolto dai giudici europei, non sia stata affatto contestata dal governo italiano costituitosi in giudizio.

L'assunto di fondo della pronuncia europea, spesso travisato dai commentatori, è che il fatto tipico del concorso esterno in associazione di tipo mafioso non è previsto dal combinato disposto degli artt. 110 e 416 *bis* c.p., ma è il frutto di una mera operazione creativa giurisprudenziale. Ancor più chiaramente, secondo il giudice europeo, la condotta penalmente rilevante è il risultato di un'evoluzione giurisprudenziale, iniziata verso la fine degli anni Ottanta del secolo scorso, e consolidatasi solo a partire dalla sentenza che le Sezioni unite della Cassazione hanno pronunciato nel 1994 nel caso *Demiry*.

Poste queste premesse, la Corte europea ha ritenuto la condanna del ricorrente, per le condotte tenute prima del 1994, contrastante con l'art. 7 CEDU, in quanto, in tale lasso di tempo, le incertezze giurisprudenziali non avevano consentito una sufficientemente tassativa definizione della fattispecie di reato.

La decisione in esame si pone completamente al di fuori dei nostri abituali schemi logico-giuridici e ciò spiega le non poche resistenze opposte dalla giurisprudenza interna al suo pieno recepimento, intervenuto solo con la recente sentenza della Cassazione che ha dichiarato inesequibile e improduttiva di effetti la condanna irrevocabile pronunciata a carico di Bruno Contrada. La presa di posizione della Corte Suprema, sulla quale in questa sede è impossibile soffermarsi, presenta non poche ombre. A una prima lettura, si presenta come un provvedimento volutamente circoscritto al minimo strettamente necessario per dare esecuzione alla decisione di Strasburgo, ossia alla cessazione degli effetti della condanna, senza però prendere posizione sui più rilevanti temi di fondo, dal quesito circa la sorte dei casi analoghi, i cosiddetti fratelli minori di Contrada, fino alla questione, davvero cruciale, riguardante la compatibilità costituzionale di un reato giurisprudenziale, assunto che rappresenta la base dell'intero ragionamento.

Si può quindi affermare, senza timore di smentita, che, anche dopo la recente decisione della Cassazione con cui si è chiusa la vicenda Contrada, il principio enunciato dalla Corte europea non è stato finora portato alle estreme, ma doverose, conseguenze. La giurisprudenza nazionale è rimasta infatti arroccata sulla tesi della base legale formale del combinato disposto degli articoli 110 e 416 *bis* c.p., come se il caso Contrada fosse da considerarsi un *unicum* e nessuno dovesse compiere il successivo passaggio logico.

La questione appare però ineludibile: se, come ha affermato il giudice europeo, il fatto tipico del delitto di concorso esterno in associazione di tipo mafioso non si desume dal combinato disposto degli art. 110 e 416 *bis* c.p. – disposizioni, peraltro, già vigenti ben prima del 1994 e ritenute insufficienti per soddisfare il principio di legalità imposto dall'art. 7 CEDU e il suo corollario della prevedibilità – ma dalla definizione giurisprudenziale della condotta penalmente rilevante, consolidatasi a partire da 1994, ciò significa che nel nostro ordinamento penale vige e viene applicata una fattispecie incriminatrice di natura giurisprudenziale, ossia costituita da una norma inespressa creata dai giudici e non riconducibile al tenore letterale del combinato disposto codicistico, norma inespressa che si è stabilizzata ed è divenuta prevedibile solo dopo l'intervento chiarificatore delle Sezioni unite del 1994.

Del resto, opinando diversamente si dovrebbe giungere alla irragionevole conclusione che il combinato disposto delle previsioni penali abbia da sempre delinato con chiarezza i contorni del fatto tipico, ma che la giurisprudenza, per una ragione insondabile, almeno fino al 1994 abbia interpretato in modo ambiguo,

incerto e comunque contraddittorio le disposizioni in questione. Sarebbe come dire che nel codice penale è scritto da sempre quale sia la condotta penalmente rilevante, ma che la giurisprudenza non se ne sia avveduta fino al 1994.

La realtà è ovviamente ben diversa. Chiunque abbia un approccio intellettualmente onesto al tema e raffronti il tenore letterale degli artt. 110 e 416 *bis* c.p. con la definizione data dalla giurisprudenza al concorso esterno non può che ammettere la natura creativa della norma pretoria. Dal testo della legge non si può desumere che «assume il ruolo di “concorrente esterno” il soggetto che, non inserito stabilmente nella struttura organizzativa dell’associazione e privo dell’*“affectio societatis”*, fornisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo, sempre che questo espliciti un’effettiva rilevanza causale e quindi si configuri come condizione necessaria per la conservazione o il rafforzamento delle capacità operative dell’associazione (o, per quelle operanti su larga scala come “Cosa nostra”, di un suo particolare settore e ramo di attività o articolazione territoriale) e sia diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso della medesima». Allo stesso modo, nelle parole della legge non si rinviene la precisazione che «la efficienza causale in merito alla concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo costituisca elemento essenziale e tipizzante della condotta concorsuale, di natura materiale o morale, [e] che non è sufficiente una valutazione “*ex ante*” del contributo, risolta in termini di mera probabilità di lesione del bene giuridico protetto, ma è necessario un apprezzamento “*ex post*”, in esito al quale sia dimostrata, alla stregua dei comuni canoni di “certezza processuale”, l’elevata credibilità razionale dell’ipotesi formulata in ordine alla reale efficacia condizionante della condotta atipica del concorrente».

L’evidente scollamento fra disposizioni di legge e norma incriminatrice scritta dalla giurisprudenza è il dato di partenza che sembra sia stato collettivamente rimosso in uno strano fenomeno che ha visto accomunate giurisprudenza e dottrina nostrane. Probabilmente si tratta di una verità scomoda che rischia di mandare in frantumi non solo i capisaldi del sistema penale, ma anche il profilo più politicamente sensibile della lotta alla zona grigia della mafia.

Senza potersi soffermare su questioni di carattere sociologico, ciò che è clamorosamente mancato nel dibattito successivo alla sentenza Contrada è stata la seria considerazione della questione di legittimità costituzionale riguardante la norma di creazione giurisprudenziale che definisce penalmente rilevante la condotta tenuta dal soggetto il quale, estraneo al sodalizio criminoso e privo della *“affectio societatis”*, fornisca un contributo causalmente efficiente, oltre che consapevole e volontario, alla conservazione o al rafforzamento delle capacità operative della associazione. Trattandosi di norma di pura creazione giurisprudenziale, come “certificato” dalla Corte europea, la stessa non può porsi alla base della punizione dell’autore della condotta in un sistema costituzionale ispirato al principio di

stretta legalità formale (*nullum crimen sine lege*) enunciato dall'art. 25, comma 2° Cost: «nessuno può essere punito se non in forza una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso». La legge alla quale fa riferimento il precetto costituzionale è certamente solo quella formale, non surrogabile dalla fonte giurisprudenziale, a differenza di quanto avviene nel sistema europeo dove il principio si esaurisce nel predicato della prevedibilità. Pertanto, se il concorso esterno giurisprudenziale ha pieno diritto di cittadinanza nel sistema delle garanzie europee, almeno a partire dal consolidamento degli asserti della Cassazione, non altrettanto può dirsi per il sistema costituzionale interno che rifiuta l'assioma della punibilità di condotte ritagliate su precise e stabili affermazioni della giurisprudenza.

Il tema centrale della inconciliabilità costituzionale di due concetti eterogenei di legalità penale è stato del tutto pretermesso, sia nel dibattito dottrinale seguito alla sentenza Contrada, sia, soprattutto, dalla Corte di Cassazione che, pur investita della questione, si è limitata a ribadire lo stereotipato *refrain* per cui la fattispecie di concorso esterno in associazione mafiosa «non costituisce un istituto di creazione giurisprudenziale, bensì conseguenza della generale funzione incriminatrice dell'art. 110 c.p., e la sua configurabilità trova una conferma testuale nella disposizione di cui all'art. 418 comma 2 c.p.».

### 3. *L'inevitabile scontro fra diverse legalità e i nuovi scenari della giustizia penale*

Lo scontro fra le due legalità, quella costituzionale e quella convenzionale, è emerso in tutta la sua reale dimensione in un'altra vicenda decisa dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 230 del 2012.

Da un lato, un giudice di merito affascinato dalla legalità convenzionale che proponeva l'incidente di costituzionalità sul presupposto che il mutamento giurisprudenziale favorevole intervenuto sulla disposizione incriminatrice dovesse condurre alla revoca del giudicato ai sensi dell'art. 673 c.p.p. Dall'altro, la Corte Costituzionale che ha vistosamente sbandato sotto i colpi della fantasiosa costruzione del giudice remittente, salvo poi correttamente escludere l'equiparazione fra diritto scritto e diritto vivente e quindi l'estensione delle regole di diritto intertemporale alla successione di interpretazioni giurisprudenziali nel tempo.

Un caso eclatante delle difficoltà inoculate nel sistema dalla giurisprudenza europea. La questione sollevata era pacificamente riconducibile al ben noto fenomeno dell'abrogazione tacita e parziale del reato per incompatibilità con la disposizione sopravvenuta. Se con l'abrogazione espressa il legislatore afferma l'intenzione di cancellare la disciplina preesistente, con quella tacita si limita a dettare una nuova regolamentazione incompatibile con quella anteriore (art. 15

disp. prel. c.c.), situazione che si è puntualmente verificata nel caso *de quo*. In presenza di un'abrogazione tacita, spetta sempre all'interpretazione, affidata principalmente e in ultima istanza agli organi giurisdizionali, stabilire se e in quale misura la nuova disciplina sia incompatibile con quella precedente e se per tale ragione la disciplina previgente debba intendersi abrogata e sostituita dalla nuova. Rientra perciò nella fisiologia del fenomeno dell'abrogazione tacita che sia il giudice a dover estrarre dal testo delle disposizioni le norme e a dover comparare la norma precedente con quella successiva al fine di tracciare l'esatto perimetro dell'abrogazione. Quest'attività interpretativa non è creativa del diritto e rientra nei classici limiti dell'ermeneutica.

La Corte Costituzionale è caduta nella trappola del giudice remittente e ha preso per buono il presupposto, erroneo, che *l'abolito criminis* fosse stata effettivamente il frutto di un'eccentrica interpretazione giurisprudenziale abrogatrice, avulsa da qualsivoglia intervento legislativo, con conseguenziale inapplicabilità dell'art. 673 c.p.p.

Questo errore di impostazione ha però consentito di giungere a una fondamentale affermazione di principio: pur prendendo atto dell'approccio europeo volto a includere la giurisprudenza nel sistema delle fonti di produzione del diritto penale, il giudice delle leggi ha ribadito, con malcelato orgoglio, come «il principio convenzionale di legalità penale risulti meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana». Nel nostro ordinamento il principio di legalità penale postula sia il corollario della tassatività-determinatezza delle fattispecie sia il corollario della riserva di legge. Le scelte di politica criminale sono dunque attribuite al monopolio dell'«istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale [...], il quale esprime, altresì, le sue determinazioni all'esito di un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione». Questo «scarto di tutela [...] preclude una meccanica trasposizione nell'ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale».

Al contrario, nell'ambito della Convenzione europea il principio di legalità non guarda alla natura della fonte, legale-formale piuttosto che giurisprudenziale, ma alla mera prevedibilità del precetto per garantire la sicurezza giuridica, concetto che riecheggia l'ormai mitologica certezza del diritto.

L'irriducibile difformità fra queste due inconciliabili concezioni del principio di legalità dovrebbe essere superato dalla prevalenza della più ampia garanzia costituzionale, sia per la primazia della Carta fondamentale nel sistema delle fonti sia per il livello più elevato di protezione del diritto da essa assicurato. Di conseguenza, se la base legale, tanto del diritto penale sostanziale quanto di quello

processuale, deve reggersi sulla legge formale, alla giurisprudenza dovrebbero spettare solo gli spazi fisiologici dell'ermeneutica, ossia il compito di enunciare norme espresse inferite dalle disposizioni di legge, significati che possano essere ricondotti al valore semantico delle parole della legge.

La strada sulla quale si è incamminata la giurisprudenza interna è invece proprio quella opposta, tesa a svilire la portata precettiva del principio costituzionale di legalità per abbracciare un distorto concetto flessibile di legalità apertamente ispirato alle logiche decisorie seguite dalla Corte europea. Non conta più se la norma sia stata creata dalla giurisprudenza o dal legislatore, se chi la detta abbia o meno legittimazione democratica, contano solo la stabilità e la prevedibilità del precetto. Si scorge, nemmeno troppo in trasparenza, il sinistro fascino del precedente giurisprudenziale vincolante.

Non è quindi casuale che questo rinnovato concetto di legalità, declinato sul paradigma europeo della prevedibilità, abbia rappresentato il terreno di coltura ideale per la riforma dell'art. 618, comma 1° *bis* c.p.p.

Disciplinare l'interpretazione giurisprudenziale conforme al precedente delle Sezioni unite significa attribuire a quest'ultimo un valore sovraordinato e schiettamente normativo che confligge insanabilmente con la fisionomia costituzionale della giustizia penale.

Diversamente dai sistemi di *common law*, ma anche da altri sistemi di *civil law*, il nostro ordinamento processuale penale è ispirato a un principio di stretta legalità. I giudici sono soggetti soltanto alla legge (art. 101, comma 2° Cost.), i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni (art. 107, comma 3° Cost.), non vi sono, pertanto, organi giudicanti gerarchicamente sovraordinati; la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge (art. 111, comma 1° Cost.); il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale (art. 112 Cost.); senza dimenticare il principio di legalità penale sostanziale sancito dall'art. 25, comma 2° Cost.

In un sistema penale di stretta legalità processuale e sostanziale, connotato altresì dall'indipendenza esterna e organica interna della magistratura, la prassi del precedente, che produce un'efficacia persuasiva e che diviene addirittura vincolante all'interno della giurisprudenza di legittimità, può essere al massimo "tollerata", a patto però di accogliere una nozione precisa e restrittiva del precedente al quale i giudici sarebbero in qualche modo vincolati.

Il tema, infatti, sconta un frequente equivoco di fondo sul concetto stesso di precedente. Il famoso divieto giustiniano *non exemplis, sed legibus iudicandum est* ci aiuta a capire che la nostra concezione del precedente è molto distante dalla nozione ortodossa di precedente inteso come *caso precedentemente deciso (exemplum)*.

L'idea del caso analogo precedentemente deciso è ancora oggi alla base del

vincolo del precedente dei sistemi di *common law*: la regola è *stare decisis*, non *stare dictis*, con ciò rendendo esplicito che la comparazione fra la *regiudicanda* e il caso analogo anteriormente giudicato non riguarda solo le enunciazioni di diritto, ma investe il caso nella sua interezza e materialità. Secondo il *case method*, o metodo casistico, il giudice di *common law* può discostarsi dal precedente, attraverso il *distinguishing*, quando il caso concreto che deve decidere non corrisponda esattamente a quello preso in considerazione in occasione della precedente enunciazione di principio. E se il caso concretamente sottoposto alla sua attenzione non corrisponde al precedente, viene meno, conseguentemente, anche il vincolo derivante dal *dictum* giuridico.

La tradizione continentale, in particolare quella franco-italiana, si allontana dall'ortodossia britannica non solo per aver scelto di non importare la regola dello *stare decisis*, ma anche per la stessa definizione di precedente. Nella nostra cultura giuridica il precedente non è basato sul *case method*, non riguarda il caso concreto precedentemente deciso, ma si limita alla sola statuizione di diritto, astrattamente considerata come *ratio decidendi* della *quaestio iuris*.

Con una evidente eterogenesi dei fini, oggi il problema del precedente giudiziario vincolante si pone proprio con riferimento ai *dicta* giuridici di un organo, la Corte di Cassazione, nato per restringere il più possibile la libertà di interpretazione del giudice e per garantire la subordinazione alla legge del potere giudiziario.

La prospettiva oggi è chiaramente ribaltata: abbandonato il feticismo illuministico della legge, caratteristico delle dottrine rigorosamente giuspositivistiche, è opinione diffusa e condivisa che la giurisprudenza di legittimità sia, in un'ottica di empirismo giudiziario, fonte del diritto.

Certamente non una fonte legale, ma *extra ordinem*. Al punto che si parla comunemente di "diritto vivente" e di "diritto giurisprudenziale" contrapposti al "diritto formale scritto" sancito dalla fonte legislativa.

Meno convincente è la contrapposizione fra "diritto non scritto" (di matrice giurisprudenziale) e "diritto scritto" (consacrato in leggi e codici). La giurisprudenza è tradizionalmente un fenomeno scritto, ma da quando le decisioni della Cassazione sono massimate, da quando esiste un Ufficio del massimario che svolge la sua attività in modo regolamentato dai decreti dei presidenti della Corte, secondo la previsione dell'art. 26, comma 1° del regolamento per l'esecuzione del c.p.p., parlare ancora di "diritto non scritto" è certamente improprio.

Al di là delle definizioni e delle etichette, in un impianto costituzionale improntato alla stretta legalità e all'indipendenza organica interna ed esterna della magistratura, non si può trasferire, senza gravi crisi di rigetto, la teoria del precedente giurisprudenziale vincolante che postula, quale corollario pressoché necessario, la classificazione della giurisprudenza fra le fonti di produzione del diritto.

D'altronde, nessuno potrebbe seriamente invocare la teoria del precedente

vincolante con riguardo alla pura interpretazione, e cioè all'attività di individuazione di una norma espressa costituente il significato tratto da una o più disposizioni. Le Sezioni unite della Cassazione non si occupano normalmente di un'interpretazione meramente decisoria, finalizzata a inferire dalle disposizioni e dalla norma generale la norma individuale che decide il caso singolo. L'enunciazione del principio di diritto, oggi vincolante, trascende la logica decisoria della specifica *regiudicanda*, spostandosi sul terreno della produzione normativa.

La regola generale e astratta, rappresentata dal principio di diritto, è sempre più spesso una norma inespressa, priva di disposizione di riferimento, che assume la forza vincolante della legge, pur non essendo a essa riconducibile.

La formulazione ufficiale di una norma inespressa vincolante è, quindi, un'azione perfettamente assimilabile alla legislazione, ancorché compiuta dalla suprema Corte nel suo massimo consenso in vece del legislatore.

Gli esempi, in materia processuale penale, potrebbero essere sterminati. Basti pensare, a titolo puramente indicativo, al diritto delle prove, alla disciplina delle videoriprese nei luoghi riservati o ai captatori informatici, alle impugnazioni, alla inammissibilità e specificità dei motivi.

La questione assume connotati ancor più preoccupanti in una materia in cui la riserva di legge non è solo quella imposta dal generale principio di legalità processuale, ma è altresì rafforzata dalla espressa riserva di legge sancita, stando agli esempi appena formulati, dagli artt. 14 e 15 Cost. Non basta invocare l'art. 189 c.p.p., la prova atipica prevista dal legislatore con riferimento ai mezzi di prova costituenda, per introdurre nuovi e non disciplinati mezzi di ricerca della prova. Dalla disposizione dell'art. 189 c.p.p., riguardante espressamente i mezzi di prova acquisibili in dibattimento («il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova atipica»), non è consentito trarre una norma espressa regolante mezzi di ricerca della prova esperibili, a sorpresa, nella fase d'indagine ovvero un generale principio di libertà della prova irrituale.

La deriva del sistema delle fonti, consacrata nel nuovo art. 618, comma 1° *bis* c.p.p., solleva un fondato dubbio di legittimità costituzionale. Se le Sezioni unite enunciassero, come quasi sempre avviene, un principio di diritto costituito da una norma inespressa, senza disposizione di riferimento, tale principio potrebbe essere ritenuto vincolante per le Sezioni semplici e, a cascata, per tutte le giurisdizioni? Imporre simile vincolo sarebbe compatibile con il principio di legalità processuale (art. 111, comma 1° Cost.) e con la soggezione dei giudici soltanto alla legge (art. 101, comma 2° Cost.)?

Forse è illusorio credere che una Sezione semplice della Cassazione solleverà una così dirompente questione di legittimità costituzionale, ma i presupposti per un salutare ripensamento del principio di legalità appaiono limpidi.

Molto più probabilmente, nei futuribili attecchirà ancor di più la nuova ideo-



logia del processo penale modellata sulle logiche decisorie della Corte europea.

L'art. 618 comma 1° *bis* c.p.p., come detto, risponde proprio a quella esigenza di prevedibilità e di sicurezza giuridica che la Corte di Strasburgo pone a fondamento del principio di legalità convenzionale. Non è perciò casuale che la riforma Orlando, riprendendo i ben noti indirizzi espressi dalle Commissioni di studio che l'hanno preceduta, abbia voluto garantire anche alla nostra giurisprudenza quella stabilità e quella prevedibilità che ne faranno, a tutti gli effetti, una fonte di produzione del diritto conforme a un rinnovato concetto di legalità modellato sugli elastici criteri convenzionali.

La rassegnata previsione di un adattamento ai nuovi modelli non può però tacitare le preoccupazioni per uno scadimento complessivo del sistema delle garanzie processuali.

Le due distinte concezioni del principio di legalità non sono né equivalenti né fungibili. La sicurezza/prevedibilità della giurisprudenza creativa di norme inespresse non è una garanzia sufficiente per proteggere l'imputato dai possibili abusi della magistratura. Il giudice che detta le regole del gioco processuale finisce per abdicare alla sua funzione costituzionale di soggetto terzo e imparziale (arbitro) e diviene parte (giocatore) in grado di condizionare a piacimento l'esito della contesa alla quale inevitabilmente non è più estraneo.

Importare nella creazione delle regole processuali la logica *fuzzy* della Corte europea, fondata sulla valutazione complessiva dell'equità del processo e sulle garanzie compensative, significa privare l'imputato dell'unica vera garanzia rappresentata dal giusto processo regolato dalla legge, ma significa anche consegnare a soggetti politicamente irresponsabili il compito di disciplinare i rapporti fra cittadino e autorità in un dato contesto storico. Rapporti fra autorità e libertà che, appare inutile dirlo, rappresentano non solo il reale oggetto di disciplina della procedura penale, ma anche la cifra della democrazia.

Garanzie per l'imputato e garanzie per la democrazia si intrecciano nei nuovi scenari della giustizia penale sui quali anche il potere politico, purtroppo sempre più debole, dovrà presto interrogarsi.



NEL RICORDO DI ETTORE  
(17 maggio 1948 - 20 febbraio 2017)

«La funzione di garantire il rispetto della legalità è principalmente dei giudici, se non altro perché a loro spetta disciplinare l'applicazione concreta delle previsioni codicistiche. Tuttavia, ciò non attenua affatto la gravità della inerzia dei difensori, per lo più silenti e rassegnati, né assolve i pubblici ministeri, per lo più adagiati sulla deformante comodità della "semplificazione", della quale in definitiva tutti i soggetti professionali del processo sono partecipi. Il rischio, evidentemente, è la normalizzazione, ovvero la strisciante restaurazione di metodi probatori di stampo inquisitorio, in cui le regole non espressamente difese da sanzione sono considerate un optional, e dunque osservate solo se condivise» (tratto da E. RANDAZZO, *Un laboratorio per la legalità dell'esame incrociato*, in *Criminalia*, 2009, p. 559).



## HANNO COLLABORATO AL VOLUME

ROBERTO BARTOLI – Professore ordinario nell’Università di Firenze

CLEMENTINA COLUCCI – Dottoranda di ricerca in discipline penalistiche  
nell’Università di Firenze

ROBERTO CORNELLI – Professore associato nell’Università di Milano-Bicocca

GUSTAVO CEVOLANI – Ricercatore nella Scuola Alti Studi IMT di Lucca

VINCENZO CRUPI – Professore associato nell’Università di Torino

CRISTIANO CUPELLI – Professore associato nell’Università di Roma “Tor Vergata”

CRISTINA DE MAGLIE – Professore ordinario nell’Università di Pavia – Institute  
for Legal Research University of California, Berkeley School of Law

JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS – Catedrático di diritto penale, Universidad de Málaga

FAUSTO GIUNTA – Professore ordinario nell’Università di Firenze

CARLO GUARNIERI – Professore ordinario nell’Università di Bologna

JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA – Giudice del Tribunal Superior de Justicia de  
Cataluña

MARIO JORI – Professore ordinario nell’Università di Milano

STEFANO MANACORDA – Professore ordinario nell’Università della Campania “L.  
Vanvitelli”

FERRANDO MANTOVANI – Professore emerito nell’Università di Firenze

GIANFRANCO MARTIELLO – Ricercatore di diritto penale nell’Università di  
Firenze

OLIVIERO MAZZA – Professore ordinario nell’Università di Milano-Bicocca

DOMENICO NOTARO – Professore associato nell’Università di Pisa

FRANCESCO PALAZZO – Professore emerito nell’Università di Firenze

DOMENICO PULITANÒ – Professore emerito nell’Università di Milano-Bicocca

CECILIA VALBONESI – Dottore di ricerca in discipline penalistiche nell’Università  
di Firenze

DANIELE VELO DALBRENTA – Professore associato nell’Università di Verona



## Criteria per la pubblicazione

1. Al fine di assicurare la qualità scientifica degli studi pubblicati, il Comitato direttivo di *Criminalia* si avvale del giudizio di Revisori esterni, i cui nominativi sono raccolti nella lista riportata di seguito. I Revisori ricevono, in forma anonima, gli scritti destinati alla pubblicazione. Saranno pubblicati unicamente gli scritti valutati favorevolmente da due Revisori che li hanno giudicati l'uno all'insaputa dell'altro.
  2. Nel caso di pareri discordanti espressi dai due Revisori, il Direttore può richiedere una valutazione, sempre in forma anonima, a un terzo Revisore anche esterno, il cui giudizio sarà vincolante ai fini della pubblicazione o meno.
  3. Sono esclusi dall'anzidetto sistema di valutazione preventiva di qualità: a) gli studi già pubblicati in riviste italiane o straniere classificate in fascia A; b) gli studi dei componenti del Comitato di direzione; c) le relazioni, le comunicazioni e gli interventi a convegni o a incontri pubblici ad essi assimilabili; d) gli scritti non giuridici; e) le recensioni di libri e i resoconti dei convegni; f) gli scritti di studiosi di elevato e riconosciuto merito scientifico e di esperti di comprovata esperienza (es. professori emeriti o onorari; studiosi italiani e stranieri di chiara fama o simili).
- La pubblicazione di tutti i contributi non sottoposti al giudizio dei revisori di cui al punto 1, è comunque subordinata al parere positivo del Comitato di direzione.
4. La documentazione relativa alla procedura di revisione di ciascun lavoro e all'approvazione unanime del Comitato di direzione è conservata a cura della Redazione di *Criminalia*.

## Revisori

Giuseppe Amarelli	Giovanni Fiandaca	Alessandro Melchionda
Giuliano Balbi	Giovanni Flora	Sergio Moccia
Elio R. Belfiore	Luigi Foffani	Vito Mormando
Marta Bertolino	Désirée Fondaroli	Vania Patanè
David Brunelli	Gabriele Fornasari	Paolo Patrono
Marcello Busetto	Ignazio Giacona	Marco Pelissero
Alberto Cadoppi	Roberto Guerrini	Davide Petrini
Alberto Camon	Giulio Illuminati	Nicola Pisani
Damiano Canale	Gaetano Insolera	Tommaso Rafaraci
Cristiano Cupelli	Sergio Lorusso	Mario Ricciardi
Francesco D'Alessandro	Claudio Luzzati	Lucia Risicato
Giampaolo Demuro	Stefano Manacorda	Mauro Ronco
Giulio De Simone	Ferrando Mantovani	Placido Siracusano
Alberto De Vita	Luca Marafioti	Luigi Stortoni
Mariavaleria Del Tufo	Enrico Marzaduri	Paolo Veneziani
Alberto di Martino	Oliviero Mazza	Tiziana Vitarelli
Vittorio Fanchiotti	Nicola Mazzacuva	

Edizioni ETS  
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa  
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com  
Finito di stampare nel mese di dicembre 2018





Edizioni ETS

[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com) - [info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com)

# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

[www.edizioniets.com/criminalia](http://www.edizioniets.com/criminalia)

*Direttore*

Fausto Giunta

*Comitato di direzione*

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie, Luciano Eusebi,  
Alberto Gargani, Fausto Giunta, Vincenzo Maiello, Marco Nicola Miletta,  
Renzo Orlandi, Michele Papa, Carlo Piergallini,  
Francesca Ruggieri

per sottoscrivere abbonamento e per acquistare numeri arretrati

**[www.edizioniets.com/criminalia](http://www.edizioniets.com/criminalia)**

- **Primo Piano**  
CRISTINA DE MAGLIE, *Alle radici del bisogno di criminalizzazione. Riflessioni in tema di moralità, immoralità e diritto penale* – JOSÉ LUÍS DIEZ RIPOLLÉS, *Abuso del sistema penale* – MARIO JORI, *Concezioni del diritto vecchie e nuove. Il positivismo giuridico rivisitato sullo sfondo del neocostituzionalismo* – FERRANDO MANTOVANI, *Erosione del principio della riserva di legge, interrogativi e rimedi* – FRANCESCO PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*
  
- **Studi**  
ROBERTO BARTOLI, *I punti e le linee nel contrasto al terrorismo internazionale* – GUSTAVO CEVOLANI, VINCENZO CRUPI, *Come ragionano i giudici: razionalità, euristiche e illusioni cognitive* – CLEMENTINA COLUCCI, *Nomofilachia “espressa” e nomofilachia “occulta”: meccanismi di stabilizzazione della giurisprudenza nella recente evoluzione del diritto penale italiano* – ROBERTO CORNELLI, *La politica della paura tra insicurezza urbana e terrorismo globale* – CRISTIANO CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali* – DOMENICO NOTARO, *L’interazione fra norma penale e regole deontologiche alla prova di resistenza delle scorrettezze processuali di avvocati e magistrati* – GIANFRANCO MARTIELLO, *“Civile” e “penale”: una dicotomia sanzionatoria davvero superata? Ovverosia, quando il risarcimento del danno vuole “punire” il reo* – DANIELE VELO DALBRENTA, *Sul problema dell’obbedienza al diritto (ingiusto). Considerazioni a margine della c.d. formula di Radbruch*
  
- **Il punto su...** *L’irrequieto presente e l’incerto futuro della prescrizione* – FAUSTO GIUNTA, *La prescrizione del reato: ossia la causa estintiva che visse due volte* – STEFANO MANACORDA, *Prescrizione e controlimiti: prove di un dialogo costruendo negli sviluppi del caso Taricco* – DOMENICO PULITANÒ, *La moralità della prescrizione per decorso del tempo*
  
- **Il punto su...** *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali* – CARLO GUARNIERI, *I giudici delle Corti europee: chi sono e come vengono scelti? Un’analisi dei processi di nomina e dei loro esiti* – JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA, *Alcune note sugli interventi legislativi dell’Unione europea nel processo penale: sfide e incertezze* – OLIVIERO MAZZA, *Le garanzie deboli nel relativismo della Corte di Strasburgo*
  
- **Nel ricordo di Ettore**

[www.edizioniets.com/criminalia](http://www.edizioniets.com/criminalia)