

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2018

●
primo piano

Diritto penale, infermità mentale e neuroscienze

Multiculturalismo e giurisdizione penale

Fare luce sulla zona grigia

La lingua del diritto penale

Depenalizzazione e "materia penale". La graduazione delle garanzie tra forma e sostanza

Note sparse su certezza e coerenza della decisione giudiziale

●
i grandi temi

La tutela della persona umana

Negazionismo

Tortura

●
il punto su...

La nuova disciplina dell'art. 162-ter c.p.

La corruzione tra privati

●
Antologia

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, Gianfranco Martiello,
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

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

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2 0 1 8



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2019
EDIZIONI ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

ISBN 978-884675634-3
ISMN 1972-3857

INDICE

Primo Piano

MARTA BERTOLINO <i>Diritto penale, infermità mentale e neuroscienze</i>	13
GIOVANNI CANZIO <i>Multiculturalismo e giurisdizione penale</i>	53
MAURIZIO CATINO <i>Fare luce sulla zona grigia</i>	65
CRISTINA DE MAGLIE <i>La lingua del diritto penale</i>	105
ALBERTO GARGANI <i>Depenalizzazione e “materia penale”. La graduazione delle garanzie tra forma e sostanza</i>	143
MICHELE TARUFFO <i>Note sparse su certezza e coerenza della decisione giudiziale</i>	161
I grandi temi <i>La tutela della persona umana</i>	
ROBERTO BARTOLI <i>Brevi riflessioni sul fine vita a partire dai concetti di uomo, individuo e persona</i>	177
GIOVANNI FLORA <i>La tutela della libertà sessuale ed i tormenti di Cupido nell'era postmoderna</i>	189
FAUSTO GIUNTA <i>I beni della persona penalmente tutelati: vecchie e nuove sfaccettature</i>	195

MICHELE PAPA

*La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali:
appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità* 213

ANTONIO VALLINI

Il "discorso" giuridico in tema di "persona": abbozzo di un lessico 223

I grandi temi Negazionismo

GIULIANO BALBI

Il negazionismo tra falso storico e post-verità 233

FILIPPO BELLAGAMBA

*Dalla criminalizzazione dei discorsi d'odio all'aggravante del negazionismo:
nient'altro che un prodotto della legislazione penale simbolica?* 265

CORRADO DEL BÒ

Tollerare l'intollerabile. Il negazionismo tra etica e diritto 291

I grandi temi Tortura

GIOVANNI CANZIO

*I crimini di guerra nazisti in Italia (1943-1945) nella giurisprudenza della
Corte di cassazione* 305

STEFANIA CARNEVALE

*Tortura e maltrattamenti in carcere: i presidi di diritto processuale e
penitenziario a supporto degli strumenti sostanziali* 325

LUCIA RISICATO

*L'ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del diritto penale e
crimini contro l'umanità* 351

Il punto su... *La nuova disciplina dell'art. 162-ter c.p.*

GIAN PAOLO DEMURO

L'estinzione del reato mediante riparazione 373

SERGIO SEMINARA

Procedibilità a querela ed estinzione del danno per condotte riparatorie: spunti di riflessione 383

Il punto su... *La corruzione tra privati*

FRANCESCO MACRÌ

La corruzione tra privati (art. 2635 c.c.): i recenti ritocchi della legge "spazzacorrotti" (l. n. 3/2019) e i problemi di fondo della disciplina italiana alla luce dell'esperienza comparatistica 405

ANDREA FRANCESCO TRIPODI

La corruzione tra privati. Un'analisi diacronica dello spettro offensivo della fattispecie ovvero la concorrenza come figlia di un dio minore 437

Antologia

FABIO BASILE

Violenza sulle donne e legge penale: a che punto siamo? 463

FRANCESCO CALLARI

La rivisitazione in malam partem del giudicato penale: dal contrasto del terrorismo e della criminalità organizzata ad orizzonti futuribili 475

ALBERTO CAPPELLINI

Machina delinquere non potest? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale 499

GAETANO CARLIZZI

Il principio del libero convincimento come guida per il legislatore e per il giudice nel campo del processo penale 521

RICHARD DUBÉ, MARGARIDA GARCIA <i>L'opinione pubblica come fondamento del diritto di punire: frammenti di una nuova teoria della pena?</i>	537
FAUSTO GIUNTA <i>Culpa, culpa</i>	569
GAETANO INSOLERA <i>Dalla legittima difesa all'offesa legittimata? Ragioni a confronto sulle proposte di modifica all'art. 52 c.p.</i>	601
MASSIMILIANO LANZI <i>Preterintenzione e reato aberrante, tra vecchi paradigmi e nuove esigenze di tutela</i>	611
GIORGIO MANIACI <i>Harm principle e offence principle secondo un'etica liberale</i>	643
GIANFRANCO MARTIELLO <i>Violenza pubblica potenzialmente letale e diritto alla vita ex art. 2 CEDU: a proposito dell'art. 53 c.p. "convenzionalmente riletto"</i>	681
DARIO MICHELETTI <i>La responsabilità penale del medico tra colpa generica e colpa specifica</i>	705
GHERARDO MINICUCCI <i>Brevi riflessioni sulle contaminazioni linguistiche nel diritto penale</i>	745
PIER FRANCESCO POLI <i>La colpa grave quale limite all'imputazione per colpa: uno sguardo ai codici dell'Italia unita</i>	765
VICO VALENTINI <i>Dovere di soccorrere o diritto di speronare? Qualche spunto (quasi) a caldo sul caso Sea Watch 3</i>	785

TABLE OF CONTENTS

On the front page

MARTA BERTOLINO <i>Criminal law, insanity, and neuroscience</i>	13
GIOVANNI CANZIO <i>Multiculturalism and criminal justice decision-making</i>	53
MAURIZIO CATINO <i>Shedding light on the grey area</i>	65
CRISTINA DE MAGLIE <i>The language of the criminal law</i>	105
ALBERTO GARGANI <i>Decriminalization and “criminal matter”. The graduation of guarantees between form and substance</i>	143
MICHELE TARUFFO <i>Some remarks on the certainty and consistency of judicial decisions</i>	161

Big themes *Protecting the human person*

ROBERTO BARTOLI <i>Brief remarks on end of life starting with the notions of “human being”, “individual” and “person”.</i>	177
GIOVANNI FLORA <i>Protecting sexual freedom and Cupid’s struggles in the post-modern era</i>	189
FAUSTO GIUNTA <i>The person’s interests protected by the criminal law: old and new nuances</i>	195

MICHELE PAPA

*The physiognomy of the Actus Reus in the structure of sexual offenses:
notes for a reflection on the crisis of the Tatbestand* 213

ANTONIO VALLINI

The legal “discourse” about the “person”: a tentative lexicon 223

Big themes *Historical denialism*

GIULIANO BALBI

Historical denialism between fabrications of history and post-truth 233

FILIPPO BELLAGAMBA

*From the criminalization of hate speech to the aggravating factor
of historical denialism: nothing more than a further outcome of
symbolic criminal law-making?* 265

CORRADO DEL BÒ

Tolerating the intolerable. Historical denialism between ethics and law 291

Big themes *Torture*

GIOVANNI CANZIO

Nazi war crimes in Italy (1943-1945) in the case law of the Cassation Court 305

STEFANIA CARNEVALE

*Torture and mistreatments in prison: penitentiary law procedural
protections supporting substantive tools* 325

LUCIA RISICATO

*The ambiguous texture of the crime of torture, between the militarization of
the criminal law and crimes against humanity* 351

Focus on... *The new provision of Art. 162-ter of the Penal Code*

GIAN PAOLO DEMURO

The extinction of the offense through reparation 373

SERGIO SEMINARA

Private criminal complaints and extinction of the harm caused by means of reparative conducts: food for thought 383**Focus on...** *Private corruption*

FRANCESCO MACRÌ

Private corruption (Art. 2635 of the Civil Code): recent amendments to the "Spazzacorrotti" Law (l. No. 3/2019) and the underlying problems of the Italian provisions in light of the comparative experience 405

ANDREA FRANCESCO TRIPODI

Private corruption. A diachronic analysis of the offense's harm spectrum: competition as the child of a lesser God 437**Anthology**

FABIO BASILE

Violence against women and the criminal law: where are we now? 463

FRANCESCO CALLARI

Reforming in malam partem a final decision: from the fight against terrorism and organized crime to futuristic horizons 475

ALBERTO CAPPELLINI

Machina delinquere non potest? Brief remarks on artificial intelligence and criminal liability 499

GAETANO CARLIZZI

Freedom of conviction as a guiding principle for both the legislature and the judge in the criminal trial context 521

RICHARD DUBÉ, MARGARIDA GARCIA <i>Public opinion as the foundation of the right to punish: fragments of a new theory of punishment?</i>	537
FAUSTO GIUNTA <i>Culpa, culpa</i>	569
GAETANO INSOLERA <i>From self-defense to legitimized offense? Assessing the rationales of proposed amendments to Art. 52 of the Penal Code</i>	601
MASSIMILIANO LANZI <i>Crimes beyond intention and mistake in the commission of a crime, between old paradigms and new calls for protection</i>	611
GIORGIO MANIACI <i>Harm principle and offense principle according to a liberal ethics</i>	643
GIANFRANCO MARTIELLO <i>Potentially lethal state violence and right to life under Art. 2 of the ECHR: on Art. 53 of the Penal Code re-read through the Convention's lenses</i>	681
DARIO MICHELETTI <i>Criminal liability of medical professionals between generic and specific negligence</i>	705
GHERARDO MINICUCCI <i>Brief remarks on linguistic contamination in the criminal law</i>	745
PIER FRANCESCO POLI <i>Gross negligence as a limit to negligence charges: a look at the Penal Codes of unified Italy</i>	765
VICO VALENTINI <i>Duty to assist or right to ram? First remarks on the Sea Watch 3 case</i>	785

Primo Piano

MARTA BERTOLINO

DIRITTO PENALE, INFERMITÀ MENTALE E NEUROSCIENZE ^(*)

SOMMARIO: 1. Da Gemelli alle neuroscienze cognitive e del comportamento: reminiscenze lombrosiane di un diritto penale tra pretese di rifondazione e proposte di integrazione. – 2. La prova (neuro)scientifica nel processo penale: giudice e sapere esperto a confronto. – 3. Accertamenti problematici di imputabilità e di infermità: il caso delle neuroscienze. – 4. Per un'euristica neuroscientifica al servizio di giudici, esperti, imputati e vittime. – 5. Verso la riforma della disciplina codicistica.

1. *Da Gemelli alle neuroscienze cognitive e del comportamento: reminiscenze lombrosiane di un diritto penale tra pretese di rifondazione e proposte di integrazione*

«Quanto al rapporto ed al contenuto dei due piani del giudizio (quello biologico e quello normativo), il secondo non appare poter prescindere, in ogni caso, dai contenuti del sapere scientifico, dovendosi anche ritenere superato l'orientamento inteso a sostenere la “estrema normativizzazione del giudizio sulla imputabilità”, che sostanzialmente finisce col negare la base empirica del giudizio medesimo, pervenendo “alla creazione di un concetto artificiale”; sicché, postulandosi, nella simbiosi di un piano empirico e di uno normativo, una necessaria collaborazione tra giustizia penale e scienza, a quest'ultima il giudice non può in ogni caso rinunciare – pena la impossibilità stessa di esprimere un qualsiasi giudizio – e, pur in presenza di una varietà di paradigmi interpretativi, non può che fare riferimento alle acquisizioni scientifiche che, per un verso, siano quelle più aggiornate e, per altro verso, siano quelle più generalmente accolte, più condivise, finendo col costituire generalizzata (anche se non unica, unanime) prassi applicativa dei relativi protocolli scientifici: e tanto va considerato senza coinvolgere, d'altra parte e più in generale, ulteriori riflessioni, di portata filosofica oltre che scientifica, circa il giudizio di relatività che oggi viene assegnato, anche dalla comunità scientifica, alle scienze in genere, anche a quelle una volta considerate assolutamente “esatte”, del tutto pacifiche e condivise (nel tramonto “dell'ideale

^(*) Testo aggiornato della Relazione al Corso “*Le neuroscienze e la genetica comportamentale nel processo penale italiano*”, organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura presso L'Accademia dei Lincei, Roma, 1-3 ottobre 2018.

classico della scienza come sistema compiuto di verità necessarie o per evidenza o per dimostrazione”, come è stato autorevolmente scritto), vieppiù tanto rilevando nel campo del sapere medico»¹.

Con queste parole già nel 2005 la Cassazione a Sezioni unite liquidava positivamente la questione relativa all'affidabilità scientifica degli accertamenti di inimputabilità per infermità di mente. Questione che, come è noto, si inserisce nel più ampio dibattito sul ruolo del sapere esperto e di quale sapere esperto nel processo penale e, ancor prima, sul ruolo della scienza nell'ambito del diritto penale per garantire l'affidabilità, l'interpretabilità empirica delle categorie dommatiche generali, quali, in particolare, l'imputabilità, il dolo, la colpa, la causalità; ma anche degli elementi descrittivi delle diverse figure di reato. Come è noto, ai fini dell'accertamento di tali componenti spesso il ruolo della scienza risulta imprescindibile, per decidere su problemi che implicano competenze che esorbitano da quelle che sono proprie dei giudici e al rispetto delle quali anche di recente la Cassazione li richiama, ammonendoli di non giungere «a conclusioni diametralmente opposte» a quelle contenute nelle consulenze e/o perizie, «sulla base di una mera sovrapposizione, a queste ultime, della propria “scienza personale”»².

Il dibattito segna trasversalmente sia la dottrina che la giurisprudenza, anche quella costituzionale, che a proposito della forza dimostrativa del dato empirico per dichiarazioni di incostituzionalità ha stabilito che, «perché si possa pervenire ad una declaratoria di illegittimità costituzionale occorre che i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erronei o raggiungano un tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo una interpretazione ed una applicazione razionali da parte del giudice»³. E che tale livello di indeterminatezza sarebbe raggiunto quando la fattispecie incriminatrice «prevede un'ipotesi non verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato»⁴. Infatti, come da ultimo

¹ Cass. Sez. un. 8.3.2005, n. 9163, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 857 ss. Tale impostazione d'altra parte riflette quella «oggi prevalente, protesa verso la verità scientifica più aggiornata» e per la quale «ciò che conta non è tanto l'ufficialità di un dato sapere in sé stessa considerata, quanto la plausibilità della spiegazione scientifica offerta in concreto, ossia con riferimento al caso *sub iudice*. Quest'ultimo approccio, però, non è immune dal rischio che nella dialettica processuale esca vincente una solitaria pseudoscienza, ossia un sapere effimero e soggettivistico, privo di valore epistemologico», F. GIUNTA, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, in M. BERTOLINO-G. UBERTIS, (a cura di), *Prova scientifica, ragionamento probatorio e decisione giudiziale*, Napoli, 2015, p. 82.

² Cass. 24.5.2018, n. 23354, in *Dejure*; conf. Cass., 6.12.2017, n. 54795, CED 271668; Cass. 4.3.2015, n. 37348, CED 262840. Definiscono questo giudice «giudice-volgarizzatore» R. BLAIOTTA-G. CARLIZZI, *Libero convincimento, ragionevole dubbio e prova scientifica*, in G. CANZIO-L. LUPARIA (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Padova, 2018, p. 453.

³ Corte cost., 9.04.1998, n. 114.

⁴ Così a proposito del reato di plagio, art. 603, per la Consulta (Corte cost., 8.06.1981, n. 96) «non essendo né individuabili né accertabili le attività che potrebbero concretamente esplicarsi per

ribadisce ancora la Consulta, «la discrezionalità del legislatore deve essere esercitata alla luce delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia»⁵.

Dunque, legislatore e giudici si confrontano sempre più oggi con la scienza, secondo un discorso che si è andato articolando e sviluppando in modo particolarmente interessante là dove si è trattato di imputabilità e causalità. Due temi, questi, che hanno richiamato l'attenzione dei giuristi e degli scienziati di varie discipline, e che hanno dato vita ad un confronto interdisciplinare ancora in cerca di risposte. Fra questi scienziati, anche i neuroesperti hanno fatto da ultimo sentire la loro voce nelle aule giudiziarie, in particolare per rispondere ad ineludibili interrogativi sulla capacità di intendere e di volere dell'imputato⁶ afflitto da un disturbo mentale, onde pervenire a decisioni di responsabilità penale "al di là di ogni ragionevole dubbio".

Come è noto, si deve alle spiegazioni neuroscientifiche, che – come meglio si vedrà – localizzano l'origine della malattia mentale in patologie strutturali e funzionali del cervello, il rinfocolarsi del dibattito sul concetto di infermità di cui agli artt. 88 e 89 del codice penale, e con esso anche di quello sul presupposto fondamentale della responsabilità penale, la libertà di agire dell'uomo, di cui la capacità di intendere e di volere è espressione, come si evince dallo stesso art. 85 cod. pen.

Non è certo questa la sede per affrontare la estesa diatriba su quest'ultima controversia: ai nostri fini basta ricordare che, con riferimento alla limitata questione della responsabilità penale, lo scontro tra la prospettiva di rifondazione del diritto penale⁷ e quella compatibilista, di integrazione⁸ del nuovo sapere scientifi-

ridurre una persona in totale stato di soggezione, né come sarebbe oggettivamente qualificabile questo stato, la cui totalità, legislativamente dichiarata, non è mai stata giudizialmente accertata. (...). Né è dimostrabile, in base alle attuali conoscenze ed esperienze, che possano esistere esseri capaci di ottenere con soli mezzi psichici l'asservimento totale di una persona».

⁵ Corte cost., 18.01.2018, n. 5.

⁶ Ma anche per verificare la affidabilità e la veridicità della testimonianza.

⁷ Sull'onda delle interpretazioni meccanicistiche del comportamento umano come risultato di un puro processo cerebrale di una parte dei neuroscienziati cognitivi e comportamentisti (cfr., fra gli altri, A. LAVAZZA-L. SAMMICHELI, *Il delitto del cervello. La mente tra scienza e diritto*, Torino, 2012, *passim* e ivi la bibliografia), non sono mancati giuristi, che, messo in dubbio le fondamenta del diritto penale della libertà del volere, di esso hanno sostenuto la necessità di una completa revisione, rifondazione appunto, cfr., ad esempio, G. MERKEL-G. ROTH, *Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe*, in K. J. GRÜN-M. FRIEDMANN-G. ROTH (a cura di), *Entmoralisierung des Rechts. Maßstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht*, Göttingen, 2008, p. 54 ss. A proposito di queste posizioni si è parlato di «ossessione di scientismo», in conseguenza dell'«ingresso delle neuroscienze», che «introduce linguaggi che promettono di aggiornare tutto, di fare riscrivere addirittura il giudizio di responsabilità» (M. DONINI, *Il sapere scientifico come limite o come incentivo alla normativizzazione del dolo? Relazione al Convegno "Verità e scienza nel diritto e nel processo penale. Categorie, metodi di accertamento e nuove tecnologie*, Roma, Corte di cassazione 16 febbraio 2017, p. 1 dat.).

co con le basi del diritto penale dell'indeterminismo, sembra ormai prevalere quest'ultima⁹. A sostegno di questa impostazione, si può richiamare anche una relativamente recente sentenza della Corte di cassazione che a Sezioni unite opta per la capacità di autodeterminazione dell'uomo, anche alla luce dello stato attuale del sapere neuroscientifico. In tale sentenza, a proposito dell'elemento soggettivo del reato, si legge infatti che un «dato testuale desunto dall'art. 43 cod. pen. è sicuramente decisivo per discernere tra dolo e colpa: l'essere o non essere della volontà. Noi non sappiamo esattamente cosa sia la volontà: la psicologia e le neuroscienze hanno fino ad ora fornito informazioni e valutazioni incerte, discusse, allusive. Tuttavia, la comune esperienza interiore ci indica in modo sicuro che nella nostra vita quotidiana sviluppiamo continuamente processi decisionali, spesso essenziali per la soluzione di cruciali contingenze esistenziali: il pensiero elaborante, motivato da un obiettivo, che si risolve in intenzione, volontà»¹⁰.

Quanto invece alla questione definitoria dell'infermità mentale e della sua causa, occorre prima di tutto ricordare che non è sicuramente una novità dell'euristica neuroscientifica il sostenere l'origine organica del disturbo mentale. Fra i vari modelli o paradigmi di interpretazione della malattia di mente quello forse più conosciuto, e comunque il primo ad affermarsi, e che all'epoca in cui venne emanato l'attuale codice penale era ancora imperante, è stato proprio quello medico-organicistico, come le stesse Sezioni unite del 2005 riportano, secondo il quale «le infermità mentali sono vere e proprie malattie del cervello o del sistema nervoso, aventi, per ciò, un substrato organico o biologico»¹¹. Tale impostazione trova ancora riscontro nella giurisprudenza, quando afferma che «le anomalie che influiscono sulla capacità di intendere e di volere sono le malattie mentali in senso stretto, cioè le insufficienze cerebrali originarie e quelle derivanti da conseguenze stabilizzate da danni cerebrali di varia natura, nonché le psicosi acute o croniche, contraddistinte, queste ultime, da un complesso di fenomeni psichici che differiscono da quelli tipici di uno stato di normalità per qualità e

⁸ Che sostiene invece la possibilità di un accordo tra la posizione determinista della neuroscienza e quella indeterminista del diritto penale, in quanto i dati neuroscientifici e di genetica comportamentale non andrebbero letti esclusivamente in chiave di conferma della tesi che nega la libertà del volere; cfr. S. J. MORSE, *Common Criminal Law Compatibilism*, in N. A. VINCENT, *Neuroscience and Legal Responsibility*, Oxford, 2013, p. 27 ss. e ivi la bibliografia; G. GULOTTA, *La responsabilità penale nell'era delle neuroscienze*, in A. BIANCHI-G. GULOTTA-G. SARTORI (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, 2009, p. 4 ss.

⁹ Per una panoramica del dibattito, nella dottrina italiana, v. C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale, Nuove soluzioni per problemi antichi?*. Torino, 2016, *passim*, ora consultabile su www.discrimen.it, sezione "Libri"; A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in questa *Rivista*, 2012, p. 501 ss., ora consultabile su www.discrimen.it, sezione "Riviste".

¹⁰ Cass. Sez. un. 18.9.2014, n. 38343, in *Dejure*.

¹¹ Cass. Sez. un. 8.3.2005, cit., par. 7.1 della motivazione.

non per quantità. Ne consegue che esula dalla nozione di infermità mentale il gruppo delle cosiddette abnormità psichiche, come le nevrosi e le psicopatie, che non sono indicative di uno stato morboso e si sostanziano in anomalie del carattere non rilevanti ai fini dell'applicabilità degli artt. 88 e 89 c.p., in quanto hanno natura transeunte, si riferiscono alla sfera psico-intellettiva e volitiva e costituiscono il naturale portato di stati emotivi e passionali»¹².

Organicismo, questo del modello medico, che le moderne interpretazioni delle neuroscienze comportamentali, cognitive e genetiche, nelle correnti più radicali del c.d. neodeterminismo o neoriduzionismo, sembrerebbero confortare, e riproporre per negare la libertà di determinazione dell'uomo che è alla base del principio della personalità della responsabilità penale, come sancito dall'art. 27 della Costituzione. Anche quest'ultima questione, come è noto, non è peraltro una novità. Già nell'ambito della Scuola positiva si deve all'antropologia criminale di Lombroso il determinismo comportamentale per predeterminazione costituzionale e conseguentemente il rifiuto della distinzione fra soggetti imputabili e soggetti inimputabili. Da diverse angolazioni, le teorie neuroscientifiche che più radicalmente arrivano a dubitare della libertà del volere sono sembrate una riesumazione della spiegazione lombrosiana del crimine secondo il principio del determinismo biologico, che proprio nelle tecniche di indagine del cervello e in quelle di genetica avrebbe alla fine trovato conferma.

Ma, anche se meno note ai penalisti, affermazioni più interessanti e attuali di quelle lombrosiane, e che suonano oggi come anticipazioni delle moderne neurospiegazioni, ma di quelle meno radicali, si ritrovano in studiosi di discipline specialistiche attenti alle questioni penali, come padre Agostino Gemelli. Egli già nel 1918 riconosceva che tra «i fatti nei quali si sono cercate le prove favorevoli e le contrarie alla coesistenza di anima e di corpo nell'uomo e sui quali più viva, e non solo per ragioni scientifiche, è stata sempre la discussione, vi sono senza dubbio quelli dai quali risulta che la corteccia cerebrale dell'uomo e degli animali superiori non è indifferentemente costituita, ma è specializzata nelle sue parti per funzioni diverse. È questo il problema delle localizzazioni cerebrali»¹³. Ma con decisione egli sosteneva anche che sarebbe stato «equivoco

¹² Cass. 5.6.2003, n. 24614, CED 225560.

¹³ A. GEMELLI, *La dottrina delle localizzazioni cerebrali. Osservazioni di un filosofo*, in *Rivista di filosofia neoscolastica*, 10, 1918, p. 329. È risaputo che la dottrina delle localizzazioni cerebrali deve la sua origine alla frenologia degli inizi dell'800, v. U. FORNARI, *Le neuroscienze forensi: una nuova forma di neopositivismo?*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2721; V. anche A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, cit., p. 501: «Frenologia, atavismo criminale e lobotomia rappresentano oggi dottrine ormai unanimemente screditate sul piano scientifico. Nonostante ciò, non appare azzardato intravedere una sorta di ideale *continuum*, per quanto carsico e senz'altro controverso, tra le sopracitate discipline e gli assunti più radicali delle moderne neuroscienze cognitive che, al pari di teorie che oggi non esiteremmo a definire quanto meno bizzarre, propon-

grave, per il quale si confondono i fenomeni somatici, che accompagnano e seguono i fenomeni psichici, con la causa dei fenomeni stessi», il ritenere che in seguito alle «scoperte nei campi dell'anatomia, dell'istologia, dell'embriologia, della fisiologia, della patologia del sistema nervoso e degli organi di senso» sia «lecito asserire che il fatto psichico è nient'altro che una funzione del sistema nervoso centrale e periferico»¹⁴. Tuttavia, se in questa interpretazione del fatto psichico la filosofia spiritualista di allora vedeva una minaccia, in quanto siffatta interpretazione veniva considerata come «una affermazione della teoria che vuole fare del cervello l'organo del pensiero»¹⁵, per padre Agostino Gemelli ammettere invece il principio delle localizzazioni non significava qualcosa di contrario alla dottrina dell'anima. Anzi, il ritenere tale contrarietà non solo è per lo studioso un modo aprioristico di ragionare, ma anche «è da osservare che nulla vi ha nel fatto delle localizzazioni che possa nuocere sia all'unità dell'anima come al suo modo d'unione con tutta la sostanza corporea»¹⁶.

Insomma, un compatibilismo *ante litteram*, per il quale: «Qualunque sia per essere l'esito delle indagini avvenire circa le localizzazioni cerebrali, sempre vi sarà un gruppo di operazioni psichiche le quali si debbono compiere senza l'intervento intrinseco ed immediato di un organo corporeo»¹⁷.

Ancora, e forse tanto più, al giorno d'oggi le parole di Gemelli suonano da monito contro radicalizzazioni del pensiero, sia di quello a favore di un seducente riduzionismo scientifico che di quello a favore di un comodo scientismo giudiziario¹⁸ e da invito a procedere nell'indagine sullo psichismo umano secondo una

gono un approccio riduzionista al tema della genesi del crimine, le cui cause andrebbero individuate in disfunzioni cerebrali localizzate essenzialmente nella regione dell'amigdala o dei lobi frontali dell'encefalo». Sui pericoli di un ritorno alle teorie lombrosiane, v. S. MOCCIA, *I nipotini di Lombroso: neuroscienze e genetica nel diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 681 ss.

¹⁴ A. GEMELLI, *La dottrina delle localizzazioni cerebrali*, cit. p. 338 ss.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ A. GEMELLI, *La dottrina delle localizzazioni cerebrali*, cit., p. 355, nota n. 2.

¹⁷ «Certo, può tirarsi ad abuso ogni teoria più innocente, e così avvenne che tutti coloro i quali sentivano il bisogno di confermare con l'osservazione scientifica le loro tendenze materialistiche, credettero di trovare un prezioso aiuto nelle scoperte della moderna cerebrologia, e si affrettarono a concludere dalla localizzazione delle immagini, "rappresentazioni sensoriali", alla localizzazione del pensiero, "rappresentazione intellettuale" », A. GEMELLI, *La dottrina delle localizzazioni cerebrali*, cit. p. 343.

¹⁸ Come osserva M. DONINI, *Il sapere scientifico come limite o come incentivo alla normativizzazione del dolo?*, cit., p. 2 datt., di fronte al sapere scientifico emergente, in particolare in tema di dolo, nel processo penale due possono essere le strategie: quella che «ammette, di fronte ad una evidenza scientifica, la necessità di un diverso atteggiamento fattuale: non si può cercare il dolo, ci sarà la colpa. L'accertamento modifica dunque la verifica processuale» e quella di contro «tendente a normativizzare il concetto giuridico, dunque a rendere più normativo il dolo, in modo che prescindendo dalla verifica empirica che ne legittimi la sua applicazione nel caso concreto (...). Normati-

visione modernamente olistica del funzionamento del cervello¹⁹ e a vedere, «senza alcuna preoccupazione di ordine filosofico e solo al lume della anatomia, della fisiologia, della embriologia, della patologia, ciò che vi è di accertato nel campo delle localizzazioni cerebrali; e la nostra indagine deve procedere senza preoccupazione filosofica o religiosa alcuna». Ciò significa per lo studioso Gemelli comunque un'attenzione ai fatti²⁰ anche quando si tratta dei fenomeni psichici²¹.

Che a questa realtà dei fatti, o, detto altrimenti, al vincolo di realtà²² nemmeno la scienza penalistica, sostanziale e processuale, possa rinunciare viene aperta-

vizzando in questo modo si potrà dare una maggiore applicazione alla legge penale, perché chiediamo meno sul piano della prova».

¹⁹ A proposito dei fenomeni psichici, che per certi aspetti appartengono ancora alla fisiologia, osserva ancora A. GEMELLI, *La dottrina delle localizzazioni cerebrali*, cit. p. 332, «i reperti anatomici e fisiologici non si possono senz'altro tradurre in linguaggio psicologico, quasi che senz'altro ad ogni centro anatomico corrisponda un determinato fenomeno psichico». Infatti, non solo per GEMELLI occorre un'interpretazione olistica della struttura del sistema nervoso centrale valorizzando la funzione unificatrice del cervello, cioè la «funzione che raccoglie e unifica le varie funzioni», ma anche «(...) dobbiamo ammettere, alla luce dei più recenti reperti, che tali e tante sono le connessioni tra i vari elementi del sistema nervoso da togliere ogni senso ai territori della corteccia cerebrale aventi rigidamente ed assolutamente una determinata specifica funzione, accordando così alla dottrina delle localizzazioni cerebrali puramente il significato di una prevalente deputazione di una data provincia del sistema nervoso centrale ad una determinata funzione» (citazione di p. 340 ss.).

²⁰ Che devono essere sistemati «in una interpretazione fisiologica organica», A. GEMELLI, *La dottrina delle localizzazioni cerebrali*, cit. p. 348.

²¹ Pur avendo essi «un carattere tutto speciale che li distingue sicuramente dai semplici fenomeni fisiologici; essi cadono sotto la coscienza, e son sentiti, percepiti, in una parola sono *sensazioni*. E, appunto perché esigono essenzialmente da un lato un atto psichico, cioè la coscienza, dall'altro l'atto fisiologico, il funzionamento dell'organo sensitivo, perciò tali fenomeni rientrano nel dominio della psicofisiologia», A. GEMELLI, *La dottrina delle localizzazioni cerebrali*, cit. p. 334.

²² Al rispetto della realtà dei fatti richiama da, ultimo, anche la Suprema corte, allorché chiarisce che in «tema di valutazione della perizia psichiatrica, (...) il giudice deve discostarsi dalle conclusioni raggiunte quando queste si basano su dati fattuali dimostratisi erronei che, viziando il percorso logico dei periti, rendono inattendibili le loro conclusioni». Poste queste premesse, la Corte rimprovera ai giudici di merito del caso di specie di aver «disatteso, in assenza di un adeguato supporto scientifico, il giudizio diagnostico», tipico del sapere scientifico del perito, relativo all'«esistenza di una relazione causale dello stato (viziato) di mente col delitto commesso», senza però «mettere in discussione la correttezza del dato fattuale accertato in sede peritale, riguardante l'esistenza di un disturbo della personalità dell'imputato riconducibile al novero delle infermità mentali rilevanti *ex art. 89 cod. pen.*», Cass., 15.5.2017, n. 24082, CED 270270, la quale sottolinea che la motivazione della Corte distrettuale, nella quale non si condividono le conclusioni peritali, «non si è fondata tanto sul riscontro di un'inesatta percezione da parte del perito del dato storico-fattuale di base rappresentato dall'esistenza (non contestata) di uno stato patologico di mente dell'imputato», che ha intaccato la sua capacità di intendere e di volere, «quanto sulla ritenuta incongruenza intrinseca della valutazione – di natura prettamente scientifica – compiuta dal perito» sul nesso eziologico. Così operando, conclude la Cassazione, il giudice «ha sovrapposto e sostituito la propria valutazione a quella peritale». Con la conseguenza che la «valutazione giudiziale si risolve in un'affermazione di tipo eminentemente assertivo, che integra un vizio di manifesta illogicità della motivazione»; conf. Cass., 28.10.2013, n. 43923, CED 257313.

mente riconosciuto ancora dalle Sezioni unite del 2005 sempre a proposito di accertamenti di infermità mentale come causa di esclusione dell'imputabilità in caso di disturbi di personalità. Esse si occupano di fatti, allorché alla luce del pensiero già espresso dalla Consulta affermano che non sembra «allo stato attuale delle conoscenze scientifiche, e pur nella varietà dei paradigmi al riguardo (del concetto di infermità mentale) proposti e della relativa indotta problematica difficoltà, che possa pervenirsi ad un conclusivo giudizio di rinvio a fatti “non razionalmente accertabili”, a fattispecie non “corrispondenti a realtà”, “da non consentire in alcun modo una interpretazione ed una applicazione razionali da parte del giudice”, situazione che, ove sussistente, sarebbe senz'altro indiziata di evidente contrasto col principio di tassatività (Corte Cost., n. 96/1981; id., n. 114/1998), per altro verso inducente ad un conseguente giudizio di impossibilità oggi, e verosimilmente domani, di dare attuazione al disposto dell'art. 85 c.p. e, prima ancora, di mantenere tale norma, laddove, per vero – come è detto nella relazione della Commissione al Progetto c.d. Grosso del 2000 –, “il mantenimento della distinzione fra soggetti imputabili e non imputabili appare irrinunciabile per un diritto penale garantistico”, e la dottrina rimarca che “il concetto di imputabilità (...) è del tutto fondamentale e del resto ben saldo nella cultura, nella costruzione e negli sviluppi del diritto penale moderno” ».

2. *La prova (neuro)scientifica nel processo penale: giudice e sapere esperto a confronto*

Se all'imputabilità non si può rinunciare, secondo l'orientamento tradizionale e maggioritario, non scalfato nemmeno dagli ultimi apporti neuroscientifici, per giudizi di responsabilità penale costituzionalmente conformi fondamentale rimane quindi la dimostrazione dell'esistenza o meno di una causa scusante di infermità mentale.

Quello della prova dell'infermità tale da incidere totalmente o parzialmente sulla capacità di intendere o di volere dell'imputato costituisce il versante empirico-fattuale irrinunciabile del giudizio di cui all'art. 85 del codice penale. In quanto tale è di competenza esclusiva dell'esperto, con la conseguenza che il giudice, in ambito siffatto, per superare ogni ragionevole dubbio, deve trovare conforto nella prova scientifica. Ad essa però non può affidarsi ciecamente secondo una fiducia fideistica, a pena di un riduzionismo scientifico o scientismo oggi perdente²³. Come emerge dalla stessa giurisprudenza costituzionale in par-

²³ Anche «dalla giurisprudenza costituzionale non è possibile ricavare un “primato” della scienza e della tecnica sul diritto, o ipotizzare una paradossale “estromissione” del diritto dalle regole che presiedono alle applicazioni della scienza medico-terapeutica» (G. D'AMICO, *I dubbi della*

te già richiamata, infatti, al legislatore prima, al giudice dopo si chiede il rispetto del principio della ragionevolezza scientifica, nel senso che, come è stato sottolineato anche in dottrina con particolare riferimento all'attività legislativa, quello che non si potrebbe fare «è prescindere dal dato scientifico, decidere in modo autoreferenziale, sovrapporre al ragionamento scientifico quello che la Corte chiama la “discrezionalità politica pura”»²⁴.

Ciò vale anche per l'organo giudicante che in settori particolari come quello dell'imputabilità si confronta con il riscontro scientifico, per di più caratterizzato da notevoli incertezze. Ma, nonostante ciò, tale riscontro diventa indispensabile, soprattutto nei casi c.d. difficili²⁵, per giungere ad accertamenti in cui il dubbio ragionevole sfumi in un libero convincimento suffragato da affidabilità scientifica. Nel senso cioè di un convincimento fondato su prove scientifiche tali che, come afferma la Cassazione, «il dato probatorio acquisito lasci fuori soltanto eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili “in rerum natura”, ma la cui effettiva realizzazione, nella fattispecie concreta, risulti priva del benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana»²⁶.

Tuttavia, ancora controverso rimane cosa si debba intendere per prova scientifica o scientificamente affidabile²⁷, con gravi ripercussioni sulla credibilità delle

scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alle certezze del diritto (materiali giurisprudenziali), in A. D'ALOI (a cura di), *Bio-tecnologie valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, p. 262.

²⁴ G. D'AMICO, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale*, cit., p. 262.

²⁵ Cfr. L. FERLA, *Casi difficili e accertamenti peritali in tema di vizio di mente*, in *Jus-on line*, n. 2/2016.

²⁶ Cass. 29.7.2008, n. 31456, CED 240763; v. anche, Cass. 27.4.1995, n. 5890, CED 201152, che a proposito della utilizzabilità del criterio della verosimiglianza e delle massime di esperienza per la tenuta dell'ipotesi accusatoria afferma: «Nella valutazione probatoria giudiziaria – così come, secondo la più moderna epistemologia, in ogni procedimento di accertamento (scientifico, storico, etc.) – è corretto e legittimo fare ricorso alla verosimiglianza ed alle massime d'esperienza. È tuttavia necessario – affinché il giudizio di verosimiglianza sia logicamente e giuridicamente accettabile – che si possa escludere plausibilmente ogni alternativa spiegazione che invalidi l'ipotesi all'apparenza più verosimile. Allorché viene offerto di provare che ciò che appare simile al vero contrasta con il reale accadimento, quando cioè venga dedotta una prova avente ad oggetto proprio la falsificazione/validazione, nel caso concreto, della massima d'esperienza, la mancata ammissione della prova non consente di ritenere logicamente per vero ciò che appare solo verosimile (...) una conclusione può ritenersi per vera, solo se ha resistito alle spiegazioni alternative»; conf. Cass. 25.11.2014, n. 49029, CED 261220.

²⁷ Cfr. in proposito, fra la estesa letteratura, da ultimo, G. CANZIO-L. LUPARIA (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, cit., *passim*; M. TARUFFO, *La prova scientifica. Cenni generali*, in *Ragion pratica*, 2016, p. 335 ss. e ivi la bibliografia; v. anche G. UBERTIS, *Prova scientifica e giustizia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1198 ss. Osserva da ultimo come la prova scientifica sia «destinata sempre più a svolgere un ruolo di straordinario rilievo nel ragionamento e nella decisione giudiziale, perché essa si rivela potenzialmente idonea ad accorciare i tempi e gli spazi dei “per-

valutazioni circa la capacità di intendere e di volere dell'autore del reato affetto da una patologia psichica. Rispetto a siffatte valutazioni nemmeno l'avvento dell'odierno neoneuropositivismo sarebbe riuscito a dare maggiori certezze; anzi, almeno finora, esso offrirebbe meno di quanto promette²⁸. Ma, come è stato osservato, il «paradosso della nostra epoca» sarebbe proprio questo: «mentre cresce la sensibilità penalistica per la corretta formazione dei processi decisionali, quale base imprescindibile della responsabilità penale, decresce la fiducia nella sua verificabilità empirica»²⁹.

Di questa realtà sono ben consapevoli i giudici, come emerge da alcune importanti sentenze, nelle quali si cerca di elaborare dei criteri di governo delle valutazioni del dato empirico ai fini del giudizio sulla responsabilità penale. Vale la pena in questa sede di richiamare alcune, fra le più emblematiche, di queste decisioni, a partire dalla nota sentenza Cozzini del 2010³⁰. Essa espressamente richiama i criteri *Daubert*³¹ e li integra, al fine di consentire al giudicante di risolvere situazioni in cui «vi siano tesi in irrisolto conflitto»³², senza cadere in argomen-

corsi di verità” e a ridurre l'area del ragionevole dubbio» G. CANZIO, *Introduzione*, in M. BERTOLINO-G. UBERTIS (a cura di), *Prova scientifica, ragionamento probatorio e decisione giudiziale*, cit., p. 16, il quale ricorda anche che le «coordinate del processo penale moderno sono, pertanto, le ipotesi, le prove, i fatti, la verità, il dubbio».

²⁸ Così A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, cit., p. 513 ss.

²⁹ Così F. GIUNTA, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, cit., p. 82.

³⁰ Cass. 13.12.2010, n. 43786, CED 248943, imp. Cozzini e altri.

³¹ Che sono: verificabilità o falsificabilità della teoria scientifica; sottoposizione della teoria alla comunità scientifica di riferimento, c.d. *peer review*; esplicitazione del suo tasso di errore; generale accettazione di essa da parte della comunità scientifica.

³² Cass. 13.12.2010, cit., per la quale, infatti, «per valutare l'attendibilità di una teoria occorre esaminare gli studi che la sorreggono. Le basi fattuali sulle quali essi sono condotti. L'ampiezza, la rigorosità, l'oggettività della ricerca. Il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi. La discussione critica che ha accompagnato l'elaborazione dello studio, focalizzata sia sui fatti che mettono in discussione l'ipotesi sia sulle diverse opinioni che nel corso della discussione si sono formate. L'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica. Ancora, rileva il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica. Infine, dal punto di vista del giudice, che risolve casi ed esamina conflitti aspri, è di preminente rilievo l'identità, l'autorità indiscussa, l'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per le quali si muove». E, si conclude: «D'altra parte, in questo come in tutti gli altri casi critici, si registra comunque una varietà di teorie in opposizione. Il problema è, allora, che, dopo aver valutato l'affidabilità metodologica e l'integrità delle intenzioni, occorre infine tirare le fila e valutare se esista una teoria sufficientemente affidabile ed in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato. In breve, una teoria sulla quale si registra un preponderante, condiviso consenso. Naturalmente, il giudice di merito non dispone delle conoscenze e delle competenze per esperire un'indagine siffatta: le informazioni di cui si parla relative alle differenti teorie, alle diverse scuole di pensiero, dovranno essere veicolate nel processo dagli esperti».

tazioni sorrette da un uso retorico del sapere scientifico³³.

Con riferimento a questo sapere, al giudice non si chiede infatti di essere scienziato, ma “custode del metodo scientifico”³⁴, e cioè attento verificatore e consumatore di leggi e di conoscenze scientifiche³⁵, grazie appunto ai criteri elaborati per la prima volta dalla giurisprudenza americana³⁶ e ai quali la sentenza appena richiamata si appella per risolvere complesse questioni probatorie.

Ma, occorre rilevare che di questi criteri quello che alla fine sembra trovare maggiore successo fra i giudici italiani, e al quale essi sembrano riconoscere una particolare forza persuasiva, rimane il criterio del preponderante, condiviso consenso della comunità scientifica. È quanto emerge dalla giurisprudenza della Suprema corte, che, a proposito dei parametri di scientificità che il giudice deve utilizzare per scegliere a quale parere esperto dare la preferenza nel caso di pa-

³³ Così Cass. 13.12.2010, cit.; conf. Cass. 8.5.2014, n. 18933, CED 262139, imp. Negroni e altri. E, da ultimo, Cass. 9.3.2016, n. 9831, CED 267567, imp. Minichini: «In tema di responsabilità per colpa medica, qualora sussistano, in relazione a pluralità di indagini svolte da periti e consulenti, tesi contrapposte sulla causalità materiale dell'evento, il giudice, previa valutazione dell'affidabilità metodologica e dell'integrità delle intenzioni degli esperti, che dovranno delineare gli scenari degli studi e fornire adeguati elementi di giudizio, deve accertare, all'esito di una esaustiva indagine delle singole ipotesi formulate dagli esperti, la sussistenza di una soluzione sufficientemente affidabile, costituita da una metateoria frutto di una ponderata valutazione delle differenti rappresentazioni scientifiche del problema, in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato. Altrimenti potendo concludere per l'impossibilità di addivenire ad una conclusione in termini di certezza processuale». Parla di «manifesto metodologico» a proposito della sentenza Cozzini F. GIUNTA, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, cit., spec. p. 69 ss., nel ricostruire il dibattito probatorio della giurisprudenza penale in tema di morti da amianto.

³⁴ Viene per la prima volta attribuita questa funzione al giudice nella nota sentenza *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993), sulla quale v. anche *postea* nel testo e in particolare il giudice Blackmun usa il termine *gatekeeper*. Ritene che la sentenza *Daubert* abbia rappresentato inizialmente una modesta rivoluzione politica, ma che col tempo si sia trasformata in una rivoluzione scientifica e che quindi debba essere conosciuta «for the intellectual transformation it imposed on the law» D. FAIGMAN, *The Daubert Revolution and the Birth of Modernity: Managing Scientific Evidence in the Age of Science*, in *University of California Law Rev.*, 2013, 46, p. 895 ss.

³⁵ «Come ben noto, il giudice può essere fruitore, o se si vuole utilizzatore, di regole scientifiche, ma, fatta eccezione per le conoscenze facenti parte del notorio, non può porre egli la regola, che assume essere scientifica, magari credendo di apprestarle autorevolezza citando lo studio al quale si attribuisce la scoperta o l'affinamento della tecnica conoscitiva», Cass. 21.4.2016, n. 19176, in *Dejure*; in dottrina, per un'indagine già negli anni '70 sul ruolo del giudice per accertamenti causali scientificamente affidabili, v. F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, Milano, 1975, *passim*.

³⁶ Per aiutare i giudici in questo compito, negli USA, è stato redatto un importante manuale, che dovrebbe insegnare come affrontare le diverse questioni scientifiche; su di esso e in generale sulle soluzioni introdotte per la formazione ed educazione scientifica dei giudici americani si rinvia alla sintesi di S. ARCIERI, *Il giudice e la scienza. L'esempio degli Stati Uniti: il Reference Manual on Scientific Evidence*, in *Dir. pen. cont.* 6 marzo 2017; ID., *La National Commission on Forensic Science (NCFS). Il giudice e la scienza. L'esempio degli Stati Uniti – Parte II*, ivi, 20 marzo 2017.

rerì divergenti, ribadisce che occorre tenere conto «soprattutto del grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica: il giudice deve svolgere il ruolo di “custode del metodo scientifico” per evitare di aderire all’una o all’altra opinione sulla base di argomentazioni fallaci o non del tutto comprensibili». Per la Corte, dunque, il «consenso della comunità scientifica in ordine ad un determinato accertamento tecnico ben si accosta alla regola della colpevolezza “al di là di ogni ragionevole dubbio”». Come infatti precisa ancora la Cassazione, e come sostenuto dalla stessa Corte territoriale, «se la maggioranza degli studiosi è contraria a ritenere attendibile una certa prova, se ne dovrà fare a meno, poiché troppo alto è il rischio di incorrere in errori forieri di conseguenze drammatiche per i soggetti coinvolti. Ma anche il caso opposto non conduce a risultati automatici: se, talvolta, il consenso è talmente unanime da permettere di affermare in positivo una certezza, in altri casi il risultato è di mera “compatibilità”»³⁷. Così, a proposito del giudice-consumatore di scienza, si legge in un’altra sentenza che esso riceve e consuma «quella che risulta accolta dalla comunità scientifica come la legge esplicativa (...) e non ha autorità per dare patenti di fondatezza a questa piuttosto che a quella teoria»³⁸.

Il riconoscimento in questi termini del ruolo del giudice è in sintonia con la rilettura post-moderna della nozione del giudice “*peritus peritorum*”, offerta da recente giurisprudenza italiana. Per quest’ultima, infatti, tale nozione è «ormai obsoleta e di assai dubbia credibilità. In effetti, l’antico brocardo esprime un modello culturale non più attuale e, anzi, decisamente anacronistico, quanto meno nella misura in cui pretenda di assegnare al giudice reale capacità di governare il flusso di conoscenze scientifiche che le parti riversino nel processo, ove invece una più realistica impostazione lo vuole del tutto ignaro di quei contributi, che sono il frutto di un sapere scientifico che non gli appartiene e non può – né deve – appartenergli»³⁹. Ma, prosegue la Corte, la presa d’atto di questa «legittima

³⁷ Cass. 26.2.2014, n. 39220, in *Dejure*. Cfr., peraltro, Cass. 8.5.2014, cit., che rimprovera ai giudici di merito una valutazione non sufficientemente rigorosa circa la scientificità della tesi esplicativa che alla fine essi hanno accolto sulla base del fatto che essa, «pur con qualche riserva», fosse «più convincente e persuasiva e comunque espressione di un sapere scientifico più largamente condiviso». Per una critica alla sentenza Cozzini, in quanto avrebbe fatto proprio il criterio del caso *Frye*, preferendolo di fatto agli altri, così svilendo il ruolo del parere del perito a «mero “punto di vista personale”», qualora esso non si collochi entro l’essenziale sfondo del sapere condiviso, cfr. C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, p. 177 s.

³⁸ Cass. 14.3.2017, n. 12175, CED 270385.

³⁹ Cass. 7.9.2015, n. 36080, CED 264863, p. 33 ss., imp. Knox e altri; mentre Cass. 13.12.2010, cit., non sembra voler rinunciare alla definizione del giudice come *peritus peritorum*, là dove afferma che «il giudice è effettivamente, nel senso più alto, *peritus peritorum*: custode e garante della scientificità della conoscenza fattuale espressa dal processo»; su tale esplicita determinazione del principio *iudex peritus peritorum* operata dalla Corte, v., da ultimo, G. CARLIZZI, *Iudex peritus peritorum*, in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2017. In dottrina, sulla problematicità della tradizionale

ignoranza» del giudice non significa «acritico affidamento», che comporterebbe «sostanziale rinuncia al proprio ruolo, mediante fideistica accettazione del contributo peritale, cui delegare la soluzione del giudizio e, dunque, la responsabilità della decisione». Ciò premesso, i giudici di legittimità, riconosciuto che «non esiste una sola scienza, portatrice di verità assolute ed immutabili nel tempo, ma tante scienze o pseudoscienze (...)», concludono affidando al giudice il compito di controllore della prova scientifica, quale garante di un risultato che possa essere considerato attendibile. A tal fine, si chiede al giudice di verificare proprio la «scientificità del metodo adoperato», oltre al margine di errore, all'obiettiva valenza ed attendibilità del risultato conseguito e all'attendibilità soggettiva di chi sostenga tale risultato. In breve, il giudice deve assumere quel ruolo di custode, per il quale egli «scrutina e, se del caso, recepisce le informazioni rese da un esperto in giudizio sotto la sorveglianza di altri esperti»⁴⁰.

3. *Accertamenti problematici di imputabilità e di infermità: il caso delle neuroscienze.*

In questa impegnativa cornice si inseriscono anche le prove neuroscientifiche di infermità di mente di cui agli artt. 88 e 89, come testimoniano alcune note vicende

funzione del giudice come *peritus peritorum*, che rappresenterebbe un paradosso, poiché «prima il giudice domanda il parere ad un esperto, perché riconosce di essere tecnicamente impreparato a risolvere un certo problema, ma quando si tratta di valutare se il parere fornitogli sia corretto, il giudice ritorna inspiegabilmente ad essere competente, anzi più competente di colui al quale ha appena chiesto aiuto ammettendo la propria ignoranza», v. L. MASERA, *Il giudice penale di fronte a questioni tecnicamente complesse: spunti di riflessione sul principio dello iudex peritus peritorum*, in *Corr. merito*, 2007, p. 351 ss., il quale, peraltro, ritiene che la scelta a favore di un esperto da affiancare al giudice neutrale rispetto alle parti sia la scelta migliore, soprattutto quando vi sia una forte discordanza fra i pareri dei consulenti di parte. L'accertamento peritale garantirebbe, infatti, «che la carenza di specifica preparazione tecnica del giudice non lo induca a fare affidamento sulla tesi di un esperto che, nella sua qualità di consulente di parte è giocoforza indotto a rappresentare in termini appunto “di parte” lo stato della conoscenza scientifica». Conseguentemente, si riconosce la possibilità astratta di un giudizio scientifico *super partes*, rispetto al quale ricade sul giudice il compito «di verificare se *in concreto* il giudizio del suo perito sia davvero affidabile» (citazione di p. 354 s). V. anche nota seguente.

⁴⁰ G. CARLIZZI, *Iudex peritus peritorum*, cit., e ivi la bibliografia, al quale si rinvia per un'attenta analisi del ruolo superperitale del giudice e dei possibili, diversi modi di comprenderlo; v. anche, dello stesso, *Liberio convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*, Bologna, 2018, spec. p. 30 ss.; R. BLAIOTTA-G. CARLIZZI, *Liberio convincimento, ragionevole dubbio e prova scientifica*, in G. CANZIO-L. LUPARIA (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, cit., p. 367 ss. Sottolinea l'importanza del contraddittorio sulla scienza, poiché «la ricostruzione scientifica più plausibile è quella che “resiste all'urto del contraddittorio tra gli esperti”», anche C. CONTI, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 30 ss., che sottolinea che, se la valutazione è «il tallone d'Achille della prova scientifica», il rimedio «consiste nel valorizzare al massimo il contraddittorio con i consulenti tecnici».

in tema di imputabilità penale⁴¹. In esse i criteri di valutazione della scientificità della prova teorizzati dalla sentenza *Daubert* vengono invocati a volte per attribuire, altre volte per negare forza probatoria alla spiegazione neuroscientifica. Così, a favore della prova neuroscientifica troviamo non solo le ormai famose sentenze della Corte d'assise d'appello di Trieste e del Tribunale di Como⁴², ma anche altre sentenze meno note, come quella del Tribunale di Piacenza o quella del Tribunale di Milano⁴³. Da ricordare, per il ruolo determinante del dato neuroscientifico, anche la decisione del Tribunale di Cremona in tema di valutazione della prova dichiarativa; in questo caso si trattava della testimonianza della persona offesa.

Nella sentenza di Trieste il giudice si appella alla vulnerabilità genetica dell'imputato per vincere la guerra degli esperti⁴⁴, che era scoppiata nel processo di primo grado, e che, come per lo più accade, non verteva tanto sulla diagnosi di disturbo psicotico, quanto piuttosto sul grado di incidenza di esso sulla capacità di intendere e di volere dell'imputato (per il perito incaricato dal giudice a causa di tale disturbo l'imputato al momento del fatto sarebbe stato quasi totalmente incapace di intendere e totalmente incapace di volere; su tale conclusione concordava anche il consulente tecnico della difesa, ma non quello della pubblica accusa, che optava invece per una parziale incapacità di intendere e di volere, conclusione questa che il giudice di prime cure faceva propria). La Corte triestina, con l'aiuto di una nuova perizia, conferma la seminfermità di mente ma opta per la riduzione della pena nella misura massima, che non era stata invece concessa in primo grado. Sono state le «indagini genetiche, alla ricerca di polimorfismi genetici significativi per modulare le reazioni a variabili ambientali (...)» a convincere il giudice della bontà di tale soluzione. Più chiaramente, si trattava di studi di genetica comportamentale, dai quali si evince che la presenza nell'individuo di determinati polimorfismi genetici aumenterebbe in modo significativo il rischio di comportamenti anormali e violenti in concomitanza di situazioni ambientali sfavorevoli. La Corte riconosce che si tratta di un'indagine, quella offerta dai neuroperiti, «del tutto innovativa rispetto al livello di approfondimento corrente degli accertamenti giudiziari», che ha fatto emergere «la circostanza (...) che determinati "geni" presenti nel patrimonio cromosomico dell'imputato lo renderebbero particolarmente reattivo in termini di aggressività – e, conseguentemente vulne-

⁴¹ Per una rassegna di tale giurisprudenza, cfr. M. BERTOLINO, *Il vizio di mente tra prospettive neuroscientifiche e giudizi di responsabilità penale*, in *Rass. it. crim.*, 2015, p. 89 ss.; C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale*, cit., p. 189 ss.

⁴² Corte ass. app. Trieste 1.10.2009, in *Riv. pen.*, 2010, p. 70 ss; Trib. Como, Gup., 20 maggio 2011, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 246 ss., con nota di G. MESSINA.

⁴³ Per queste sentenze, v. *postea* nel testo.

⁴⁴ L'espressione "guerra degli esperti" viene per la prima volta usata da L. W. MYERS, "The Battle of the Experts": A New Approach to an Old Problem in Medical Testimony, in *Nebraska Law Review*, 1965, 44, 3, p. 539 ss.

rabile – in presenza di situazioni di stress». Sarebbe proprio questa dunque la ragione, stando ancora alle parole dei giudici, che «induce la Corte a rivalutare la decisione del G.U.P. di non applicare nel massimo la riduzione di pena possibile per difetto parziale di imputabilità»⁴⁵.

La decisione di Trieste è sembrata inaugurare «nel nostro paese l'ingresso ufficiale delle Neuroscienze nel processo penale ed un diverso approccio alla valutazione del comportamento umano» e percorrere «una strada che sembra oggi obbligata per la giustizia»⁴⁶. Ma l'arresto triestino è stato anche criticato per un eccessivo appiattimento sul reperto di genetica⁴⁷, frutto di un errore psicolegale in cui incorrono coloro che sono colpiti dalla *Brain Overclaimed Syndrome*⁴⁸, e per una carenza nell'argomentazione, al punto da risultare quest'ultima «al limite dell'apodittico»⁴⁹.

⁴⁵ Da una recente indagine è risultato che la prova neurogenetica, come nel processo triestino, è sempre stata introdotta a fini mitigatori dell'accusa o della sanzione, e non tanto per escludere la responsabilità penale dell'imputato, cfr. S. MCSWIGGAN-B. ELGER-P. S. APPELBAUM, *The forensic use of behavioral genetics in criminal proceedings: Case of the MAOA-L genotype*, in *Journal of Law and Psychiatry*, 2017, 50, p. 17 ss. Dallo studio è emerso che tra il 1995 e il 2016 i processi in cui è stata introdotta l'indagine sul gene MAOA-L sono stati in tutto undici, di cui nove americani e due italiani. Gli autori concludono per un impatto modesto di tale tipo di prova nel processo penale.

⁴⁶ A. FORZA, *Le neuroscienze entrano nel processo penale*, in *Riv. pen.*, 2010, p. 75, il quale, a proposito delle indagini neuroscientifiche e neurogenetiche evidenzia «che i periti hanno operato con grande prudenza, pervenendo a conclusioni misurate che hanno limitato il valore del riscontro genetico quale semplice rafforzamento dell'accertata infermità mentale, a prescindere dal significato causale del rapporto tra fattore genetico e comportamento» (citazione di p. 78).

⁴⁷ Cfr. E. STRATICÒ, *Una riflessione sulle neuroscienze e sulle sue ricadute*, in *Rass. it. crim.*, 2, 2013, p. 133. V., anche, A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, cit., p. 511 s. e, più di recente, dello stesso, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte)*, in *Arch. Pen.(Web)*, 2014, 3, p. 34, che esprime dubbi sulla tenuta scientifica del riconoscimento, che la Corte di seconda istanza avrebbe fatto proprio acriticamente, di una interazione fra il particolare polimorfismo genetico dell'imputato (gene MAOA) e l'esposizione ad un ambiente sociale avverso.

⁴⁸ Come è noto, parla di questo genere di errore e di sindrome S. J. MORSE, *Brain Overclaimed Syndrome and Criminal Responsibility: a Diagnostic Note*, in *Ohio State J. Crim. L.*, 2006, 3, p. 397 ss.; ID., *Avoiding Irrational NeuroLaw Exuberance: A Plea for Neuromodesty*, in *62 Mercer L. Ev.*, 2011, p. 843.

⁴⁹ A. SANTOSUOSSO-B. BOTTALICO, *Neuroscienze e genetica comportamentale nel processo penale italiano. Casi e prospettive*, in *Rass. it. crim.*, 2013, 1, p. 78. V., anche, Ó. MORALES GARCÍA, *Genetics. Applications within the Spanish law and criminal proceedings*, in D. PROVOLO-S. RIONDATO-F. YENISEY (a cura di), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, Padova, 2015, p. 424 ss., ora consultabile su www.discrimen.it, sezione "Libri", il quale rimprovera alla Corte anche di non aver tenuto conto del fatto che la reazione omicidiaria dell'imputato all'aggressione avrebbe potuto anche non essere correlata al particolare polimorfismo genetico riscontrato nel soggetto, dato il tempo intercorso fra essa e l'aggressione da quest'ultimo subita. Alla luce di questa vicenda e della più ricca esperienza americana, che tra il 1994 e il 2011 registra già ottantuno casi in cui sono state utilizzate prove neurogenetiche, non si potrebbe escludere che «l'utilizzo di prove di tal genere è stato frainteso», così D. W. DENNO, *Genetics: overview of United States criminal law*, in D.

Nemmeno l'altra famosa sentenza, quella di Como⁵⁰, è andata esente da critiche, da non sottovalutare, se si considera che in questa decisione l'apporto del sapere neuroscientifico non si è limitato al versante sanzionatorio come nella vicenda di Trieste, ma ha avuto un ruolo preponderante sulla decisione del giudice a favore del riconoscimento del vizio parziale di mente.

Cominciando da questo ruolo, sarebbe da apprezzare l'approccio del giudice comasco al dato neuroscientifico, poiché di quest'ultimo egli riconosce il valore nei termini di un contributo conoscitivo, importante, ma non esclusivo per il giudizio sullo stato mentale dell'imputata al momento del fatto e sulla sua pericolosità a fronte delle discrepanze emerse fra la perizia e le due consulenze della difesa e anche nell'ambito di queste ultime. Il dato neuroscientifico, infatti, per il Gup di Como si affianca a quelli ottenuti secondo le indagini tradizionali, cliniche, comportamentali e di personalità, ma non si sostituisce ad esse, perché, come si chiarisce in motivazione, l'avvento delle neuroscienze nel processo penale, non rappresenta «una rivoluzione copernicana in tema di accertamento e valutazione della patologie mentali», né comporta l'adesione ad un riduzionismo biologico, cioè «a criteri deterministici da cui inferire determinate implicazioni relative alla criminogenesi». Il giudizio in tema di imputabilità al fine di accertare la sussistenza di uno stato di infermità mentale al momento del fatto mantiene dunque la sua natura probabilistica, dato che, come chiarisce ancora il giudice comasco, operare tale giudizio «non significa pervenire ad una certezza scientifica o dogmatica, ma semplicemente pervenire a quella scelta che presenta il più alto grado di compatibilità con quello che può essere accaduto e con la realtà fattuale così come rivelata anche dalle emergenze processuali, oltre che da quelle psichiatriche». Le indagini neuroscientifiche costituiscono «procedure maggiormente fondate sull'obiettività e sull'evidenza dei dati perché corroborate dalle risultanze di "imaging cerebrale" e di "genetica molecolare" e, per ciò stesso, in grado di ridurre la variabilità diagnostica e di offrire risposte meno discrezionali rispetto a quelle ottenibili col solo metodo di indagine tradizionale clinico»⁵¹.

Da segnalare che, applicando criteri di scientificità che richiamano quelli della sentenza *Daubert*, il Tribunale aderisce alle conclusioni della seconda consulenza tecnica della difesa, perché la ritiene metodologicamente la più solida e la più completa grazie anche alle tecniche neuroscientifiche utilizzate⁵². Insomma,

PROVOLO-S. RIONDATO-F. YENISEY (a cura di), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, cit., p. 404, la quale osserva altresì che gran parte della controversia che circonda la genetica comportamentale e il crimine è ingiustificata.

⁵⁰ Trib. Como, Gup., 20 maggio 2011, cit., p. 246 ss.

⁵¹ Trib. Como, Gup., 20 maggio 2011, cit., p. 247 ss.

⁵² Per il giudice comasco, infatti, non «appare del tutto rassicurante (...) il metodo di lavoro seguito dal primo CT della difesa (...) che, nella sostanza, sulla sola base di due colloqui clinici (...) ha concluso in termini categorici e certi per una diagnosi retroattiva (...). In conclusione, per i mo-

l'applicazione di quei criteri consente al giudice di evitare di essere «relegato al ruolo di mero certificatore delle risultanze psichiatriche».

Non sono tuttavia mancate le critiche anche su questa sentenza. Esse si sono appuntate sul fatto che il giudice sarebbe rimasto un po' troppo affascinato dalla oggettività della prova neuroscientifica, che lo avrebbe portato a rilevare fondamentali limiti epistemologici delle tradizionali valutazioni psichiatriche di tipo clinico al confronto con le risultanze neurologiche e genetiche; quest'ultime da considerare, invece, un utile strumento per giungere alla diagnosi della patologia mentale in termini precisi, obiettivi e affidabili⁵³. E proprio con riferimento alla prova neurogenetica si è altresì criticamente osservato che la riconosciuta vulnerabilità genetica dell'imputata in realtà mancava di una rigorosa verifica scientifica⁵⁴.

Al netto di queste riserve, le decisioni appena richiamate hanno sicuramente svolto un compito fondamentale: quello di apripista nel tracciare un percorso di avvicinamento al nuovo sapere scientifico secondo un modello di integrazione dei diversi paradigmi esplicativi della malattia mentale, compreso quello neuroscientifico o delle tecniche neuroscientifiche.

Ne sono testimonianza sentenze più recenti, in cui è dato rinvenire un'apertura a quest'ultime tecniche, che vengono utilizzate a sostegno della diagnosi di infermità psichica e della conseguente valutazione della incidenza di essa sulle capacità intellettive e volitive dell'imputato. In sintonia con la prospettiva dell'apporto delle neuroscienze in funzione additiva, di integrazione cioè dell'indagine psicopatologica condotta secondo la metodologia tradizionale, i giudici arrivano a riconoscere rilievo scusante a disturbi psichici, che, forse, senza

tivi appena esposti non rassicurano le conclusioni del primo consulente psichiatrico della difesa dell'imputata: il metodo di indagine è carente perché basato solo su due colloqui clinici, senza l'ausilio di test psicodiagnostici, manca un percorso logico argomentativo, manca l'osservazione della paziente e la diagnosi di una precisa patologia, non è stata fatta una validazione dei dati amnestici attraverso il confronto incrociato con le emergenze processuali che non sono state prese in considerazione anche quando di indubbio rilievo ai fini diagnostici, manca l'acquisizione da parte del consulente di ulteriori dati che sarebbero stati di sicuro ausilio, ed, infine, le conclusioni espresse dal consulente sono parziali» perché riferite solo ad alcuni dei fatti criminosi commessi dall'imputata.

⁵³ Cfr. G. M. GKOTSI-J. GASSER-V. MOULIN, *Neuroimaging in criminal trials and the role of psychiatrist expert witnesses: A case study*, in corso di pubblicazione in *International Journal of Law and Psychiatry* (2018), <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2018.05.007>.

⁵⁴ In motivazione, si osserva criticamente, mancherebbe infatti qualsiasi riferimento al fatto che l'imputata sia stata esposta ad abusi e a maltrattamenti durante l'infanzia, che l'avrebbero resa un soggetto ad alta vulnerabilità genetica, non solo ma il giudice avrebbe invocato a sostegno delle proprie conclusioni risultati neuroscientifici non del tutto pertinenti, in quanto fondati su indagini svolte su soggetti esclusivamente di sesso maschile, mentre nel caso di specie l'autore del reato era una donna, e, trattandosi di studi sulla 'aggressività genetica', la variabile di genere sarebbe da considerare significativa. Per queste osservazioni, cfr. A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, cit., p. 512.

la prova scientifica offerta dalle neuroimmagini o dalle indagini della genetica comportamentale il giudice non avrebbe accolto ai fini degli artt. 88 e 89 c.p.

Esemplare in tal senso una relativamente recente sentenza del Tribunale di Piacenza⁵⁵, con la quale per la prima volta⁵⁶ si riconosce la sussistenza del vizio totale di mente in un caso difficile, quello di un padre che aveva “dimenticato” per ore in macchina il figlio di due anni, provocandone la morte. Ebbene, i giudici accolgono la diagnosi formulata dal perito di una «transitoria amnesia dissociativa», dimostrata anche e soprattutto da un’indagine cerebrale dalla quale emergono alterazioni che «testimoniano un funzionamento cerebrale anomalo», tale da influire sul meccanismo del ricordo ad alto contenuto emotivo. In particolare, secondo le conclusioni del perito fatte proprie dalla motivazione, si «è verificata un’interruzione del collegamento tra l’attivazione dell’ippocampo (emotiva) e la rappresentazione prefrontale (responsabile del richiamo). Così si verificò verosimilmente l’amnesia patologica, cioè la dissociazione di un ricordo di assoluta rilevanza autobiografica, dal pensiero cosciente». La spiegazione neuroscientifica sembra convincere definitivamente il giudice, che dichiara l’imputato non imputabile per aver agito in uno stato di «infermità totale temporanea», ascrivibile alle anomalie psichiche che, pur non inquadrabili nel novero delle malattie mentali, rientrano nel concetto di infermità di cui agli artt. 88 e 89, qualora, secondo il noto insegnamento delle Sezioni unite del 2005 richiamato dallo stesso giudice di Piacenza, «siano di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere e di volere, escludendola o scemandola gravemente e a condizione che sussista un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa».

L’aiuto delle neuroscienze è stato prezioso per il Tribunale piacentino per uscire dall’*impasse* di una decisione, che poteva risultare sbilanciata a favore di istanze di retribuzione o al contrario di non colpevolezza agli occhi di una collettività sgomenta di fronte a fatti, che, come quello di cui a processo, possono entrare a far parte della quotidianità della vita di una persona c.d. normale.

Di schizofrenia paranoide si parla in un’altra vicenda milanese, che vede come protagonista uno straniero di origine ghanese, che inspiegabilmente uccide a picconate persone che casualmente incontra per strada. Anche in questo caso il Tribunale⁵⁷ accoglie le risultanze peritali, che sono apparse complete, in quanto

⁵⁵ Trib. Piacenza, Gip., 26.9.2014, n. 280, inedita; su tale decisione v. L. FERLA, *Casi difficili e accertamenti peritali*, cit., p. 18 ss.

⁵⁶ Come osservato, «la vicenda in considerazione si segnala (...) come prima occasione nella quale l’attenzione delle diverse figure coinvolte nell’accertamento processuale si è concentrata sull’approfondimento delle condizioni psichiche del soggetto agente al momento della condotta» (L. FERLA, *Casi difficili e accertamenti peritali*, cit., p. 19). I precedenti casi giudiziari per fatti simili si sono infatti conclusi *ex art. 444 e ss. c.p.p.*

⁵⁷ Trib. Milano, Gip, 15.4.2014, n. 1243; Corte ass. app. Milano, 20.1.2015, n. 15, inedita; sulle sentenze, v. L. FERLA, *Casi difficili e accertamenti peritali*, cit., p. 8 ss.

svolte secondo una metodologia integrata che si è avvalsa, in funzione di supporto della diagnosi già formulata secondo i tradizionali strumenti di indagine, anche dell'indagine neuroscientifica, grazie alla risonanza magnetica funzionale, e di quella neurogenetica. A queste indagini si riconosce anche il pregio di aver aiutato a superare le incertezze derivanti dalle difficoltà di comunicazione con l'imputato sul versante linguistico⁵⁸. «E dunque – come si legge nella motivazione della sentenza di secondo grado – la convergenza dei vari dati di osservazione verso un'unica diagnosi tranquillizza sulla scientificità della stessa» e giustifica il riconoscimento del vizio parziale di mente.

Anche se non affronta questioni di imputabilità, vale la pena infine di ricordare la sentenza del Tribunale di Cremona⁵⁹, perché in essa per la prima volta vengono accolte le prove neuroscientifiche a sostegno della affidabilità della testimonianza della vittima di una violenza sessuale. Sono le indagini neurologiche, svolte con le tecniche a-IAT e TARA, a convincere il giudice della veridicità della testimonianza, e quindi della colpevolezza dell'imputato, poiché attraverso tali tecniche sarebbe emerso che nella memoria della persona offesa erano presenti tracce mnestiche della presunta aggressione sessuale⁶⁰. Tale dato probatorio viene considerato dal giudice scientificamente affidabile, poiché, così come sostenuto dagli esperti che avevano utilizzato tali tecniche, le metodologie neuroscientifiche avrebbero superato il vaglio del *Daubert test*⁶¹. Ma l'impressione è che, accontentandosi di questo richiamo, il giudice, a differenza da quello comasco, finisca con lo svolgere il ruolo di mero certificatore⁶², non avendo rispettato il principio

⁵⁸ Cfr. L. FERLA, *Casi difficili e accertamenti peritali*, cit., p. 7 ss, 25 ss.: «L'esame neurologico, infatti, ha avuto lo scopo principale di sottoporre a verifica la diagnosi di schizofrenia paranoide già formulata in esito all'analisi della documentazione medica ed ai colloqui effettuati con l'imputato, e di superare le incertezze residue dovute alle difficoltà di comunicazione sul piano linguistico». Cfr. anche M.T. COLLICA, *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, in *Dir pen. cont.*, 20 febbraio 2018.

⁵⁹ Trib. Cremona 19.7.2011, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 748. Sulla sentenza, v. L. ALGERI, *Neuroscienze e testimonianza della persona offesa*, *ivi*, p. 903 ss.

⁶⁰ Grazie, appunto, ai test delle neuroscienze cognitive in grado di far emergere i ricordi autobiografici, in particolare l'*autobiographical Implicit Association Test* (a-IAT) e il *Timed Antagonistic Response Alethiometer* (TARA).

⁶¹ E anche dei criteri aggiuntivi elaborati dalla sentenza della Cassazione del 2010 (Cass. 13.12.2010, cit.), come quello della «statura scientifica» dei consulenti tecnici, o altri affinati in seguito, come quelli dell'impiego precedente delle tecniche in ambito forense, dell'esclusione dei margini di soggettività nella lettura e nell'interpretazione dei risultati, della chiarezza e della semplicità della metodologia usata.

⁶² Ciò emerge, nella sentenza in esame, in particolare a proposito del criterio del tasso di errore, rispetto al quale il Tribunale di Cremona sembra affidarsi alla dichiarazione degli esperti che la percentuale di successo delle tecniche neuroscientifiche impiegate sarebbe particolarmente elevata, del 92%, senza muovere alcuna riserva né procedere ad alcuna verifica circa il fatto che la fonte di tale dato fossero esclusivamente lavori dello stesso esperto. Mentre esisterebbero studi, parimenti

espresso dalla Corte suprema, secondo il quale «gli esperti non dovranno essere chiamati ad esprimere (solo) il loro personale seppur qualificato giudizio, quanto piuttosto a delineare lo scenario degli studi ed a fornire gli elementi di giudizio che consentano al giudice di comprendere se, ponderate le diverse rappresentazioni scientifiche del problema, possa pervenirsi ad una “metateoria” in grado di guidare affidabilmente l’indagine»⁶³.

In questo orizzonte sembra stagliarsi una recente sentenza della Cassazione⁶⁴, che ricorda come anche la spiegazione neuroscientifica, nel caso di specie neurogenetica, debba sottostare al vaglio dei criteri *Daubert*. La Corte riconosce che i giudici di merito avrebbero fatto un buon uso di tali criteri. In particolare il giudice di primo grado, allorché «aveva dato conto delle opinioni espresse dai periti e dai consulenti di parte, escludendo la correlazione tra il profilo genomico individuale e il quadro di personalità». In particolare, continua la Corte, il giudice «ha evidenziato che gli studi condotti per stabilire un nesso causale tra assetto genetico, comportamento violento/impulsivo e capacità di intendere e di volere, avevano riguardato campioni di popolazione relativamente piccoli ed avevano incluso soprattutto soggetti con tratti psicopatici e/o con disturbo antisociale di personalità, caratteristiche non presenti nell’imputato». Non solo, ma la Corte suprema si preoccupa anche di chiarire che «la c.d. verità scientifica è tale solo se la conoscenza è scientifica», e che, per «l’apprezzamento della scienza valida», stando all’esperienza della Corte Suprema nordamericana, occorre rifarsi ai criteri individuati dalla sentenza *Daubert*, che i giudici italiani si preoccupano anche di elencare.

E che le prove neuroscientifiche siano destinate a far parte del bagaglio culturale del giudice, nei termini di una valutazione della loro affidabilità, emerge anche in materia di revisione, art. 630 c.p.p., dove la Cassazione riconosce che «una perizia può costituire prova nuova se basata su nuove acquisizioni scientifiche idonee di per sé a superare i criteri adottati in precedenza», come nel caso di spe-

autorevoli, che però non vengono menzionati né nella perizia né nella sentenza, dai quali l’organo giudicante avrebbe potuto apprendere che l’attendibilità scientifica dei test utilizzati non era poi così qualificata, cfr. L. ALGERI, *Neuroscienze e testimonianza della persona offesa*, cit., p. 915 ss.

⁶³ Cass. 13.12.2010, cit., la quale così descrive conclusivamente i criteri di affidabilità scientifica di una teoria esplicativa: «per valutare l’attendibilità di una teoria occorre esaminare gli studi che la sorreggono, le basi fattuali sui quali sono condotti, l’ampiezza, la rigosità, l’oggettività della ricerca (...) ancora rileva il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica (...) dopo aver valutato l’attendibilità metodologica e l’integrità delle intenzioni occorre infine tirare le fila e valutare se esista una teoria sufficientemente affidabile e in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l’argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato. In breve una teoria sulla quale si registra un preponderante, condiviso consenso».

⁶⁴ Cass. 10.6.2015, n. 43351, in *Dejure*.

cie la Corte ha ritenuto che fosse proprio la «metodologia IAT e TARA, volta a scandagliare la capacità mnemonica di un teste»⁶⁵.

Fiducia nelle capacità probatorie delle indagini neuroscientifiche manifesta ancora la Cassazione⁶⁶, allorché censura l'operato della Corte territoriale di non accogliere la richiesta di rinnovazione dell'istruzione da parte della difesa per l'espletamento di una prova neuroscientifica (esame con risonanza magnetica nucleare dell'encefalo dell'imputato), volta all'accertamento di una patologia che elimina la capacità di volere per cause organiche, la c.d. sindrome del serial killer o disturbo esplosivo intermittente. Per l'organo supremo infatti la sentenza di secondo grado sulla capacità di volere dell'imputato sarebbe stata carente di motivazione, «a fronte di specifiche deduzioni difensive circa l'assenza della capacità di volere, che bene avrebbero imposto una più approfondita motivazione su tale profilo».

Tuttavia, lo scenario muta radicalmente se si prendono in considerazione le sentenze che hanno invece escluso dal processo penale il contributo del sapere neuroscientifico e delle relative tecniche d'indagine con argomentazioni che, appellandosi anch'esse ai criteri *Daubert*, mirano di contro a gettare l'ombra del dubbio circa la reale portata scientifica delle neuroscienze proprio su chi deve decidere della responsabilità penale di imputati, che nella maggioranza dei casi hanno commesso, se non efferati, comunque gravi reati.

Come nella vicenda processuale di Venezia, dove il Tribunale non accoglie la tesi difensiva di una correlazione eziologica tra alcune patologie di carattere organico-cerebrale (in particolare di tipo tumorale) e l'orientamento pedofilo dell'imputato, sulla base della considerazione che tale correlazione «trova fino ad oggi riscontro in un numero assai limitato di casi (...); trattasi pertanto di un'ipotesi (alquanto suggestiva) che può essere proposta in via sperimentale ma che non trova allo stato conferma nel patrimonio condiviso della comunità scientifica di riferimento. Il Giudice ritiene pertanto di dover pronunciare un giudizio di non sufficiente affidabilità della tesi scientifica proposta dai consulenti»; la loro opinione, infatti, «non è collocata entro l'essenziale sfondo del sapere condiviso»⁶⁷. Tale conclusione non può non sorprendere, se si considera che il Tribunale

⁶⁵ Cass. 26.3.2013, n. 14306, CED 256599, che censura quindi la sentenza della Corte d'appello che aveva escluso a priori che potesse considerarsi nuova prova una perizia fondata su siffatta metodologia. In tema di accertamento dell'imputabilità, a proposito dei test di personalità, v. invece Cass. 22.1.2010, n. 2982, CED 245840, che ha ritenuto di accogliere «l'istanza di revisione fondata sulla produzione di una consulenza di parte attuata con metodologia MMPI-2 e Millon Clinical Multiaxial Inventory III, non disponibile nel corso del processo e tale da consentire una valutazione della capacità di intendere e di volere del soggetto all'epoca dei fatti, utile ai fini del riconoscimento del vizio di mente».

⁶⁶ Cass. 21.11.2012, n. 45559, inedita.

⁶⁷ Trib. Venezia 9.4.2013, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 1907, con nota di L. ALGERI. Fatte queste affermazioni, tuttavia, l'organo giudicante non si preoccupa di verificare la tenuta scientifica

scarta la tesi proposta dai consulenti della difesa sulla base di criteri di scientificità, in particolare quelli elaborati dalla sentenza Cozzini, che invece non applica alla tesi dell'accusa, che accoglie, per verificarne la tenuta scientifica.

Non solo, ma il Tribunale manifesta le sue riserve anche sulla affidabilità scientifica del test neuroscientifico dello A-IAT, che la difesa aveva proposto al fine della rilevazione di eventuali tracce nella memoria dell'imputato del fatto di reato. I risultati di tale test, si legge nella sentenza, «non possono ritenersi pienamente affidabili (...); trattasi di una metodologia di carattere sperimentale i cui risultati non possono essere ritenuti indiscussi»⁶⁸.

Che le neuroscienze siano «una nuova frontiera del sapere scientifico» ancora bisognosa di sperimentazione viene ritenuto anche dalla Cassazione⁶⁹, che considera le «isolate applicazioni in campo giudiziario» del sapere neuroscientifico un «sintomo (...) di una inadeguata verifica da parte della comunità scientifica». Con la conseguenza di «una scarsa affidabilità del parametro scientifico proposto (che è nei fatti per la scarsa applicazione e quindi per la mancanza di un vero e proprio test di affidabilità)».

Altrettanta sfiducia è dato riscontrare in un'altra recentissima decisione della Corte di legittimità⁷⁰, dove, a proposito della «piena affidabilità» delle conclusioni finora raggiunte dagli studi neuroscientifici «sulle componenti organiche e biochimiche cerebrali quali fattori potenzialmente incidenti su sfere cognitive o volitive dell'individuo» e della «correlata possibilità di attingere a quel particolare "sapere", in tesi, condizionante gli esiti del giudizio penale nel delicato punto

della opposta tesi dallo stesso accolta, secondo la quale il venir meno dell'interesse sessuale dell'imputato verso i minori sarebbe dovuto non alla rimozione chirurgica della patologia cerebrale, come sostenuto dalla difesa, ma al fatto che l'imputato «era ormai da lungo tempo provato dalla malattia, dal lungo periodo di custodia cautelare, dalla pendenza dell'indagine che si protraeva da diversi mesi per fatti gravi e da cui era derivata una notevole esposizione mediatica». Anzi, il Tribunale si accontenta di un criterio di mera verosimiglianza, come emerge dalla seguente affermazione: «Appare verosimile che in una situazione così complessa e articolata» l'imputato, «più che aver risolto il problema della pedofilia, possa aver accantonato le problematiche inerenti alla sfera sessuale». Sui requisiti di correttezza e di legittimità del ricorso alla verosimiglianza, v. Cass. 27.4.1995, n. 4668, CED 201152. Nella letteratura specialistica richiamano il caso oggetto del giudizio del Tribunale veneto G. SARTORI-C. SCARPAZZA-P. PIETRINI, *The neuroscience of acquired pedophilia: neuroimaging and forensic consideration*, in D. PROVOLO-S. RIONDATO-F. YENISEY (a cura di), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, cit., p. 293 ss.

⁶⁸ Trib. Venezia 8.4.2013, cit., p. 23 s. La sentenza è stata confermata da Corte app. Venezia, 16.12.2013, in *Dejure*. Si trattava dello stesso test, lo a-IAT, che il Tribunale di Cremona e la Cassazione ai fini della revisione avevano invece accolto come scientificamente fondato. Per una critica alla sentenza di primo grado in punto di ammissibilità-affidabilità della prova neuroscientifico, v., A. CORDA, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte)*, cit., p. 32 ss.

⁶⁹ Cass. 7.11.2012, n. 43021, CED 253802, che conferma la decisione della Corte territoriale.

⁷⁰ Cass. 12.6.2018, n. 26895, in *Dejure*.

dell'imputabilità», si conclude per la «superfluità di ulteriori accertamenti non essendovi a tutt'oggi il necessario grado di condivisione scientifica circa le effettive interrelazioni (e soprattutto circa il grado delle medesime) tra tali aspetti morfologici o biologici e la componente volonataristica della condotta in concreto tenuta dal soggetto agente». Queste affermazioni, come la stessa Corte si premura di chiarire, non andrebbero comunque lette come espressione dell'idea, non accoglibile, «di una chiusura pregiudiziale ad apporti scientifici idonei ad apportare affidabili elementi di valutazione sull'argomento»⁷¹.

Una posizione di chiusura sembra emergere anche in una decisione della Corte d'assise d'appello di fronte all'affermazione dei consulenti tecnici di non imputabilità di un imputato affetto da un disturbo di personalità e portatore di polimorfismi genetici, accertati all'esito di esami di genetica molecolare esperiti successivamente alla condanna di primo grado. È quanto risulta dalla sentenza di Cassazione⁷², che condivide la decisione della Corte territoriale di non disporre la richiesta perizia neuropsichiatrica sull'imputato, nonostante l'accertamento della presenza di «varianti polimorfiche» grazie a una risonanza magnetica strutturale e funzionale del cervello e a esami genetici. Per i giudici dell'appello, come per la Corte di legittimità, tali dati non sarebbero stati sufficienti per dare ingresso al richiesto accertamento medico-legale, in quanto «la rilevata struttura del genoma, per ammissione degli stessi consulenti della difesa, implica, sostanzialmente, solo un aumentato rischio di comportamento impulsivo, aggressivo e antisociale, elemento di per sé insufficiente per dubitare dell'imputabilità» dell'imputato. In questo caso, anche per la Corte suprema l'allegazione di una possibile vulnerabilità genetica dell'imputato non è sufficiente per accogliere la richiesta di un'indagine peritale supplementare.

Alla mancanza di un sapere scientifico consolidato fa riferimento anche un'altra decisione della Cassazione⁷³, che, come nella vicenda appena vista, condivide le conclusioni della Corte d'assise d'appello, secondo le quali una base genetica della predisposizioni ad azioni impulsive ed aggressive non ha «un fondamento scientifico consolidato, in guisa da far ritenere acquisito il dato stesso al patrimonio delle neuroscienze». A maggior sostegno di tale affermazione la Corte ricorda come tale conclusione non sia frutto di «una posizione di mera asserzione», ma nasca da un confronto con la posizione assunta dalla società italiana di

⁷¹ Ciò che per la Corte rileva, alla luce dell'autorevole precedente rappresentato dalla sentenza Cozzini, espressamente richiamata, «è (...) la costante verifica del consenso raggiunto dalle teorie in esame nell'ambito della comunità scientifica internazionale, il che non esclude aprioristicamente l'utilità di simili apporti lì dove tale consenso si raggiunga».

⁷² Cass. 30.3.2016, n. 54429, in *Dejure*.

⁷³ Cass. 22.3.2016, n. 27129, in *Dejure*.

genetica umana, «che non aveva affatto condiviso quel concetto che avrebbe aperto ad una predisposizione criminale, su base genetica».

A proposito delle componenti impulsive della condotta la Cassazione si appella dunque ad un dato scientifico che sia patrimonio ormai consolidato della scienza di riferimento: non lo sarebbe quello offerto dalla neurogenetica comportamentale circa l'incidenza del corredo cromosomico sulle possibilità di risposta agli impulsi. La Corte per decidere in tal senso ritiene sufficiente richiamare la posizione negativa assunta in proposito dalla Società italiana di genetica umana, richiamo che peraltro sembra forse un po' troppo sbrigativo. E ciò per due ragioni: l'una attiene al piano della scienza, l'altra a quello del diritto. Quanto alla prima, il Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali, il DSM, che, come è noto, è il manuale più diffuso e il più utilizzato anche fra gli psichiatri e psicologi forensi, nella sua quinta edizione annovera accanto alle tecniche di esplorazione morfologica e funzionale del cervello le indagini di genetica comportamentale fra quelle da impiegare, pur in funzione di supporto di altre tecniche, ai fini diagnostici di un molteplicità di disturbi, compresi quelli di personalità. I nuovi strumenti diagnostici vengono considerati espressione di progressi scientifici che il Manuale definisce reali e duraturi. Quanto alla seconda, in altre occasioni, come abbiamo visto, la Corte suprema aveva già accolto il dato neurogenetico⁷⁴, pur, condivisibilmente, alla luce di una metodologia peritale ««delle operazioni convergenti», in base alla quale le risultanze di domini disciplinari diversi sulla stessa conclusione avvalorano quest'ultima più di quanto faccia ciascuna singolarmente»⁷⁵. In tale ottica, anche in una prospettiva *de iure condendo* di su-

⁷⁴ V. Corte ass. app. Trieste, 1.10.2009, cit.; Trib. Como, Gup., 20.2.2011, cit., in cui si accerta, fra l'altro, la presenza di polimorfismi genetici in grado di influire negativamente sulle reazioni impulsivo-emotive dell'imputato. Sul ruolo delle componenti impulsive sul comportamento umano ai fini della responsabilità penale, v., da ultimo, D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, Napoli, 2018, *passim* e ivi la bibliografia. Per una conferma dell'utilizzo del riscontro neuroscientifico emerso dai test aIAT e TARA in funzione meramente confermativa del vizio di mente, già riscontrato dal perito d'ufficio secondo i tradizionali strumenti diagnostici, v. Cass. 13.11.2013, n. 37244, in *Pluris*, la quale respinge il ricorso avverso la decisione della Corte territoriale, che, a proposito dei rapporti fra scienza psichiatrico-forense e neuroscienze, ritiene non «pacifico nella comunità scientifica l'assunto dei consulenti di parte» circa la idoneità dei test neuroscientifici «a fornire risposte più attendibili per la misurabilità oggettiva dell'attendibilità mnemonica che consentivano». Per la Corte di secondo grado non era possibile postulare che tali test fossero prevalenti rispetto ai tradizionali Roschach e MMP; su questa sentenza, v. F. BASILE-G. VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, in *Dir. pen. cont.*, Riv. trim., 4/2017, p. 16 ss.

⁷⁵ D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., p. 106. A proposito della indispensabile sinergia probatoria per giungere ad una decisione al di là di ogni ragionevole dubbio, con particolare riferimento all'infermità mentale quale causa di esclusione o diminuzione dell'imputabilità, v. M. BERTOLINO, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 539 ss.

peramento dell'attuale art. 90⁷⁶, il punto di vista neuroscientifico potrebbe risultare particolarmente utile. Infatti, come è stato anche rilevato, uno «studio che punta ad analizzare il funzionamento delle emozioni e la capacità di autocontrollo dell'individuo, come quello delle neuroscienze, potrebbe (...) garantire conoscenze aggiuntive anche sotto questo aspetto»⁷⁷.

Il panorama giurisprudenziale appena delineato offre dunque uno scorcio su un dibattito tuttora in corso e dagli esiti incerti per le oscillazioni di una prassi che invoca gli stessi criteri per accogliere ovvero per respingere la spiegazione neuroscientifica. Questi approcci di segno opposto al sapere specialistico fanno capire come la prova neuroscientifica non sempre riesca ad esercitare quel particolare fascino seduttivo sui giudici, che alcuni studi sperimentali americani avrebbero invece riscontrato⁷⁸. Questo perché, stando almeno ad altri studi⁷⁹, alla base della decisione se accogliere o meno il sapere esperto in generale e quello neuroscientifico in particolare sarebbe rinvenibile una dinamica di tipo cognitivo, definita *motivated reasoning*. Secondo tale modello le persone, e così anche chi giudica, preferirebbero e accoglierebbero le informazioni non in maniera neutrale, ma inconsciamente sbilanciata a favore di quelle che meglio rispondono al risultato che si vuole conseguire⁸⁰. Per un'inconsapevole propensione cognitiva, quest'ultime informazioni sarebbero infatti preferite, mentre quelle in contrasto con o comunque non a favore di quel risultato sarebbero ignorate o comunque screditate, sulla base di una valutazione che al soggetto appare però oggettiva e razionale.

Ma, più che la nostra, è la prassi degli Stati Uniti d'America a confrontarsi da anni con le neurodiscipline forensi, al punto che a queste ultime si rimprovera di

⁷⁶ Non così per la «Commissione per la riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, specie per le patologie di tipo psichiatrico, e per la revisione del sistema delle pene accessorie. La Commissione (istituita con D.M. 19.7.2017, Pres. Prof. Marco Pelissero), infatti, «ha ritenuto di non modificare la disciplina degli stati emotivi o passionali (...), in quanto, proprio all'interno di un contesto di disciplina che vede recepita normativamente la rilevanza dei gravi disturbi della personalità, il mantenimento dell'art. 90 è parso un utile argine a che stati transitori emotivi possano essere considerati penalmente rilevanti sul piano del vizio di mentes». Sulla proposta di riforma v. *postea* nel testo, par. 5.

⁷⁷ M. T. COLLICA, *Gli sviluppi delle neuroscienze*, cit., p. 12. In tal senso, già M. BERTOLINO, *L'imputabilità penale tra cervello e mente*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 925 ss.

⁷⁸ V. D. S. WEISBERG-F. C. KEIL e altri, *The seductive allure of neuroscience explanation*, in *J. Cogn. Neurosci.*, 2008, 470 ss. V. anche *postea*, nota 100.

⁷⁹ Cfr. N. SCURICH-A. SHNIDERMAN, *The Selective Allure of Neuroscientific Explanations*, in *PLoS One*, 9, 2014; v., anche, A. SHNIDERMAN, *The Selective Allure of Neuroscience and Its Implications for The courtroom*, in *The Jury Expert*, 26, 2014.

⁸⁰ Sui processi cognitivi che presiedono al ragionamento probatorio, v., fra gli altri, M. BERTOLINO, *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in *Dir. pen. cont.* 8 gennaio 2013, e da ultimo, F. TARONILI DE MARCH-P. GARBOLINO-S. BOZZA, *Prova genetica del Dna e risultati dissonanti: come valutare congiuntamente gli elementi scientifici di prova*, in *Dir. pen. cont., Riv. Trim.*, 11/2018, p. 77 ss.

aver preso d'assalto le aule giudiziarie⁸¹. In altre parole, si starebbe sempre più diffondendo la convinzione, alimentata anche dai mezzi di informazione di massa, che le neuroscienze stiano diventando «un perno del sistema della giustizia penale americana»⁸². Se questa convinzione non sembra trovare peraltro sufficiente conferma empirica in recenti indagini sperimentali sul reale impiego delle neuroscienze nei processi penali⁸³, la prova neuroscientifica viene comunque sempre più spesso invocata da parte dell'imputato, ma anche da parte del pubblico ministero. Il primo a sostegno della *insanity defense*, il secondo, sfruttando la natura a doppio taglio della prova, a dimostrazione del carattere costituzionalmente, geneticamente malvagio del reo e dunque della sua pericolosità sociale⁸⁴. La verità è che nell'esperienza americana, l'analisi di una serie di casi⁸⁵ ha dimostrato come, al di là delle eccessive speranze che attualmente si ripongono nella

⁸¹ Dalle rilevazioni empiriche risulta comunque un costante aumento di casi in cui si introduce la prova neuroscientifica, cfr. N. A. FARAHANY, *Neuroscience and behavioral genetics in US criminal law: an empirical analysis*, in *J. Law and Biosciences*, 2016, p. 485 ss.; in tal senso con riferimento alla giurisprudenza canadese, v. J. A. CHANDLER, *The use of neuroscientific evidence*, in *Canadian criminal proceedings*, *ivi*, 2015, p. 574 ss. e a quella inglese, v. P. CATLEY-L. CLAYDON, *The use of neuroscientific evidence in the courtroom by those accused of criminal offenses in England and Wales*, *ivi*, p. 510 ss., dallo studio condotto sarebbe emerso che i processi d'appello in cui è stata introdotta una prova neuroscientifica da parte dell'imputato rappresenterebbero circa l'1% dei casi trattati tra il 2005 e il 2012.

⁸² Così N. A. FARAHANY, *Neuroscience and behavioral genetics in US criminal law: an empirical analysis*, cit., p. 485 ss. D'altra parte, sembra, questo, un risultato che non deve sorprendere alla luce del fatto che, come si è già detto, ai dati e alle tecniche neuroscientifiche e alla genetica neuro-comportamentale fa riferimento anche il DSM V, il manuale diagnostico più utilizzato nelle aule giudiziarie americane.

⁸³ Cfr. N. A. FARAHANY, *Neuroscience and behavioral genetics in US criminal law: an empirical analysis*, cit., p. 485 ss. V., anche, M. KATZENBAUER-G. MEYNEN, *Insanity, Neurolaw and Forensic Psychiatry*, in M. D. WHITE (ed. by), *The Insanity Defense. Multidisciplinary Views on Its History, Trends, and Controversies*, Santa Barbara, 2017, p. 168 s.

⁸⁴ È proprio nella natura a doppio taglio di questa prova sarebbe da rinvenire la ragione per cui in molti casi non viene invocata dal difensore. Con il rischio però di un'impugnazione in cui si adduce, tra l'altro, proprio la inadeguatezza della assistenza difensiva per non aver introdotto la prova neurobiologica. E già si registrano diversi casi in cui i giudici d'appello hanno accolto la richiesta dell'imputato, ritenendo che tale prova rappresentasse una componente essenziale delle indagini difensive, così N. A. FARAHANY, *Neuroscience and behavioral genetics in US criminal law: an empirical analysis*, cit., p. 505, il quale conclude che l'uso della prova neurobiologica in appello avrebbe avuto successo nel 20/30% dei casi capitali e non. Con riferimento all'esperienza canadese, v. J. A. CHANDLER, *The use of neuroscientific evidence*, cit., p. 574, il quale riferisce di come sarebbero aumentati i giudizi sui fattori di rischio di recidiva e sulla pericolosità, in conseguenza della affermazione neuroscientifica che i danni cerebrali possono a volte essere trattati ma non curati.

⁸⁵ Sono stati analizzati i processi tra il 2005 e il 2012, nei quali sono stati discussi pareri neuroscientifici presentati dall'imputato. Da questa analisi sarebbe emerso che, contrariamente a quello che generalmente si pensa, solo il 40% di tali processi riguardava reati puniti con la pena capitale, cfr. N. A. FARAHANY, *Neuroscience and behavioral genetics in US criminal law: an empirical analysis*, cit., p. 486.

neuroscienza al punto di far parlare di “neuromania”, la prova neurobiologica fa ormai parte del sistema penale degli Stati Uniti d’America, e ad essa andrebbe quantomeno riconosciuta la capacità di migliorare l’accuratezza di tale sistema e di ridurne gli errori. Ciò sarebbe dovuto anche al fatto che con gli anni vi sarebbe stato un graduale positivo cambiamento nel modo in cui i giudici accolgono e valutano la prova neuroscientifica⁸⁶.

Senza dunque prese di posizioni radicali di “neuromania” o al contrario di “neurofobia”, si dovrebbe prendere atto che le neuroscienze forensi rappresentano ormai una realtà radicata in quel sistema e che sarebbe compito dei neuroscienziati di educare, non solo i giudici, ma anche l’opinione pubblica sul loro ruolo nelle aule di giustizia⁸⁷.

4. *Per un’euristica neuroscientifica al servizio di giudici, esperti, imputati e vittime*

Per quanto riguarda i giudici in particolare, come in parte si è anticipato, il confronto con il sapere neuroscientifico implica difficoltà tali da indurli troppo spesso a commettere degli errori, soprattutto di tipo cognitivo, nella valutazione della prova neuroscientifica, errori che influenzano la decisione finale sulla responsabilità penale dell’imputato⁸⁸.

Si tratta di *biases* che principalmente deriverebbero dalla percezione, per lo più dovuta agli sforzi della difesa dell’imputato, della prova in questione come quella caratterizzata da oggettività e capace di offrire una precisa e affidabile diagnosi della patologia mentale in questione. Con la conseguenza che il giudice facilmente cade nell’errore di interpretare l’immagine del cervello, che gli viene presentata, già come dimostrazione, come evidenza oggettiva dell’esistenza stessa della infermità mentale e di ritenere che per fare una diagnosi affidabile di malattia mentale sia sufficiente basarsi sul dato neuroscientifico⁸⁹. Ma così operando,

⁸⁶ Secondo lo studio di N. A. FARAHANY, *Neuroscience and behavioral genetics in US criminal law: an empirical analysis*, cit., p. 492, i giudici da un atteggiamento di indifferenza verso questo genere di prove, come parte di una lunga lista di prove eterogenee, sarebbero passati a quello di «versare molto inchiostro», per trattare tale prova nei minimi dettagli con riferimenti anche alla letteratura scientifica di competenza e alle testimonianze degli esperti.

⁸⁷ Per queste considerazioni, v., da ultimo, N. A. FARAHANY, *Neuroscience and behavioral genetics in US criminal law: an empirical analysis*, cit., p. 488.

⁸⁸ Per alcuni di questi errori con specifico riferimento alla giurisprudenza italiana, v. *retro* par. 3.

⁸⁹ Cfr., da ultimo, G. M. GKOTSI-J. GASSER-V. MOULIN, *Neuroimaging in criminal trials and the role of psychiatrist expert witnesses: A case study*, cit. Attraverso tecniche, come ad esempio quella di neuroimmagine, l’esperto, infatti, è in grado di presentare al giudice immagini del cervello e delle sue patologie strutturali e funzionali. Ma queste immagini da sole non spiegano le ragioni del comportamento criminale, che è il risultato di una complessa attività mentale che fino ad ora nes-

secondo la dottrina specialistica non si terrebbe conto che, se è vero che le immagini cerebrali attualmente possono aiutare in qualche misura nella diagnosi di alcune malattie neurologiche e psichiatriche, sarebbe però altrettanto vero che ben pochi sono gli studi che dimostrano una relazione causale tra certe anomalie, strutturali o funzionali, del cervello e una specifica infermità mentale⁹⁰. Occorre altresì ricordare come, nonostante i notevoli progressi neuroscientifici, ancora irrisolto rimanga comunque il problema della traslazione sul singolo caso dei risultati ottenuti dagli studi sperimentali su gruppi di individui. Dato che la struttura cerebrale varia notevolmente da individuo a individuo, il procedimento di individualizzazione delle generalizzazioni tratte da quegli studi sarebbe infatti a rischio di fallacie tali da comprometterne la affidabilità scientifica. Insomma, stando agli studi in materia, se il giudice fosse di tutto ciò consapevole, i tentativi degli esperti della difesa di dimostrare l'esistenza di una patologia psichiatrica sulla base delle tecniche di *neuroimaging* più facilmente sarebbero destinati all'insuccesso⁹¹.

Ma, sempre in tema di oggettività, ancora dalla dottrina specialistica apprendiamo che il dato offerto dall'analisi del cervello per assicurare una decisione in tema di imputabilità al di là di ogni ragionevole dubbio non è poi così oggettivo, come testimonia il fatto che troppo spesso di quel dato gli esperti danno interpretazioni diverse e confliggenti, ad esempio circa lo specifico ruolo che quell'area cerebrale compromessa ha sulla capacità di intendere o di volere dell'imputato. In altre parole, una risonanza magnetica funzionale del cervello non potrebbe essere considerata una lettura univoca di esso, poiché la risonanza va interpretata. Peral-

una fotografia del cervello è riuscita a fissare. Perché nessuna tecnica neuroscientifica è capace di "leggere la mente" e di offrire accesso diretto alle funzioni cognitive. Come osservano, da ultimo, M. PARDO-D. PATTERSON-S. MORATTI, *The gathering of and use of neuroscientific evidence in criminal trials in the United States. Compatibility with the 4th and 5th Amendments and with Due Process*, in *Riv. fil. dir.*, fasc. spec., 2014, p. 41 ss. Peraltro, sulla base di recenti studi empirici è stata formulata l'ipotesi che la forza irresistibile delle neuroscienze deriverebbe proprio dal "cervello come motore della mente" (*the brain-as-engine-of-mind hypothesis*). Secondo questa ipotesi, la gente riconoscerebbe alle neuroscienze un ruolo privilegiato nella spiegazione dei fenomeni psichici, non per la loro natura di scienza "reale", quanto piuttosto per essere la scienza più pertinente per spiegare la mente, così D. FERNANDEZ-DUQUE e altri, *Superfluous Neuroscience Information Makes Explanations of Psychological Phenomena More Appealing*, in *J. of Cognitive Neuroscience*, 2014, 27, 5, p. 926 ss., per i quali quindi «the allure of neuroscience bias» sarebbe concettuale, specifico della neuroscienza e non attribuibile al prestigio della disciplina. In breve, questo *bias* deriverebbe dal fatto che la gente comune crede che il cervello sia la migliore spiegazione dei fenomeni mentali

⁹⁰ Occorre dunque evitare di ritenere che semplici correlazioni possano essere interpretate come correlazioni causali. Il che si verificherebbe se, in modo semplicistico, si facesse assurgere a causa del disturbo psichico la riscontrata patologia cerebrale, in nome di un risibile riduzionismo biologico degli stati mentali o nell'erronea convinzione dell'origine esclusivamente organica dei disturbi psichici.

⁹¹ V. G. M. GKOTSI-J. GASSER-V. MOULIN, *Neuroimaging in criminal trials and the role of psychiatrist expert witnesses: A case study*, cit.

tro, il percorso ermeneutico che da essa porta alla decisione sulla responsabilità penale è impervio, in quanto costellato da «una lunga catena di inferenze»⁹². Questa dimensione soggettiva della prova scientifica non può essere ignorata.

Se così stanno le cose, se cioè anche le risultanze neuroscientifiche sono altamente interpretabili, appare ineludibile avere dei giudici che siano in grado di verificare la validità e l'affidabilità delle interpretazioni sostenute dagli esperti, e ciò grazie ad una formazione che consenta loro di riconoscere «le buone pratiche scientifiche»⁹³. Cosa che può anche risultare impegnativa, soprattutto quando, come precisa la Corte suprema⁹⁴, «le conclusioni degli esperti (...) siano insanabilmente divergenti» e il giudice debba dare conto dei «criteri che hanno determinato la scelta tra le opposte tesi scientifiche». Questo significa – come ancora chiarisce la Cassazione – che è necessario dare «congrua ragione della scelta», soffermarsi sulle tesi che si ritiene di non dover seguire e, nel fare tale operazione, aver tenuto «costantemente presenti le altre risultanze processuali e (...) con queste confrontato le tesi recepite».

Infatti, in settori come quello dell'imputabilità diventa fondamentale confrontare il contenuto delle tesi scientifiche presentate con le specifiche emergenze istruttorie per trarne argomenti a sostegno o a smentita delle prime. A sostenerlo è ancora la Corte di legittimità in una recente sentenza⁹⁵ in cui ricorda ai giudici che «(...) i contenuti delle perizie non esauriscono il *thema decidendum*, dovendosi calare l'apporto degli esperti nel contesto complessivo delle acquisizioni istruttorie e della ricostruzione della condotta *ante e post delictum*. Ciò perché in ogni momento di ricezione di un "sapere" altrui (come nel caso di perizie su condizioni, in ipotesi,

⁹² O. D. JONES-F. X. SHEN, *Law and neuroscience in the United States*, in T. M. SPRANGER (ed. by), *International neurolaw*, Berlin, Heidelberg, 2012, p. 349 ss. Se l'interpretazione è uno stadio essenziale di qualsiasi processo scientifico, con riferimento alle risultanze delle tecniche di neuroimmagine, la dottrina specialistica (cfr. G. M. GKOTSI-J. GASSER-V. MOULIN, *Neuroimaging in criminal trials and the role of psychiatrist expert witnesses: A case study*, cit.) evidenzia che i piani dell'interpretazione sono quattro: al primo i neuroscienziati devono raggiungere un consenso sul significato della patologia cerebrale dal punto di vista strutturale e funzionale e su come tale patologia possa pregiudicare il pensiero e il comportamento. Tale operazione può essere definita nei termini di una teoria della relazione mente-cervello e di una verifica della presenza di un orientamento verso un qualche riduzionismo o non riduzionismo. Al secondo piano, in ragione di ciò che i neuroscienziati dicono delle immagini cerebrali, gli psichiatri esperti forensi testimoniano sulla capacità o incapacità di intendere o di volere dell'imputato. Al terzo, la pubblica accusa e la difesa danno la loro interpretazione sul nesso fra riscontro cerebrale e comportamento dell'imputato. E infine, al quarto il giudice valuta tutte queste operazioni interpretative al fine della decisione circa la responsabilità e il trattamento sanzionatorio.

⁹³ Così P. GARBOLINO, *Probabilità e logica della prova*, Milano, 2014, p. 233. Per un esempio recente di decisione che stigmatizza una cattiva pratica scientifica, v. Cass. 18.6.2013, n. 26601, CED 255677, ma esemplarmente, v. anche Trib. Como, Gup., 20.5.2011, cit.

⁹⁴ Cass., 7.7.2000, n. 8076, CED 216613.

⁹⁵ Cass. 12.6.2018, n. 26895, cit.

patologiche dell'autore del fatto) il giudice di merito è tenuto a compiere un ragionevole "affidamento" alla bontà degli esiti peritali, in rapporto alla generale condizione del metodo impiegato e all'esperienza e indipendenza dei soggetti esperti cui viene conferito l'incarico, salva l'emersione di elementi di "seria confutazione" (provenienti da soggetti dotati di analoghe competenze) delle teorie impiegate o dei metodi realizzati». Con specifico riferimento alle ipotesi in cui sia rilevabile in sede di legittimità un vizio di motivazione in tema di imputabilità, nel caso di specie di un minore imputato per il reato di omicidio volontario, la Corte dà anche importanti indicazioni di ordine metodologico, osservando che tale vizio sussiste quando: «a) il giudice di merito realizza un richiamo estremamente generico e non adeguato ai risultati dell'elaborato peritale, senza spiegare perché disattende le opposte conclusioni contenute nella consulenza di parte e senza valutarne il grado di affidabilità; b) il giudice di merito non realizza un adeguato controllo sulla completezza cognitiva e sul metodo utilizzato dai periti nonché sulla corretta interpretazione nell'elaborato peritale di segmenti del fatto che hanno orientato l'analisi e le conclusioni dei periti medesimi (...); c) il giudice di merito compie, pur rievocando in modo corretto i risultati della perizia e pur confrontandosi con l'elaborato avverso, un evidente travisamento del significato di elementi dimostrativi ulteriori, acquisiti al processo e utili nella prospettiva seguita, a convalidare le conclusioni della perizia, travisamento di tale pregnanza da disarticolare il complessivo ragionamento giustificativo della decisione».

Nel caso, infine, in cui il quadro probatorio rimanga incerto sull'esistenza di un vizio totale o parziale di mente, la Suprema corte⁹⁶ coraggiosamente e finalmente riconosce che si deve applicare la regola compendiata nella formula "al di là di ogni ragionevole dubbio", poiché essa «riguarda tutte le componenti del giudizio e, pertanto, anche la capacità di intendere e di volere dell'imputato, il cui onere probatorio non è attribuito all'imputato, quale prova di una eccezione, ma alla pubblica accusa». Infatti, come chiarisce ancora la Corte, l'«accertamento sulla imputabilità (...) inerisce ad un presupposto necessario ed indispensabile del reato ai sensi dell'art. 85 c.p., di guisa che spetta al giudice stabilire se l'imputato, al momento del fatto, era o non libero di determinarsi (...)». Conseguentemente, va contro la regola dell'art. 530, 2° co. c.p.p. porre a premessa del proprio sillogismo decisionale a favore di un vizio parziale di mente una perizia psichiatrica che «non aveva affatto accertato la seminfermità della prevenuta al momento del fatto, ma in applicazione di un preciso insegnamento teorico in materia (...) aveva concluso nel senso della impossibilità di affermare con certezza se

⁹⁶ Cass. 27.2.2017, n. 9638, CED 269416; in dottrina, v. A. CORDA, *Ricostruzioni dogmatiche e dinamiche probatorie: l'imputabilità penale tra colpevolezza e affermative defenses*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 238 ss.

l'imputata fosse del tutto ovvero soltanto parzialmente capace di intendere e di volere» al momento dell'omicidio⁹⁷.

Ma la Cassazione va anche oltre, affermando che la Corte territoriale, non tenendo conto di un quadro probatorio di evidente incertezza sull'imputabilità dell'imputato, pur riconoscendolo, ha valorizzato «*in malam partem* il dubbio in tal guisa conclamato, pervenendo al riconoscimento del vizio parziale sulla base dell'erroneo percorso logico secondo cui, non provata la totale non imputabilità, ma provata comunque la grave patologia psichiatrica incidente su di essa, deve concludersi per il riconoscimento del vizio parziale di mente»⁹⁸.

Il percorso logico della Corte d'assise d'appello d'altra parte non dovrebbe sorprendere più di tanto, poiché, come è stato rilevato, quella della seminfermità mentale costituisce una «zona grigia e opaca (...), nella quale la voce flebile della scienza, cui spetta la preliminare decisione circa la sussistenza di una patologia, viene sopraffatta dal parametro normo-valutativo sociale del disturbo mentale, ossia dalla c.d. psicologia del senso comune, quale necessario completamento del giudizio di spettanza del giudice»⁹⁹.

Per vincere anche questi *biases* logici diventa dunque fondamentale che i giudici siano formati, onde possano disporre degli strumenti cognitivi e metodologici appropriati, tali da renderli immuni dalle pericolose seduzioni che la prova neuroscientifica può esercitare sul non esperto per la sua apparente in-

⁹⁷ I periti d'ufficio pervenivano infatti alle stesse conclusioni dei colleghi di primo grado quanto alla diagnosi, ma, con riferimento al secondo piano del giudizio di imputabilità, ritenevano, diversamente dalla perizia in primo grado, che optava per un vizio totale di mente, che la diagnosi fosse compatibile sia con la totale quanto con la parziale incapacità di intendere e di volere.

⁹⁸ Tuttavia, come rileva attenta dottrina, se la prova scientifica della non imputabilità e della semimputabilità per infermità di mente «non è incerta per la mancanza di una tesi prevalente, ma per la prevalenza di tesi dotate di scarsa capacità esplicativa», occorre ammettere «la cronicizzazione del dubbio». Con la conseguenza di «un altrettanto sistematico giudizio liberatorio, con sacrificio della tutela. Questo epilogo – che nel campo della causalità e della colpa è pur sempre eccezionale – nel settore della imputabilità assumerebbe notevole frequenza, con la conseguenza di apparire chiaramente impraticabile specie se si considera che detto giudizio segue all'accertata sussistenza del reato nel complesso delle sue componenti oggettive e soggettive. Così, nel campo dell'imputabilità, che è istituto scientificamente anfibo, in quanto non è interamente rimesso alla conoscenza scientifica ma sollecita valutazioni di spettanza del giudice, scienza (debole) e prevenzione (perennemente forte) entrano in bilanciamento; gli esiti di questa impari coproduzione, però, sono prevedibilmente favorevoli all'istanza di tutela (del resto non si manca di notare che anche le neuroscienze ben possono avere applicazioni *in malam partem*), ma poco uniformi perché di fatto rimessi al giudice e all'esperto nominato come perito; da qui il rovesciamento del principio *in dubio pro reo* in quello opposto *in dubio pro republica*», F. GIUNTA, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, cit., p. 82. Sulla necessità di dare spazio al dubbio anche in materia di accertamenti di imputabilità, v. già M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, p. 605, nota 28.

⁹⁹ F. GIUNTA, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, cit., p. 82.

trinseca oggettività¹⁰⁰. Proprio per aiutare il sistema della giustizia penale nel confronto con le neuroscienze forensi, nel 2014 un gruppo di esperti americani ha steso delle “linee guida”, compendiate in sedici specifiche raccomandazioni, al fine di favorire un uso corretto della prova neuroscientifica¹⁰¹. Mentre linee guida di carattere più generale, ma forse per noi più significative perché presenti nell’ordinamento di un paese di *civil law*, sono quelle introdotte nel codice civile francese nel 2011, con l’art. 16-14, Capitolo IV, *De l’utilisation des techniques d’imagerie cérébrale*¹⁰². Tali linee rappresentano non solo il primo riconoscimento delle tecniche di immagine cerebrale come strumento probatorio utilizzabile nell’ambito del processo, ma anche il primo tentativo di una specifica regolamentazione, e per di più in un codice, di queste tecniche probatorie del tutto innovative.

Tutto ciò se per un verso testimonia la problematicità di siffatte prove, sulla cui ammissibilità si continua peraltro a controversare¹⁰³, per altro verso conferma

¹⁰⁰ Anche le indagini più recenti sulla percezione della prova neuroscientifica da parte dei giudici confermerebbero che tali prove sono considerate più scientifiche rispetto a quelle tradizionali per la loro natura obiettiva. Ma sempre questi studi evidenziano come la stessa nozione di obiettività non sia così univoca, “obiettiva”, poiché essa può essere utilizzata secondo una duplice accezione. Sia nel senso che la presenza dei dati neuroscientifici nei pareri esperti rende le valutazioni psicopatologiche più affidabili, più coerenti e dunque più scientifiche; sia in contrapposizione alla nozione di soggettivo, nel senso che questi dati sono percepiti come in grado di assicurare una visione oggettiva e fedele della realtà della mente, perché sono il risultato di indagini affidate alle macchine e perciò non soggetti a interpretazioni; cfr., in proposito, V. MOULIN-C. MOUCHET e altri, *Judges’ perceptions of expert reports: The effect of neuroscience evidence*, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 2018, 61, p. 26 ss.

¹⁰¹ Esse sono state sottoposte al Presidente della Commissione di Bioetica, v. O. D. JONES-R. J. BONNIE-B. J. CASEY e altri, *Law and neurosciences: recommendations submitted to the President’s Bioethics Commission*, in *J. of Law and the Biosciences*, 2014, p. 224 ss.

¹⁰² Art. 16-14. «*Les techniques d’imagerie cérébrale ne peuvent être employées qu’à des fins médicales ou de recherche scientifique, ou dans le cadre d’expertises judiciaires. Le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l’examen, après qu’elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l’examen. Il est révoquant sans forme et à tout moment.*»

¹⁰³ Per una recente critica alle tecniche neuroscientifiche, che vengono considerate problematiche e da non prendere per “oro colato”, cfr. C. UMITÀ, *Limits of cognitive Neuroscience (Why it wout take a much more neuroscience in order to have a sensible neuro-law)*, in *Riv. fil. dir.*, fasc. spec., 2014, p. 14 ss. Esprime dubbi sulle capacità di conoscenza delle neuroscienze L. LOMBARDI VALLAURI, *Conclusioni*, in *Riv. fil. dir.*, 2014, p. 151, per il quale «le potenzialità terapeutiche e manipolatorie delle neuroscienze sembrano a tutt’oggi molto più promettenti, in bene e in male, delle loro potenzialità di vera e propria, esplicativa, conoscenza». Preconizza che «una rivoluzione silenziosa colpirà il giudice, che si vedrà progressivamente espropriato del suo libero convincimento e del ruolo - cui è tanto affezionato - di *peritus peritorum*» F. M. IACOVIELLO, *Le neuroscienze forensi: un progresso pericoloso*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2016, p. 752, il quale ritiene che la perizia psichiatrica classica, se «è certamente inaccurata», tuttavia «aveva il vantaggio di essere dominabile da parte del giudice»; cfr., anche, O. DI GIOVINE, *Prove di dialogo tra neuroscienze e diritto penale*,

l'importanza e l'utilità del contributo che esse possono comunque dare al giudice per l'accertamento di elementi del reato, come il dolo, la colpa, l'imputabilità, o per l'accertamento della veridicità della prova dichiarativa¹⁰⁴. Deve, tuttavia, trattarsi di un contributo non assoluto ma relativo, nel senso, come ormai concordemente riconosciuto, che esso deve svolgere una funzione di «integrazione, non certo» di «sostituzione della costruzione clinica e della valutazione forense»¹⁰⁵. È questo dunque un approccio clinico integrato alla malattia mentale, che in un contesto ormai di relativismo scientifico porta gli stessi neuroesperti ad affermare che attualmente quello che le neuroscienze offrono «è la possibilità di rafforzare l'evidenza dell'esistenza di difetti di mente già dimostrati, fornendo un altro pezzo del puzzle, piuttosto che un'evidenza a sé stante, diventando, quindi, uno strumento importante nell'ambito etico e forense»¹⁰⁶. Peraltro – chiariscono ancora gli esperti – per arrivare ad una metodologia e ad una integrazione di tal genere, occorrerebbe, in particolare, una riduzione «della discrezionalità nella scelta dei processi decisionali (ad esempio, quali test eseguire, quale modello di riferimento adottare) da parte del perito» e «della soggettività nell'ambito della strutturazione logico-semanticamente della perizia»; ma occorrerebbe anche un «inremen-

ivi, p. 722, la quale osserva che, pur essendo «innegabile che il giurista nutra scetticismo/gelosia verso saperi specialistici da lui non dominabili» come quello neuroscientifico, quando però si tratta di indagine sull'elemento soggettivo, «le nuove tecniche possono solo migliorarla, iniettandovi dosi di falsificabilità e quindi di oggettività: elementi dei quali il diritto penale sente peraltro forte bisogno». Sulla forza persuasiva della spiegazione neuroscientifiche in ragione del suo riscontro oggettivo, v., da ultimo, G. SARTORI-A. ZANGROSSI, *Neuroscienze forensi*, *ivi*, p. 697 ss., secondo i quali «la dimostrazione della presenza di una patologia cerebrale (ad es. un tumore) è un dato oggettivo incontestabile in una valutazione sulla imputabilità di un autore di reato».

¹⁰⁴ Fra le indagini più recenti, v. A. CORDA, *La prova neuroscientifica. Possibilità e limiti di utilizzo in materia penale*, in *Ragion pratica*, 2016, p. 355 ss.; C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale*, cit., p. 189 ss.; M. BERTOLINO, *Prove neuropsicologiche di verità penale*, cit.; a proposito di dolo, M. DONINI, *Il sapere scientifico come limite o come incentivo alla normativizzazione del dolo?*, cit., p. 1 ss. e F. MAZZA, *La premeditazione del delitto tra dogmatica giuridica e neurotecnoscienze*, Padova, 2016, p. 81 ss., ora consultabile su www.discrimen.it, sezione “Libri”.

¹⁰⁵ U. FURNARI, *Ragionamento giuridico e ragionamento forense*, cit., 112. In senso conf. v. G. SARTORI-A. ZANGROSSI, *Neuroscienze forensi*, cit., p. 702 ss.

¹⁰⁶ G. SARTORI-P. PIETRINI e altri, *Implicazioni forensi in un caso di pedofilia acquisita*, in *Riv. fil. dir.*, fasc. spec., 2014, p. 86: «Per arrivare a questo è importante che l'integrazione delle evidenze neuroscientifiche nel procedimento legale avvenga senza *bias*, in un modo che sia logico e scientifico». Questa posizione è da ultimo ribadita, da M. KATZENBAUER-G. MEYNEN, *Insanity, Neuro-law and Forensic Psychiatry*, cit., p. 169 s. Ritiene, tuttavia, che «le neuroscienze cognitive avranno sempre più spazio nel processo» e che questo «inevitabile progresso porta con sé inevitabili pericoli» e, fra questi, quello principale della mancanza del «dialogo tra scienza e processo» F. M. IACOVIELLO, *Le neuroscienze forensi*, cit., p. 754.

to della replicabilità (lo stesso fenomeno osservato dovrebbe portare a medesime conclusioni da parte di due o più operatori)»¹⁰⁷.

Sulla funzione di integrazione dei dati neuroscientifici anche la giurisprudenza concorda, allorché, confrontandosi con il sapere esperto neuroscientifico, dichiara che le «neuroscienze non si sostituiscono alla valutazione comportamentale e clinica di un soggetto, ma possono integrare l'accertamento della sua capacità di intendere e di volere, accrescendone il grado di affidabilità come prova scientifica nel processo penale»¹⁰⁸.

5. Verso la riforma della disciplina codicistica

Tuttavia, non si può non ricordare che, soprattutto in questo momento in cui la disciplina dell'imputabilità, della pericolosità sociale e delle misure di sicurezza è al centro di un dibattito riformistico, per far sì che effettivamente giudici ed esperti possano lavorare "mano nella mano"¹⁰⁹ un ruolo importante gioca anche la scienza della legislazione¹¹⁰. A tale livello, il dibattito sulla riforma, come è no-

¹⁰⁷ I. MERZAGORA, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e decisione giudiziale: la psicopatologia forense*, in M. BERTOLINO-G. UBERTIS (a cura di), *Prova scientifica ragionamento probatorio e decisione giudiziale*, cit., p. 227. Elaborano quattro linee guida per un corretto uso delle neuroimmagini strutturali nel processo penale da parte degli esperti, onde limitare gli effetti negativi derivanti da *biases* cognitivi e le interpretazioni scorrette dei risultati offerti dalle tecniche di *neuroimaging* C. SCARPAZZA e altri, *The charm of structural neuroimaging in insanity evaluations: guidelines to avoid misinterpretation of the findings*, in *Translational Psychiatry*, 2018, 8, p. 6 ss. Le regole proposte sono le seguenti: - offrire una diagnosi descrittiva; - verificare il nesso causale tra sintomi e reato; - chiarire se la tecnica di neuroimmagine evidenzia risultati significativi, di rilievo ai fini del giudizio di imputabilità; - usare l'immagine cerebrale per accertare correlazioni anatomico-cliniche, nel senso che ci deve essere una correlazione anatomico-clinica tra i risultati neuroscientifici e la diagnosi descrittiva.

¹⁰⁸ Trib. Como, Gup., 20.5.2011, cit., p. 246 ss. Per l'apertura ad un paradigma integrato di valutazione dello stato mentale dell'imputato ai fini del riconoscimento dell'infermità mentale di cui agli artt. 88 e 89 cod. pen., prima dell'irrompere delle neuroscienze nel processo penale, v. Cass. Sez. un. 8.3.2005, cit., p. 842 ss.

¹⁰⁹ Con questa espressione T. NOLL, *Die Schuldfähigkeit aus psychiatrisch-psychologischer Sicht*, in *ZStrR*, 2017, p. 61 sottolinea come l'accertamento dell'imputabilità rappresenti un compito empirico-normativo che coinvolge inesorabilmente giudice ed esperto.

¹¹⁰ A proposito di riforme, si richiama l'art. 19 dello StGB svizzero, che nel 2002 è stato modificato a favore di un giudizio relativo al solo secondo piano, quello c.d. giuridico-psicologico, relativo cioè alla capacità dell'imputato di comprendere il significato di disvalore (di illiceità) del fatto o di comportarsi secondo tale comprensione; in proposito, v. T. NOLL, *Die Schuldfähigkeit aus psychiatrisch-psychologischer Sicht*, cit., p. 61 ss., il quale ritiene che tale riforma segni un cambio di paradigma dal metodo tradizionale e più diffuso a due piani: biologico e psicologico-normativo a quello puramente normativo. Le ragioni del cambiamento non sarebbero chiare, ciò che è però chiaro, afferma l'A., è che la causa dell'incapacità totale o parziale deve comunque ancora identificarsi in un disturbo di natura psichiatrica, nel senso di «grave disturbo psichico», come previsto fino alla riforma. In Inghilterra è recente la proposta di abolire la *Insanity defense* e di

to, ha trovato il suo approdo nella pubblicazione dei lavori della Commissione incaricata con d.m. 19 luglio 2017 dal Ministro della Giustizia Orlando di redigere lo Schema di decreto legislativo a seguito della delega parlamentare del 23 giugno 2017, n. 103. L'interrogativo che si apre è dunque se la disciplina del vizio di mente proposta nello Schema rappresenti un passo in avanti per la prassi che si confronta quotidianamente con il sapere esperto.

Questa la proposta di riforma:

«L'articolo 88 del codice penale è così sostituito: Art. 88. *Vizio totale di mente.*

– Non è imputabile chi ha commesso il fatto in ragione di un grave disturbo psichico o della personalità ovvero di un'altra infermità, quando è di intensità tale da escludere, al momento del fatto, la capacità di intendere o di volere.

L'articolo 89 del codice penale è così sostituito: Art. 89. *Vizio parziale di mente.*

– Chi ha commesso il fatto in ragione di un grave disturbo psichico o della personalità ovvero di un'altra infermità, quando è di intensità tale da ridurre grandemente la capacità d'intendere o di volere al momento del fatto, senza escluderla, risponde del reato commesso; ma la pena è diminuita. Salvo che il giudice ritenga di dichiarare, nei casi consentiti dalla legge, la prevalenza delle circostanze attenuanti, la diminuzione di cui al precedente capoverso si opera sulla quantità di pena risultante dall'applicazione delle disposizioni che regolano il concorso di circostanze.

L'articolo 96 del codice penale è abrogato»¹¹¹.

Come emerge dalla stessa Relazione illustrativa dello Schema di decreto legislativo, la Commissione «ha ritenuto di attenersi in modo scrupoloso ai criteri direttivi indicati nella legge di delegazione», in cui come è risaputo, si chiedeva di

introdurre al suo posto una nuova difesa di «non responsabile penalmente in ragione di una condizione clinicamente riconosciuta», cfr. P. CATLEY, *Abolishing Insanity: Proposals from England and Wales*, in M. D. WHITE (ed. by) *The Insanity Defense*, cit., p. 273 ss.

¹¹¹ Quanto alla pericolosità sociale si propone di modificare l'art. 203 in questi termini: «203. *Pericolosità sociale agli effetti dell'applicazione delle misure di sicurezza.* -Ai fini dell'applicazione di una misura di controllo, è socialmente pericolosa la persona imputabile che ha commesso uno dei delitti di cui all'articolo 216, quando sussiste la rilevante probabilità che commetta un altro delitto della stessa specie tra quelli ivi previsti. Ai fini dell'applicazione di una misura terapeutica, è socialmente pericolosa la persona non imputabile che ha commesso taluno dei fatti indicati negli articoli 228 e 229, quando sussiste la rilevante probabilità che commetta delitti della stessa specie o delitti in danno della persona, contro l'incolumità pubblica o comunque con uso di armi. Ai fini dell'applicazione di una misura di sicurezza per minorenni, è socialmente pericolosa la persona quando sussiste la rilevante probabilità che commetta delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro la sicurezza collettiva o l'ordine costituzionale, ovvero gravi delitti di criminalità organizzata. Ai fini dell'applicazione di una misura di sicurezza, la pericolosità sociale va accertata in concreto, in base al complesso delle circostanze indicate nell'articolo 133 e non può essere desunta esclusivamente dalla gravità del reato commesso. In relazione alle misure di sicurezza terapeutiche, la sola mancanza di programmi terapeutici individuali non può, di per sé, fondare il giudizio di pericolosità».

provvedere alla «revisione del modello definitorio dell'infermità» secondo due principi guida: previsione di clausole aperte e cioè tali da dare rilevanza scusante ai disturbi di personalità; di fare ciò in conformità a consolidate posizioni scientifiche. È altrettanto noto che l'apertura ai disturbi di personalità si deve alle Sezioni unite della Cassazione con la sentenza più volte richiamata del 2005.

Ebbene, la modifica proposta tiene appunto conto di questa dilatazione del concetto di infermità ad opera della prassi, proponendo, come si legge nella Relazione illustrativa, una formula legislativa che rimanda a due ampi gruppi di disturbi psichici: il primo, quello dei «gravi disturbi psichici», che orienta «allo spettro psicotico»; il secondo, quello dei «gravi disturbi della personalità», che, come è noto, risulta in grado di accogliere anche le psicopatie e le nevrosi; ma, «a titolo di clausola di chiusura», la proposta non rinuncia al tradizionale riferimento all'infermità, confermandolo anche nella nuova formulazione¹¹². Correlativamente, si sente però anche «la condivisa esigenza di abbandonare la clausola a totale causalità aperta recata dal vigente articolo 88 c.p.», totale causalità ancor più aperta in seguito all'equiparazione dei disturbi di personalità all'infermità di cui agli artt. 88 e 89.

A tal fine la Commissione segue giustamente ancora il modello di giudizio bifasico già del Codice Rocco e recepisce *in toto* il principio di diritto delle Sezioni unite, per il quale «ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, rientrano nel concetto di “infermità” anche i “gravi disturbi della personalità”, a condizione che il giudice ne accerti la gravità e l'intensità, tali da escludere o scemare grandemente la capacità di intendere o di volere, e il nesso eziologico con la specifica azione criminosa». Conseguentemente, in sede di riforma, per un

¹¹² V. *Relazione illustrativa*, cit., p. 10: in tale clausola «è racchiusa sia l'esigenza di poter contare su un ulteriore fattore di elasticità ed inclusività per casi rari e sfuggenti, sia per ammettere le pur non frequenti circostanze dei disturbi fisici o di natura organica che possono incidere sulle condizioni psichiche presenti al momento della consumazione del reato. L'aggettivo “altra” che qualifica l'infermità, a seguire rispetto ai disturbi psichici e della personalità, connotati in termini di gravità, impone comunque una seria compromissione del quadro clinico». La nuova formulazione degli artt. 88 e 89 tradisce però le chiare indicazioni di riforma presentate dal Tavolo 11 degli “Stati generali dell'Esecuzione Penale” relativo alle Misure di sicurezza e alla disciplina dell'imputabilità. I lavori di questo come degli altri Tavoli, in tutto diciotto, si sono conclusi nell'aprile 2018 con la presentazione di un documento finale, reperibile in www.giustizia.it. In particolare, il Tavolo 11 a proposito del vizio totale e parziale di mente osservava preliminarmente che «il sistema attuale sconta un eccesso di valutazioni di non imputabilità». Conseguentemente, anche per i disturbi di personalità la gravità doveva essere tale da poterli inquadrare fra i disturbi psicotici. In altre parole, il disturbo avrebbe dovuto essere di tale gravità da provocare «una situazione di assetto psichico incontrollabile e ingestibile tanto da integrare gli estremi di un vero e proprio scompenso psicotico». Su tale proposta, v. da ultimo, in termini adesivi, M. RONCO, *Proposta di Riforma sulle misure di sicurezza personali e sull'imputabilità*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 7 s., spec. 12 ss.; per alcune considerazioni critiche, cfr. M. BERTOLINO, *Il crimine della pericolosità sociale: riflessioni da una riforma in corso*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 1376 ss.

verso si propone che l'infermità, per avere rilievo totalmente o parzialmente scusante, sia a tal punto grave da aver influito sulla capacità di intendere o di volere. Per altro verso si offre una formulazione normativa che porti «con sé il senso dinamico della valutazione da effettuarsi in sede peritale: non è sufficiente l'accertamento del disturbo mentale, ma è necessaria l'effettiva e concreta incidenza dello stesso sull'atto delittuoso, considerandone la specifica funzionalità, modalità di manifestazione e sviluppo in relazione al reato commesso ed al momento della commissione del fatto».

Niente di nuovo dunque sotto il sole. La proposta non fa che tradurre a livello normativo l'interpretazione ormai diffusa degli artt. 88 e 89 introdotta dalla Cassazione del 2005, alla quale la prassi successiva si è uniformata¹¹³. Quanto al versante definitorio, la Commissione propone, secondo le parole della Relazione, «una formula non rigidamente segnata da un elenco di disturbi inficianti la capacità di intendere o di volere, ma che non rinuncia ad una tipizzazione di massima». Ma è proprio così, visto che il termine disturbo psichico è ancor più generico di quello di infermità e che già nel 2003 gli esperti forensi si erano pronunciati nel senso «che non esistono terminologie cliniche che possano utilmente sostituire il concetto di "infermità"» pur con i suoi limiti, e che «qualsiasi altro termine (ad es. malattia mentale o disturbo mentale) porterebbe con sé inevitabilmente analoghi, se non maggiori, problemi di indeterminatezza»¹¹⁴? Si modifica dunque la forma e si aggiungono nuovi termini definitori della psicopatologia, ma la sostanza non cambia.

Questa scelta della Commissione è comunque in sintonia anche con gli accertamenti neuroscientifici, che consentono non solo una diagnosi descrittiva dei sintomi psicopatologici ma anche una diagnosi di sede, nel senso della rilevazione della sede cerebrale della lesione anatomica o funzionale. Infatti, da tali accertamenti sembra emergere che per i disturbi di personalità, così come per quasi tutte le patologie mentali, sarebbe rintracciabile un riscontro neurale o genetico e dunque una spiegazione a base biologica del comportamento criminale, con tutti i problemi che ciò comporta in tema, come si è visto, di libertà del volere e di pericolosità sociale¹¹⁵.

Più interessante nella prospettiva di una fattiva collaborazione è la proposta di introdurre già nel testo normativo il requisito della gravità del disturbo e del nes-

¹¹³ V., fra le altre, Cass. 22.11.2005, n. 1038, in *Dejure*; Cass. 8.3.2006, n. 8282, CED 233228; Cass. 12.11.2009, n. 43285, CED 245253; Cass. 14.1.2014, n. 1161, CED 257923; Cass. 13.10.2016, n. 44659, in *Dejure*.

¹¹⁴ *Parere delle Società Italiane di Criminologia, Medicina legale e Psichiatria sui temi dell'imputabilità e pericolosità sociale*, Roma 19.11.2003.

¹¹⁵ «Lo studio della morfologia e funzionalità cerebrale permette di documentare eventuali anomalie cerebrali presenti in TUTTE le forme psicopatologiche», G. SARTORI, *Neuroscienze cognitive e psichiatria forense*, Alghero, 2013.

so eziologico fra questo e il reato commesso. In effetti, quanto al primo requisito lo studio del cervello ha messo in evidenza come, al netto delle aree coinvolte dalla patologia, quest'ultima può essere più o meno estesa e dunque già dalla compromissione cerebrale, che può risultare più o meno grave¹¹⁶, si possono trarre utili informazioni sulla intensità e gravità del disturbo psichico¹¹⁷. Quanto al secondo, la ricerca neurogenetica ha quantomeno chiarito che alcuni soggetti presentano una vulnerabilità genetica tale che, presenti altre condizioni, può favorire la commissione non di qualsiasi ma solo di una certa tipologia di reato e ciò grazie ad una diagnosi funzionale, per la quale è possibile individuare gli effetti che una certa patologia può avere sul comportamento umano.

In tali ambiti, l'apporto neuroscientifico può rivelarsi prezioso per il giudice, grazie al contributo di maggiore oggettività che tale apporto può garantire; il giudice, peraltro, deve essere ben consapevole che per valutare la capacità di intendere e di volere di un reo non basta l'averne comunque individuato il correlato neurale o genetico della anomalia psichica. Sono gli stessi neuroscienziati¹¹⁸ a sollecitare a non cadere nella tentazione di utilizzare i nuovi metodi di indagine con lo scopo precipuo di trovare un nesso causale immediato e diretto fra il cervello o i geni e il comportamento criminale, in particolare se è la stessa disciplina penale del vizio di mente a chiedere un rapporto causale fra infermità mentale e reato. Più chiaramente, stando alle parole degli esperti in neuroscienze forensi, «l'essere portatore di una patologia morfo-funzionale» a carico di una o più delle aree che presiedono l'agire cognitivo, affettivo-emotivo e comportamentale dell'uomo, e in particolare di aree come la corteccia prefrontale ventro-mediale e dorso-laterale, l'amidgala, i gangli della base, l'insula e comunque il sistema limbico nel suo complesso, «non implica (...) automaticamente (nel senso di causa-effetto) che i meccanismi psicologici alla base dell'imputabilità, della libertà, della capacità di prendere decisioni e di altre nostre capacità siano automaticamente compromessi, per cui da quella discende un'incapacità o un difetto qualsiasi»¹¹⁹.

¹¹⁶ V. P. PIETRINI, *Possono le neuroscienze rendere la Psichiatria una disciplina medica?*, Relazione al Corso *Malattia mentale e pericolosità: dall'esperienza storica all'abolizione degli ospedali psichiatrici giudiziari*, Scandicci 12-14 settembre 2018, Scuola Superiore della Magistratura.

¹¹⁷ A tale proposito le Sezioni unite del 2005, Cass. 8 marzo 2005, n. 9163, cit., chiariscono che il disturbo è grave quando risulta «idoneo a determinare un assetto psichico incontrollabile e ingestibile, che, incolpevolmente, rende l'agente incapace di esercitare il dovuto controllo dei propri atti».

¹¹⁸ V. D. RIGONI, S. PELLEGRINI e altri, *How neuroscience and behavioral genetics improve psychiatric assessment: report on a violent murder case*, in *Frontiers in Behavioral Neuroscience*, 2010, p. 4.

¹¹⁹ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 2018, p. 1349, il quale ricorda il rischio di «una vera e propria deriva (...) verso la *Evidence Based Medicine* (EBM)», qualora la psichiatria forense accetti il predominio della psichiatria biologica, con il conseguente rischio di un riduzionismo biologico, che offre un modello di conoscenza che, «in ambito forense, non può portare a nulla di buono nel considerare la persona umana "oggetto" e non "soggetto" di una relazione terapeutica e valutativa» (citazione di p. 1354).

Pur con questi limiti, al giudice si chiede dunque di essere in grado di “approfondire” del sapere esperto, in modo da assicurare il bilanciamento dell’interesse collettivo della difesa sociale con quello garantistico dell’imputato ad una decisione che rispecchi effettivamente la sua colpevolezza e il suo bisogno di rieducazione e di recupero anche sotto forma di trattamento e di cura. Un compito certamente difficile in un’epoca di imperante relativismo scientifico, che il giudice deve comunque affrontare, poiché, in senso opposto al rigore positivisticco con il quale Francesco Carrara raccomandava agli esperti di mettersi «in accordo tra loro» prima di comunicare ai legali i risultati delle loro ricerche¹²⁰, il pluralismo, e non solo scientifico, è parte ormai integrante della realtà post-moderna.

¹²⁰ F. CARRARA, *I periti alienisti nel foro. Risposta del prof. comm. F. Carrara alla lettera del prof. C. Livi*, in *Rivista sperimentale di Freniatria e di Medicina legale*, 1875, p. 321, per il quale, constatata che «la fase peritale si riduceva in pratica a uno scontro tra periti della difesa e dell’accusa e in cui la vittoria dipendeva più che dalla “signoria esclusiva della ragione e della scienza”, da quella degli affetti, delle simpatie e antipatie» (V.B. BABINI, *La responsabilità nelle malattie mentali*, in V. B. BABINI, M. COTTI e altri, *Tra sapere e potere. La psichiatria italiana nella seconda metà dell’Ottocento*, Bologna, 1982, p. 141), la soluzione andava ricercata a livello processuale. «Per togliere dall’opera della giustizia la signoria degli affetti, e consolidare la signoria esclusiva della ragione e della scienza», secondo il Carrara occorre stabilire «una Giuria suppletoria, composta tutta di uomini della scienza, ai quali si concedesse esclusivamente la balia di pronunziare il verdetto incensurabile sui due quesiti della irresponsabilità o della responsabilità meno piena. Tranne ciò, il mio corto intelletto non saprebbe trovare altra via» (citazione di p. 322 ss.).

GIOVANNI CANZIO

MULTICULTURALISMO E GIURISDIZIONE PENALE ^(*)

SOMMARIO: 1. Il conflitto normo-culturale. – 2. Gli orientamenti della giurisprudenza: casi e questioni. – 3. Il motivo religioso in alcune sentenze della Corte costituzionale, della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'UE. – 4. Multiculturalismo e processo penale.

1. *Il conflitto normo-culturale*

L'Italia è stata investita nell'ultimo decennio da consistenti ondate migratorie, provenienti soprattutto dall'Africa. Il modello culturale tradizionale è sfidato e messo in discussione da culture “altre”, ma – come annota Jean Léon Jaurès – “*la tradizione non consiste nel conservare le ceneri ma nel mantenere viva una fiamma*”. S'impone dunque, in linea di principio, il rispetto della pluralità e il riconoscimento di pari dignità delle civiltà e culture diverse da quella nazionale, per obbedire a doveri etici e costituzionali, oltre che per immunizzarci dalla chiusura intellettuale e dal razzismo.

Che fare, tuttavia, quanto alla regolamentazione concreta dei comportamenti degli individui, nei casi in cui, dal confronto fra i differenti disciplinamenti emerge il conflitto normo-culturale fra la regola stabilita per tutti dall'ordinamento democratico e laico nazionale e la diversa, talora opposta, regola culturale che dall'esterno imponga, approvi, tolleri o giustifichi le condotte poste in essere dagli appartenenti al gruppo etnico o religioso di origine e che però siano qualificate come criminose dall'ordinamento penale nazionale (“*cultural offense*”)?

Ebbene, non sembra potersi dubitare che un siffatto prodotto culturale debba essere valutato nel merito, di volta in volta, alla luce dei valori primari riconosciuti dalle Carte dei diritti inviolabili o fondamentali dell'individuo¹, al cui centro si pone il meta-valore della dignità della persona umana, e alla stregua degli sperimentati

^(*) È il testo, rielaborato e corredato di note, dell'intervento svolto a Roma il 7 novembre 2018 nel Convegno organizzato dalla *International Association of Jewish Lawyers and Jurists* (IAJLJ) sul tema *Controversial Multiculturalism*.

¹ Le Costituzioni nazionali postbelliche, come la Costituzione della Repubblica Italiana del 1948, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il Patto internazionale sui diritti civili e politici, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la Carta di Nizza.

parametri del ragionevole, equilibrato e proporzionato bilanciamento fra i diversi principi.

I due modelli astratti di riferimento, quello “assimilazionista” c.d. alla francese e quello “multiculturalista” c.d. all’inglese, ispirati a una differente concezione, rispettivamente formale e sostanziale, del principio di uguaglianza e richiamati a scudo dei valori della cultura maggioritaria o, all’opposto, degli universi culturali delle minoranze, non sono adottati in modo integrale da nessun paese. Essi subiscono continue ibridazioni perché condizionati in concreto da una molteplicità di ragioni di carattere politico-ideologico che giustificano, di volta in volta, le scelte legislative di politica criminale, in termini altalenanti di maggiore o minore tolleranza o addirittura d’intolleranza verso il fenomeno della migrazione, spesso messo in relazione con l’esigenza di garantire la sicurezza dello Stato e dei cittadini.

I giudici penali italiani, soprattutto nell’ultimo decennio, si sono dovuti misurare nella descritta, difficile e inedita, operazione ermeneutica e applicativa, con riguardo a quelle fattispecie criminose che la dottrina definisce “*reati culturalmente orientati o motivati*”².

S’intende fare riferimento a tutti i casi in cui dal passaggio migratorio in un altro Stato consegua la soggezione dell’immigrato a un sistema penale diverso da quello di provenienza, perché ne sono diversi i criteri d’identificazione del fatto-reato rispetto alla valutazione del medesimo fatto da parte del gruppo culturale, etnico o religioso di origine dell’autore.

La domanda è se e quale rilievo possa attribuirsi alla motivazione culturale dell’autore del fatto (“*cultural defense*”), laddove essa risulti in radicale contrasto con la concezione liberale, prevalente nella cultura europea, e si ponga sullo sfondo della commissione di eterogenee categorie di fattispecie di reato. Fra queste assumono particolare importanza: – le violenze e i maltrattamenti in famiglia o a difesa dell’onore (anche sessuale), che scaturiscono da un’atavica concezione gerarchica dei poteri del capofamiglia e dell’onore familiare o di gruppo, in danno soprattutto di persone di sesso femminile o minorenni alle quali non si riconosce libertà di autodeterminazione; – la riduzione in schiavitù o la privazione della libertà sessuale di minorenni, i quali nella cultura d’origine non godono della particolare protezione consuetamente loro accordata in ragione dell’età; – le gravi lesioni personali derivanti dalle mutilazioni genitali femminili o dalle circoncisioni maschili o da tatuaggi ornamentali c.d. “a cicatrice”, secondo rituali conven-

² F. BASILE, *I reati cd. «culturalmente motivati» commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali*, in *Questione Giustizia*, 2017, 126 ss.; ID., *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010; A. BERNARDI, *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, Torino, 2010; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010; da ultimo, A. PROVERA, *Tra frontiere e confini. Il diritto penale dell’età multiculturale*, Napoli, 2018.

zionali, religiosi o tribali del gruppo d'origine; - l'uso di sostanze stupefacenti il cui consumo, vietato dallo Stato ospite, è ritenuto lecito, per motivi rituali o sociali, dal gruppo di appartenenza; - la messa in pericolo della sicurezza pubblica e dell'incolumità individuale mediante l'uso di un capo di abbigliamento rituale (il *burqa* delle donne musulmane) o di un pugnale simbolico (il *kirpan* dei Sikh).

2. *Gli orientamenti della giurisprudenza: casi e questioni*

A fronte del labirinto di opposizioni e divergenze normo-culturali la casistica giurisprudenziale, pure nei precedenti più autorevoli della Suprema Corte, non evidenzia linee ermeneutiche univoche, a dimostrazione della singolarità di ciascuna vicenda giudiziaria e delle difficoltà probatorie in merito all'accertamento dei fatti e delle responsabilità. Per il profilo della colpevolezza, ad esempio, le Corti, sia di merito che di legittimità, hanno ritenuto in alcuni arresti che il carattere culturalmente orientato del reato rilevasse quanto all'accertato difetto dell'elemento psicologico; altre volte, invece, ne hanno affermato l'irrilevanza, soprattutto se si trattava di gravi offese ai diritti fondamentali della persona.

a) La Corte di appello di Venezia nel 2012³ ha deciso in merito a due episodi di lesioni degli organi genitali femminili⁴, ascritti a tre cittadini nigeriani, appartenenti all'etnia Edo-Bini: una donna, G.O., ostetrica in Nigeria ma priva di qualsiasi titolo per operare in Italia; la giovane madre della neonata X e il giovane padre della neonata Y. Nel primo episodio G.O., dietro compenso, praticava la c.d. *arruè* sulla minore X: un'incisione superficiale sulla faccia antero-superiore del clitoride, della lunghezza di circa 4 mm. a decorso pressoché longitudinale e della profondità di circa 2 mm. Nel secondo episodio G.O., dietro promessa del compenso, si recava, su richiesta del padre della minore Y, presso l'abitazione di questi, con una borsa contenente gli attrezzi per eseguire l'*arruè*, ma intervenivano gli agenti di polizia, che la stavano seguendo dopo averne messo sotto controllo l'utenza telefonica.

I due genitori, condannati in primo grado, seppure con pene miti, per il reato consumato e rispettivamente tentato di mutilazione degli organi genitali femminili, sono stati assolti in appello per difetto di dolo specifico, avendo deciso di sottoporre le neonate all'*arruè* per soddisfare una funzione di purificazione e socializzazione e per sancire un vincolo identitario, proprio del gruppo etnico di appartenenza, non già al fine, richiesto dalla norma incriminatrice, di menomarne le funzioni sessuali. Circa l'effettiva portata della norma culturale invocata, la sen-

³ Corte d'appello di Venezia, sent. 23 novembre 2012 n. 1485, in *Dir. pen. contemp.*, 23 luglio 2013, con nota di F. BASILE.

⁴ Art. 583 *bis* cod. pen., inserito dall'art. 6, comma 1, legge 9 gennaio 2006, n. 7.

tenza di appello ne ha sottolineato l'elevato grado di diffusione e di vincolatività presso l'etnia Edo-Bini e, con riguardo alle biografie personali degli imputati, i giudici hanno altresì evidenziato che la giovane madre "è persona priva di istruzione, emigrata in Italia da non molto tempo, che comprende a stento la lingua italiana e che vive in uno stato di particolare emarginazione o scarsa integrazione rispetto al tessuto sociale in cui si trova", mentre del giovane padre si è sottolineato l'elevato grado di perdurante adesione alle tradizioni culturali d'origine⁵.

b) In tema di mutilazione degli organi genitali maschili appare significativa una sentenza pronunciata nel 2011 dalla Suprema Corte⁶. Nel caso di specie, l'imputata, una giovane donna nigeriana, era stata ritenuta, dai giudici di merito, colpevole di concorso nel reato di abusivo esercizio di una professione (art. 348 cod. pen.), per avere sottoposto il figlio di poche settimane a un intervento di circoncisione ad opera di una connazionale non abilitata all'esercizio della professione medica, intervento dal quale era derivata una grave emorragia che aveva richiesto un ricovero d'urgenza del bambino in ospedale.

I giudici di merito, qualificato l'intervento come atto medico, avevano rilevato che la donna aveva sottoposto il neonato a tale pratica per motivi culturali-religiosi, in adesione a un'usanza diffusa nella sua comunità d'origine, sicché non era invocabile la scriminante dell'esercizio di un diritto, né l'errore sul precetto penale.

La Corte di cassazione, allargando invece la prospettiva dell'indagine, ha affrontato due questioni: da un lato, la natura della pratica di circoncisione rituale, eseguita cioè per motivi culturali-religiosi, e, dall'altro, le ricadute penali di una simile pratica secondo il nostro ordinamento.

Osserva innanzitutto la Corte che *"È necessario verificare se è possibile conciliare – ed entro quali limiti –, allo stato della legislazione vigente, tali opposte esigenze: da un lato, la volontà di determinate minoranze che vivono in Italia di rivendicare l'appartenenza alla propria etnia e l'osservanza delle proprie tradizioni; dall'altro, il rispetto delle nostre regole. Legge, religione, tradizione culturale e medicina vengono a confronto. Una società multi-etnica, che accetta più o meno consapevolmente il multiculturalismo, non può ignorare una certa dose di relativismo culturale, che consenta di guardare ad altre civiltà senza giudicarle secondo i propri parametri. Ne consegue che l'approccio alla delicata questione in esame, per le implicazioni di carattere etico e giuridico che vengono in rilievo, deve essere guidato da una prudente e illuminata interpretazione delle norme di riferimento, senza sottovalutare la peculiare posizione del soggetto coinvolto nell'atto rituale incriminato"*.

⁵ I giudici hanno spiegato in motivazione di essersi avvalsi, ai fini della decisione, del contributo probatorio di una serie di testimonianze qualificate, fra cui quelle di un docente di antropologia dell'educazione, di una docente di pedagogia della mediazione e di un sacerdote cristiano, appartenente all'etnia Edo-Bini e immigrato in Italia da circa vent'anni.

⁶ Cass., sez. VI, n. 43646 del 2011, S.K., in *Dir. pen. contemp.*, 22 marzo 2012.

La tradizione occidentale considera la circoncisione rituale alla stregua di un vero e proprio atto medico, perché, comportando la mutilazione genitale del neonato pure in assenza di specifiche finalità terapeutiche, interferisce sull'integrità fisica della persona. Tale lettura deve, però, fare i conti con il significato simbolico che la circoncisione assume all'interno di determinate comunità, come ad esempio in quella ebraica, ove rappresenta una cerimonia religiosa di benvenuto ai neonati maschi. In tali casi, la circoncisione rituale non è in contrasto con il nostro ordinamento poiché la componente religiosa sovrasta sia quella medica che quella penale. Avverte la Corte che *“giammai il mohel [vale a dire colui che esegue la circoncisione: trattasi solitamente di un medico o comunque di una persona specializzata nella pratica della circoncisione e dei relativi rituali] potrebbe incorrere nel reato di esercizio abusivo della professione medica e la sua condotta, che oggettivamente integra il reato di lesione personale, è scriminata, se non determina una apprezzabile lesione e non mostra segni di negligenza, imprudenza o imperizia”*.

Non sempre, tuttavia, la circoncisione maschile risponde, a differenza di quanto accade nel mondo ebraico, a tale significato, essendo talora riconducibile a *“motivazioni che esulano da esigenze religiose e identitarie e affondano le loro radici soltanto in tradizioni culturali ed etniche, assolutamente estranee alla cultura occidentale e non sempre compatibili, sul piano operativo, con la nostra legislazione. Non può essere ignorato, infatti, che in molti casi l'esecuzione dell'intervento cruento, a differenza di quanto accade nel mondo ebraico, è affidata a persona non qualificata, non dotata cioè di adeguata e riconosciuta competenza, che vi procede in modo empirico e senza alcuna concreta garanzia circa la sua corretta effettuazione, lo scrupoloso rispetto dell'igiene e dell'asepsi, la continuità dell'assistenza anche dopo l'intervento, con conseguente intuibile pericolo per la salute del bambino, alla quale invece il nostro ordinamento impone di dare maggior peso rispetto ai contingenti fattori culturali ed etnici che ispirano, in certi contesti sociali, la pratica di cui si discute. Tanto è riscontrabile nella vicenda in esame”*.

Nel caso di specie l'imputata, nigeriana di fede cattolica, aveva deciso di sottoporre il figlio alla circoncisione, adeguandosi a una pratica estranea al rito cattolico. La Corte nega pertanto l'applicazione in funzione scriminante dell'art. 51 cod. pen., perché la scelta della donna *“va letta come espressione della cultura della medesima interiorizzata nell'ambito della comunità di provenienza e nulla ha da condividere con la circoncisione rituale di matrice religiosa praticata dagli ebrei, sicché non è invocabile, nella specie, l'esercizio del diritto di professare liberamente la propria fede religiosa”*. Si è in presenza, sotto il profilo della materialità, di un reato culturalmente orientato (*cultural offence*), nel quale *“non viene in rilievo il conflitto interno dell'agente, vale a dire l'avvertito disvalore della sua azione rispetto alle regole della sua formazione culturale, bensì il conflitto esterno, che si realizza*

quando la persona, avendo recepito nella sua formazione le norme della cultura e della tradizione di un determinato gruppo etnico, migra in un'altra realtà territoriale, dove quelle norme non sono presenti. Il reato commesso in condizione di conflitto esterno è espressione della fedeltà dell'agente alle norme di condotta del proprio gruppo, ai valori che ha interiorizzato sin dai primi anni della propria vita".

L'opinione dei giudici di legittimità è stata diversa, invece, da quella dei giudici di merito per il profilo della sussistenza della *ignorantia legis*⁷, ai fini dell'esclusione del rimprovero di colpevolezza all'agente. In ordine al reato contestato di esercizio abusivo della professione medica non poteva essere disatteso il processo di formazione culturalmente condizionato della volontà dell'imputata, che l'aveva indotta a sottoporre il figlio alla circoncisione nell'ignoranza (considerata nella specie inevitabile) che tale pratica costituisse un vero e proprio atto medico eseguibile solo da persone fornite di specifica abilitazione, attesa la condizione di marginalità e di oggettiva difficoltà, da parte della donna nigeriana, immigrata di recente e con basso grado di cultura, di recepire come proprio un bagaglio giuridico ed etico totalmente differente da quello di origine.

c) Parimenti esemplificative sono le sentenze della Suprema Corte⁸ in tema di violenze, maltrattamenti e lesioni intrafamiliari, con le quali, in ordine ai reati culturalmente orientati, si è affermata l'irrilevanza della *ignorantia legis* quando le condotte si caratterizzano per la palese violazione dei diritti essenziali ed inviolabili della persona, che costituiscono la base indefettibile dell'ordinamento giuridico italiano e il cardine della regolamentazione concreta dei rapporti interpersonali. Tali principi, secondo la Corte, costituiscono uno "*sbarramento invalicabile*" all'introduzione di consuetudini, prassi e costumi "*antistorici*" rispetto ai risultati ottenuti nell'ambito dell'affermazione e della tutela dei diritti inviolabili della persona in quanto tale, cittadino o straniero, "*la cui condotta violenta e intenzionalmente vessatoria si pone come consapevole, e non giustificabile, scelta a fronte di un sistema di valori costituzionali nei suoi tratti essenziali ed indefettibili notoriamente opposto*". Risulta invero preminente l'esigenza di valorizzare, in linea con l'art. 3 Cost., la centralità della persona umana, quale principio in grado di armonizzare le culture individuali rispetto a culture diverse, e di consentire quindi l'instaurazione di una società civile multietnica.

d) Analogamente, in tema di violenza sessuale (art. 609 *bis* cod. pen.), la Corte di legittimità⁹ ha rimarcato il grado di lesione ad un fondamentale bene giuridico,

⁷ L'*ignorantia legis* rileva ai sensi dell'art. 5 cod. pen., nella lettura offertane da C. cost., sent. n. 364 del 1988.

⁸ Cass., sez. III, n. 14960 del 2015, E.H.; sez. VI, n. 12089 del 2012, R.; sez. VI, n. 46300 del 2008; sez. III, n. 34909 del 2007.

⁹ Cass., sez. III, n. 37364 del 2017, B.

quale la libertà di autodeterminazione in ambito sessuale, con la conseguenza che non hanno diritto di cittadinanza, nella valutazione della condotta criminosa, eventuali giustificazioni dedotte in nome di presunti limiti o diversità culturali nella concezione del rapporto coniugale, posto che le stesse porterebbero all'affievolimento della tutela di un diritto assoluto e inviolabile dell'uomo quale è la libertà sessuale.

e) Come pure le motivazioni culturali o di costume dell'agente sono state ritenute dalla Suprema Corte¹⁰ inidonee ad incidere sulla rilevanza penale del reato di tratta e riduzione in schiavitù di una minorenni kosovara. La Corte ha considerato erroneo il ragionamento dei giudici di merito che avevano giudicato la compravendita della minore espressione di una consuetudine tipica dell'ambiente culturale di appartenenza, in cui corrispondeva a normalità che i matrimoni venissero concordati fra i genitori degli sposi. La riduzione della persona offesa ad oggetto di scambio commerciale, mediante la sottoposizione della stessa a un atto di compravendita, integra infatti, di per sé, una situazione di sfruttamento rilevante ai fini della configurabilità dei reati, in quanto tale da rendere la vittima una *res* sulla quale esercitare diritti patrimoniali e da cui trarre utilità economiche.

f) Per altro verso, la Corte di legittimità¹¹ ha ritenuto di conferire rilievo alla cultura d'origine dell'autore del reato, al fine di escludere l'aggravante della futilità del motivo (art. 61 n. 1 cod. pen.), quale espressione di maggiore disvalore etico-giuridico, in un caso di tentato omicidio realizzato da un immigrato egiziano di fede islamica ai danni della figlia, all'epoca minorenne, scoperta in atteggiamenti intimi con il proprio ragazzo, italiano e di fede religiosa diversa. Ciò sull'assunto che *“per quanto i motivi che hanno mosso l'imputato non siano assolutamente condivisibili nella moderna società occidentale, gli stessi non possono essere definiti futili, non potendo essere definita né lieve né banale la spinta che ha mosso l'imputato ad agire”*.

E però nell'ambito del medesimo filone interpretativo si collocano altri arresti che hanno invece escluso l'idoneità ad elidere l'aggravante della futilità del motivo della vicinanza dell'autore del reato allo stile di vita e alla particolare concezione dell'onore familiare, propri dell'etnia Rom di appartenenza¹², o alle scelte dell'uso brutale e gratuito della violenza e della forza da parte di una banda giovanile sudamericana¹³. Nessun orientamento culturale o di costume proprio di persone o gruppi che vivono e operano nella comunità generale può porsi in aperto contrasto con l'esigenza di tutela inderogabile dei principi e dei beni fon-

¹⁰ Cass., sez. V, n. 23052 del 2016, Mahmuti.

¹¹ Cass., sez. I, n. 51059 del 2013, XY. Cfr. anche Cass., sez. I, n. 6796 del 2012, H.L. (un cittadino albanese imputato di omicidio del datore di lavoro italiano che l'aveva pesantemente insultato).

¹² Cass., sez. I, n. 11591 del 2015, Passalacqua.

¹³ Cass., sez. I, n. 25535 del 2018, Alvarado Ortega.

damentali riconosciuti dall'ordinamento costituzionale, fra i quali preminenti risultano la vita, la sicurezza e la libertà personale¹⁴.

g) Infine, il motivo di carattere religioso è stato ritenuto dalla Suprema Corte ininfluenza al fine di ravvisare un giustificato motivo nel porto simbolico di un pugnale (*kirpan*) da parte di un indiano di religione Sikh¹⁵. La Corte ha affermato che, benché l'integrazione non imponga l'abbandono della cultura di origine, in consonanza con la garanzia costituzionale riconosciuta dall'art. 2 Cost. che valorizza il pluralismo sociale, tale principio trova tuttavia una barriera invalicabile nel rispetto dei diritti umani e della civiltà giuridica della società ospitante. Ciò in quanto, in una società multietnica, la convivenza tra soggetti di etnia diversa richiede l'identificazione di un nucleo comune in cui immigrati e società di accoglienza si debbano riconoscere. Il carattere multietnico della società non può portare alla formazione di "arcipelaghi culturali confliggenti", a secondo delle etnie che la compongono, con il tessuto culturale e giuridico del paese ospitante.

3. *Il motivo religioso in alcune sentenze della Corte costituzionale, della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'UE*

Circa la necessità del bilanciamento tra pluralismo religioso ed interessi costituzionalmente garantiti la Corte costituzionale ha, da ultimo¹⁶, affermato che "nella Costituzione italiana ciascun diritto fondamentale, compresa la libertà di religione, è predicato unitamente al suo limite; sicché non v'è dubbio che le pratiche di culto, se contrarie al «buon costume», ricadano fuori dalla garanzia costituzionale di cui all'art. 19 Cost.; né si contesta che, qualora gli appartenenti a una confessione si organizzino in modo incompatibile «con l'ordinamento giuridico italiano», essi non possano appellarsi alla protezione di cui all'art. 8, secondo comma, Cost. Tutti i diritti costituzionalmente protetti sono soggetti al bilanciamento necessario ad assicurare una tutela unitaria e non frammentata degli interessi costituzionali in gioco, di modo che nessuno di essi fruisca di una tutela assoluta e illimitata e possa, così, farsi "tiranno" (sentenza n. 85 del 2013). Tra gli interessi costituzionali da tenere in adeguata considerazione nel modulare la tutela della libertà di culto – nel rigoroso rispetto dei canoni di stretta proporzionalità – sono senz'altro da annoverare quelli relativi alla sicurezza, all'ordine pubblico e alla pacifica convivenza."

¹⁴ In questo senso, v. Cass., sez. II, n. 6587 del 2010, Saleem, secondo cui ricorre l'aggravante del motivo "abietto" in relazione all'omicidio originato da un patologico e distorto rapporto di possesso parentale del padre nei confronti della figlia, la quale non sottostava ai suoi voleri, rivendicava margini di autonomia e teneva un comportamento difforme rispetto agli usi e costumi della sua famiglia.

¹⁵ Cass., sez. I, n. 24048 del 2017, Singh.

¹⁶ C. cost., sent. n. 63 del 2016.

Mette conto peraltro di rimarcare, in argomento, l'orientamento non lineare espresso dai più recenti arresti delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo, con riguardo allo specifico tema del “*burqa*” e del velo islamico.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha respinto, nel 2014¹⁷, il ricorso di una cittadina francese di origini pachistane, secondo cui il divieto di usare il *burqa* nei luoghi pubblici, imposto dalla legge francese dell'11 ottobre 2010, aveva determinato la violazione degli artt. 8, 9, 10 e 14 CEDU. La Corte ha rilevato che la normativa nazionale che proibisce l'occultamento del volto negli spazi pubblici non determina una violazione dei diritti al rispetto della vita privata, alla manifestazione del credo religioso e a non subire discriminazioni, poiché in una società democratica, in cui coesistono varie religioni all'interno di una stessa popolazione, può risultare necessario che la libertà di manifestare la propria religione o le proprie convinzioni sia accompagnata da limitazioni idonee a conciliare gli interessi dei diversi gruppi e a garantire il rispetto delle convinzioni di ciascuno. Il ruolo di uno Stato, neutrale e democratico, non è quello di sopprimere la causa delle tensioni eliminando il pluralismo, ma di assicurarsi che gruppi opposti si tollerino. Ed è proprio questa costante ricerca di un equilibrio tra i diritti fondamentali di ciascuno a costituire la base di una società democratica, caratterizzata da pluralismo, tolleranza e spirito di apertura.

La stessa Corte, nel 2018¹⁸, ha peraltro condannato il Belgio al risarcimento del danno morale per avere proibito, ad una donna che indossava l'*hijab*, il velo islamico che avvolge i capelli e copre il collo, di entrare nell'aula di un tribunale, per una presunta mancanza di rispetto verso i giudici quanto alla puntuale identificazione dell'utente e per la violazione del principio di neutralità nei luoghi pubblici, proprio di ogni aula di giustizia, asseritamente prevalente sul diritto individuale della donna ad indossare il velo per motivi religiosi. Ad avviso della Corte vietare il velo in pubblico viola il diritto alla libertà di pensiero, coscienza, religione di cui all'art. 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che al comma 2 prevede che la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non possa essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui. La Corte ha tenuto in considerazione anche il fatto che il velo non copriva integralmente il volto della donna, riconoscendo come nella fattispecie vi fosse stata una limitazione all'esercizio del diritto di manifestare la propria religione, che non può essere tollerata in una società democratica laddove venga introdotta una pratica sociale incompatibile con

¹⁷ Grande Camera, sent. 1 luglio 2014, caso *S.A.S. c. Francia* (n. 43835/11).

¹⁸ Sez. II, sent. 18 ottobre 2018, caso *Lachiri c. Belgio* (n. 3413/09).

la comunicazione interpersonale e con la costruzione di relazioni umane, fondamentali per la vita collettiva.

A sua volta, la Corte di giustizia dell'Unione Europea, nel 2017¹⁹, ha statuito che l'art. 2, par. 2, lett. a) della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, dev'essere interpretato nel senso che il divieto di indossare un velo islamico, derivante da una norma interna di un'impresa privata che vieta di indossare in modo visibile qualsiasi segno politico, filosofico o religioso sul luogo di lavoro, non costituisce una discriminazione diretta, fondata sulla religione o sulle convinzioni personali ai sensi di tale direttiva. Siffatta norma interna di un'impresa privata può invece costituire una discriminazione indiretta ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. b), della direttiva 2000/78, qualora venga dimostrato che l'obbligo apparentemente neutro da essa previsto comporta, di fatto, un particolare svantaggio per le persone che aderiscono ad una determinata religione o ideologia, a meno che esso sia oggettivamente giustificato da una finalità legittima, come il perseguimento, da parte del datore di lavoro, di una politica di neutralità politica, filosofica e religiosa nei rapporti con i clienti, e che i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari: circostanza, questa, che spetta al giudice del rinvio verificare.

4. *Multiculturalismo e processo penale*

Ma quali sono le condizioni e i limiti per la ricognizione della effettiva rilevanza della cultura d'origine dell'autore del reato nella giurisdizione penale? Che cosa (e con quali mezzi di prova), a tal fine, si deve provare nel contesto del processo e nel contraddittorio fra le parti?

La ricostruzione probatoria dei fatti, l'interpretazione/applicazione della norma generale e astratta e il medesimo apparato argomentativo della decisione giudiziale sono influenzati dalla richiesta dell'imputato (e dalla conseguente valutazione del giudice) di estendere la cognizione al "*background culturale*" della persona cui il reato è attribuito e talora della stessa vittima, se eventualmente consentente. S'introducono così significative "variabili" nella dinamica del processo in merito alla configurazione sia dell'elemento materiale del reato, sia della colpevolezza per il profilo dell'*ignorantia legis*, sia della scriminante del consenso dell'avente diritto, nonché in punto di indifferenza egualitaria o di attenuazione del trattamento sanzionatorio in caso di affermazione di responsabilità.

¹⁹ Grande Sezione, sent. 14 marzo 2017 (causa C-157/15).

Per esemplificare, si pensi ai dati fattuali e alle circostanze, la cui consistenza effettiva dev'essere oggetto di prova ai fini della rilevanza della *cultural defense*, attinenti: – all'appartenenza dell'agente e della vittima a un determinato gruppo etnico o religioso; – all'identità del modello culturale di riferimento; – all'effettivo rilievo e al carattere cogente, o non, della regola o del rituale invocato dalla difesa all'interno del gruppo di appartenenza; – alla biografia dell'agente con riguardo al livello di adesione alla cultura di origine o, per contro, di acculturazione, socializzazione e integrazione nel paese di accoglienza; – al peso del conflitto normo-culturale all'interno della psiche dell'agente; – alla considerazione del consenso della vittima, se maggiorenne oppure minorenn.

E però non appare affatto agevole dare una qualche risposta alle diverse questioni che restano aperte e agitano la giurisdizione penale per i profili sopra descritti.

Come entrano i dati fattuali e le circostanze propri della *cultural defense* nel tessuto del contraddittorio fra le parti, sia per la prova che sulla prova? Entro quali limiti e a quali condizioni è ammissibile e rilevante la prova dichiarativa, mediante la testimonianza o la consulenza di soggetti la cui qualificazione professionale risulta più prossima alla mediazione culturale o linguistica che alla testimonianza e alla perizia in senso stretto, quali l'antropologo, lo storico, il sociologo, il religioso, lo psicologo ecc.? E, soprattutto, in quali termini si pone la figura del giudice a fronte di un sapere esterno alla legge e al diritto, che appare peraltro empiricamente debole e incerto? Il giudice è chiamato a svolgere il ruolo di *gatekeeper* (e quindi di mero consumatore) rispetto al messaggio culturale veicolato dall'*expert testimony*, oppure – come sembra più corretto e utile affermare – deve ritenersi impegnato, e con quali strumenti, nella relativa opera di decodificazione e disambiguamento?

A ben vedere, il tradizionale apparato concettuale (oltre – com'è noto – quello organizzativo) della giurisdizione penale è messo a dura prova nei casi di *cultural defense*. La formazione del libero convincimento e l'operazione decisoria del giudice, il cui ruolo di "interprete" resta determinante, si presentano difficili e complesse. Ogni soluzione interpretativa riveste il carattere della mobilità in considerazione sia della varietà dei casi, sia della instabilità delle politiche criminali del legislatore, sia, di conseguenza, della tuttora incerta forza persuasiva degli argomenti posti a fondamento dei pur autorevoli "*precedenti*" giurisprudenziali in materia.

Occorre essere consapevoli che l'attività ermeneutica della giurisprudenza, non solo nazionale, va sviluppandosi progressivamente lungo percorsi applicativi non lineari in questo tratto, inedito e tuttavia di lunga durata, della storia del diritto punitivo.

MAURIZIO CATINO

FARE LUCE SULLA ZONA GRIGIA ^(*)

*“When you live in a world of gray zones,
you have to have very clear red lines”.*
(A Pentagon consultant, in S. Hersh 2004a)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La zona grigia secondo Primo Levi. – 2.1. Il contesto e i ruoli. – 3. Sull’(ab)uso del termine area grigia. – 4. Tre dimensioni. – 5. Area grigia e mafie. – 6. Mafiosi e colletti bianchi oltre la zona grigia: la fase della conformazione. – 7. Conclusioni. – 8. Riferimenti bibliografici.

1. *Introduzione*

Il concetto di zona grigia, di frequente trasformato in area grigia, è diventato di moda nel corso del tempo. È sempre più utilizzato in un ampio spettro di discipline: dalla medicina e le neuroscienze allo studio dei conflitti e delle relazioni internazionali, passando per i diversi aspetti legati alla teoria e alla vita delle organizzazioni, all’etica degli affari, fino al diritto e allo studio della devianza e delle organizzazioni criminali, incluse le mafie.

La zona grigia viene di frequente usata come una sorta di metafora per denotare situazioni diversissime tra loro ma che condividono una liminalità incerta, l’ambiguità dei comportamenti e/o dello stato del fenomeno e di conseguenza la difficoltà di analisi e valutazione. Ad esempio, quando si afferma che esista un’area grigia tra il legale e l’illegale e che in tali condizioni sia difficile giudicare in modo chiaro cosa sia giusto e cosa sia sbagliato, in quanto l’area di attività in esame non corrisponde pienamente ad una categoria specifica o ad un set di regole ben definite.

Nei vari usi, come vedremo più avanti, possiamo identificare a livello analitico tre principali dimensioni di zona grigia, a seconda che il focus sia principalmente (1) sulle azioni e sulle decisioni, (2) sugli atteggiamenti e sui comportamenti o (3) sugli attori e sul contesto.

^(*) Per aver letto e commentato, in tutto o in parte, una prima versione di questo articolo o discusso le tesi principali, ringrazio Delia Baldassarri, Paolo Campana, Alberto Cavaglioni, Francesco Centonze, Nando dalla Chiesa, Gabrio Forti, Giuseppe Gennari, Carlo Greppi, Luca Lanzalaco, Martina Mengoni, Eleonora Montani, Francesco Moro, Antonio Mutti, Paolo Storari, Elisa Superchi, Andrea Vannucci. Naturalmente, è esclusivamente dell’autore la responsabilità di quanto qui scritto.

La locuzione zona grigia fu resa famosa da Primo Levi nel 1986 con il libro *I Sommersi e i Salvati*, per denotare quelle specifiche relazioni che avvenivano in contesti organizzativi molto specifici come i Lager e i ghetti. Soggetti ad un potere assoluto e totalitario, alcuni internati diventavano collaboratori dei persecutori, in cambio di migliori condizioni di vita. Le caratteristiche analitiche che Levi descrive attengono ad alcune dimensioni specifiche. In primo luogo, la *dimensione spaziale* che è quella tipica dei sistemi chiusi, quali il sistema concentrazionario e i ghetti, senza alcuna possibilità di exit. L'*asimmetria del potere*, con i persecutori che hanno totale potere di vita e di morte sulle vittime, potere che esercitano quotidianamente. Gli *attori* coinvolti, da un lato i persecutori e dall'altro le vittime che in alcuni casi diventano collaboratori, nel tentativo estremo di migliorare le condizioni di vita (più cibo, maggiore protezione dal freddo, minore violenza, ecc.) o di allungarla di qualche tempo in più¹. La *forma della relazione* vede le vittime spinte a quei comportamenti di collaborazione, senza alternativa. Infine, l'uso della *violenza* nella zona grigia di Levi si caratterizza per una violenza inutile, fine a se stessa, spesso sproporzionata in relazione ai fini istituzionali.

Rispetto al modello analitico di Levi, la zona grigia è diventata in molti casi un *catchall concept*, grigio in sé, che piuttosto che far luce costruisce, invece, una cortina fumogena che offusca la comprensione dei processi e dei meccanismi sottostanti il fenomeno che si intende studiare. Il suo senso originario è, inoltre, andato perduto nell'uso-abuso, talvolta disinvolto, che ha finito per travisarne il senso derivante dal contesto originario all'interno del quale tale espressione è stata formulata. Se il concetto è dunque diventato popolare, sia nell'uso comune che nelle scienze sociali, al contempo è aumentata la sua ambiguità semantica, trasformando l'ambiguità iniziale in vaghezza concettuale, contribuendo in questo modo a svuotare e banalizzarne il senso. Levi vi aveva lavorato a lungo, per quarant'anni e «con sofferenza, fino a mettere a punto un quadro complesso, coraggioso, impietoso» (Bravo e Cereja 2011, p. 78).

Nonostante fosse di formazione e di professione un chimico, era chiaro l'intento di Primo Levi di voler scrivere un libro di saggi sulla «sociologia dell'uomo imprigionato»². Il suo interrogarsi, la sua capacità di analisi su un'esperienza come quella del Lager, ne fanno un autore di particolare interesse per le scienze sociali. L'osservazione partecipante a quel drammatico «esperimento naturale» quale il lager è stato, ci fornisce elementi importanti per comprendere, da un lato una certa tipologia di comportamenti umani che accadano in ambienti confinati al di fuori delle regole e delle norme sociali comuni,

¹ L'aspettativa di vita media di un internato selezionato per il lavoro forzato ad Auschwitz era di circa tre mesi (Levi 1986, p. 28; Fulbrook 2018, p. 21).

² Vogue Italia, settembre 1985, n. 426. Anche in *Primo Levi, Opere Complete volume III*, a cura di Marco Belpoliti, 2018, Torino: Einaudi, p. 563.

e, dall'altro, offre elementi per una –parsimoniosa- generalizzazione su alcune forme dell'agire individuale.

L'interrogativo di riflessione e di analisi di Levi, infatti, è vicino ad alcuni interrogativi di ricerca di Goffman (1961), di Milgram (1974), di Zimbardo (1972; 2007) e per certi versi di Bandura (2016). Cosa accade quando due categorie, gli oppressi e gli oppressori, vivono fianco a fianco in ambienti recintati, da cui è impossibile uscire per alcuni (gli oppressi)? Quali comportamenti si manifestano in una relazione di autorità e di asimmetria di potere? Tali comportamenti sono comprensibili e giudicabili con le stesse categorie usate nel “mondo normale”, al di fuori della gabbia artificiale?³ È il tema del rapporto con il potere, di ciò che siamo disposti a fare per sopravvivere in contesti estremi: tema indispensabile, afferma Levi, se vogliamo conoscere davvero la “specie umana”.

Levi descrive ed analizza un terzo tipo di soggetti che emerge da quella relazione: i prigionieri funzionari. Una categoria intermedia tra i due originari, consentendo al sistema concentrazionario di funzionare. Ed è a questa categoria di soggetti, che dà forma alla zona grigia, che Levi focalizza la sua riflessione, con un continuo dilemma tra comprendere e giudicare. Da un lato una piena comprensione potrebbe condurre ad una spiegazione dei comportamenti e ad una – parziale -giustificazione. Dall'altro, per alcuni tipi di comportamento e di soggetti Levi lascia trapelare la possibilità di giudizio, in particolare quando si è in presenza del minimo della coercizione nell'agire e del massimo della contribuzione del risultato.

Come con il caso di un partigiano italiano che osò ribellarsi alle percosse subite durante la distribuzione della zuppa, dando uno spintone al funzionario-distributore, un internato come il partigiano ma cooptato dalle SS in funzioni di supporto nel Lager e per questo esempio della zona grigia. Subito accorsero i colleghi del funzionario che affogarono nel mastello della zuppa stessa colui che aveva osato ribellarsi (Levi 1986, p. 29). Qui è chiaro che vi è la minima coercizione nell'agire in quel modo, da lui stesso provocato, e il massimo della contribuzione come l'omicidio non necessario. Diverso è il caso, ne consegue, di coloro che per migliorare le proprie condizioni di vita o per qualche giorno di speranza in più, si rendono disponibili ai lavori peggiori, come il riempire con i vivi e lo svuotare dai cadaveri le camere a gas.

Obiettivo di questo articolo è (1) di riprendere e chiarire in chiave sociologica alcune idee chiave del pensiero originario di zona grigia di Primo Levi, con particolare riferimento agli attori che vi abitano; (2) di mostrare l'inadeguatezza concettuale ed empirica dell'uso di tale concetto, trasformato in area grigia, per denotare alcuni fenomeni sia nelle scienze sociali che nell'uso comune, con partico-

³ Per approfondimento di questo tipo di contesti organizzativi, vedi McEwen 1980.

lare riferimento al mondo criminale e alle mafie e, (3) di proporre un diverso e più realistico approccio analitico per denotare e spiegare le relazioni d'affari tra le mafie e i soggetti esterni che collaborano a vario titolo con esse. L'articolo si basa (a) sull'analisi degli scritti di Primo Levi con particolare riferimento alle questioni riguardanti i Lager e al problema della zona grigia; (b) sull'analisi di come il concetto di zona grigia è stato usato in varie discipline e contesti, in particolare per l'analisi dei rapporti tra le mafie e i soggetti esterni (imprenditori, professionisti, politici, ecc.); (c) su alcune inchieste giudiziarie al fine di evidenziare un approccio analitico e organizzativo più realistico per analizzare il sistema delle relazioni tra organizzazioni criminali e soggetti esterni.

Oltre ad un uso non appropriato del concetto di zona grigia, almeno rispetto a come è stata formulata da Primo Levi, tale locuzione applicata al campo dei crimini e delle mafie corre il rischio di riportare indietro il dibattito e la conoscenza di questi fenomeni. Studiando i crimini dei colletti bianchi oltre settanta anni fa, Edwin Sutherland (1940) si proponeva di togliere l'aura di rispettabilità che caratterizzava queste figure, anche quando commettevano condotte illecite. In questo modo, tali condotte erano equiparate ai crimini commessi da altre categorie sociali. Sutherland faceva così luce sulla zona oscura della criminalità economica, aprendo la scatola nera e contribuendo a "creare" una tipologia di reati e di attori prima non opportunamente conosciuti. Molti decenni dopo, con l'espressione area grigia si rischia di spostare indietro le lancette dell'orologio, riportando in uno spazio indistinto soggetti e condotte che invece andrebbero analizzate con precisione analitica, come fece Sutherland.

Non c'è da stupirsi se poi il perseguimento di questi soggetti esterni diventa problematico. Se grigia è la concettualizzazione, problematica sarà la possibilità di contrasto.

2. *La zona grigia secondo Primo Levi*

Nonostante fosse soprattutto un'opera di memoria e testimonianza, l'interrogarsi di Levi sulla zona grigia è già presente in forma latente nella prima edizione del suo primo libro, *Se questo è un uomo*, del 1947⁴. Inizia così il viaggio lungo circa qua-

⁴ Il libro fu scritto da Levi tra il 1945 e il 1947. Rifiutato inizialmente dalla casa editrice Einaudi, il libro fu pubblicato dalla piccola casa editrice Francesco De Silva, che lo stamperà nell'autunno del 1947 in sole 2500 copie. Soltanto nel 1958 l'opera sarà pubblicata dalla Einaudi, dando a Levi successo e notorietà. La versione del 1958 presenta così tante varianti, riscritture e aggiunte significative, quasi da farne un libro differente rispetto alla prima versione del 1947. Il libro che noi conosciamo e leggiamo oggi è pertanto quello del 1958. È altresì interessante ricordare che il titolo originario scelto da Levi per il suo libro era *I Sommersi e i Salvati*, sostituito dalla casa editrice con *Se questo è un uomo*.

rant'anni in cui l'autore sviluppa progressivamente le idee chiave della sua ultima opera, *I sommersi e i salvati* (1986)⁵. Già nel primo libro vi è infatti un capitolo - intitolato come il suo ultimo libro - in cui affronta la complicata questione dei funzionari del campo, ossia degli internati che collaborano con i persecutori:

«Si offra ad alcuni individui in stato di schiavitù una posizione privilegiata, un certo agio e una buona probabilità di sopravvivere, esigendone in cambio il tradimento della naturale solidarietà coi loro compagni, e certamente vi sarà chi accetterà» (1958, p. 78).

Negli anni a seguire, Levi ricorre diverse volte al termine fascia grigia, andando via via a delineare il percorso che troverà compimento nell'opera del 1986 *I sommersi e i salvati*⁶. Durante alcune interviste, Levi afferma di voler scrivere uno "studio sociologico" su tale fascia intermedia, sul tema dei rapporti fra l'oppressore e l'oppresso, al fine di proporre «una presa di posizione nei confronti dell'ambiguità»⁷, sottolineando come sia semplicistico ed erroneo ridurre l'umanità ad una bipartizione tra vittime e carnefici⁸.

⁵ Levi deriva i termini "sommersi" e "salvati" da una terzina dell'Inferno dantesco. Sulle diverse interpretazioni si veda Belpoliti 2015, p. 508.

⁶ Opera iniziata nel 1975 e completata nel 1986 (Colombo 1987).

⁷ "L'antieroe di Primo Levi", intervista con G. Arian Levi, in *Ha Keillab*, febbraio 1979, n. 3, ripubblicato in *Primo Levi, Opere Complete III*, a cura di Marco Belpoliti (2018), Torino Einaudi, pp. 138-140.

⁸ *Genealogia di un'idea*. Come Levi stesso spiega durante un'intervista televisiva nel 1974, il punto centrale del suo progetto è cercare di comprendere i meccanismi che portano ad una bipartizione dell'umanità in due categorie che si possono appunto identificare come "i sommersi" da un lato, ed "i salvati" dall'altro. Egli sottolinea come tale bipartizione, già presente e spesso evidente nella quotidianità, diventi lampante nei campi di concentramento (in Barenghi, Belpoliti e Stefi 2017, pp. 40-41). Un importante passo avanti rispetto a queste considerazioni avviene nel 1976. Nell'introduzione al libro di Jacob Presser, *La notte dei girondini*, Levi identifica infatti lo spazio intermedio, che denominerà in seguito come zona grigia, tra vittime e carnefici e come questo sia costellato da figure «turpi, miserevoli o patetiche (talora posseggono le tre qualità ad un tempo)» che si frappongono tra loro (Levi 1976, pp. 13-14). Levi si interroga quindi sulla necessità di comprendere e giudicare i comportamenti di queste figure, oltre che per finalità analitico-conoscitive, perché ritiene che la piena consapevolezza possa essere un antidoto al ricrearsi di tale spazio intermedio. Ad esempio, nell'analizzare la posizione di Cohn, un ebreo collaborazionista, Levi afferma che è giudicabile in quanto ci si deve rifiutare di collaborare, altrimenti si finisce col cedere alla seduzione di passare dall'altra parte. La parola grigio comparirà per la prima volta nel 1977, quando Levi introduce l'espressione "coscienze grigie", e poi "fascia grigia" nel 1979. In un racconto pubblicato sul quotidiano *La Stampa* dal titolo "Il re dei giudei" (1977), narrando le vicende dell'ebreo Chaim Rumkowski, designato dalle SS quale capo del ghetto di Łódź, Levi scrive dell'esistenza di una «vasta fascia di coscienze grigie che sta tra i grandi del male e le vittime pure» (il racconto sarà poi ripreso con modifiche in *Lilit e altri racconti* del 1981, e poi ancora nel capitolo "La zona grigia" ne *I Sommersi e i Salvati*). In una intervista con Giuseppe Grassano nel 1979, l'autore afferma di avere in mente, anzi «nella pancia insomma, nello stomaco, una cosa abbastanza indigesta che si collega al tema dell'esperienza del Lager rivista adesso a tren-

Con *I Sommersi e i Salvati* (a seguire abbreviato in SeS) Levi afferma con chiarezza che è giunto il tempo di occuparsi della zona grigia:

«Da molti segni, pare sia giunto il tempo di esplorare lo spazio che separa (e non solo nei Lager nazisti!) le vittime dai persecutori, e di farlo con mano più leggera, e con spirito meno torbido, di quanto non si sia fatto ad esempio in alcuni film. Solo una retorica schematica può sostenere che quello spazio sia vuoto: non lo è mai, è costellato di figure turpi o patetiche (a volte posseggono le due qualità ad un tempo), che è indispensabile conoscere se vogliamo conoscere la specie umana, se vogliamo saper difendere le nostre anime quando una simile prova si dovesse nuovamente prospettare...» (SeS, pp. 27-28).

Una zona caratterizzata da «contorni mal definiti, che insieme separa e congiunge i due campi dei padroni e dei servi. Possiede una struttura interna incredibilmente complicata, ed alberga in sé quanto basta per confondere il nostro bisogno di giudicare» (SeS, p. 29). Levi descrive, quindi, questa zona della *protekcija* (corruzione) e della collaborazione come una zona grigia tra vittime e carnefici che è insita negli uomini e ne confonde la capacità di giudizio⁹. Tale collaborazione è resa possibile da un dispositivo organizzativo composto da due elementi: in primo luogo,

«l'area del potere, quanto più è ristretta, tanto più ha bisogno di ausiliari esterni; (...) il modo migliore di legarli è caricarli di colpe, insanguinarli, comprometterli quanto più possibile: così avranno contratto coi mandanti il vincolo della correttezza, e non potranno più tornare indietro. [...] In secondo luogo, e a contrasto con una

tacinque anni di distanza; dopo tutte le polemiche dell'identificazione della vittima con l'oppressore, il tema della colpa, dell'estrema ambiguità che c'era, di questa fascia grigia che separava gli oppressi dagli oppressori» (Levi 1979a, pp. 172-173). Sempre nello stesso anno afferma che «Il mio prossimo libro sarà un discorso, molto delicato, sulla ambiguità della condizione del prigioniero, sulla difficoltà di giudicarlo. È un problema grosso, perché il prigioniero tipo, nel Lager, è morto. Il superstita è tale perché ha goduto di qualche privilegio: io ero chimico. È difficile giudicare i limiti della compromissione» (Levi 1979b, p. 136). Nell'introduzione all'edizione italiana del libro di Hermann Langbein, *Uomini ad Auschwitz*, Levi chiarisce il suo pensiero circa la fascia grigia e ci invita a fare altrettanto in modo piuttosto diretto: «L'enormità dei fatti che questo libro racconta ci spinge imperiosamente a prender posizione, nei riguardi sia dei grandi criminali nazisti, sia dei loro collaboratori, fino alla fascia grigia dei Kapos e dei prigionieri insigniti di un grado. Ora, è proprio dei regimi dispotici coartare la libertà di scelta dei singoli, rendendo ambiguo il loro operato e paralizzando la nostra facoltà di giudizio. A chi va la colpa del male commesso (o lasciato commettere)? Al singolo che si è lasciato convincere o al regime che lo ha convinto? A entrambi certo» (1984, p. 7). Il libro fu pubblicato nel 1972 e dodici anni dopo fu tradotto in italiano con la prefazione di Levi. Sul tema della zona grigia in Primo Levi vedi anche Mengoni (2017 e 2018) e gli interventi di Anna Bravo, Martina Mengoni, Marco Belpoliti e Carlo Ginzburg pubblicati sul sito del Centro internazionale di Studi Primo Levi (www.primolevi.it).

⁹ Sui problemi e i paradossi del giudicare nella zona grigia di Primo Levi, vedi Brown (2013).

certa stilizzazione agiografica e retorica, quanto più dura l'oppressione, tanto più diffusa tra gli oppressi la disponibilità a collaborare col potere» (SeS, pp. 29-30).

La collaborazione inoltre è agevolata dal fatto che, afferma Levi, essendo fatti della stessa stoffa, un oppresso può diventare un oppressore e spesso lo diventa. I salvati dei Lager sono sia i sopravvissuti, che coloro che sapevano “preservarsi” e adattarsi all’ambiente del Lager. Ossia, come afferma amaramente, i collaboratori della zona grigia.

2.1. *Il contesto e i ruoli*

Il concetto di zona grigia in Levi emerge, quindi, per evidenziare quella pluralità di comportamenti e di ruoli tra i due attori principali, i persecutori e le vittime. Ruoli che prendono forma all’interno di un contesto organizzato ben preciso: il Lager soprattutto, e il ghetto¹⁰. Tali contesti sono caratterizzati da una struttura spaziale delimitata, con confini invalicabili, senza possibilità di exit e con impedimenti allo scambio sociale verso l’esterno. Sono sistemi sociali chiusi, delle istituzioni totali (Goffman 1961), dove vi è una forma di potere assoluto basato sul terrore, sull’organizzazione e sulla violenza omicida portata all’estremo (Sofsky 1996). All’interno dei Lager, scrive Levi, si riproduceva in scala più piccola la struttura gerarchica dello Stato totalitario, nel quale tutto il potere viene investito dall’alto e la “linea intransigente” (Goffman 1961) non era praticabile: opporsi era del tutto inutile, in quanto la dittatura esercitata dal centro si fondava sul potere di uccidere chiunque in qualsiasi momento. Un potere ed una violenza esercitati non da mostri, seppur presenti ma in piccoli numeri, ma da uomini comuni: i conformisti, infatti, prevalevano numericamente sui fanatici e sui sadici (Levi 1958).

La struttura spaziale delimitata e la forma di potere assoluto tipici dei lager, scatenavano negli internati una lotta per la sopravvivenza che eliminava la reciprocità o qualsiasi forma di aiuto reciproco. In una prospettiva darwiniana di lotta per la sopravvivenza, gli internati sviluppavano altresì forme di “adattamento secondario” (Goffman 1961, p. 54), cioè un insieme di pratiche che consentivano loro di ottenere qualche soddisfazione proibita assieme a lievi, seppur significativi dato il contesto, miglioramenti delle condizioni di vita, come ad esempio una maggiore razione di cibo. Ciò si concretizzava in un processo di cooptazione con una pluralità di ruoli di collaborazione con i persecutori. In altre parole, il potere assoluto era anche un potere delegato, ossia era in grado di assicurarsi la cooperazione delle vittime attraverso il terrore organizzato.

Ne consegue che la zona grigia la si comprende solo e soltanto in rapporto con il potere, con il dominio totalitario di sistemi che presentano le caratteristiche

¹⁰ Per un’analisi dell’evoluzione della forma ghetto vedi Duneier 2016.

del Lager e del ghetto. Questo rende fuori luogo molte metafore e analogie così come tanti usi impropri del concetto di zona grigia in altri contesti sociali. Levi descrive la figura del prigioniero-funziionario, ovvero quegli internati “privilegiati” che abitano la zona grigia e che collaborano a vario titolo con i persecutori nella speranza di sopravvivere e di ottenere miglioramenti della propria condizione. Per tradurre questo in termini organizzativi, possiamo dire che tali individui partecipano al funzionamento della tecnostruttura organizzativa, della middle line e dello staff di supporto (Mintzberg 1979), finanche contribuendo alle attività dell’operating core dell’organizzazione. Tale contributo si manifesta con tre principali ruoli e relative attività: (1) i funzionari ausiliari di basso rango, (2) i membri delle *Sonderkommando*, ed (3) i *Kapos*. Vediamoli più in dettaglio¹¹.

(1) I funzionari ausiliari di basso rango erano impegnati in ruoli operativi e con basso margine di discrezionalità. Si occupavano perlopiù delle camerate facendo sorveglianza degli internati, degli approvvigionamenti, oppure lavoravano nelle cucine distribuendo i pasti. Svolgevano, inoltre, alcune funzioni come il controllo dell’igiene degli internati, l’assistenza ai malati, la distribuzione di materiali come coperte e vestiti, ed altre attività in lavanderie e magazzini. Non creavano alcun danno ai propri simili e ricevono minore attenzione da Levi nell’analisi della zona grigia.

(2) I membri delle *Sonderkommando*, ossia le squadre speciali, partecipavano alle attività logistiche e di supporto per il funzionamento delle camere a gas e dei crematori in cambio di migliori condizioni di vita, più cibo, migliore protezione dal freddo e minore violenza.¹² A differenza dei *Kapos*, non esercitavano violenza sui detenuti. Vivevano isolati dagli altri deportati in quanto portatori «di un orrendo segreto» (SeS, p. 38) e, periodicamente, venivano eliminati per mantenere il segreto di queste operazioni. Coloro che si rifiutavano o si mostravano inadatti alle mansioni venivano immediatamente uccisi (SeS, p. 40). Col tempo, svolgevano le proprie mansioni come dei robot (Greif 2005), con “ottusa indifferenza”, come se si trattasse di cose normali

¹¹ Levi, da un lato, restringe, la zona grigia, ai prigionieri “privilegiati”, i funzionari del campo. Dall’altro, talvolta, la amplia includendo vari tipi di collaboratori forzati, come lui stesso. Nella zona grigia di Levi figura Chaim Rumkowski, che ricoprì il ruolo di presidente del consiglio ebraico nominato dai nazisti all’interno del ghetto di Łódź. Soprannominato “il re degli ebrei” Rumkowski fu un personaggio controverso dal punto di vista storico, sia per il suo atteggiamento di collaborazione con gli invasori, sia per l’autorità dittatoriale esercitata all’interno del ghetto per mantenere l’ordine, anche se finalizzata alla ricerca della salvezza dei propri correligionari. Su Rumkowski e la zona grigia vedi il contributo di Martina Mengoni (2018).

¹² I membri delle *Sonderkommando* accompagnavano le ignare vittime nelle camere a gas, estraevano poi i cadaveri smistando e classificando gli abiti, le scarpe e i bagagli, estraevano i denti d’oro, portavano poi i corpi nei crematori e ne smaltivano la cenere, ed infine pulivano le camere a gas, ridipingendole se necessario con la calce per eliminare le tracce di quanto accaduto. Ci sono state diverse testimonianze sulle *Sonderkommando*, così come poi alcune analisi su queste figure (Cohen 1994; Saletti 1996; Greif 2005; Berenbaum 2005; Venezia 2007; Gradowski 2014).

ha osservato Rudolf Höss (1958), ufficiale delle SS e comandante di Auschwitz per due anni¹³. La loro era una situazione a cavallo tra pena di morte e benefici, ha scritto Greif (2005): «The members of the Sonderkommando were without choice. Refusing to continue working automatically meant death, while continuing to work was to live in hell» (p. 39). Alcuni internati hanno preferito rifiutarsi di far parte delle Sonderkommando venendo subito eliminati, altri si sono suicidati. Talvolta c'è stata ribellione, come ad esempio quando un gruppo di quattrocento ebrei di Corfù si rifiutò di fare parte delle squadre speciali e fu immediatamente ucciso col gas (SeS, p. 43). Altrettanti deportati pagarono con la vita il tentativo di rivolta del 1944 a Birkenau che comportò il danneggiamento di un crematorio¹⁴.

(3) Infine, vi erano i *Kapos*, che costituivano la prima linea del potere delegato da parte delle SS ed erano essenziali per il funzionamento del sistema concentrationario. Contemporaneamente ai primi campi di concentramento, emerse infatti il bisogno di un apparato di controllo e sorveglianza di fiducia. Le SS iniziarono a reclutare le persone più adatte per questo ruolo, prevalentemente criminali professionisti, e preferibilmente tedeschi, polacchi o francesi (Liblau 2007), ma anche detenuti politici¹⁵. Ricevono gli ordini dagli ufficiali del campo e li trasmettono ai membri delle Sonderkommando. Secondo l'ex deportato Charles Liblau, i Kapos erano di solito individui senza convinzioni, dalla dubbia moralità. Per Hermann Langbein (1972) venivano scelti tra coloro che manifestavano tendenze sadiche, mentre per Primo Levi erano «mostri di asocialità e insensibilità» (1958, p. 82). Secondo Himmler (1944, in Liblau 2007), circa 40.000 individui e ciascuno sovrintendeva da 30 a 40 fino a 100 internati. In quanto “detenuti privilegiati”, i Kapos ricevevano numerosi benefici e di conseguenza avevano maggiori possibilità di sopravvivenza, fino a dieci volte in più rispetto agli altri prigionieri (Wachsmann 2015). Avevano potere di vita e di morte sugli altri reclusi, almeno fino al 1943, quando poi la vita degli abili al lavoro era diventata più importante. Questi soggetti rappresentano appieno la trasfigurazione dei ruoli, con il frequente passaggio da vittime a carnefici delle altre vittime, talvolta con efferata crudeltà. Alcuni Kapos, sia uomini che donne, furono direttamente coinvolti negli omicidi di massa, selezionando i soggetti da eliminare e talvolta uccidendoli direttamente (Wachsmann 2015, p. 514). Come ha osservato Höss (1958), la violenza eccessiva esercitata sugli altri internati dai Kapos derivava anche dalla voglia e dalla necessità di dimostrare la propria diligenza alle SS, al fine sia di ottenere maggiori privilegi, sia di evitare di

¹³ I membri delle Sonderkommando venivano di frequente indotti all'alcolismo al fine di compiere le loro operazioni con la mente non lucida.

¹⁴ Gli atti di eroismo accadevano nei campi, tuttavia erano molto rari (Todorov 1996, p. 54). Sulle forme di resistenza e di azione collettiva nei campi vedi Maher (2010 e 2013).

¹⁵ Soltanto successivamente, e comunque raramente, ci sono stati Kapos ebrei, che si occupavano prevalentemente dei crematori, senza far uso della violenza gratuita.

essere degradati e conseguentemente subire la vendetta degli altri detenuti¹⁶. Questo, ovviamente, non costituisce una scusante dei loro atti: «after all, Kapos had some degree of agency» (Wachsmann 2015, p. 519).

Questi tre tipi di collaboratori diventano parte del sistema degli omicidi di massa, degli ausiliari che fanno il “lavoro sporco”. Alcuni prigionieri aspiravano al potere spontaneamente, subendo così il contagio degli oppressori e finendo, inconsciamente, per identificarsi con loro (SeS, p. 34).

Pur essendo tutti soggetti della zona grigia, questi tre tipi di collaboratori individuano, tuttavia, gradi e forme di collaborazione molto diverse, sia per il ruolo ricoperto che per come lo si è effettivamente agito. Secondo Levi, su questi soggetti il giudizio spetta soltanto a coloro che hanno vissuto quella situazione. Emerge, quindi, una *impotentia judicandi* (SeS, p. 45) per quelle situazioni e per quei comportamenti dove l’omissione di soccorso e l’egoismo diventano la sola regola di salvezza¹⁷. Contestualmente, Levi non sfugge alla questione del giudizio, ed enuncia un criterio di analisi e di valutazione basato su due elementi: la colpa e la coercizione. La prima si misura con la somma delle sofferenze che l’esercizio del potere avuto in delega provoca agli altri prigionieri. La seconda risiede nei gradi di libertà effettivamente possibili da parte del soggetto collaboratore rispetto alla specifica situazione. Come scrive Levi, «assolverei a cuor leggero» (SeS, p. 31) quando il concorso nella colpa è minimo e la costrizione invece è massima, siccome nella maggioranza dei casi gli internati non godevano della libertà di scegliere. Ne consegue che in situazioni di massima contribuzione e di minima coercizione il giudizio sia l’opposto. Come nel caso dell’internato affogato, senza alcun motivo, nel mastello della zuppa da alcuni funzionari.

3. Sull’(ab)uso del termine area grigia

La locuzione zona grigia, modificata in area grigia, è oggi entrata a fare parte del linguaggio comune, ed utilizzata nelle più disparate discipline con significati e referenti empirici molto diversi. Gli ambiti in cui compare includono, ad esempio, la medicina per indicare quei casi in cui non vi è sufficiente evidenza per determinare il trattamento più idoneo per alcune patologie (Chandra et al. 2015), le neuroscienze per indicare la zona tra la piena coscienza e la morte cerebrale (Owen 2017), lo studio dei conflitti e delle relazioni internazionali per

¹⁶ Durante la liberazione dei campi nel 1945, ad Auschwitz e a Bergen-Belsen, molti Kapos furono sommariamente uccisi o linciati (Wolf 2007, p. 619).

¹⁷ Con riferimento all’esperienza del Gulag, Herling ha affermato che un uomo può essere tale soltanto sotto condizioni umane. Pertanto, è un non senso giudicarlo per le azioni che compie in condizioni inumane (1986, p. 132).

indicare quelle situazioni denominate *hybrid-war* (Echevarria 2016), dove gli scontri non sono tali da indicare una situazione di guerra, ma tanto meno si può parlare di pace (Barno and Bensahel 2015; Mazarr 2015; Brands 2016; Echevarria 2016; Freier, Nathan et al 2016). In questa accezione di spazio intermedio tra la guerra e la pace: «The gray zone is commonly understood as the hostile or adversarial interactions among competing actors below the threshold of conventional war and above the threshold of peaceful competition ... gray zone is a sometimes violent competition between states or between a state and non-state actors» (Dubik and Vincent 2018, p. 9).

Nella teoria dell'organizzazione, il concetto di area grigia è stato usato per evidenziare come l'apprendimento organizzativo derivi non soltanto dai casi di successo o di fallimento, ma anche da outcomes e situazioni che si collocano in una zona intermedia tra il successo e il fallimento (Rerup 2006). In altri casi, l'area grigia rimanda al concetto di organizzazione informale, ben noto nella teoria dell'organizzazione (Roethlisberger e Dickson 1939; Mayo 1945; Gouldner 1954; Blau 1955; vedi Scott and Davis 2007), a quell'area di comportamenti che si differenzia da quanto previsto dalle regole formali e dalle norme esplicite dell'organizzazione formale (Anteby 2008). Quando i lavoratori e i supervisori sono coinvolti in pratiche che sono ufficialmente proibite, ma tollerate dall'organizzazione: «Organizational gray zones are found in many work settings [...]: small, repeated leniencies tolerated by their bosses; informal, collective arrangements that violate company rules; or multiple infractions of official rules overtly endorsed by management» (Anteby 2008, p. 2). Da un lato, la disconnessione tra le regole ufficiali e le loro applicazioni locali genera una flessibilità che contribuisce alla regolazione del comportamento di gruppo e permette di esprimere le proprie capacità ed identità professionale. Dall'altro lato, tale flessibilità può generare disastri (Snook 2000).

La locuzione area grigia compare in contesti legati allo studio delle organizzazioni sotto diverse prospettive. Da una prospettiva affine alla psicologia, l'area grigia è costituita dai comportamenti che portano benefici a chi li pratica e all'organizzazione nel suo insieme a scapito altrui (Knoll et al. 2016). Questo avviene grazie a quello che Bandura (2016) definisce *moral disengagement*, ossia un meccanismo che permette a ciascuno di noi di distorcere la percezione di un nostro comportamento immorale epurandolo delle note negative. Approfondendo l'aspetto etico, l'area grigia esisterebbe «where the border between right and wrong is blurred» (Bruhn 2009, p. 206). Questo accade, ad esempio, quando in un'organizzazione insorgono problemi inaspettati per i quali l'organizzazione è priva di policies o procedure appropriate per gestirli.

Con riferimento all'etica nelle organizzazioni l'area grigia è determinata dalla situazione contestuale in cui le azioni accadono. Essa è potenzialmente problematica

quando vi è difformità tra ciò che l'organizzazione da un lato, ed i membri dall'altro, indicano come comportamenti e azioni moralmente scorrette (Bruhn 2009). Da una prospettiva legata all'economia d'impresa, l'area grigia è analizzata nell'ambito della responsabilità d'azienda per comprenderne gli impatti sulla reputazione (Jackson et al. 2014). I diversi tipi di disallineamento tra quanto previsto dalla legge e la reputazione possono dare origini a diverse nuance di area grigia, accomunate dal labile confine tra lecito e illecito (Partnoy 2014)¹⁸. Inoltre, ciò che è considerato responsabile o meno da parte dell'organizzazione è un costrutto sociale che varia a seconda degli interessi coinvolti: minore è l'impatto sugli stakeholders e la visibilità nei media, maggiore tende ad essere l'accettazione dell'area grigia (Jackson and Brammer 2014). Uno studio focalizzato sui meccanismi di sanzioni e ricompense di mercato conferma tale relazione, e rivela persino che quando gli stakeholder non sono direttamente toccati dalle azioni irresponsabili, come nel caso di violazioni alle leggi ambientali, i danni reputazionali non ci sono o sono bassissimi (Karpoff 2014).

Il concetto di area grigia permea anche discipline come il diritto, dove individua sia problemi di rilevazione e misurazione effettiva dei crimini, sia quei comportamenti di difficile valutazione dal punto di vista della responsabilità penale e/o civile (Karstedt and Farrall 2006; Couture 2009). Nel primo caso, si fa riferimento allo scarto tra il rilevamento ufficiale e la realtà del fenomeno criminale attraverso il concetto di campo oscuro, che è composto dai reati non scoperti, definiti cifra nera, e di quei crimini dei quali si conosce il reato ma non l'autore, definiti cifra grigia -*gray figure* (Forti 2000, p. 415). Per quanto riguarda la difficile valutazione sotto il profilo delle responsabilità di alcuni comportamenti, va detto che questo non è un tema nuovo. Già nel 1907 Ross, coniando il termine *criminaloid*, aveva messo in evidenza quelle persone che commettono atti non necessariamente illeciti, ma che non dimeno minano il benessere collettivo.

Poi ancora il termine area grigia viene usato nello studio della devianza e della criminalità, dei crimini dei colletti bianchi (Buell 2014; Fun 2015; Soltes 2016), finanche nello studio delle mafie, dove identifica uno spazio di confine fra legale

¹⁸ Partnoy (2014) identifica sei tipi di area grigia nelle organizzazioni: (1) *optimality of bad behaviour*: considerando la reputazione un asset aziendale, l'area grigia esiste quando si attua in modo tale da investire una parte in favore della massimizzazione dei profitti; (2) *alegality*: l'area grigia è qui formata da quelle condotte che presentano caratteri di illegalità ma non sono apertamente dichiarate illegali; (3) *ex ante specification of standards*: ci sono regolamentazioni che descrivono del dettaglio le condotte proibite, ma alcune condotte altrettanto illegali possono semplicemente non rientrare tra quelle previste, andando così a formare l'area grigia; (4) *regulatory arbitrage*: quando si aggira ciò che ha un costo in termini di regolamentazione, optando per un'alternativa priva di tale costo, seppur di dubbia legalità; (5) *ex post assessment*: quando viene fissato un principio generale e ne viene valutata l'idoneità solo a fatti compiuti; in questo modo gli attori coinvolti non sanno con certezza se stanno sconfinando nell'illegalità mentre agiscono; (6) *regulatory licences*: quando la legge delega determinati gatekeeper alla gestione di licenze di regolamentazione, trasformandoli potenzialmente in venditori di certificazioni.

e illegale all'interno del quale prendono forma rapporti di scambio e di collusione (Sciarrone 2011; Musolino e Romeo 2016; Mete e Sciarrone 2017). Da una prospettiva criminologica–sociologica, l'area grigia include i reati che si pongono in quell'area che viene definita di contiguità alle organizzazioni criminali, i cui principali attori sono i cosiddetti colletti bianchi. Un'area che è costellata da «fatti dannosi candidabili ad essere reati e che sarebbe auspicabili diventassero reati in un'ottica de *iure condendo* e di politica del diritto» (Fiandaca 2012, p. 97). Con il termine grigio vengono talvolta identificati quei soggetti per i quali gli investigatori e i magistrati non hanno sufficiente materiale probatorio o che sono debolmente coperti da una norma penale secondo il diritto vigente. In questa accezione, emerge un evidente pregiudizio giudiziario.

Poiché talvolta la linea di confine tra attività legali ed illegali è difficile da tracciare in modo chiaro e univoco, il concetto di area grigia diventa talvolta una sorta di giustificazione. Questo è accaduto ad esempio nel caso di Robert Gyn, fondatore della società Codewise di Cracovia che vanta oltre 200 dipendenti e con ricavi elevatissimi (+1.923% dal 2013 al 2016). L'azienda è specializzata nel campo della pubblicità e, grazie ad un algoritmo, porta le inserzioni su misura dell'utente sui suoi telefonini e computer. Tra i suoi clienti figurano però anche dei truffatori, derubricati a zona grigia perché, come sostiene l'imprenditore, non fanno nulla di illegale, semmai al massimo di immorale.

In coerenza con queste tesi, la corruzione aumenta quando il comportamento corruttivo non è stigmatizzato né dalle élite né dall'opinione pubblica, dando origine così a forme di corruzione “bianca” o “grigia” (Heidenheimer 1970; Della Porta e Vannucci 2012). Inoltre, la bassa riprovazione sociale assieme alla ridotta severità penale, costituirebbe un fattore favorente la diffusione dei cosiddetti crimini dei colletti bianchi (Sutherland 1983), data anche l'ambiguità che talvolta pervade il diritto penale dei colletti bianchi (Green 2006).

4. Tre dimensioni

A livello analitico, si possono identificare tre principali dimensioni di zona grigia, a seconda che il focus sia (1) sulle azioni e decisioni, (2) sugli atteggiamenti e i comportamenti, (3) sugli attori e sul contesto.

(1) L'aria grigia esiste quando ci sono *azioni e decisioni* ambigue, per le quali è difficile valutare la responsabilità. Ad esempio, dal punto di vista del diritto penale può essere complicata la valutazione della illegalità di alcune attività economi-

che¹⁹. McBarnet (2006) e Braithwaite e Braithwaite (2006), ad esempio, evidenziano come alcuni misconducts commessi dalle élite della finanza siano situati in una grey zone della legalità. All'interno di questa zona, si manifesta una 'creative compliance' (McBarnet 2006), in cui le norme e i regolamenti esistenti subiscono una lettura giuridica altamente sofisticata da parte di grandi studi legali, al fine di trovare scappatoie quasi perfettamente legali. In questo modo i confini del legale sono spinti all'estremo. Di conseguenza, le autorità sono ridotte al procedimento penale solo nei casi in cui i misconducts sono molto evidenti, lasciando, quindi, gran parte dell'attività criminale libera da sanzioni.

A tal riguardo, Giacomelli e Rodano scrivono che c'è «un'area grigia costituita da attività che vengono esercitate all'interno di una fascia di confine incerta, fluttuante dai contorni frattali, in cui trovano posto, per esempio, fenomeni di grande rilevanza economica e sociale come l'evasione fiscale e l'economia sommersa» (2001, p. 9). Alcune volte non è semplice individuare l'effettiva condotta illecita portata a termine data la non esatta corrispondenza tra una norma giuridica e la pluralità dei comportamenti umani. Un caso particolare è rappresentato dagli scandali accaduti nella prigione di Abu Ghraib in Iraq e resi pubblici a partire dal 2004, quando si è venuto a sapere di umiliazioni e torture che venivano compiute su detenuti iracheni da parte di soldati statunitensi e della forza di coalizione. Queste azioni non derivavano tanto dalla inclinazione criminale di pochi militari, ma traevano legittimità da una sorta di mandato politico da parte dell'allora segretario della difesa Donald Rumsfeld che, per ottenere rapidamente informazioni sensibili, rendeva di fatto lecito usare mezzi ai limiti della tortura (Hersh 2004a, 2004b; Strasser and Whitney 2004; Bower 2007). Giustificando poi tali azioni come compromessi inevitabili che fanno parte delle "regole del gioco" (Gourevitch and Morris 2009). Azioni e decisioni da parte dei soldati prendevano forma all'interno di una zona grigia nella quale non erano chiari i confini e i limiti, e gli obiettivi diventavano pertanto la giustificazione per qualsiasi tipo di azione. Non si tratta di situazioni isolate. Ad alcune organizzazioni sono dati poteri coercitivi per interrogare e detenere obbligatoriamente le persone. Come ha evidenziato al riguardo Tham (2002), le organizzazioni di intelligence agiscono di nascosto e operano in una zona grigia legale.

(2) L'area grigia può originare da atteggiamenti e comportamenti attendisti, che possono risultare in omissioni, in non-azioni. Tanto le singole persone quanto intere comunità spesso evitano di confrontarsi con realtà scomode e dolorose, mettendo in atto meccanismi di diniego più o meno consapevoli, cosid-

¹⁹ Non è sempre chiaro se tali limiti siano ontologici, ovvero in qualche modo costitutivi dell'attività stessa, o derivino invece dalla difficoltà di acquisire materiale probatorio sufficiente.

detti stati di negazione (Cohen 2001)²⁰. Il comportamento “di attesa” è stato ad esempio adottato, secondo alcuni storici, da una parte degli italiani all’indomani dell’armistizio dell’8 settembre del 1943 che segnava la fine della seconda guerra mondiale. In un paese diviso tra sostenitori del fascismo e la resistenza partigiana, l’imperativo *primum vivere* aveva preso il sopravvento rispetto al prendere posizione per i fascisti o per la resistenza. I problemi quotidiani favorivano, afferma Renzo De Felice il realizzarsi di «una grande zona grigia composta da quanti riuscirono a sopravvivere tra due fuochi, impossibile da classificare socialmente, espressa trasversalmente da tutti i ceti, dalla borghesia alla classe operaia» (1995, p. 59). La zona grigia in De Felice, quindi, è quell’area di soggetti che evitano di prender posizione in attesa di eventi futuri, area di un attesismo civile che si colloca a metà strada tra i fascisti e i partigiani. Anche qui nulla di più lontano dal concetto di zona grigia di Levi. Non c’era più un potere assoluto che costringeva alla cooperazione²¹. Piuttosto, si era in presenza di un calcolo razionale di cosa fosse meglio, per il singolo, fare. Più per opportunità, scrive De Felice, che per opportunismo²².

(3) L’area grigia infine viene usata quando vi sono diversi attori in relazione ambigua tra loro in un determinato contesto, come nel caso dei *white collar crimes* (Sutherland 1940, 1983) e delle mafie, sia nelle aree tradizionali di origine che nelle aree di più recente insediamento. Come si vedrà nel dettaglio nel prossimo paragrafo, l’area grigia indica sia uno spazio in cui soggetti del mondo legale e criminali entrano in contatto e fanno affari (ad esempio, Sciarrone 2011; Mete e Sciarrone 2017; DIA 2017; DNA 2017), sia l’ambiguità dei comportamenti, specie di operatori economici, dove i confini tra l’accettazione di una realtà e, invece, la colpevole ineluttabilità diventano sfumati e non facilmente tracciabili. Su questo punto ci soffermeremo più diffusamente nel paragrafo cinque.

Tutte queste definizioni ed usi del concetto di zona grigia, alcune delle quali richiamano in modo del tutto improprio la definizione di Levi, mostrano un’elevata confusione di significati. Visti i diversi usi di area grigia, è evidente come sia le definizioni del concetto che i referenti empirici non siano ben identificati e distinti (Ogden e Richards 1946), con frequenti casi di omonimia. I molteplici e tra loro differenti usi portano a un basso livello di coerenza del concetto, una metafora inerte sulla liminalità e sull’ambiguità²³. Questi sono, infatti, i due elementi che si ritrovano nei vari usi di

²⁰ Cohen (2001) individua numerosi modi, quali chiudere gli occhi, abbassare lo sguardo, far finta di niente, voltarsi dall’altra parte, alzare le spalle, mettere la testa sotto la sabbia, che indicano l’incapacità o il rifiuto di guardare in faccia la realtà della sofferenza nostra e altrui. Vedi anche Liucci (2011) sul ruolo di alcuni intellettuali in Italia durante le vicende della Seconda guerra mondiale.

²¹ Secondo De Felice vi era un alto numero di renitenti alla leva (41%) e di disertori (12%).

²² Su questo tema vedi anche Greppi 2016.

²³ Vi è coerenza quando gli attributi che definiscono il concetto e le caratteristiche che caratterizzano il fenomeno in questione appartengono l’uno all’altro.

zona/area grigia. La liminalità con l'idea di zone di confine sfumate, dove è difficile tracciare confini solidi e chiari tra elementi e stati differenti. L'ambiguità, per indicare quelle situazioni che non possono essere codificate con precisione in categorie reciprocamente esaustive ed esclusive. Come, ad esempio, quando ci si trova in assenza di modelli interpretativi condivisi con la definizione di stati alternativi che danno luogo a significati multipli e a interpretazioni opposte (March 1994).

Se è vero, come ha affermato Becker (1998), che un modo per ampliare l'estensione di un concetto è quello di dimenticare il suo nome completamente e concentrarsi sul tipo di attività collettiva cui rimanda, è altrettanto vero che questo può condurre su un terreno molto scivoloso, caratterizzato da "ambiguità semantica" e "vaghezza concettuale", come nei diversi usi del concetto di zona grigia.

Ambiguità semantica, in quanto la connessione tra il termine area grigia e il suo significato non è né univoca né precisa. L'univocità è un obiettivo ideale più che reale. Tuttavia, nel caso dell'area grigia con lo stesso termine si intendono una tale quantità di significati e di fenomeni fenomenologicamente molto diversi tra loro, da rendere la locuzione un concetto pigliatutto.

Vaghezza concettuale in quanto l'oggetto empirico non è ben determinato, ma ampiamente esteso a fenomeni molto diversi tra loro. Questo porta ad un *conceptual stretching* (Sartori 1970; 2011), ad una slargatura derivante da un ampliamento dell'estensione del concetto²⁴, senza allo stesso tempo averne ridotto l'intenzione o la connotazione, ovvero le caratteristiche definitorie essenziali e le proprietà del concetto. In altre parole, una concettualizzazione vaga e indefinita. Un problema di confusione di significati, quindi.

In questo modo l'espressione area grigia è diventata un concetto pigliatutto, perdendo molto del suo significato originario e dei referenti empirici da cui traeva il senso: il contesto spaziale specifico (campi di concentrazione, ghetti) e soprattutto il rapporto con il potere. Ne consegue che «cancellati i suoi caratteri fondanti, alla zona grigia mediatizzata non sono rimasti che l'oscurità e l'incertezza dei confini – terreni ideali sia per gli psicologismi sia per le mentalità complottiste. Dalla precisione del concetto si è passati alla vaghezza della metafora» (Bravo 2014, pp. 73-75).

5. Area grigia e mafie

L'importanza dei soggetti esterni alle organizzazioni mafiose era già stata messa in luce da Leopoldo Franchetti (1876), con riferimento alla mafia siciliana. Successivamente, altri studiosi hanno evidenziato il ruolo di protezione svolto dall'organizzazione mafiosa (Gambetta 1993; Varese 2014) a vantaggio di un'ampia

²⁴ Inteso come insieme dei referenti empirici a cui il concetto si applica.

fascia di soggetti esterni. La forza di queste organizzazioni deriverebbe dalle loro connessioni con tali soggetti esterni, in particolare i colletti bianchi e altre figure economiche, imprenditoriali e politiche (Arlacchi e Dalla Chiesa 1987).

Con riferimento alle mafie, il termine area grigia viene usato per indicare due cose diverse. Da un lato, i comportamenti di alcuni operatori economici orientati ad una soluzione di non conflittualità con la mafia che finiscono per collocarsi in una zona grigia, nella quale i confini tra l'accettazione di una realtà ineluttabile e, invece, la colpevole ineluttabilità, diventano confusi e fluidi²⁵. Dall'altro, un indistinto spazio nel quale si incontrerebbero soggetti legali, quali imprenditori, consulenti, commercialisti, politici, ecc., e illegali (mafiosi e altri criminali) al fine di stabilire rapporti di scambio, di collusione, o di fare affari attraverso le cosiddette relazioni esterne delle organizzazioni mafiose²⁶.

Questa è una delle applicazioni del termine che genera maggiore confusione concettuale. Tra l'altro, alcuni decenni dopo la sua prima applicazione. Già nel 1982, infatti, il commissario di polizia di Palermo Ninni Cassarà, ucciso da Cosa Nostra tre anni dopo, evidenzia come la vera forza della mafia derivi dalle relazioni che essa intesse coi soggetti esterni all'organizzazione mafiosa stessa e che a vario titolo collaborano con essa, affermando che: «La potenza dell'organizzazione mafiosa non deriva dal numero e dalla qualità dei vari associati ma soprattutto dalle ramificate commistioni che essa è riuscita a realizzare col tessuto connettivo sociale ed economico fondendosi con esso e conseguendo, sulla base di tale orrido incesto, la disponibilità di una vastissima ed indefinibile 'zona grigia'. I gangli vitali della mafia sono costituiti da questa zona grigia che la legge non riesce, se non episodicamente a colpire per la sua vastità e inesauribilità»²⁷. Cassarà introduce quattro anni prima di Levi il concetto di zona grigia in tutt'altro campo e lo fa come metafora per indirizzare l'azione investigativa e di contrasto.

Purtroppo, studiosi e operatori successivi dimenticano nelle loro analisi colui che per primo ha usato tale termine, e in modo così preciso, senza aver al contempo fatto molti passi avanti dal punto di vista concettuale ed analitico. Infatti, si identificano alcune figure che costituiscono tale area grigia, senza però cercare di specificarne pienamente le attività concrete, i ruoli e le funzioni organizzative svolte. Levi, al contrario, ha identificato tre tipi di vittime diventati collaboratori dei carnefici, cercando di precisare per ciascuno il ruolo svolto e il contributo

²⁵ Vedi su questo: Tribunale di Catania, Sentenza-ordinanza 28 marzo 1991, Giudice Istruttore Russo, imputato Amato + 64; in particolare la nota di Giovanni Fiandaca, "La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale", in "Foro it.", 1991, II, c. 472.

²⁶ Su questo vedi ad esempio Sciarbone 2011; DIA 2015, pp. 15 e 17-18; DIA 2017, p. 272; DNA 2017, pp. 8-86-801-864; Mete e Sciarbone 2017; D'Alfonso, De Chiara, Manfredi 2018; Pignatone e Prestipino 2019.

²⁷ Rapporto Greco Michele + 161, del 13/7/1982 (Vol.1 f.90). Tale rapporto costituirà la base per il maxiprocesso contro l'organizzazione mafiosa siciliana iniziato nel 1986.

fornito. Nella variante metaforica mafiologica, invece, emergerebbe una certa impossibilità nell'esser più precisi, proiettando in questo modo proprietà ontologiche sul fenomeno derivanti, in parte, anche da non appropriati strumenti epistemologici di chi osserva.

Una possibile origine di tale travisamento potrebbe risiedere nella facile ma errata lettura del riferimento alla mafia che Levi fa ne *I Sommersi e i Salvati*. A proposito della zona grigia della collaborazione e delle sue origini e motivazioni, Levi osserva che è necessario per il potere stabilire dei legami stretti con i collaboratori e che il modo migliore di legarli sia quello di «caricarli di colpe, insanguinarli, comprometterli quanto più è possibile: così avranno contratto con i mandanti il vincolo della correttezza, e non potranno più tornare indietro. Questo modo di agire è noto alle associazioni criminali di tutti i tempi e luoghi, è praticato da sempre dalla mafia» (SeS, p. 30). Qui Levi evidenzia una strategia, quella di costruire «scheletri nell'armadio» per legare i collaboratori ai detentori del potere, riducendone le possibilità di delazione. Levi certamente riconosce una similitudine di comportamento tra le mafie e ciò che accadeva nei Lager, ma soltanto specificamente a questa determinata strategia. Tutto il resto, e le facili analogie, sono quantomeno improprie. Vi sono infatti almeno cinque differenze significative nell'uso della locuzione area grigia nell'analisi delle mafie rispetto alla zona grigia di Levi (vedi tab. 1).

Innanzitutto, la dimensione spaziale è differente. La zona grigia di Levi origina in «sistemi chiusi» quali il sistema concentrazionario²⁸ e i ghetti. Si tratta di *coercive organizations* (Etzioni 1975; Maher 2012; 2013)²⁹, nelle quali la forza e la coercizione sono gli strumenti principali per il controllo dei partecipanti. Tra questi tipi di organizzazioni figurano i campi di concentramento e di sterminio, all'interno dei quali, come sottolineato dallo stesso funzionario delle SS Adolf Eichmann, «It's pretty easy to get inside, but awfully hard to get out» (in Wachsmann 2015, p. 19).

²⁸ La letteratura sul tema ha di frequente considerato i campi di concentramento come un tipo ideale (Goffman 1961; Etzioni 1975; Sofsky 1996; Clegg 2009, ecc.), delle entità monolitiche. Più di recente, alcuni autori hanno messo in evidenza la varietà di modelli, di comportamenti interni e di fini istituzionali, rappresentandoli come una costellazione di organizzazioni (Lammers 1995; Madsen and Søren 1996; Wachsmann 2015), caratterizzate al loro interno non soltanto da processi burocratici ma anche da «caos organizzato» con alti livelli di ambiguità nel comportamento (Maher 2012; 2013). Sul tema vedi Kogon (1950), Kaminski (1998) e Hilberg (2002).

²⁹ Simili per certi aspetti agli *asylums* descritti da Goffman (1961), ai Gulags sovietici (Applebaum 2004), alle piantagioni di schiavi (Cooke 2003), ad Abu Ghraib (Hersh 2004a, 2004b; Strasser and Whitney 2004; Bower 2007; Gourevitch and Morris 2009); alla legge marziale e al dominio autoritario (Linz 2000), alle prigioni (Sykes 2007; Hepburn 1985; Useem and Goldstone 2002), ed altri contesti.

	ZONA GRIGIA (IN LEVI)	AREA GRIGIA (MAFIE ET AL.)
DIMENSIONE SPAZIALE	Sistemi sociali chiusi. Exit impossibile.	Sistemi sociali aperti. Exit possibile.
FORMA DEL POTERE	Asimmetrico. Concentrato e totalitario.	Simmetrico (di frequente). Distribuito.
ATTORI	Persecutori, vittime, collaboratori.	Mafiosi e uomini in affari.
FORMA DELLA RELAZIONE	Costretti, spinti.	Talvolta costretti, sempre più attratti.
USO DELLA VIOLENZA	Spesso inutile. Fine a se stessa. Crudele.	Strumento dell'organizzazione. Come ultima istanza. Anche latente.

Tab. 1 – *Differenze tra la zona grigia di Levi e l'uso comune del concetto area grigia*

Questo aspetto è legato alla totale asimmetria del potere presente, in quanto i persecutori esercitano sulle vittime il potere di vita e di morte. Al contrario, negli ambienti mafiosi le azioni si svolgono in “sistemi aperti”, privi di reticolati e muri divisorii, e soprattutto dove non solo le possibilità di exit sono spesso presenti, bensì vi è di frequente la possibilità di non iniziare una relazione d'affari. Inoltre, il potere è maggiormente distribuito e la relazione è meno asimmetrica, in quanto si ravvisano elementi di dipendenza e di interazione reciproca tra gli attori in gioco. Questo è ancora più vero nelle aree di nuovo insediamento delle mafie, come il nord Italia, rispetto alle aree di origine, dove il controllo territoriale è certamente più forte.

Un'altra differenza sostanziale tra i due usi di area grigia risiede negli attori in essa coinvolti. Nei campi di concentrazione gli attori sono da un lato i persecutori e dall'altro le vittime che in alcuni casi diventano collaboratori per negoziare il proprio tempo e le condizioni di vita. È opportuno ricordarlo: pur analizzando la zona grigia, Levi mai confonderà i carnefici con le vittime, le vittime incolpevoli con gli assassini. Il fatto che i persecutori fossero degli esseri umani come le vittime, non consente assolutamente di concludere, afferma Levi, che allora siamo tutti vittime o assassini. Questo confondere le vittime con gli assassini è per Levi «una malattia morale o un vezzo estetistico o un sinistro segnale di complicità; soprattutto, è un prezioso servizio reso (volutamente o no) ai negatori della verità» (SeS, p. 35). Come scrive Browning «The perpetrators and victims in the gray zone were not mirror images of one another. Perpetrators did not become fellow victims (as many

of them later claimed to be) in the way some victims became accomplices of the perpetrators. The relationship between perpetrators and victim was not symmetrical. The range of choice each faced was totally different» (2017, p. 187).

Invece, quella che viene definita come area grigia delle mafie è popolata da uomini in affari che agiscono per reciproca convenienza³⁰. Nessuno è stato deportato, pochi costretti, anzi. L'attività investigativa evidenzia, infatti, sempre più di frequente un cambiamento della direzione della relazione tra mafiosi e soggetti esterni: è sempre più il soggetto esterno, imprenditore o professionista, che cerca la relazione con il mafioso per finalità economiche o per personale tornaconto, come vedremo più in dettaglio e con diversi casi nel prossimo paragrafo. Quanto di più lontano dal contesto originario della zona grigia di Levi.

La forma della relazione è diversa. Gli internati non hanno scelto di entrare in quel sistema e non ne possono uscire. Essi sono costretti nei campi di concentrazione, spinti a quel tipo di relazione con poche o nulle alternative. Erano senza possibilità di scelta (Greif 2005), un contesto di "choiceless choices", come l'ha definito Langer (1982). Era una vita hobbesiana, scrive Levi, una guerra continua di tutti contro tutti (SeS, p. 108). Questa condizione di «Prolonged and extreme exposure to coercion may lead men to accept some of the power-holder' norms, to identify with them, and to deflect their alienation onto scapegoats» (Etzioni 1971, p. 28). Nel caso delle relazioni con le mafie, al contrario, gli attori esterni sono sempre più attratti dai vantaggi derivanti da tale relazione. Avviano di frequente essi stessi la relazione entrando in un sistema di scambi. Sussistono certamente forme e casi di costrizione, ma sono meno rilevanti nell'avvio della relazione con i colletti bianchi, in particolare nelle aree non tradizionali. Anche se, una volta avviata la relazione, interromperla è tutt'altro che facile.

Ed infine l'uso della violenza è totalmente differente. L'ordine del sistema concentrazionario era fondato sul puro terrore, sul potere assoluto esercitato con una violenza eccessiva ed arbitraria (Sofsky 1996). Nella zona grigia di Levi la violenza è spesso «inutile, fine a se stessa, volta unicamente alla creazione di dolore; talora tesa ad uno scopo, ma sempre ridondante, sempre fuor di proporzione rispetto allo scopo medesimo» (SeS, p. 83). I racconti dei sopravvissuti sono ricchi di descrizioni dell'uso quotidiano di una violenza gratuita nei confronti di persone inermi, una violenza ridondante, spesso al solo scopo di umiliare gli internati, provocando la

³⁰ Emerge, di frequente, una elevata eterogeneità di soggetti inclusi nel campo della zona grigia: da soggetti quasi organici al mondo mafioso (DNA 2017, p. 89), contigui al mondo mafioso (DIA 2017, p. 743), al più ampio e generico capitale sociale composto da soggetti che non possono essere colpiti dal concorso esterno in associazione mafiosa per limiti nell'acquisizione delle prove (DNA 2017, p. 760), ad una ancora più generica "realtà sociale" composta da soggetti tenuti assieme dal "dal disconoscimento dell'autorità statale e dalla spontanea compenetrazione dei suoi adepti ai modelli di riferimento proposti da "cosa nostra", con conseguente convinta adesione a quel particolare tipo di contratto sociale che nasce dai dettami della sottocultura mafiosa" (DNA 2017, p. 801).

massima afflizione, affinché il nemico «non dovesse soltanto morire, ma morire nel tormento» (SeS, p. 96). Una dimostrazione continua di una completa “dissimetria delle forze” (Foucault 1975). Una violenza inutile che può esser in parte spiegata dal fatto che la vittima, prima di morire, dovesse esser degradata affinché il persecutore sentisse meno il peso della colpa (SeS, p. 101). Nelle mafie, come vedremo meglio nel paragrafo successivo, la violenza è una risorsa dell’organizzazione da usare con cura, onde evitare sia conflitti distruttivi dell’organizzazione, come talvolta è accaduto, sia la repressione da parte delle forze dell’ordine.

In conclusione, riprendendo la tipologia di organizzazioni sviluppata da Etzioni (1975) che distingueva tra organizzazioni coercitive, utilitaristiche e normative, le relazioni della zona grigia di Levi avvengono all’interno di organizzazioni coercitive, mentre quelle con le mafie all’interno di organizzazioni e relazioni utilitaristiche, dove la remunerazione e il coinvolgimento calcolato sono le motivazioni principali che spingono alla relazione.

6. *Mafiosi e colletti bianchi oltre la zona grigia: la fase della conformazione*

Dopo avere sottolineato come il concetto di area grigia nell’analisi delle mafie, più che far luce, oscuri la conoscenza delle stesse, passiamo ad analizzare il sistema delle relazioni tra mafiosi e soggetti esterni alle organizzazioni criminali³¹.

L’espansione di alcune mafie italiane in aree non tradizionali fornisce un laboratorio particolarmente significativo per studiare alcuni processi e meccanismi di questa forma della collaborazione. Ciò in quanto vi è un minore peso dei fattori di contesto storici tipici delle aree tradizionali e maggiori opportunità di affari nel mondo legale. Dopo una fase di insediamento, poi di espansione, radicamento e trapianto³², vi sono evidenze empiriche di una fase ulteriore che si colloca in continuità con la precedente, ma che segna un cambiamento importante nel rapporto fra gli operatori economici e le cosche criminali che operano al nord Italia: la fase della conformazione all’ambiente³³. Sono i soggetti esterni alle organizzazioni mafiose, professionisti imprenditori politici ecc., che modellano e conformano l’azione dei mafiosi e non viceversa. Ne deriva che per comprendere le organizzazioni mafiose, in particolare quelle che operano in aree non tradizionali e di più recente insediamento, occorre analizzare innanzitutto questi soggetti esterni, il ruolo che svolgono e le attività che realizzano. Nella fase della conformazione, il

³¹ Per maggiori approfondimenti, vedi Catino 2018.

³² CPA 1994; Massari 1998; Varese 2011; Gennari 2013; Sciarrone 2014; Dalla Chiesa 2016, Moro e Catino 2016.

³³ Ringrazio il dr. Paolo Storari (Procura della Repubblica di Milano) per aver suggerito l’uso di questo termine per denotare la terza fase.

ruolo dei soggetti esterni è, dunque, fondamentale per poter realizzare gli affari, in particolare nei mercati legali. Vi è poco grigio in tutto ciò. Semmai molta chiarezza da parte di molti di questi soggetti che, pur essendo consapevoli delle caratteristiche dei propri clienti e/o fornitori, optano di frequente per le convenienze e le opportunità che essi possono offrire loro.

Una recente ricerca analizza le relazioni tra mafiosi e professionisti del mondo legale, mettendo in evidenza come questi ultimi siano spesso tanto attivi negli affari illeciti da divenire una sorta di partner di business dell'organizzazione mafiosa (Catino 2018). Tali soggetti esterni possono essere professionisti, operatori economici, imprenditori, agenti delle forze dell'ordine, esponenti delle pubbliche amministrazioni, politici, ecc. che per perseguire i propri interessi, principalmente economici, collaborano a vario titolo con le mafie e divengono cruciali per la sopravvivenza, il consolidamento e l'espansione delle stesse. Siccome il capitale umano mafioso è poco adatto e preparato per sviluppare affari nel mondo legale, le mafie sono obbligate a ricorrere ad attori con expertise specifiche all'esterno dell'organizzazione. Attori che costituiscono il loro capitale sociale (Coleman 1990)³⁴.

Questi soggetti esterni possono sia mettere in collegamento le organizzazioni mafiose con diversi attori del mondo legale (ad esempio personaggi influenti in alcune imprese e pubbliche amministrazioni), agendo in tal modo da knowledge brokers, sia fornire il proprio expertise per permettere alcune operazioni complesse necessarie ai fini delle attività illecite del gruppo criminale, agendo in tal modo da knowledge providers. La ricerca ha identificato il ruolo di 60 soggetti esterni alle organizzazioni mafiose nel modellare e conformare l'azione delle mafie³⁵. Le attività di knowledge broker e provider, che possono anche coincidere con un solo soggetto, contribuiscono a risolvere, in modo prevalentemente illegale, molteplici problemi organizzativi tipici sia delle imprese legali sia di quelle criminali.

In qualità di knowledge broker, i soggetti esterni riducono l'asimmetria informativa mettendo in contatto i mafiosi con imprenditori, funzionari di pubbliche amministrazioni e altri operatori economici, identificando quei soggetti più

³⁴ Il livello di scolarizzazione dei mafiosi in Italia risulta essere molto basso: l'82% dei condannati in via definitiva in Italia per violazione del 416-bis o altri reati aggravati dal metodo mafioso dal 1982 al 2017 (n=13.882) ha studiato solamente tra 5 e 8 anni (Savona et al. 2018). I condannati in via definitiva per reati mafiosi in quel periodo sono stati 17.391, ma quelli di cui si conosce il livello di istruzione sono 13.882; l'82% dei quali ha studiato al massimo per 8 anni. In ogni caso è ben chiaro, data la bassa scolarizzazione degli affiliati, il deficit di conoscenze formali all'interno di queste organizzazioni criminali.

³⁵ I risultati si basano sull'analisi di 40 indagini sui gruppi mafiosi svolte dalle Procure della Repubblica e dalle DDA dal 2008 al 2017 in alcune regioni del Nord Italia (Lombardia principalmente, Piemonte, Emilia-Romagna, Veneto, Liguria). La ricerca si è avvalsa di interviste con testimoni privilegiati, quali magistrati coinvolti nelle indagini, altri esperti e appartenenti alle forze dell'ordine (Catino 2018).

facilmente corruttibili al fine di realizzare gli affari illeciti³⁶. Permettono di individuare possibili contatti legati al contrasto alla criminalità per ottenere informazioni circa eventuali investigazioni in corso, clienti o soci d'affari, e soggetti in cerca di credito ai fini di perseguire attività usuraie. La capacità di intermediazione dei soggetti esterni è altresì rilevante per l'accesso preferenziale a gare d'appalto, attività illecita di primaria importanza delle mafie, e per garantire la comunicazione tra i membri dell'organizzazione mafiosa stessa, ad esempio in caso di carcerazione di taluni. In qualità di knowledge provider, i soggetti esterni mettono a disposizione degli interessi economici e imprenditoriali dei mafiosi le proprie competenze altamente specializzate in un continuo processo di ideazione di opportunità criminali. Permettono così ai mafiosi di operare nel mondo finanziario, bancario, societario e immobiliare e di potere riciclare, gestire e reinvestire i capitali illeciti in sicurezza.

L'analisi di questi soggetti evidenzia, quindi, come più che un'imprecisata area grigia, vi siano i segni sempre più evidenti di una diversa fase delle relazioni tra le mafie e i soggetti esterni a queste organizzazioni. In particolare, si possono individuare due elementi legati tra loro che caratterizzano questa fase definita della conformazione: (1) la diffusione di una nuova direzione nell'avvio della relazione tra le parti che, invece di partire dai soggetti criminali, sembra muovere sempre più spesso innanzitutto da imprenditori e professionisti. (2) La drastica diminuzione degli omicidi e un diverso utilizzo della violenza rispetto al passato (violenza che comunque permane), a favore di altri meccanismi di relazione e di incentivazione, anche di natura corruttiva. Vediamo più in dettaglio.

(1) Il mutamento della direzione nell'avvio della relazione tra mafiosi e professionisti ed imprenditori denota un'evoluzione dei rapporti che sembra andare ben oltre le categorie di imprenditore vittima o colluso, così come sono state delineate in letteratura e in giurisprudenza³⁷. I tratti salienti di tale rapporto sono i seguenti: è sempre più spesso il professionista/imprenditore a cercare il mafioso; lo scambio può essere continuato nel tempo e con vantaggi reciproci; la relazione non è di tipo puntuale ma volta a sviluppare affari che vengono ridefiniti nel corso del tempo in base alle contingenze; i professionisti del mondo legale forniscono un contributo ideativo creativo e imprenditivo di elevata funzionalità per l'attività delle mafie. Si assiste dunque a un superamento della figura

³⁶ L'espressione "avvicinabile" è usata dai mafiosi per indicare quelle persone con le quali è possibile realizzare affari, persone potenzialmente corrompibili.

³⁷ Secondo la giurisprudenza, l'imprenditore *vittima* non viene a patti ma, intimidito, cede all'imposizione subendo un danno ingiusto. L'imprenditore *colluso*, invece, stabilisce un rapporto sinallagmatico con la cosca, con vantaggi per entrambi i contraenti (Corte Suprema di Cassazione Penale 2015; Turone 2015, p. 495).

dell'imprenditore colluso, non più un concorrente esterno, ma un vero e proprio collaboratore, nodo vitale per l'organizzazione mafiosa.

L'etichetta della zona grigia non si addice perciò a queste relazioni in quanto, diversamente dalle caratteristiche originarie della locuzione (cfr. Tab. 1), vi è la presenza di più scelte possibili e la quasi assenza di costrizione: i collaboratori sono sempre più attratti dai guadagni e dalle opportunità economiche, che spinti dalle minacce e dalla coercizione.

Diverse recenti indagini giudiziarie mostrano come di frequente siano gli stessi operatori economici, professionisti e imprenditori, a cercare il rapporto con le organizzazioni mafiose nei mercati legali, la loro protezione (Gambetta 1994) e i loro servizi, pur avendo piena contezza della caratura criminale dei soggetti cui si rivolgono³⁸. Come ha affermato Marco Mescolini, il sostituto procuratore che ha coordinato le indagini dei carabinieri durante l'indagine Aemilia: «Non è la 'Ndrangheta, in Emilia, che va a cercare gli imprenditori; sono loro che si propongono o richiedono i servizi degli 'ndranghetisti» (in Pignedoli 2016, p. 14). Nella requisitoria finale il procuratore ha affermato che in tutta l'inchiesta non c'è un caso di un mafioso che sia andato da un imprenditore o da un colletto bianco minacciandolo. A cercare e ad avviare la relazione è sempre stato il colletto bianco o l'imprenditore, e riferendosi a questi ultimi sottolinea come «sono sempre riusciti a fare quello che hanno fatto perché qualcuno ne ha notato la convenienza. [...] Non c'è la minaccia, è conveniente»³⁹.

Due esempi emblematici emergono dalla suddetta indagine e dall'operazione Laudani. Nel primo caso, la consulente bancaria e finanziaria Roberta Tattini forniva consulenza professionale per gli affari del gruppo di 'Ndrangheta facente capo a Nicolino Grandi Aracri, introducendo i membri del clan ad altri operatori finanziari ed indicando nuovi obiettivi di business (Operazione Aemilia, Tribunale di Bologna 2015). La Tattini era pienamente consapevole del profilo del suo "cliente", tanto da vantarne la levatura criminale in una telefonata col proprio padre. Al contempo riteneva che tale collaborazione le permettesse di aumentare le proprie opportunità economiche e professionali. Aggiudicarsi quel "cliente" significava aumentare esponenzialmente il fatturato del suo studio professionale, grazie alle oltre cento aziende che facevano riferimento al boss 'ndranghetista.

³⁸ Moro e Catino 2016; Catino 2018. Vedi anche le indagini giudiziarie: Operazione Serpe, Tribunale di Venezia 2011; Operazione Lampada, Tribunale di Milano 2011; Operazione San Michele, Tribunale di Torino 2014; Operazione Aemilia, Tribunale di Bologna 2015; Operazione Fiera, Tribunale di Milano 2016; Operazione Laudani, Tribunale di Milano 2017.

³⁹ <http://www.liberainformazione.org/2018/05/20/verso-la-sentenza-di-aemilia-la-parola-allac-cusa/> e <https://www.ilfattoquotidiano.it/2018/05/16/aemilia-il-pm-ndrangheta-non-ha-minacciato-imprenditori-ha-risposto-a-domanda-di-falsa-fatturazione-che-gia-cera/4359877/>

Nel secondo caso, Domenico Palmieri, ex sindacalista ed ex impiegato presso la provincia di Milano, accetta di essere sottoposto ad un periodo di prova pur di entrare in collaborazione con la famiglia Laudani (Operazione Laudani, Tribunale di Milano 2017). Egli entra in contatto col gruppo criminale attraverso un altro professionista che con essi già collabora (Orazio Elia) e gli viene comunicato di avere un mese di tempo per provare cosa è in grado ottenere attraverso i propri contatti. Una volta superata la prova, in cambio di una sorta di salario mensile, venderà i propri contatti per fare fronte alle esigenze del gruppo criminale, arrivando a fare da garante tra le parti.

(2) In un contesto di relazioni basate sul patto di impresa di comune interesse tra mafiosi e professionisti/imprenditori con ruolo sempre più proattivo, imprenditivo e creativo, la violenza manifesta diventa meno necessaria, pur restando latente a garanzia dei patti corruttivi. Un diverso e più sapiente utilizzo della violenza, degli omicidi in particolare, a fronte di nuovi modelli di relazione basati su scambi di servizi e d'affari. Non è una completa novità. Con riferimento alla mafia siciliana, Franchetti (1876) affermava che «non ha bisogno di adoperare attualmente la violenza o l'intimidazione diretta se non nel numero di casi in cui usa la sua autorità. Essa ha ormai relazioni d'interesse così molteplici e variate con tutte le parti della popolazione; sono tanto numerose le persone a lei obbligate per la riconoscenza o per la speranza dei suoi servizi che essa ormai ha infiniti mezzi d'influire all'infuori del timore della violenza, per quanto la sua esistenza si fondi su questo» (p. 57).

Prima di procedere su questo punto, occorre chiarire due aspetti. Il primo attiene al fatto che per i mafiosi l'uso della violenza è sempre un mezzo e non un fine. A differenza di quella descritta da Levi nei Lager, la violenza non è quasi mai gratuita e fine a se stessa. Questo perché la violenza per le mafie è la *second best solution* cui ricorrere quando complicità e minacce hanno fallito (Gambetta 1994). Non va quindi confuso il potere effettivo della mafia con le sue manifestazioni violente: in una specifica fase storica, una diminuzione degli omicidi, in particolare di quelli d'alto profilo (magistrati, politici, forze dell'ordine, ecc.), indica che tale strumento presenta più svantaggi che vantaggi, e non una minore presenza o attività della mafia stessa (Cattino 2014, 2019). Il secondo aspetto riguarda il fatto che la corruzione è sin dalle origini una delle modalità d'azione delle mafie⁴⁰. Dato che è difficile misurare la corruzione, specialmente vista la presenza di un'elevata cifra oscura, non è chiaro se i fenomeni corruttivi stiano davvero aumentando quantitativamente, oppure se essi diven-

⁴⁰ Mafia e corruzione sono fenomeni differenti che possono benissimo esistere separatamente (Gambetta 1994). Sono industrie che si occupano di beni distinti: protezione privata la prima, diritti di proprietà su rendite politiche la seconda (Vannucci 2012; Della Porta e Vannucci 2012). Sep-pure, vi siano casi di corruzione senza la presenza delle mafie, spesso le due industrie possono sovrapporsi, come sta accadendo in molte aree del paese,

tino più evidenti a causa di una maggiore attenzione mediatica e giudiziaria su questi aspetti, anche a seguito della diminuzione degli omicidi mafiosi.

Come emerso dalle indagini analizzate (Catino 2018) e come dimostrano Moro e Sberna (2018), soprattutto nelle aree non tradizionali, le mafie incontrano una struttura di vincoli e di opportunità che disincentiva l'adozione della violenza. Quando questa viene esercitata, è più spesso contro le cose (incendi, danneggiamenti a beni e strumenti produttivi, ecc.) che contro le persone (ferimenti o omicidi). Ciò risulta in una sostanziale riduzione nel tempo degli omicidi di stampo mafioso complessivi⁴¹ (Tab. 2).

	COSA NOSTRA	CAMORRA	'NDRANGHETA
1983 - 1992	1,053	1,436	804
1993 - 2002	525	942	376
2003 - 2012	122	608	259
2013 - 2018	14	155	32
TOTALE	1,714	3,141	1,471

Tab. 2 – Numero degli omicidi di stampo mafioso 1983 – 2018 (fino a luglio)

La tab. 2 mostra come negli ultimi trentacinque anni la diminuzione del numero di omicidi sia comune a tutte le mafie, e particolarmente marcata in Cosa Nostra. Dopo che tutte le tre mafie hanno dimezzato gli omicidi nel decennio a cavallo tra i due secoli (1993 – 2002) rispetto a quello precedente (1983-1992), nel primo decennio del nuovo secolo (2003-2012) la Camorra li ha ulteriormente ridotti di circa un terzo e la 'Ndrangheta in maniera minore. Cosa Nostra invece li ha ridotti a circa un quinto rispetto al decennio precedente. Il calo degli omicidi è confermato anche dai valori registrati negli scorsi cinque anni (2013-2018), che mettono altresì in risalto le differenze tra le diverse mafie. La Camorra da sola ha commesso circa il triplo degli omicidi (n=155) rispetto a 'Ndrangheta e Cosa Nostra insieme (n=32 e n=14, rispettivamente). Si può quindi affermare che, ad eccezione di alcuni clan della Camorra in particolare della città di Napoli, l'omicidio mafioso sembra rappresentare l'estrema ratio per risolvere controversie e dispute in questa fase storica. Ciò rivela una forma di apprendimento organizzativo derivante, da un lato, dagli

⁴¹ Catino 2014, 2019, Dati Istat, Ministero dell'Interno, Direzione Investigativa Antimafia. Sono drasticamente diminuiti altresì gli omicidi di alto profilo, intesi come omicidi di persone delle istituzioni, delle forze dell'ordine, della società civile e delle professioni, giornalisti, membri delle associazioni sindacali o religiose, che con la loro attività pubblica o privata possono creare seri problemi al business delle organizzazioni mafiose. Dal 1983 ad oggi sono stati registrati 94 omicidi di alto profilo: 51 effettuati da Cosa Nostra, 22 dalla Camorra e 21 dalla 'Ndrangheta (Catino 2014; 2019). Di questi, solo 6 risalgono al nuovo secolo: 1 effettuato da Cosa Nostra nel 2010, 1 dalla 'Ndrangheta nel 2015 e 4 dalla Camorra, di cui l'ultimo nel 2013.

evidenti elevati costi generati dall'azione repressiva conseguente ad un uso eccessivo della violenza, come avvenuto negli anni 92-93. Dall'altro da una constatata non necessità dell'uso di questo tipo di violenza per raggiungere gli scopi economici prefissi, in favore di altre modalità basate sul coinvolgimento degli interessi. Ad esempio, il cosiddetto "teorema Zagaria" (DNA 2017), teorizzato da Michele Zagaria, uno dei boss del cartello dei Casalesi, affermava che i Casalesi dovessero entrare nell'economia suscitando la minima percezione sociale, cercando di evitare qualsiasi problema di ordine pubblico con la violenza.

La riduzione degli omicidi denota così un cambio di strategia nell'uso della violenza da parte delle mafie che si manifesta in tutto il paese. Più che dalla paura generata dal modo di agire dell'organizzazione, il cosiddetto metodo mafioso, la relazione tra i mafiosi e i propri clienti sembra sempre più originata da un reciproco patto di convenienza che le parti dispongono per realizzare attività con conseguenti utilità. Producono servizi richiesti predisponendo "strutture di opportunità" in grado di ridurre i costi di transazione delle imprese. Sono quindi degli ospiti desiderati, operanti secondo una logica di servizio più che di dominio. Se il minor uso derivi da un calcolo costi/benefici o dalla non necessità data la reputazione del marchio è, tuttavia, una questione da approfondire meglio.

L'aumento del metodo corruttivo-collusivo affianco al tradizionale metodo basato sulla violenza e forza d'intimidazione del vincolo associativo è evidenziato anche dalla Direzione Nazionale Antimafia - DNA⁴². In numerose indagini emerge come gli interessi dei professionisti siano ciò che porta alla collaborazione, non quindi la minaccia o l'uso della violenza. Nello specifico, si assiste ad una «regressione della componente *azionista* - da intendersi come attività declinata secondo le categorie tipiche del fenomeno mafioso: omicidi, atti di violenza, ecc. - in favore di quella *affaristica*» (Operazione Aemilia, Tribunale di Bologna 2016, p. 191).

Seppure tali elementi erano presenti sia nelle fasi storiche precedenti che nelle aree di origine, ciò che cambia è il crescente ruolo assunto in questa fase, e la concomitante evidente riduzione dell'uso della violenza. Bisogna comunque ri-

⁴² Vedi Direzione Nazionale Antimafia (DNA) 2015, pp. 259 e seguenti; 2017, pp. 268 e seguenti). Afferma la Direzione Nazionale Antimafia: «Una mafia sotterranea, silente, che evita manifestazioni appariscenti. Una mafia che si insedia offrendo 'servizi': non più protezione sui cantieri né sistemi di composizione delle controversie alternativi a quelli legali (tipici degli esordi delle mafie tradizionali), ma capitali (finanziamenti o partecipazioni), buoni uffici con la Politica per l'accelerazione delle pratiche, manodopera (bene organizzata e facente capo ad imprese provenienti dal sud)» (DNA 2015, p. 723). E similmente il procuratore Pignatone afferma come: «Tanto al Centro-Nord, dove le mafie sono ovviamente più deboli, quanto al Sud, dove la repressione è più pronta ed efficace, ormai da anni le organizzazioni mafiose cercano di evitare atti violenti eclatanti, consapevoli che questi allarmano l'opinione pubblica e attirano l'attenzione di polizia e magistratura. Meglio ricorrere alla corruzione, che non è di per sé rivelatrice della presenza mafiosa e che, però, favorisce quella mescolanza tra mondo mafioso e mondo 'altro' che ... è alla base della forza delle mafie» (2017, p. XXIII).

cordare che nonostante il ricorso alla violenza, in particolare all'omicidio, sia sempre più raro, essa in potenza continua a fare parte della relazione, pur rimanendo sullo sfondo come una risorsa da utilizzare in ultima istanza quando gli altri strumenti hanno fallito. In alcuni casi, la violenza sembra essere ancora utilizzata con forme di intimidazione, e di conseguente omertà, molto simili a quanto accade nelle aree tradizionali⁴³.

Un ulteriore elemento che spesso caratterizza la fase di conformazione riguarda la polverizzazione delle transazioni illecite e la conseguente diffusione di una illegalità ad apparente bassa intensità, con un progressivo avvicinamento alla criminalità economica. Tra le altre, le inchieste Fiera Milano (Tribunale di Milano 2016) e Laudani (Tribunale di Milano 2017) hanno delineato come l'aumento di fenomeni di illegalità in molteplici aspetti della vita economica delle imprese indagate sia accompagnato da una contenuta magnitudo di ogni singola transazione. Questa nuova strategia dell'organizzazione criminale da un lato rende più difficile il lavoro investigativo grazie ad una minore visibilità, e dall'altro può facilitare il coinvolgimento di un maggior numero di persone disponibili a compiere tali illeciti data la contenuta entità delle somme coinvolte.

Anche in questo caso emerge, infatti, come il ruolo svolto da professionisti e imprenditori sia rilevante nel favorire gli affari mafiosi. Questi non si limitano a fingere di non vedere cosa accada, bensì mettono a disposizione del gruppo mafioso le proprie competenze e conoscenze per perseguire le migliori modalità operative fraudolente. Tra i meccanismi più ricorrenti vi è il ricorso a presta-nomi per società fittizie e a false fatturazioni, in quanto generano vantaggi tanto per la cosca quanto per i professionisti coinvolti⁴⁴. I ricavi illeciti così acquisiti consentono il pagamento di tangenti e dunque il mantenimento di un esteso sistema corruttivo, ed allo stesso tempo di avere facili guadagni da destinare alla famiglia mafiosa.

⁴³ Vedi, ad esempio le recenti inchieste giudiziarie della DDA di Milano a Cantù (Como): C. Giuzzi, "Processo alla 'Ndrangheta di Cantù. I boss (in video) terrorizzano l'aula", *Corriere della Sera*, 20 Febbraio 2019.

⁴⁴ Diversi soggetti accettano di fungere da prestanome per il gruppo mafioso ed emettere così fatture per operazioni insistenti, incassare il denaro per poi restituirlo all'utilizzatore della fattura, dedotta la "commissione" per il rischio penale. Le false fatturazioni consentono agli imprenditori di raggiungere almeno tre obiettivi: (1) recuperare le somme dovute alla cosca mafiosa scaricando l'IVA a credito; (2) evitare di ricorrere a indebitamenti bancari, avendo ricevuto in contante la somma iniziale; (3) creare un riscontro documentale per dimostrare, ingannevolmente, che i rapporti economici con gli affiliati delle cosche sono giustificati da acquisti di beni o servizi. Per le cosche il guadagno deriva dalla possibilità di reinvestire i proventi illeciti di cui dispongono, realizzando profitti con l'applicazione delle percentuali concordate.

7. Conclusioni

Il concetto di zona grigia è oggi diffusamente utilizzato con significati diversi in numerosi campi disciplinari, dalle neuroscienze allo studio della devianza, a problemi di reputazione aziendale. Sarebbero da indagare meglio le ragioni di un tale successo, data la presenza di così tanti problemi definatori e di così poca capacità esplicativa. Un possibile caso di *contagious* (Berger 2013), forse favorito dal fascino che il termine evoca, dall'aura che lo caratterizza, dalla solennità originaria cui rimanda, che tuttavia spinge alcuni fenomeni sociali in una black box. Un esempio di *pathos metafisico* delle idee (Lovejoy 1948): quella particolare situazione in cui si aderisce ad un'idea e ad una teoria non per la loro capacità esplicativa nel render conto di un determinato fenomeno empirico, ma per quell'aura di pathos metafisico che quelle idee e quelle teorie evocano (Gouldner 1955).

Fenomeni che invece vanno studiati con una maggiore precisione analitica e parsimonia terminologica. La locuzione area grigia, infatti, soffre di evidenti problemi di polisemia e di condensazione, ovvero della concentrazione in un'unica rappresentazione di più forze e di numerosi significati differenti. Più che rimandare ad un ambiente complesso da analizzare, il concetto di area grigia rimanda all'idea di nebbia, difficile da diradare. Proprio quella nebbia che Edwin Sutherland (1940) contribuì decisamente a diradare analizzando le condotte illecite di diversi colletti bianchi. Sutherland aprì in questo modo la black box delle condotte di questi soggetti, mostrandone la reale dimensione criminale. Come abbiamo affermato, con la locuzione area grigia riferita a questi soggetti e in particolare per coloro che in qualche modo collaborano con le organizzazioni mafiose, si rischia di tornare indietro, relegando in uno spazio indistinto soggetti e condotte che invece andrebbero analizzate con la precisione analitica di Sutherland.

L'analisi organizzativa ha da tempo dimostrato come per comprendere il funzionamento di un'organizzazione non ci possa limitare all'analisi dei soggetti interni dipendenti della stessa, ma occorra invece analizzare quei soggetti esterni all'organizzazione che a vario titolo contribuiscono al suo funzionamento. Il suo network costituito da fornitori, consulenti, altre organizzazioni, ecc. che formano la rete esterna dell'organizzazione. Lo stesso accade con le mafie, le quali, anche in virtù di un basso capitale umano al loro interno, necessitano di competenze esperte per condurre i loro affari in particolare nel campo legale. Per questo devono ricorrere a expertise esterne ai loro confini organizzativi. Non si tratta di una generica area grigia, ma di un network di attori con ruoli e funzioni che vanno analizzati e compresi in un'ottica organizzativa in base al contributo funzionale che forniscono. Come ha affermato Visconti «Senza l'appoggio "esterno" da parte di colletti più o meno bianchi, infatti, le organizzazioni mafiose avrebbero

un molto minore raggio d'azione criminale e non riuscirebbero a insidiare in modo tanto rilevante la libertà e la sicurezza delle comunità ove operano» (2010, p. 200). Anche la giurisprudenza ha riconosciuto la rilevanza di tali attori, attraverso la locuzione di borghesia mafiosa, il cui ruolo è non meno rilevante di quello attribuito ad altri partecipi (dediti ai reati a fine di estorsione, usura, riciclaggio, ecc.), anzi ancor più essenziale per la esistenza e il rafforzamento dell'associazione, poiché il creare – o comunque favorire ed ampliare – le reti di relazione dei capi dell'associazione con politici, magistrati, imprenditori, personale sanitario, ecc., permette di moltiplicare la forza di espansione e di penetrazione del sodalizio criminale (Corte Suprema di Cassazione 2012, p. 6)⁴⁵.

I soggetti di queste vicende, come abbiamo visto, non sono gli abitanti di una imprecisata area grigia, ma attori consapevoli e interessati nel dar seguito ad affari con i soggetti criminali in cambio di servizi e di vantaggi reciproci. Queste figure professionali, denominate come knowledge provider e broker, operano come degli enabler, dei catalizzatori sociali che consentono all'organizzazione mafiosa di realizzare attività e di perseguire affari altrimenti non realizzabili. In questo modo, tali attori sono di un'utilità organizzativa di frequente superiore a quella posseduta dai membri effettivi del consorzio criminale. Questi attori aumentano le capabilities dell'organizzazione mafiosa. Tutto ciò ha delle conseguenze sul grado di responsabilità da parte di questi soggetti.

In un contesto che non solo non è minimamente riconducibile a quello del sistema concentrazionario di Levi, ma che è un sistema aperto, con molteplici possibilità di scelta. Basterebbe leggere i racconti dei sopravvissuti ai campi di sterminio, l'orrore e il terrore cui hanno assistito, per capire come nessuna analogia, men che meno alcuna metafora, appaia possibile. Per ritardare la morte nei Lager, per un miglioramento delle condizioni di sopravvivenza, alcuni, ubbidendo agli ordini, diventavano collaboratori dei carnefici. Non avevano molta scelta. Nulla a che vedere con le relazioni tra i soggetti esterni, colletti bianchi e altre figure, e le organizzazioni mafiose, relazioni basate su uno scambio di servizi e altre utilità, in un contesto per nulla obbligato ma basato su scelte consapevoli e interessate e il cui inizio avviene sempre più da parte dei soggetti esterni. Non vi è deportazione, né costrizioni di contesto, se non per alcuni casi particolari, ma motivazioni di interesse e di convenienza.

⁴⁵ Il ruolo di queste figure pone nuovi problemi sia alla definizione della «contiguità mafiosa», intesa come l'insieme delle relazioni che intercorrono tra le organizzazioni mafiose e il più ampio ambiente sociale nel quale operano, sia alla fattispecie del «concorso esterno» (Visconti 2004, 2010; Fiandaca 2012; Turone 2015; Montani 2017). Il concorso esterno nei reati associativi costituisce un tema molto controverso nel dibattito dei penalisti, anche per le difficoltà probatorio-processuali (Fiandaca 2012; Leo 2017; Visconti 2004, 2010; Amarelli 2017; Merenda e Visconti 2019). Ne consegue che vi sia una possibile sottovalutazione riguardo figure di questo tipo.

In un'indagine già citata (Laudani 2017, p. 28) i magistrati acutamente osservano che «Quello che emerge, volendo usare una metafora visiva, non sono ampie macchie scure che 'sporcano' un fondo bianco sostanzialmente immune da contaminazione, ma un fondo bianco cosparso di punti neri, che quasi offuscano lo sfondo bianco». È una considerazione rilevante dal punto di vista cromatico: non si tratta di grigio, ma semmai di entità di bianco e di nero.

L'assenza o la difficile punibilità di certi comportamenti non può di per sé giustificare l'utilizzo del termine area grigia, altrimenti questo concetto non potrebbe essere usato in contesti dove tale punibilità invece esiste e non è dubbia. In questo modo, infatti, si relegherebbe il concetto alla dipendenza delle categorie giuridiche e alla loro applicabilità. Come affermato prima, non c'è da stupirsi se il perseguimento di questi soggetti esterni diventa problematico: se grigia è la concettualizzazione, problematica sarà la possibilità di contrasto.

Occorre cambiare precisando meglio l'immagine degli attori esterni alle organizzazioni mafiose: dall'indistinta area grigia all'analisi del network organizzativo, individuando il ruolo effettivamente svolto dagli attori (broker, provider, altro), i meccanismi di funzionamento, i processi attraverso cui gli eventi (le attività e le relazioni) prendono forma.

Se il compito delle scienze sociali è di descrivere e spiegare i fenomeni sociali, allora, parafrasando Von Wright (1971), occorre spiegare come e perché queste relazioni sono necessarie per le mafie e come e perché sono diventate possibili. Meglio abbandonare espressioni gergali e *loose metaphors* che sono molto, troppo, distanti da chiari comportamenti individuali ed attributi, e che hanno una relazione elusiva con questi. Piuttosto che rimandare a generici spazi metafisici, vanno analizzate in dettaglio le micro-fondazioni del sistema delle relazioni mafiose, identificando ruoli, funzioni, attività e meccanismi.

8. Riferimenti bibliografici

- AMARELLI, G. (2017), *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, Roma: Dike Giuridica Editrice.
- ANTEBY, M. (2008), *Moral Gray Zones: Side Productions, Identity, and Regulation in an Aeronautic Plant*, Princeton: Princeton University Press.
- APPLEBAUM, A. (2004), *Gulag: A History*, First Edition, New York: Anchor.
- ARIAN LEVI, G. (1979), *L'antieroe di Primo Levi*, Ha Keillah, 2.
- ARLACCHI, P. e DALLA CHIESA, N. (1987), *La palude e la città*, Milano: Mondadori.
- BANDURA, A. (2016), *Moral Disengagement: How People Do Harm and Live with Themselves*, New York: Macmillan.
- BARENGHI, M., BELPOLITI, M. e STEFI, A. (a cura di) (2017), *Primo Levi*, Riga: Marcos Y Marcos.

- BARNO, D. e BENSACHEL, N. (2015), "Fighting and Winning in the 'Gray Zone,'" *War on the Rocks*, May 19.
- BECKER, H.S. (1998), *Tricks of the Trade. How to Think about your Research while You're Doing it*, Chicago: Chicago University Press.
- BELPOLITI, M. (2015), *Primo Levi di fronte e di profilo*, Milano: Guanda.
- BERENBAUM, M. (2005), "Sonderkommando: Testimony from Evidence", in J. PETROPOULOS e J.K. ROTH (a cura di), *Gray Zones. Ambiguity and Compromise in the Holocaust and its Aftermath*, New York: Berghahn Books, pp. 61-69.
- BERGER, J. (2013), *Contagious: Why Things Catch On*, New York: Simon and Schuster.
- BLAU, P.M. (1955), *The Dynamics of Bureaucracy*, Chicago: University of Chicago Press.
- BOWER, J.A (2007), *Thereby Become a Monster: Complex Organizations and the Torture at Abu Ghraib*, PhD Dissertation n.834, Michigan: Western Michigan University. <https://scholarworks.wmich.edu/dissertations/834>.
- BRAITHWAITE, V. e BRAITHWAITE, J. (2006), "Democratic Sentiment and Cyclical Markets in Vice", *The British Journal of Criminology*, 46(6), pp. 1110-1127.
- BRANDS, H. (2016), "Paradoxes of the Gray Zone," *Foreign Policy Research Institute*, February 5.
- BRAVO, A. (2014), *Raccontare la storia*, Torino: Einaudi.
- BRAVO, A. e CEREJA, F. (2011), *Intervista a Primo Levi ex deportato*, Torino: Einaudi.
- BROWN, A. (2013), *Judging 'Privileged' Jews: Holocaust Ethics, Representation, and the 'Grey Zone'*, New York e Oxford: Berghahn Books.
- BROWNING, R.C. (2017 revised edition), *Ordinary Men. Reserve Police Battalion 101 and the Final Solution in Poland*, New York: Harper Perennial.
- BRUHN, J.G. (2009), "The functionality of gray area ethics in organizations", *Journal of Business Ethics*, 89, pp. 205-214.
- BUELL, S.W. (2014), "White Collar Crimes", in M. Dubber e T. Hornle (a cura di), *Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 837-861.
- CATINO, M. (2014), "How do mafias organize? Conflict and violence in three mafia organizations", *European Journal of Sociology*, 2, pp. 177-220.
- CATINO, M. (2018), "Colletti bianchi e mafie. Le relazioni pericolose nell'economia del Nord Italia", *Stato e Mercato*, 1, pp. 149-188.
- CATINO, M. (2019), *Mafia Organizations. The Visible Hand of Criminal Enterprises*, Cambridge: Cambridge University Press.
- CHANDRA, A., KHULLAR, D. e LEE, T.H. (2015), "Addressing the Challenge of Gray-Zone Medicine", *The New England Journal of Medicine*, 372, pp. 203-205.
- CLEGG, S.R. (2009), "Bureaucracy, the Holocaust and Techniques of Power at Work", *The International Review of Management Studies*, 20(4), pp. 326-347.
- COHEN, N. (2001), "Diaries of the Sonderkommando", in Y. GUTMAN, e M. BERENBEAUM (a cura di), *Anatomy of the Auschwitz Death Camp*, Bloomington an Indianapolis: Indiana University Press, pp. 522-534.
- COHEN, S. (2001), *States of Denial. Knowing about Atrocities and Suffering*, Cambridge: Polity Press.
- COLEMAN, J.S. (1990), *Foundations of Social Theory*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- COLOMBO, A. (1987), "Primo Levi, a Acqui, quella sera", *Nuova Antologia*, 122, pp. 207-211.

- COOKE, B. (2003), "The denial of slavery in management studies", *Journal of Management Studies*, 40(8), pp. 1895–1918.
- COUTURE, W.G. (2009), "White collar crime's gray area: the anomaly of criminalizing conduct not civilly actionable", *Albany Law Review*, 72, pp. 1-55.
- D'ALFONSO, S., DE CHIARA, A. e MANFREDI, G. (2018), *Mafie e libere professioni. Come riconoscere e contrastare l'area grigia*, Roma: Donzelli.
- DALLA CHIESA, N. (2016), *Passaggio a Nord: la colonizzazione mafiosa*, Torino: Edizioni Gruppo Abele.
- DE FELICE, R. (1995), *Rosso e Nero*, Milano: Baldini e Castoldi.
- DELLA PORTA, D. e VANNUCCI, A. (2012), *The Hidden Order of Corruption. An Institutional Approach*, Farnham: Ashgate.
- DUBIK, J. e NIC, V. (2018), *America's Global Competition: The Gray Zone in Context*, ISW Institute for the Study of War. <http://www.understandingwar.org>.
- DUNEIER, M. (2016), *Ghetto: The Invention of a Place, the History of an Idea*, New York: Straus and Giroux.
- ECHEVARRIA, A. (2016), "Operating in the gray zone: An alternative paradigm for U.S. military strategy", *The Strategic Studies Institute*. <http://smallwarsjournal.com/blog/operating-in-the-gray-zone-an-alternative-paradigm-for-us-military-strategy>.
- ETZIONI, A. (1975), *A Comparative Analysis of Complex Organizations: on Power, Involvement, and their Correlates* (revised and enlarged edition), New York: The Free Press.
- FIANDACA, G. (2012), "Area grigia e concorso esterno", in C. LA CAMERA, *L'area grigia della 'Ndrangheta*, Roma: Aracne, pp. 97-102.
- FORTI, G. (2000), *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano: Raffaello Cortina Editore.
- FOUCAULT, M. (1976, edizione originale 1975), *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino: Einaudi.
- FRANCHETTI, L. (1993; 1° edizione 1876), *Condizioni politiche ed amministrative della Sicilia*, Roma: Donzelli.
- FREIER, N. et al (2016), "Outplayed: Regaining Strategic Initiative in the Gray Zone", *The Strategic Studies Institute*. <https://ssi.armywarcollege.edu/pubs/display.cfm?pubID=1325>.
- FULBROOK, M. (2018), *Reckonings. Legacies of Nazi Persecution and the Quest for Justice*, New York: Oxford University Press.
- FUN, Y. (2015) "Hong Kong, Power, and White-Collar Crime Discourse", in *Cloaking White-Collar Crime in Hong Kong's Property Sector*, London: Palgrave Macmillan, pp. 133-161.
- GAMBETTA, D. (1994), *La mafia siciliana. Un'industria della protezione privata*, Torino: Einaudi.
- GENNARI, G. (2013), *Le fondamenta della città. Come il Nord Italia ha aperto le porte alla 'Ndrangheta*, Milano: Mondadori.
- GIACOMELLI, S. e RODANO, G. (2001), *Denaro Sporco*, Roma: Donzelli.
- GOFFMAN, E. (1961), *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, New York: Anchor.
- GOULDNER, A.W. (1954), *Patterns of Industrial Bureaucracy*, Glencoe: Free Press.
- GOULDNER, A.W. (1955), "Metaphysical Pathos and the Theory of Bureaucracy", *The American Political Science Review*, 49(2), pp. 496-507.

- GOUREVITCH, P. e MORRIS, E. (2009), *The Ballad of Abu Ghraib*, New York: Penguin Books.
- GRADOWSKI, S. (2014), *Sonderkommando. Diario di un crematorio di Auschwitz 1944*, Venezia: Marsilio.
- GREEN, S.P. (2006), *Lying, Cheating and Stealing. A Moral Theory of White-Collar Crime*, Oxford: Oxford University Press.
- GREIF, G. (2005), "Between Sanity and Insanity. Spheres of Everyday Life in the Auschwitz-Birkenau Sonderkommando", in J. PETROPOULOS e J.K. ROTH (a cura di), *Gray Zones. Ambiguity and Compromise in the Holocaust and its Aftermath*, New York: Berghahn Books, pp. 37-60.
- GREPPI, C. (2016), *Uomini in grigio. Storie di gente comune nell'Italia della guerra civile*, Milano: Feltrinelli.
- HEIDENHEIMER, A. (1970), "Perspectives on the Perception of Corruption", in A. HEIDENHEIMER and M. JOHNSTON (a cura di) *Political Corruption: Concepts and Contexts*, New Brunswick: Transaction, pp. 141-154.
- HEPBURN, J.R. (1985), "The Exercise of Power in Coercive Organizations: A Study of Prison Guards", *Criminology*, 23(1), pp. 145-164.
- HERLING, G. (1986), *A world Apart*, New York: Arbor House.
- HERSH, S.M. (2004a), "The gray zone. How a secret Pentagon program came to Abu Ghraib", *The New Yorker*, 80(13), pp. 38-43.
- HERSH, S.M. (2004b), *Chain of Command: The Road from 9/11 to Abu Ghraib*, New York: Harper Collins.
- HILBERG, R. (2002), *The Destruction of the European Jews*, New Haven: Yale University Press.
- HÖSS, R. (2014, ed. originale 1958), *Comandante ad Auschwitz*, Torino: Einaudi.
- JACKSON, G., BRAMMER, S., KARPOFF, J.M., LANGE, D., ZAVYALOVA, A., HARRINGTON, B., PARTNOY, F., KING BRAYDEN, G. e DEEPHOUSE, D.L. (2014), "Discussion forum. Grey areas: irresponsible corporations and reputational dynamics", *Socio-Economic Review*, 12(1), pp. 153-218.
- JACKSON, G. e BRAMMER, S. (2014), "Introducing grey areas: the unexpectedly weak link between corporate irresponsibility and reputation", in JACKSON et al., "Discussion forum. Grey areas: irresponsible corporations and reputational dynamics", *Socio-Economic Review*, 12(1), pp. 154-166.
- KAMIŃSKI, A. (1998; edizione originale 1982), *I campi di concentramento dal 1896 a oggi*, Torino: Bollati Boringhieri.
- KARPOFF, J.M. (2014), "The grey areas of firm behaviour: an economic perspective, in JACKSON et al., "Discussion forum. Grey areas: irresponsible corporations and reputational dynamics", *Socio-Economic Review*, 12(1), pp. 167-176.
- KARSTEDT, S. e FARRALL, S. (2006), "The Moral Economy of Everyday Crime: Markets, Consumers and Citizens", *The British Journal of Criminology*, 46, pp. 1011-1036.
- KNOLL, M., LORD, R.G., PETERSEN, L.E. e WEIGELT, O. (2016), "Examining the moral grey zone: The role of moral disengagement, authenticity, and situational strength in predicting unethical managerial behavior", *Journal of Applied Social Psychology*, 46, pp. 65-78.

- KOGON, E. (2006; edizione originale 1950), *The Theory and Practice of Hell. The German Concentration Camps and the System Behind Them*, New York: Farrar Strauss and Giroux.
- LAMMERS, C.J. (1995), "The Organization of Mass Murder", *Organization Studies*, 16, pp. 139–156.
- LANGBEIN, H. (2011, ed. or. 1972), *Uomini ad Auschwitz. Storia del più famigerato campo di sterminio nazista*, Milano: Mursia.
- LANGER, L.L. (1982), *Versions of Survival: The Holocaust and the Human Spirit*, New York: Suny Press.
- LEO, G. (2017), "Concorso esterno nei reati associativi", in *Il libro dell'anno del diritto*, Roma: Treccani.
- LEVI, P. (1947), *Se questo è un uomo*, Torino: De Silva.
- LEVI, P. (1958), *Se questo è un uomo*, Torino: Einaudi.
- LEVI, P. (1976), "Prefazione", in J. PRESSER, *La notte dei girondini*, Milano: Adelphi, pp. 11-15.
- LEVI, P. (1979a), "Conversazione con Primo Levi", in G. GRASSANO, *Primo Levi*, Firenze: La Nuova Italia; anche in M. BELPOLITI (a cura di), *Primo Levi opere complete III*, (2018), Torino: Einaudi, pp. 168-185.
- LEVI, P. (1979b), "Il mago Merlino e l'uomo fabbro", di S. GIACOMONI, *La Repubblica*, 24 gennaio, anche in M. BELPOLITI (a cura di), *Primo Levi opere complete III*, (2018), Torino: Einaudi, pp. 134-137.
- LEVI, P. (1984), "Prefazione", in H. Langbein, *Uomini ad Auschwitz*, Milano: Mursia, pp. 5-7.
- LEVI, P. (1986), *I sommersi e i salvati*, Torino: Einaudi.
- LEVI, P. (2017), *Primo Levi opere complete volumi I - II*, a cura di M. BELPOLITI, Torino: Einaudi.
- LEVI, P. (2018), *Primo Levi opere complete volume III*, a cura di M. BELPOLITI, Torino: Einaudi.
- LIBLAU, C. (2007 ed. originale 1996), *I Kapo di Auschwitz*, Torino: Einaudi.
- LINZ, J.J. (2000), *Totalitarian and Authoritarian Regimes*, Boulder: Lynne Rienner Pub.
- LIUCCI, R. (2011), *Spettatori di un naufragio. Gli intellettuali italiani nella seconda guerra mondiale*, Torino: Einaudi.
- LOVEJOY, A.O. (1948), *The Great Chain of Being*, Cambridge: Harvard University Press.
- MADSEN, B. e SØREN, W. (1996) *Survival in the Organization*, Aarhus: Aarhus University Press.
- MAHER, T.V. (2010), "Threat, Resistance, and Collective Action: The Cases of Sobibòr, Treblinka, and Auschwitz", *American Sociological Review*, 75(2), pp. 252–272.
- MAHER, T.V. (2012), "Bureaucracy, Power, and Organized Chaos; The Case of the Nazi Concentration Camps", paper presented at the *American Sociological Association meeting*, Denver.
- MAHER, T.V. (2013), *Chaos, Coercion, and Organized Resistance; an Organizational Analysis of the Nazi Concentration Camps*, PhD Dissertation, Ohio: Ohio State University. https://etd.ohiolink.edu/!etd.send_file?accession=osu1374506903&disposition=inline.
- MASSARI, M. (1998), "Gli insediamenti mafiosi nelle aree non tradizionali", *Quaderni di Sociologia*, 18, pp. 5-27.
- MAYO, E. (1945), *The Social Problems of an Industrial Civilization*, Boston: Graduate School of Business Administrator.

- MARCH, J.G. (1994), *A Primer on Decision-Making*, New York: Free Press.
- MAZARR, M. (2015), "Mastering the Gray Zone: Understanding a Changing Era of Conflict", *The Strategic Studies Institute*. <http://smallwarsjournal.com/blog/mastering-the-gray-zone-understanding-a-changing-era-of-conflict>.
- MCEWEN, C.A. (1980), "Continuities in the study of total and nontotal institutions", *Annual Review of Sociology*, 6, pp. 143-85.
- MCBARNET, D. (2006), "After Enron will 'Whiter than White Collar Crime' Still Wash?", *The British Journal of Criminology*, 46(6), pp. 1091-1109.
- MENGGONI, M. (2017), *Primo Levi e i tedeschi*, Torino: Einaudi.
- MENGGONI, M. (2018), *Variazioni Rumkowski: Primo Levi e la zona grigia*, Torino: Zamorani.
- MERENDA, I. e VISCONTI, C. (2019), "Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416bis tra teoria e diritto vivente", *Diritto Penale Contemporaneo*. <https://www.penalecontemporaneo.it>.
- METE, V. e SCIARRONE, R. (2017), "The Boundaries of Mafias: Relationships and Business in the 'Grey Area'", in S. CARNEVALE, S. FORLATI e O. GIOLO (a cura di), *Redefining Organized Crime: A Challenge for the European Union?*, Oxford: Hart, pp. 293-315.
- MILGRAM, S. (1974), *Obedience to Authority: An experimental View*, New York: Harper & Row.
- MINTZBERG, H. (1979), *The Structuring of Organizations*, Englewood Cliffs: Prentice-Hall.
- MONTANI, E. (2017), "Partecipazione e concorso esterno nel reato di associazione di tipo mafioso: un confine liquido", in A. ALESSANDRI (a cura di), *Espansione della criminalità organizzata nell'attività d'impresa al Nord*, Torino: Giappichelli, pp. 39-66.
- MORO, F. e CATINO, M. (2016), "La protezione mafiosa nei mercati legali. Un framework analitico ed evidenze empiriche in Lombardia", *Stato e Mercato*, 108, pp. 311-352.
- MORO, F.N. e SBERNA, S. (2018), "Transferring violence? Mafia killings in non-traditional areas: Evidence from Italy", *Journal of Conflict Resolution*, 62(7), pp. 1579-1601.
- MUSOLINO, F. e ROMEO, P. (2016), *L'area Grigia*, Reggio Calabria: Città del Sole.
- OGDEN, C.K. e RICHARDS, I.A. (1946), *The Meaning of the Meaning*, New York: Harcourt Brace.
- OWEN, A. (2017), *Into the Gray Zone: A Neuroscientist Explores the Border Between Life and Death*, New York: Scribner.
- PARTNOY, F. (2014), "Six shades of grey: a legal perspective on reputation", in Jackson et al. "Discussion forum. Grey areas: irresponsible corporations and reputational dynamics", *Socio-Economic Review*, pp. 195-200.
- PETROPOULOS, J. e J. K. ROTH (a cura di), *Gray Zones. Ambiguity and Compromise in the Holocaust and its Aftermath*, New York: Berghahn Books
- PIGNATONE, G. (2017), Introduzione. La fine di un'epoca, in S. PALAZZOLO, M. PRESTIPINO, *Il codice Provenzano*, Bari-Roma: Laterza, pp. VII-XXVI.
- PIGNATONE, G. e PRESTIPINO, M. (2019), *Modelli criminali. Mafie di ieri e di oggi*, Roma: Laterza.
- PIGNEDOLI, S. (2016), *Operazione Aemilia, Come una cosca di 'Ndrangheta si è insediata al Nord*, Reggio Emilia: Imprimitur.

- RERUP, C. (2006), "Success, Failure and the Gray Zone: How Organizations Learn or Don't learn from Ambiguous Experience", *Academy of Management Annual Meeting Proceedings*, 1.
- ROETHLISBERGER, F.J. e DICKSON, W.J. (1939), *Management and the Worker*, Cambridge: Harvard University Press.
- ROSS, E.A. (1907), *Sin and Society*, Boston: Houghton Mifflin Company.
- SALETTI, C. (a cura di) (1996), *La voce dei sommersi. Manoscritti ritrovati di membri del Sonderkommando di Auschwitz*, Venezia: Marsilio.
- SARTORI, G. (1970), "Concept misinformation in comparative politics", *American Political Science Review*, 4, pp. 1033-1053.
- SARTORI, G. (2011), *Logica, metodo e linguaggio nelle scienze sociali*, Bologna: il Mulino.
- SAVONA, E., CALDERONI, F., CAMPEDELLI, G.M., COMUNALE, T., FERRARINI, M. e MENEGHINI, C. (2018), "Recruitment into Mafias: Criminal Careers of Mafia Members and Mafia Bosses", mimeo Transcrime, <https://www.projectproton.eu>.
- SCIARRONE, R. (a cura di) (2011), *Alleanze nell'ombra. Mafie ed economie locali in Sicilia e nel Mezzogiorno*, Roma: Donzelli.
- SCIARRONE, R. (a cura di), (2014), *Mafie del nord. Strategie criminali e contesti locali*, Roma: Donzelli.
- SCOTT, R.W. e Davis, G.F. (2007), *Organization and Organizing. Rational, Natural, and Open System Perspectives*, New Jersey: Pearson International Edition.
- SNOOK, S. (2000), *Friendly Fire. The Accidental Shootdown of U.S. Black Hawks over Northern Iraq*, Princeton: Princeton University Press.
- SOFSKY, W. (1996, ed. originale 1993), *The Order of Terror. The Concentration Camp*, Princeton: Princeton University Press.
- SOLTES, E. (2016), *Why They Do It. Inside the Mind of the White-Collar Criminal*, New York: Public Affairs.
- STRASSER, S. e WHITNEY, C.R. (2004), *The Abu Ghraib Investigations: The Official Independent Panel and Pentagon Reports on the Shocking Prisoner Abuse in Iraq*, New York: Public Affairs.
- SYKES, G.M. (2007), *The Society of Captives: A Study of Maximum Security Prison*, Princeton: Princeton University Press.
- SUTHERLAND, E.H. (1940), "White-collar Criminality", *American Sociological Review*, 5, pp. 1-12.
- SUTHERLAND, E.H. (1983), *White Collar Crime. The Uncut Version*, New Haven e London: Yale University Press (trad. it. *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, a cura di G. FORTI, Milano: Giuffrè, 1987).
- THAM, J. (2002), "ASIO and the Rule of Law", *Alternative Law Journal*, 27, pp. 216-219.
- TODOROV, T. (1996), *Facing the Extreme*, New York: Henry Holt and Company, Inc.
- TURONE, G. (2015), *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano: Giuffrè.
- USEEM, B. e GOLDSTONE, J.A. (2002), "Forging Social Order and Its Breakdown: Riot and Reform in US Prisons", *American Sociological Review*, 67(4), pp. 499-525.
- VANNUCCI, A. (2012), *Atlante della corruzione*, Torino: Gruppo Abele.
- VARESE, F. (2011), *Mafias on the Move: How Organized Crime Conquers New Territories*, Princeton: Princeton University Press.
- VARESE, F. (2014), "Protection and Extortion", in L. PAOLI, *Handbook of Organized Crime*, Oxford: Oxford University Press, pp. 343-358.

- VENEZIA, S. (2016, 1° edizione 2007), *Sonderkommando Auschwitz*, Milano: BUR.
 VISCONTI, C. (2004), *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino: Giappichelli.
 VISCONTI, C. (2010), “Sui modelli di incriminazione della contiguità alle organizzazioni criminali nel panorama europeo: appunti per un’auspicabile (ma improbabile?) riforma «possibile»”, in G. FIANDACA e C. VISCONTI (a cura di), *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino: Giappichelli, pp. 189-202.
 VON WRIGHT, G.H. (1971), *Explanation and Understanding*, Ithaca: Cornell University Press.
 WACHSMANN, N. (2015) *KL: A History of the Nazi Concentration Camps*, London: Little Brown.
 WOLF, R. (2017), “Judgement in the Grey Zone: the Third Auschwitz (Kapo) Trial on Frankfurt 1968”, *Journal of Genocide Research*, (9)4, pp. 617-635.
 ZIMBARDO, P.G. (1972), *The Psychology of Imprisonment: Privation, Power and Pathology*, Stanford: Stanford University.
 ZIMBARDO, P.G. (2007), *The Lucifer Effect: Understanding how Good People Turn Evil*, New York: Random House.

Indagini, documenti ufficiali e giudiziari

- Corte Suprema di Cassazione Penale, *Sentenza del 3 Giugno 2015*, n. 24771.
 Commissione Parlamentare Antimafia (1994), *Relazione sulle risultanze dell’attività del gruppo di lavoro incaricato di svolgere accertamenti su insediamenti e infiltrazioni di soggetti ed organizzazioni di tipo mafioso in aree non tradizionali*. XI Legislatura, Camera dei Deputati, Roma.
 Commissione Parlamentare Antimafia (2012), *Audizione del Sostituto Procuratore Nazionale Antimafia Dottor Roberto Pennisi*, resoconto stenografico, 17 Aprile.
 Corte Suprema di Cassazione Penale, sez. VI, *Sentenza del 27 novembre 2012*, n. 1614
 Direzione Investigativa Antimafia – DIA (2015), *Attività svolta e risultati conseguiti. Relazione per il secondo semestre 2014*, Roma. <http://direzioneinvestigativa-antimafia.interno.gov.it>.
 Direzione Investigativa Antimafia – DIA (2017), *Attività svolta e risultati conseguiti. Relazione per il secondo semestre 2017*, Roma. <http://direzioneinvestigativa-antimafia.interno.gov.it>.
 Direzione Nazionale Antimafia – DNA (2015), *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale e dalla Direzione nazionale antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso nel periodo 1 luglio 2013 - 30 giugno 2014*, Roma.
 Direzione Nazionale Antimafia – DNA (2017), *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore nazionale e dalla Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso nel periodo 1 Luglio 2015 – 30 giugno 2016*, Roma.
 “Operazione Aemilia”, Tribunale di Bologna (2015), *Ordinanza di applicazione di misure cautelari coercitive*, Aiello + 202, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari Alberto Ziroidi, 15 gennaio.

-
- “Operazione Fiera”, Tribunale di Milano (2016), *Ordinanza applicativa di misura cautelare di Giardino Massimiliano* + 10, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari Maria Cristina Mannocci, 30 giugno.
- “Operazione Lampada”, Tribunale di Milano (2011), *Ordinanza di applicazione di misura cautelare personale di Ferminio Raffaele* + 9, Ufficio del giudice per le indagini preliminari Giuseppe Gennari, 10 novembre.
- “Operazione Laudani”, Tribunale di Milano (2017), *Richiesta di Applicazione di Misura Cautelare Alecci Lugi* + 14, Procuratore della Repubblica Aggiunto Ilda Boccassini, Procuratore della Repubblica Paolo Storari, 16 febbraio.
- “Operazione Serpe”, Tribunale di Venezia (2011), *Ordinanza di applicazione di misure cautelari di Carraturo Alberto* + 28, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari L. Marini, 31 marzo.
- “Operazione San Michele”, Tribunale di Torino (2014), *Ordinanza di applicazione di misure cautelari di Aracri Francesco* + 17, Ufficio del Giudice delle indagini preliminari, 7 aprile.
- Rapporto Greco Michele + 161, del 13/7/1982 (Vol.1 f.90), Polizia di Palermo.

CRISTINA DE MAGLIE
LA LINGUA DEL DIRITTO PENALE

“(...) Poiché noi vivi non siamo soli,
non dobbiamo scrivere come se fossimo soli.
Abbiamo una responsabilità finché viviamo:
dobbiamo rispondere di quanto scriviamo,
parola per parola, e far sì che ogni parola vada a segno”.

Primo Levi, *Dello scrivere oscuro* (1976)

SOMMARIO: 1. Lingua e linguaggio del diritto penale. – 2. (Segue): Le immagini del diritto penale. – 3. Lingua statica, lingua dinamica, lingua specialistica. – 4. Svantaggi e vantaggi della lingua specialistica. – 5. L’“ineluttabile vaghezza” delle parole del diritto penale. – 6. Le sottospecie della lingua del diritto penale. A. Il linguaggio del legislatore. – 7. (Segue): Le tipologie di redazione difettosa della legge penale: α . trascurata; β . Complessa; γ . Confusamente specialistica; δ . Iperanalitica. – 8. (Segue): La questione dei connettivi linguistici. – 9. B. La lingua dei magistrati. – 10. C. La lingua dell’avvocato penalista. – 11. D. La lingua degli accademici. – 12. Le parole del diritto penale: un’inutile pesantezza. – 13. Le ragioni di una lingua oscura. – 14. Perché scrivere chiaro. – 15. Come scrivere chiaro. Le polemiche sul principio di “sinteticità”. – 16. Una proposta.

1. *Lingua e linguaggio del diritto penale*

In un importante saggio di qualche anno fa, Grazia Mannozi si è occupata delle “parole del diritto penale”¹.

A lei si deve – tra le altre suggestioni – quella di aver marcato la differenza tra la *lingua* ed il *linguaggio* di questo ramo del diritto. Si tratta di una questione preliminare – afferma l’Autrice – di grande importanza: bisogna insomma stabilire “se il diritto penale si serva di una *lingua* o di un *linguaggio*, laddove il primo sostantivo si riferisce alla comunicazione verbale, mentre il secondo è da ritenere inclusivo anche dei segni *non verbali*”².

¹ MANNOZZI, *Le parole del diritto penale: un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1431 ss.

² MANNOZZI, *Le parole*, cit., p. 1432. Sul punto cfr. PIERUCCI, *Introduzione alla lingua del diritto*, in CAVAGNOLI-IORATTI FERRARI, *Tradurre il diritto. Nozioni di diritto e di linguistica giuridica*, Padova, 2009. Sull’“immaginazione” come elemento basilare del processo comunicativo penalistico cfr. PAPA, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2017, p. 37 s.

In effetti il diritto penale, più di ogni altra branca delle scienze giuridiche, da sempre si avvale per comunicare, oltre che della *lingua*, anche di un *linguaggio*, un linguaggio particolarmente espressivo, solenne e spietato, in grado di colpire e coinvolgere anche i non addetti ai lavori.

Basta pensare alla iconografia con cui tradizionalmente viene rappresentata la giustizia penale. Emblematica, nella storia della cultura, la definizione scritta con cui Cesare Ripa accompagna l'immagine della Giustizia nella sua celebre *Iconologia*:

“Giustizia. Donna vestita di bianco, abbia gli occhi bendati; nella destra mano tenga un fascio di verghe, con una scure legata insieme ad esse, nella sinistra una fiamma di fuoco, e a canto avverrà lo struzzo, ovvero tenga la spada, e le bilance. Questa è quella sorte di giustizia che esercitano ne' tribunali i giudici e gli esecutori secolari. Si veste di bianco, perché il giudice dev'essere senza macchia di proprio interesse o d'altra passione: tien gli occhi bendati, non guardando alcuna cosa della quale s'adoperi per giudice il senso nemico della ragione. Il fascio di verghe con la scure era portato anticamente in Roma da littori innanzi a' consoli e al tribuno della plebe, per mostrar che non si deve rimanere di castigare, ove richiede la Giustizia, né si deve esser precipitoso: ma dar tempo a maturare il giudizio nello sciorre delle verghe. La fiamma mostra che la mente del giudice deve essere sempre drizzata verso il Cielo. Per lo struzzo s'impara che le cose che vengono in giudizio per intricate che siano non si deve mancare di strigarle, e isnodarle, con animo paziente, come lo struzzo digerisce il ferro, ancorché sia durissima materia, come raccontano molti scrittori”³.

Come è già stato rilevato, al di là della presenza, nel corso dei secoli, di *variabili* che a seconda degli influssi politico-culturali, hanno attraversato le varie epoche (lo scettro, il fascio littorio, la cornucopia, ecc.), vi sono delle *costanti* simboliche che sono con persistenza presenti nella rappresentazione della giustizia penale.

La giustizia viene infatti raffigurata *sempre* come una figura femminile. È una dea bendata⁴, che il più delle volte tiene in una mano una spada, nell'altra la bilancia.

La benda sugli occhi, la spada e la bilancia sono simboli che appartengono a mondi lontani e ad ideologie profondamente diverse tra loro⁵. Non solo: sono

³ RIPA, *Iconologia*, Roma, 1603, p. 182. Sul simbolismo linguistico del diritto penale cfr. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, 2018, p. 129 ss.

⁴ Cfr. SBRICCOLI, *La benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna*, in AA.VV., *Ordo Iuris. Storie e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, 2003, p. 79 ss.

⁵ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia è sempre femmina*, in *La Repubblica*, 5 novembre 2008.

simboli contraddittori, perché possono essere interpretati in modo completamente antitetico.

La bilancia è tradizionalmente il segno dell'equilibrio, ma, come ricorda Adriano Prosperi, nella sua affascinante ricostruzione storica, per Edgar Lee Master, nella nota poesia che appare nella *Antologia di Spoon River*, essa è il segno della corruzione: è infatti sulla bilancia che la folla getta “monete d'oro” implorando i favori della “donna bellissima con gli occhi bendati”. Anche la spada, nella visione del poeta americano, non rappresenta la forza di chi ha la capacità di decidere il giusto, bensì l'arbitrio furioso di chi può colpire “(...) ora un bimbo, ora un operaio, ora una donna che tentava di ritrarsi, ora un folle”⁶.

In altre parole, nell'interpretazione dissacratoria del poeta, la bilancia della giustizia equivale alla corruzione e la spada al potere imposto con la forza brutale.

Anche la benda sugli occhi, che caratterizza da sempre le immagini della giustizia, presenta una forte ambiguità perché può essere interpretata oltre che come “equità”, anche in senso negativo, sinonimo cioè di giustizia “cieca” di fronte al dolore del mondo⁷.

Nonostante il fascino indiscutibile e perturbante della interpretazione corrosiva di Edgar Lee Master, è prevalsa nel tempo nell'inconscio collettivo, attraverso

⁶ LEE MASTER, *Antologia di Spoon River*, trad. it., Torino, 2014, p. 253. Per un commento efficace cfr. PROSPERI, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Torino, 2008, p. XV ss.

“Io vidi una donna bellissima, con gli occhi bendati
 ritta sui gradini di un tempio marmoreo.
 Una gran folla le passava dinanzi,
 alzando al suo volto il volto implorante.
 Nella sinistra impugnava una spada.
 Brandiva questa spada,
 colpendo ora un bimbo, ora un operaio,
 ora una donna che tentava di ritrarsi, ora un folle.
 Nella destra teneva una bilancia;
 nella bilancia venivano gettate monete d'oro
 da coloro che schivavano i colpi di spada.
 Un uomo in toga nera lesse da un manoscritto:
 «Non guarda in faccia a nessuno».
 Poi un giovane col berretto rosso
 balzò al suo fianco e le strappò la benda.
 Ed ecco, le ciglia eran tutte corrose
 sulle palpebre marce;
 le pupille bruciate da un muco latteo;
 la follia di un'anima morente
 le era scritta sul volto.
 Ma la folla vide perché portava la benda”.

⁷ PROSPERI, *Giustizia bendata*, cit.

la canalizzazione del consenso sociale da parte del potere⁸, un'interpretazione benevola dei simboli che connotano la giustizia penale.

Così la bilancia, nel linguaggio comune, equivale ad equità; la spada significa la facoltà ed il potere di decidere e la benda è sinonimo di imparzialità.

Vi è poi un elemento costante su cui vale la pena di riflettere: la giustizia è sempre *femmina* e spesso è una fanciulla bellissima.

Questa identificazione al femminile, che si tramanda nei secoli, in contrapposizione chiara con la figura del potere, che è sempre raffigurato come maschio, ha un significato preciso.

Per dirla con Gustavo Zagrebelsky,

“(...) le figure femminili, come Antigone contrapposta a Creonte, rappresentano con evidenza l'idea dell'equilibrio dei rapporti che si svolgono nella natura sociale e biologica, con i suoi cicli, le sue armonie, anche dolorose, e le sue composizioni e decomposizioni, mentre le immagini maschili sono piuttosto quelle della forzatura, della dissonanza e della dissociazione”⁹.

Che il diritto penale si avvalga di immagini simboliche per esprimere la sua forza¹⁰ è evidente anche in altri particolari che connotano la sua storia atroce: si pensi all'esecuzione pubblica di pene corporali o infamanti¹¹.

Si pensi alla spettacolarità del processo penale che, persino nel linguaggio dei *media* non si tiene, non si svolge, ma si “celebra” come un rito sacro; si pensi all'abbigliamento dei giudici, avvolti in toghe solenni¹². Non solo: talvolta, in casi particolari previsti dal codice di procedura penale, il processo si celebra “a porte chiuse”, ove il divieto di entrare nel luogo in cui si fanno valere le pretese di giustizia dà immediatamente l'idea di un tabernacolo sacro e inaccessibile... Per non parlare delle gabbie in cui vengono “custoditi” gli imputati durante alcuni processi. Alcune sono di metallo e ricordano immancabilmente le gabbie degli zoo: tra le sbarre si affacciano i volti e penzolano le mani degli individui sotto processo. Altre volte le gabbie sono costruite in modo più sofisticato: non sono di ferro,

⁸ PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 849 ss.

⁹ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia*, cit.

¹⁰ Sul “lessico di foggia bellica” impiegato dal diritto penale cfr. PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in questa *Rivista* 2012, p. 113. Sul ruolo e sulla carica simbolica dei riti cfr. CHASE, *Gestire i conflitti. Diritto, cultura, rituali*, trad. it., Bari, 2009, p. 136 ss.

¹¹ Sullo “splendore dei supplizi” sono sempre attuali le pagine di FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. La nascita della prigione*, trad. it., Torino, 1976, p. 35 ss. Sul ruolo del rito nell'applicazione della pena cfr. GARLAND, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, Chicago, 1990, p. 254 ss.

¹² Sul punto GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, trad. it., Milano, 2007, p. 56 ss.

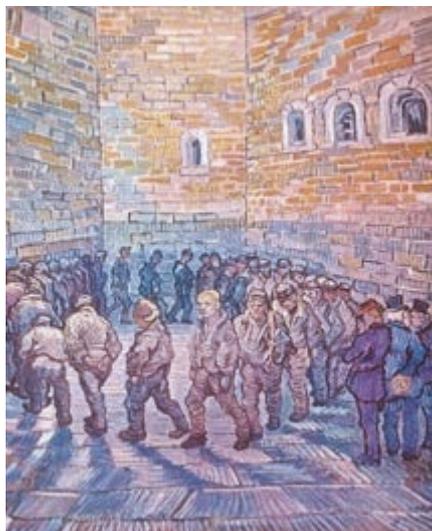
bensì di vetro e gli spettatori possono così vedere i detenuti che si muovono “al di là” come pesci senz’acqua¹³.

2. (Segue): *Le immagini del diritto penale*

“(…) Il diritto penale è (…) uno strumento a doppio taglio, che tutela determinati beni giuridici attraverso il sacrificio di un altro bene giuridico: principalmente, la libertà personale dell’autore del reato”¹⁴.

Qualunque cittadino, anche non esperto di diritto, è in grado di percepire la forza del messaggio penalistico. Le opere di grandi artisti hanno contribuito a diffondere le immagini della crudeltà di questa branca del diritto.

Tutti ricordano il celebre dipinto di Van Gogh del 1890, che raffigura la ronda dei carcerati: un quadro più volte riprodotto sui manifesti e copertine di libri come il simbolo della giustizia penale.



¹³ Sulla spettacolarizzazione processuale cfr. OGLETREE-SARAT (eds.), *Punishment in Popular Culture*, New York-London, 2015.

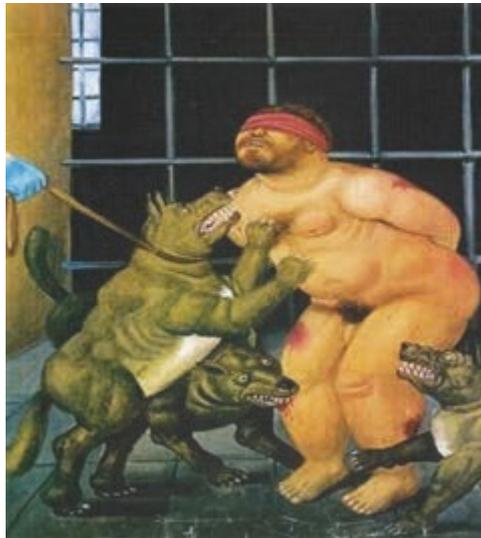
¹⁴ PERINI-CONSULICH (a cura di), *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, Milano, 2006, p. 13, che richiamano, evidentemente, VON LISTZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it., Milano, 1962, p. 46.

L'Autore rappresenta nell'opera un gruppo di detenuti nel cortile di una prigione durante l'ora d'aria.

I carcerati camminano in modo stanco, rassegnato, che evoca in modo chiaro la sofferenza di una pena senza fine... Non si vede il cielo, i muri del carcere incombono sulle persone che girano in eterno, sotto lo sguardo indifferente delle guardie. Fine pena: mai. È questa l'impressione spaventosa e inequivocabile del carcere che promana dal quadro e che investe l'osservatore.

Anche l'arte contemporanea ha trasmesso con cruda eloquenza l'idea dell'esercizio da parte dello Stato del proprio potere coercitivo come una "forma consentita di uso della forza contro il cittadino"¹⁵.

Si pensi ai quadri di Fernando Botero sulle torture inferte ai prigionieri nel carcere di Abu Ghraib in Iraq. Alcuni di questi dipinti, realizzati tra il 2004 ed il 2005, sono stati donati dall'Autore all'Università di Berkeley in California e campeggiano, enormi ed aggressivi, nel corridoio della Presidenza della *Law School*. Lo studente di giurisprudenza o il comune cittadino che voglia tenersi aggiornato sui metodi utilizzati dai carcerieri americani riceverà un'impressione indelebile delle capacità di persuasione del "braccio armato dello Stato" e del potere grande e spaventoso del suo linguaggio.



¹⁵ PALIERO, *L'agorà e il palazzo*, cit., p. 98.

3. *Lingua statica, lingua dinamica, lingua specialistica*

La letteratura specialistica distingue tra lingua penalistica *statica* e lingua penalistica *dinamica*¹⁶. Si tratta di una classificazione utile, che anche io intendo in parte riproporre.

Come è stato già chiarito, la dimensione *statica* serve ad individuare i requisiti di forma, di contenuto e gli effetti delle parole del diritto penale: a questo versante spetta perciò il compito dell'analisi del lessico, della sintassi e della morfologia della lingua penalistica, secondo la nota classificazione di stampo anglosassone, della *legal language*¹⁷.

Nella dimensione *dinamica* si studiano invece le modificazioni che intervengono sulla lingua del diritto penale, che risente inequivocabilmente delle pressioni sociali e dei mutamenti culturali ed economici dovuti alla globalizzazione ed alla circolazione dei modelli¹⁸.

In ogni caso va sottolineato che:

“(...) la lingua del diritto è l'italiano. Certo, volendo precisare, è una variante diafasica dell'italiano, che risente cioè della materia su cui verte e delle situazioni in cui la si usa, ed è pure una variante diastratica perché chi parla diritto, di solito, è dotato di un buon livello di istruzione. Variante – dice la sociolinguistica – ma pur sempre italiano, non diversamente dall'italiano dei giornalisti, degli ingegneri, dei medici o dei parlamentari”¹⁹.

In altre parole, la lingua del diritto penale, come del resto le altre lingue giuridiche, è una *lingua specialistica*²⁰, che si innesta sul linguaggio comune con cui ha molteplici e complesse interazioni²¹.

Vi è perciò un rapporto da genere a specie tra il linguaggio comune e la lingua del diritto penale. La lingua penalistica costituisce infatti un ramo della lingua del diritto, che a sua volta, si trova in relazione di specialità con la lingua italiana.

¹⁶ MANNOZZI, *Le parole*, cit., p. 1440 ss.

¹⁷ MATTILA, *Comparative Legal Linguistics: Language of Law, Latin and Modern Lingua Francas*, London, 2013.

¹⁸ Sul punto GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000; FERRARESE, *Diritto sconfinato: Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Bari, 2006.

¹⁹ D. MANTOVANI, *La lingua del diritto: un programma di ricerca e di insegnamento*, in *Le parole giuste. Scrittura tecnica e cultura linguistica per il buon funzionamento della pubblica amministrazione e della giustizia*, 1, Senato della Repubblica, 2017, p. 24 s.

²⁰ MARCHESIELLO, *Il linguaggio della legge*, in MARIANI MARINI-BAMBI (a cura di), *Lingua e diritto. Scritto e parlato nelle professioni legali*, Pisa, 2013, p. 133 ss.

²¹ G. CONTE, *Il linguaggio della difesa civile*, in MARIANI MARINI-BAMBI (a cura di), *Lingua e diritto*, cit., p. 41.

Si può allora affermare che il linguaggio giuridico – e quindi anche quello penalistico – è un linguaggio *tecnico* “distinto” da quello comune, ma “*non separato*” da esso; un linguaggio “percorso da tensioni che lo differenziano dagli usi informali e quotidiani di una lingua”²².

Non solo: è anche evidente come la lingua del diritto penale sia in rapporto costante con almeno una *lingua diversa*, oltre che in relazione di specialità con la lingua italiana.

Innanzitutto è fuori discussione che il linguaggio giuridico prende forma e consistenza dal *latino* “la lingua materna dell’Europa”, e dal diritto romano che costituisce la base inconfutabile della nostra cultura giuridica²³.

È infatti assodato che “per ragioni retoriche, e per esprimere massime e concetti giuridici, i testi dei giuristi sono stati colorati con locuzioni e brocardi latini e questa abitudine continua ancora oggi”²⁴.

Ma oltre al latino, la lingua del diritto ha subito negli anni una forte, fondamentale influenza dal *tedesco*, che ha plasmato oltre alla formazione teorica dei penalisti anche il loro modo di esprimersi²⁵: non solo le opere monografiche, i saggi e gli articoli, ma anche i manuali destinati agli studenti subiscono questa attrazione. Addirittura alcuni termini non vengono neppure tradotti, perché si presuppone che il destinatario li abbia ben recepiti ed assimilati nel suo corredo culturale.

Penso ad esempio alla terminologia che viene usata nelle trattazioni che riguardano il “rischio”: espressioni come *Risikogesellschaft* (società del rischio), *Risikoverwirkichung* (realizzazione del rischio), *Risikoerhöhung* (aumento del rischio), *erlaubtes Risiko* (rischio consentito) sono entrate definitivamente nel linguaggio dei penalisti²⁶.

Negli ultimi anni è l’*inglese* che tende a coprire il ruolo di protagonista. Soprattutto nel diritto penale dell’economia parole come *insider trading*, *antitrust*, etc. sono state adottate dagli studiosi²⁷. Anche la giurisprudenza maneggia con disinvoltura espressioni come *BARD* (*beyond any reasonable doubt*), giudice *gatekeeper* e *leading case*²⁸.

²² S. CASSESE, *Introduzione allo studio della normazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 1992, p. 322.

²³ MATTILA, *Locuzioni e brocardi latini nei linguaggi giuridici moderni*, in *Diritto e storia*, 6, 2007, p. 1.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Cfr. VERONESI (a cura di), *Linguistica italiana e tedesca. Rechtslinguistik des Deutschen und Italienischen*, Padova, 2000.

²⁶ Per la ricostruzione del concetto di “rischio” cfr. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010.

²⁷ Cfr. SEMINARA, *Insider trading e diritto penale*, Milano, 1989.

²⁸ Cass. sez. un. 10 luglio 2002 n.30328, Franzese, in *Foro it.*, 2002, II, 601.

4. Svantaggi e vantaggi della lingua specialistica

L'assodata natura specialistica della lingua del diritto penale comporta *svantaggi e vantaggi*.

Lo *svantaggio* più evidente è quello di essere poco accessibile – se non addirittura incomprensibile – per i non addetti ai lavori²⁹. La parola dei penalisti può apparire ostile, perché “(...) costretta in un costume linguistico antiquato, gravato da stereotipi, spesso impervio, e afflitto dai vizi imperituri della prolissità, della pesantezza e dell'aridità gergale”³⁰.

Inoltre, se è innegabile che i termini specialistici si innestano sul linguaggio comune, va notato che essi possono talvolta rivestire un significato completamente diverso da quello ordinario delle parole, con il risultato di generare fraintendimenti ed equivoci anche grossolani in cui può cadere la persona che non è esperta di diritto³¹.

Penso ad esempio al concetto di “aberrazione”, che nell'accezione comune significa deviazione disgustosa, perversione, mentre nella lingua del diritto penale equivale a mera deviazione tra voluto e realizzato (artt. 82 e 83 c.p.). Infatti l'*aberratio ictus* non è la perversione di un soggetto in condizioni di *deficit* cerebrale ...

I *vantaggi* della lingua del diritto penale sono invece tutti per gli specialisti di settore. Questi “vantaggi essenziali” sono la “precisione” e l'“economia”³².

Per quanto riguarda la “precisione”, “i tecnicismi tendono ad essere caratterizzati dalla «monoreferenzialità»”³³.

Ciò significa che, in linea di massima – a parte l'inevitabile vaghezza che contraddistingue *anche* le parole del diritto penale – i tecnicismi hanno un significato specifico, spesso univoco, un significato che deriva da un “processo di definizione convenzionale esplicito”³⁴. Molti termini – ad esempio la nozione di pubblico ufficiale (art. 357 c.p.), la nozione di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583 *bis*, I comma) etc. – ricevono una *definizione* da parte del legislatore³⁵.

Per quanto invece concerne l'“economia” ci accorgiamo che, quando spieghiamo un termine tecnico a persone estranee al nostro mondo, dobbiamo utiliz-

²⁹ BELLUCCI, *Giurisdizione e linguaggio*, in MARIANI MARINI (a cura di), *Promemoria per avvocati. Ragionare, scrivere, difendere i diritti*, Pisa, 2014, p. 208.

³⁰ MARIANI MARINI, *Presentazione*, in MARIANI MARINI-BAMBI (a cura di) *Lingua e diritto*, cit., p. 7.

³¹ LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 212 s.

³² BELLUCCI, *Giurisdizione e linguaggio*, cit., p. 208 ss.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Sulle definizioni legali cfr. per tutti GATTA, *Abolitione criminis e successione di norme “integratrici”*: teoria e prassi, Milano, 2008, p. 82 ss.

zare lunghi giri di parole, abbondare in esempi e similitudini, mente quando parliamo a soggetti che praticano la nostra professione, ci basta anche una sola parola per illustrare una situazione³⁶.

5. L'“ineluttabile vaghezza” delle parole del diritto penale

La lingua del diritto penale, in ossequio al principio di legalità, *deve* rispettare il canone della *precisione*³⁷.

Ciò significa che le parole del diritto penale si sottraggono alla regola dell'“ineluttabile vaghezza”³⁸ che sembrerebbe contraddistinguere senza eccezioni ogni branca del diritto?

Senza pretese di completezza, è opportuna qualche riga sul punto.

La letteratura sulla vaghezza delle norme è sterminata³⁹.

Propongo in questa sede la nozione elaborata da Claudio Luzzati.

“Chiamo vaga una *norma* giuridica quando si presentano o si possono ipotizzare casi limite. Questi ultimi sono costituiti da *fattispecie concrete* sulla cui qualificazione siano intrinsecamente incerti e riguardo alle quali non siamo in grado di decidere se corrispondono o non corrispondono alla *fattispecie astratta* prevista dalla norma. L'incertezza è detta intrinseca perché non sono sufficienti a rimuoverla né una piena prova dei fatti su cui verte la controversia, né un'approfondita conoscenza del diritto, né una perfetta padronanza del linguaggio giuridico”⁴⁰.

In particolare, la categoria della vaghezza può essere – figurativamente – distinta in tre zone:

³⁶ BELLUCCI, *Giurisdizione e linguaggio*, cit., p. 209.

³⁷ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, 3^a ed., Milano, 2001, p. 119 ss.; DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, p. 11 ss.; EAD., *L'interpretazione delle fattispecie penali tra sintassi, semantica e pragmatica linguistica. Ovvero: la lettera della legge rappresenta la vera garanzia?*, in MANNA (a cura di), *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, Pisa, 2016, p. 1029; P. MORO, *Figure retoriche e scrittura forense*, in CAVALLA (a cura di), *Retorica. Processo. Verità. Principi di filosofia forense*, Milano p. 160.

³⁸ Sul punto BELVEDERE, *Linguaggio e metodo giuridico*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 2016, p. 132; H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it., Torino, 1961, p. 145 ss.

³⁹ Cfr. tra gli altri, GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, p. 350 ss.; ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford, 2000; LUZZATI, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Torino, 2012; MORUZZI, *Vaghezza. Confini, cumuli e paradossi*, Bari, 2012; PAGANINI, *La vaghezza*, 2^o ed., Roma, 2008; D'Agostino, *Paradossi*, Roma, 2009, p. 179 ss.

⁴⁰ LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 70.

- a. una che contiene i casi a cui la norma *sicuramente non* si applica;
- b. una che raggruppa i casi a cui la norma *sicuramente si* applica;
- c. una “zona di penombra” che comprende i “casi limite” del significato⁴¹.

Si tratta di una classificazione che può sembrare un po’ rigida, ma è comunque utile per comprendere che la vaghezza non va intesa come una qualità che esiste o che non esiste: è invece “una questione di grado”⁴².

Si pensi al noto paradosso del “sorite”, elaborato nel IV secolo a.C. da Eubulide di Mileto, e costruito sulla vaghezza del termine “mucchio”⁴³.

In base a questo paradosso, un chicco di grano non è certo un mucchio, e nemmeno due o tre chicchi lo sono. Ma se si aggiungono i chicchi di grano uno sopra l’altro, prima o poi si ottiene un “mucchio”. Tuttavia non è individuabile il momento preciso in cui il mucchio comincia a materializzarsi. Esiste invece una “zona di transizione” in cui dal non-mucchio si passa al mucchio.

Si può allora affermare che la *vaghezza* è “un’*incompletezza* essenziale delle regole di significato” dovuta all’“ineliminabile” “porosità” del linguaggio⁴⁴.

La vaghezza non va confusa con la *genericità*, che consiste in uno stato di “in-differente riferimento ad una pluralità di situazioni diverse, che di volta in volta vanno individuate”⁴⁵.

Come esemplifica Luzzati, l’affermazione che

“«Mario Rossi ha ucciso una persona»” è generica sotto parecchi profili: non specifica quando, dove e come è avvenuta l’uccisione; non specifica se la vittima sia un uomo o una donna, un giovane o un vecchio etc., né, infine, specifica se l’azione costituisca un omicidio volontario, colposo, preterintenzionale, l’adempimento di un dovere, un atto di legittima difesa etc. (...)”⁴⁶.

Se la genericità è un carattere accettabile dell’enunciato, va invece respinta con risolutezza la situazione di *ambiguità* che può caratterizzare un precetto.

È questa una condizione di “polisemia dell’espressione linguistica”, che è caratterizzata da “una contraddizione irrimediabile, dinanzi alla quale le diverse situazioni ermeneutiche proponibili (...) godono di un analogo tasso di plausibilità

⁴¹ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1972, p. 121 ss.

⁴² Sul punto LUZZATI, *La vaghezza*, cit., p. 83 ss.

⁴³ Per tutti, nella letteratura italiana, cfr. D’AGOSTINI, *Paradossi*, cit., p. 163; MORUZZI, *Vaghezza*, cit., p. 16 s.

⁴⁴ LUZZATI, *La vaghezza*, cit., p. 68.

⁴⁵ CARNEVALE, *Diritto, normazione e ambiguità*, in R. ZACCARIA (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, Roma, 2012, p. 36 ss.; LUZZATI, *Vaghezza, interpretazione e certezza del diritto*, in COMANDUCCI-GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2005. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2006, p. 140.

⁴⁶ LUZZATI, *La vaghezza*, cit., p. 49.

ed accettazione, perché tutte segnate da una ineliminabile e decisiva cifra di arbitrarietà”⁴⁷.

Questa forma di “opacità linguistico-normativa” va osteggiata, perché talvolta può essere voluta, fraudolenta, costruita cioè ad arte a scopi intenzionalmente distorsivi⁴⁸.

Penso, ad esempio, alla disposizione emanata nel 1919 dal governo della Repubblica dei Consigli di Monaco di Baviera:

“È punita qualsiasi infrazione ai principi rivoluzionari. La specie della pena è a discrezione del giudice”⁴⁹.

In conclusione, la vaghezza costituisce una inevitabile incertezza in una questione di confini – a cui *non* si sottrae la norma del diritto penale – della portata lessicale di una disposizione.

Ciò significa, in definitiva, che l’enunciato, accanto a significati certi, presenta una zona di ombra, in cui si manifestano inevitabili ipotesi limite di incerta applicazione⁵⁰.

Il nostro sistema di giustizia penale abbonda di espressioni vaghe. Faccio qualche esempio:

- motivi abbietti e futili (art. 61, 1 c.p.)
- motivi di particolare valore morale o sociale (art. 62, 1 c.p.)
- atti osceni (art. 527 c.p.)
- ragionevole dubbio (art. 533 c.p.p.)
- ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.)
- indizi gravi, precisi e concordanti (art. 192 c.p.p.)

La letteratura che si è occupata della distinzione tra *vaghezza quantitativa* (ad es. la ragionevole durata del processo) e *vaghezza combinatoria* (ad es. gli atti osceni)⁵¹, ha costruito alcuni casi su cui meditare.

Ecco una situazione esaminata da Lon Fuller:

“È vietato dormire nelle stazioni ferroviarie. Supponiamo che io sia un giudice e che due uomini siano portati al mio cospetto per aver violato la legge. Il primo è un passeggero che stava aspettando alle tre del mattino un treno in ritardo. Quando fu arrestato stava seduto in posizione eretta ed in modo ordinato,

⁴⁷ CARNEVALE, *Diritto*, cit., p. 36.

⁴⁸ *Ibidem*, p.37. Per una classificazione delle tipologie di ambiguità cfr. GARCÍA-MARQUEZ, *El lenguaje de las leyes*, in CARETTI-ROMBOLI (a cura di), *La lingua dei giuristi*, Pisa, 2016, p. 83.

⁴⁹ ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it., Milano, 1970, p. 194 s.

⁵⁰ CARNEVALE, *Diritto*, cit., p. 36.

⁵¹ TUZET, *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, 2010, p. 137.

ma fu sentito russare leggermente dall'agente che lo trasse in arresto. Il secondo aveva portato una coperta ed un cuscino alla stazione e si era chiaramente disteso per trascorrere la notte. Egli fu arrestato, ad ogni modo prima che si fosse addormentato. Quale di questi due casi rappresenta il "caso paradigmatico" della parola dormire?"⁵².

Anche l'analisi di una fattispecie vigente può aiutare a comprendere la portata e la problematicità della "vaghezza".

Penso in particolare al delitto di tortura disciplinato dall'art. 613 *bis* c.p.⁵³.

Rammento le osservazioni fatte a suo tempo da Jorge Juan Moreso sulla disposizione prevista dall'art. 5 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, che stabilisce che "Nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamenti o a punizioni crudeli, inumane o degradanti"⁵⁴. Questi rilievi sono tuttora importanti per comprendere e delimitare le "parole" contenute nella fattispecie di tortura.

Ecco l'esempio di Jorge Juan Moreso:

"la reclusione in una cella d'isolamento per dieci anni è un trattamento degradante.

Altrettanto per dieci anni meno un minuto. Ma togliendo un minuto alla volta arriviamo alla conseguenza (assurda) che la reclusione in una cella d'isolamento per un minuto è un trattamento degradante.

⁵² FÜLLER, *Il positivismo e la fedeltà al diritto. Una replica a Hart*, in SCHIAVELLO-VELLUZZI (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Un'antologia*, Torino, 2005, p. 136 ss.

⁵³ Art. 613 *bis* c.p. *Tortura*. "Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona.

Se i fatti al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni.

Il comma precedente non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti.

Se dai fatti di cui al primo comma deriva una lesione personale le pene di cui ai commi precedenti sono aumentate; se ne deriva una lesione personale grave sono aumentate di un terzo e se ne deriva una lesione personale gravissima sono aumentate della metà.

Se dai fatti di cui al primo comma deriva la morte quale conseguenza non voluta, la pena è della reclusione di anni trenta. Se il colpevole cagiona volontariamente la morte, la pena è dell'ergastolo".

Per un commento efficace cfr. PADOVANI, *Tortura: adempimento apparentemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, in questa *Rivista* 2016, p. 27 ss.

⁵⁴ MORESO, *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Barcelona, 2005, p. 24.

- a) Colpire i prigionieri con pugni nello stomaco per indurli a parlare è una forma di tortura?
- b) Scuotere i detenuti per indurli a parlare è una forma di tortura? Con quanta forza?
- c) Costringere i prigionieri interrogati a rimanere seduti in posizioni scomode è una forma di tortura? Per quanto tempo?
- d) Costringere i prigionieri a suoni e a luci sgradevoli è una forma di tortura? Per quanto tempo? Con quale intensità?
- e) Minacciare i prigionieri è una forma di tortura?
- f) Insultare i prigionieri è una forma di tortura?⁵⁵.

Le conclusioni sono allora evidenti: la *vaghezza* di una disposizione genera, inevitabilmente, casi limite.

Il problema che ne deriva è allora il seguente: “è possibile tracciare un confine fra i casi (o gli oggetti) non *borderline* e i casi *borderline*? Per i sostenitori di queste teorie la risposta è: no”⁵⁶.

6. *Le sottospecie della lingua del diritto penale.*

A. *Il linguaggio del legislatore*

La lingua del diritto penale può essere classificata in varie *sottospecie*, o sottocodici⁵⁷:

- A. Il linguaggio del *legislatore*.
- B. Il linguaggio del *giudice*.
- C. La lingua degli *avvocati*.
- D. La lingua degli *accademici*.

In dettaglio.

A. Non molti sanno che nella nostra storia legislativa l’esperto di letteratura, se non addirittura il linguista, è stato talvolta interpellato per correggere le “sgrammaticature” dei testi normativi⁵⁸.

Come ricorda Federico Bambi, Giuseppe Zanardelli affidò infatti allo scrittore Ferdinando Martini il compito di revisionare il suo codice, mentre la verifica linguistica del codice di procedura penale del 1913 venne commissionata al letterato Guido Mazzoni⁵⁹.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ PAGANINI, *La vaghezza*, Roma, 2008, p. 83.

⁵⁷ Sul punto MANNOZZI, *Le parole del diritto penale*, cit., p. 1450 ss.

⁵⁸ ADDEO, *Grammatica forense*, Roma, 1938, p. 165.

⁵⁹ BAMBI, *La lingua delle Aule parlamentari. La lingua della Costituzione e la lingua della legge*, in CARETTI-ROMBOLI (a cura di), *La lingua dei giuristi*, cit., p. 60.

In particolare, fu Ugo Ogetti il revisore del codice del 1930. Le sue parole sono riportate da Piero Addeo:

“Sulle mie correzioni formali al testo del nuovo codice penale non esiste relazione. Correggevo le bozze e le rimandavo con una lettera all’amico Rocco. Il codice Zanardelli era stato più fortunato: la revisione era stata fatta da Ferdinando Martini. Badi: non tutte le proposte alla fine sono state accettate”⁶⁰.

Addirittura interviene Benito Mussolini in persona per correggere l’art. 49 c.p. che disponeva: “non è punibile chi commette un fatto non costituente reato nella supposizione erronea che esso costituisca reato”; e al secondo comma: “La punibilità, è esclusa allorché per la inidoneità dell’azione o per l’inesistenza dell’oggetto di essa, è impossibile l’evento dannoso o pericoloso”.

Una formula poco chiara secondo Mussolini, che ritiene di aggiungere al secondo comma un decisivo “altresì” e di sostituire l’*“allorché”* con un *“quando”*.

Il risultato è il seguente: “La punibilità è *altresì* esclusa *quando* per la inidoneità dell’azione o per l’inesistenza dell’oggetto di essa, è impossibile l’evento dannoso o pericoloso”.

Una vera rivoluzione verbale approvata entusiasticamente da Piero Addeo⁶¹.

Non risulta invece che attualmente i letterati vengano consultati per un controllo linguistico della produzione legislativa contemporanea: i risultati sono purtroppo evidenti...

Va però segnalato che un settore della letteratura giuridica degli ultimi anni ha prodotto studi di grande interesse sui “difetti” linguistici che caratterizzano i testi legislativi⁶².

In proposito, per quanto concerne i caratteri negativi che gravano sulla lingua impiegata dal legislatore penale, faccio riferimento alla classificazione elaborata da Golzáles Salgado nel 2009, che si distingue per precisione e chiarezza e che riporto con gli aggiustamenti che ritengo necessari per lo studio della lingua della legge penale⁶³.

⁶⁰ ADDEO, *Grammatica forense*, cit., p. 165.

⁶¹ Sul punto cfr. BAMBI, *La lingua delle Aule parlamentari*, cit., p. 61.

⁶² GARCIA-ESCUADERO MARQUEZ, *El lenguaje de las leyes*, in CARETTI-ROMBOLI (a cura di), *La lingua dei giuristi*, cit., p. 80 ss.

⁶³ GONZÁLES SALGADO, *El lenguaje jurídico del siglo XXI*, in *Diario La Ley*, 2009, p. 7209 ss.

7. (Segue): Le *tipologie di redazione difettosa della legge penale*: α . *trascurata*; β . *Complessa*; γ . *Confusamente specialistica*; δ . *Iperanalitica*

Le tipologie di redazione difettosa della legge penale sono dunque a mio avviso quattro:

- α . Redazione *trascurata*.
- β . Redazione *complessa*.
- γ . Redazione *confusamente specialistica*.
- δ . Redazione *iperanalitica*.

α . Redazione *trascurata*

La redazione è *trascurata* quando la norma contiene degli errori di grammatica, delle debolezze nella sintassi, delle falle nella punteggiatura, degli sbagli nell'uso della *consecutio temporum* etc.

Due esempi di recente produzione sono la norma sull'omicidio stradale e l'ipotesi di lesioni stradali gravi o gravissime (art. 589 *bis* e 590 *bis* c.p.). In entrambi i casi il legislatore fa uno sfoggio inspiegabile e imbarazzante del tempo congiuntivo:

“Chiunque *cagioni* per colpa la morte di una persona con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale...”, “chiunque *cagioni* per colpa ad altri una lesione personale...”.

β . Redazione *complessa*

La formulazione può essere definita *complessa*, quando la norma abusa di subordinate, utilizza periodi lunghi e complicati in cui il lettore si perde e rischia di non comprendere il significato del precetto.

Cito per tutti il reato di “utilizzo o somministrazione di farmaci o di altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti” disciplinato dall'art. 586 *bis* c.p.

“Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni e con la multa da euro 2.582,00 a euro 51.645,00 chiunque procura ad altri, somministra, assume o favorisce comunque l'utilizzo di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive, ricompresi nelle classi previste dalla legge, che non siano giustificati da condizioni patologiche e siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti, ovvero siano diretti a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze”.

γ. Redazione *confusamente specialistica*

Il legislatore utilizza qui una terminologia *eccessivamente specializzata* perché abusa di sigle e di rinvii. La normativa penale sull'ambiente e quella penale comunitaria sono esempi inarrivabili di questa opzione tecnica.

Cito per tutti l'art. 137, 1, 2, 3 "*Sanzioni penali*" del d. lgs. 3 aprile 2006 n. 152 (T.U. ambientale).

“1. Fuori dai casi sanzionati ai sensi dell'articolo 29 *quattuordecies*, comma 1, chiunque apra o comunque effettui nuovi scarichi di acque reflue industriali, senza autorizzazione, oppure continui ad effettuare o mantenere detti scarichi dopo che l'autorizzazione sia stata sospesa o revocata, è punito con l'arresto da due mesi a due anni o con l'ammenda da millecinquecento euro a diecimila euro [318 *bis* e ss., 129 att. c.p.p.].

2. Quando le condotte descritte al comma 1 riguardano gli scarichi di acque reflue industriali contenenti le sostanze pericolose comprese nelle famiglie e nei gruppi di sostanze indicate nelle tabelle 5 e 3/A dell'Allegato 5 alla parte terza del presente decreto, la pena è l'arresto da tre mesi a tre anni e dell'ammenda da 5.000 euro a 52.000 euro [318 *bis* e ss., 129 att. c.p.p.].

3. Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui al comma 5, o di cui all'articolo 29 *quattuordecies*, comma 3, effettui uno scarico di acque reflue industriali contenenti le sostanze pericolose comprese nelle famiglie e nei gruppi di sostanze indicate nelle tabelle 5 e 3/a dell'Allegato 5 alla parte terza del presente decreto senza osservare le prescrizioni dell'autorizzazione, o le altre prescrizioni dell'autorità competente a norma degli articoli 107, comma 1, e 108, comma 4, è punito con l'arresto fino a due anni [318 *bis* e ss., 129 att. c.p.p.].”

δ. Redazione *iperanalitica*

Qui il legislatore abusa di termini, di informazioni, di dettagli che hanno l'effetto di confondere le idee del lettore.

Un esempio è quello del reato di *tortura* previsto dall'art. 613 *bis* c.p.⁶⁴.

8. (Segue): *La questione dei connettivi linguistici*

L'analisi linguistica del delitto di tortura dà l'opportunità di riflettere sulla questione dei cd. “connettivi”, cioè di quelle “espressioni linguistiche che indicano una reazione logica tra due o più entità semantiche associate ad uno stato di cose”⁶⁵.

⁶⁴ Art. 613 *bis* c.p. *sub* nota 53. Sul punto SOTIS, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1387 s.

⁶⁵ FERRARI, *L'interfaccia lingua e testo*, Alessandria, 2008, p. 149 ss.

La classe dei connettivi comprende perciò tutte le congiunzioni coordinanti, tutte le congiunzioni subordinanti e tutte le espressioni avverbiali congiuntive: *ma, benché, ordunque, infatti, invero, in tal modo, orbene, al riguardo*, etc.⁶⁶.

In particolare, è emerso nell'esperienza della comprensione dei testi, come, tra gli altri problemi, "la congiunzione disgiuntiva *o – oppure* sia spesso fonte di ambiguità linguistiche foriere di conseguenze giuridicamente rilevanti"⁶⁷.

Infatti, la parola "*o*" / "*ovvero*" può avere un valore esclusivamente disgiuntivo come "*oppure*" (es.: vuoi analizzare un testo dal punto di vista letterario *ovvero* linguistico? Vuoi studiare *o* riposare?).

In questi casi è evidente che il termine "*ovvero*" ha un valore *disgiuntivo*, perché implica un'alternativa.

Ma la parola "*o*" / "*ovvero*" può avere anche una portata meramente *riformulativa*: in questo caso la congiunzione svolge una funzione semplicemente esplicativa, nel senso che serve solo a specificare un concetto (es.: mio nipote *ovvero* il figlio di mio fratello)⁶⁸.

Consideriamo a questo punto i reati di "*lesioni personali*" e di "*istigazione o aiuto al suicidio*".

Nella prima ipotesi, disciplinata dall'art. 582 c.p., è prevista la pena della reclusione da sei mesi a tre anni per "chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale deriva una malattia nel corpo *o* nella mente".

È evidente che qui la locuzione "*o*" ha valore puramente *disgiuntivo*. Ciò significa che la malattia nel corpo e la malattia nella mente sono previste in modo *alternativo*, come conseguenza dell'aggressione e sono equiparate in modo coerente sul piano del trattamento sanzionatorio.

La stessa coerenza non emerge invece dal tenore dell'art. 580 c.p.

Già nel titolo la norma, parlando di "*istigazione o aiuto al suicidio*", pone sullo stesso piano due comportamenti che, sul versante dell'esperienza umana, prima ancora che su quello della valutazione giuridica, sono di gran lunga diversi.

La lettura del testo, poi, non fa che aumentare le perplessità del lettore, sia nella veste di comune mortale, che in quella di specialista di diritto, per l'uso – ripetuto – della locuzione disgiuntiva "*o*" / "*ovvero*", che equipara i comportamenti di chi "determina altri al suicidio, (...) rafforza l'altrui proposito di suicidio, (...) ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione (...)".

⁶⁶ J. VISCONTI, *Il testo scritto: il contratto*, in MARIANI MARINI-BAMBI (a cura di), *Lingua e diritto*, cit., p. 125.

⁶⁷ J. VISCONTI, *Il testo scritto*, cit., p. 127.

⁶⁸ *Ibidem*.

Non è comprensibile la ragione di politica del diritto che ha prodotto questo grossolano appiattimento ed ha voluto parificare sul piano sanzionatorio comportamenti umani tanto differenti tra loro per quanto concerne il disvalore⁶⁹.

Si può però dedurre che la mancata riflessione sulla portata semantica delle parole è rimbalzata sugli effetti giuridici dei termini, producendo delle conseguenze di imbarazzante incongruità⁷⁰.

9. B. *La lingua dei magistrati*

Quando si parla del linguaggio del magistrato penale, bisogna innanzitutto distinguere tra quello del *pubblico ministero* e quello dei *magistrati giudicanti*.

Come osserva Edmondo Bruti Liberati, “il magistrato del PM scrive, ma soprattutto parla, con il rischio sempre incombente di non tenere il linguaggio sotto controllo, insomma di “straparlare”. il giudice (salvo eccezioni) procede nel contraddittorio e “scrive” all’esito”⁷¹.

In particolare, considerando i vari interlocutori del PM, è molto interessante vedere come si instaura il rapporto dialogico tra questo e la *polizia giudiziaria*.

È vero che il PM “dirige” la PG, in base a quanto previsto dall’art. 56 c.p.p., ma “dal punto di vista del linguaggio il rapporto è quasi rovesciato: il *dominus* è la PG”⁷².

Vale la pena di riportare sul punto un noto passo di Italo Calvino:

«Il brigadiere è davanti alla macchina da scrivere. L’interrogato, seduto davanti a lui risponde alle domande un po’ balbettando, ma attento a dire tutto quello che ha da dire senza una parola di troppo. “Stamattina presto andavo in cantina ad accendere la stufa e ho trovato tutti quei fiaschi di vino dietro la cassa del carbone. Ne ho preso uno per bermelo a cena. Non sapevo niente che la bottiglieria di sopra era stata scassinata”. Impassibile il brigadiere batte veloce sui tasti la sua fedele trascrizione: “Il sottoscritto essendosi recato nelle prime ore antimeridiane nei locali dello scantinato per eseguire l’avviamento dell’impianto termico, dichiara d’essere casualmente incorso nel rinvenimento di un quantitativo di prodotti vinicoli, situati in posizione retrostante al recipiente adibito al contenimento del combustibile, e di aver effettuato l’asportazione di uno dei detti articoli

⁶⁹ SOTIS, *Vincolo di rubrica*, cit., p. 1370 s.

⁷⁰ Cfr. sul punto SEMINARA, *Riflessione in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 725.

⁷¹ BRUTI LIBERATI, *Il linguaggio del magistrato*, in CARETTI-ROMBOLI (a cura di), *La lingua dei giuristi*, cit., p. 157.

⁷² BRUTI LIBERATI, *Il linguaggio del magistrato*, cit., p. 158.

nell'intento di consumarlo durante il pasto pomeridiano non essendo a conoscenza dell'avvenuta effrazione dell'esercizio soprastante»⁷³.

Qui, come osserva il grande scrittore, siamo “sommersi dall'antilingua”, perché la polizia giudiziaria “traduce” la lingua italiana in una “antilingua” inelegante e faticosa. Un'antilingua che esprime il “terrore semantico”, l'orrore e la distanza dalle parole comuni come “stufa”, “carbone”, “fiasco di vino”⁷⁴. Parole corrette, che si trovano nel vocabolario italiano, ma che, evidentemente sono ritenute troppo dirette, troppo chiare e quindi volgari e inadatte a chi svolge compiti di giustizia.

Passando poi ad analizzare le peculiarità linguistiche della decisione penale, si nota come – in generale – sia l'*impersonalità* il tratto principale e inconfondibile delle sentenze⁷⁵.

Nelle decisioni sono infatti del tutto assenti gli “elementi linguistici della personalizzazione e della contestualizzazione”⁷⁶: i pronomi possessivi sono in terza persona; nei passaggi in cui il soggetto coincide con l'organo giudicante, questo viene menzionato con sostantivi collettivi, o comunque generici⁷⁷.

La sentenza menziona tutti coloro che hanno partecipato alla vicenda processuale, ma le azioni dei vari personaggi (imputati, vittima, testimoni, periti, etc.) vengono rappresentate in modo referenziale, piatto, con toni depurati dai caratteri dell'emotività e della partecipazione umana.

L'*impersonalità* delle sentenze è una caratteristica ambigua, che presenta pregi e difetti.

I *pregi* sono fondamentali: la necessità di depurare il testo dal carico delle tensioni generate dalla disperazione esistenziale che ha portato al delitto; l'esigenza – in altre parole – di stemperare il *pathos* collegato alla tragedia umana, in cui sempre si inserisce l'agire criminoso.

Da qui, d'altra parte, emergono i *difetti*: le formule di condanna sono gioco-forza fredde. Vogliono creare la lontananza emotiva tra la decisione e i drammi della vita. Si scorge in esse l'obiettivo di costruire con le parole il distacco fisico ed emozionale tra il giudicante e la vittima, tra il giudicante e il colpevole.

Come certe costruzioni architettoniche religiose caratterizzate dalla proiezione ascensionale, che incutono rispetto, venerazione negli spettatori, ma intenzional-

⁷³ CALVINO, *Per ora sommersi dall'antilingua*, in IDEM, *Una pietra sopra*, Torino, 1980, p. 122.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ DELL'ANNA, *In nome del popolo italiano. Sul linguaggio giuridico della sentenza in Italia*, Roma, 2013.

⁷⁶ DELL'ANNA, *Profili discorsivi e argomentazione nel linguaggio del giudice*, in MARINI-BAMBI, *Lingua e diritto*, cit., p. 154.

⁷⁷ *Ibidem*.

mente segnano una distanza materiale insuperabile tra il trascendente e l'uomo in tutta la miserabilità della sua condizione.

Queste osservazioni valgono, in particolare, per le decisioni in cui il giudice ha a che fare con i *fatti* che stanno alla base del giudizio, ossia nelle sentenze di merito. È evidente qui la tendenza a “neutralizzare” o a “standardizzare” la realtà del caso particolare in sede di valutazione delle prove ed in sede di ricostruzione di ciò che è accaduto.

Le stesse considerazioni non valgono invece per le sentenze della Corte di Cassazione, che, occupandosi solo di questioni di *diritto*, sostanziale o processuale, prende i fatti così come sono stati stabiliti nei gradi dei giudizi precedenti.

Nella maggior parte di questi casi, la motivazione consiste nel mero richiamo di massime relative a decisioni precedenti, senza una specifica elaborazione. In alcuni casi, le cd. “sentenze trattato”, l'estensore – indipendentemente dall'importanza o della complessità delle questioni di cui si deve occupare – scrive pagine su pagine di svolazzi culturali normalmente non rilevanti⁷⁸. Non sono molte le decisioni in cui l'estensore, denotando grande sapienza, riesce ad inviare un messaggio culturale incisivo e innovativo.⁷⁹

In sintesi, in base a questa distinzione, se si cerca di definire i difetti della lingua dei giudici penali, si può dire che nella prima ipotesi il modello che viene recepito è quello del linguaggio dei P.M., o quello degli avvocati, mentre nella seconda ipotesi, il linguaggio che viene imitato, con tutti i suoi limiti e i suoi aspetti negativi, è quello della dottrina accademica.

10. C. *La lingua dell'avvocato penalista*

La letteratura nordamericana dà una definizione spietata dell'avvocato penalista: un individuo che non è altro che una “*hired gun*”, una pistola a noleggio, a cui non interessa scoprire la verità processuale, ma che agisce al solo scopo di vincere la causa e fare assolvere il suo assistito a tutti i costi⁸⁰. In altre parole, mentre il giudice deve giustificare, l'avvocato deve convincere.

Meno impietosa è la letteratura italiana sulla questione: quando si occupa dell'oratoria del difensore penale, sottolinea innanzitutto come lo stile contemporaneo sia cambiato rispetto a quello tradizionale.

Non ci troviamo più, insomma, ad assistere alle roboanti arringhe stile “Divorzio all'italiana”; ma in ogni caso, il linguaggio del penalista è comunque “un

⁷⁸ PASSANANTE, *Il precedente impossibile*, Torino, 2018, p. 117 ss.

⁷⁹ Cass. sez. un. 10 luglio 2002, Franzese, cit.

⁸⁰ A. SMITH, *Burdening the Least of Us: “Race Conscious”*. *Ethics in Criminal Defense*, in 77 *Tex. L. Rev.*, 1999, p. 1600.

argomentare all'interno di un sistema, definito per ottenere l'adesione dell'uditore con forme diverse"⁸¹.

Esiste dunque tuttora una lingua del ceto forense che, nel processo penale, presenterebbe le seguenti caratteristiche:

- a) un modo di esprimersi *differente* dal linguaggio di ogni giorno;
- b) un linguaggio *paludato*, spesso carico di arcaismi, latinismi, *latinorum* che servirebbe ad enfatizzare l'*aspetto teatrale* della *performance* del difensore;
- c) un linguaggio *drammatico*, teso a caricare di emotività la vicenda umana su cui l'avvocato si intrattiene⁸².

11. D. *La lingua degli accademici*

L'esame di diritto penale è generalmente previsto al secondo o al terzo anno del corso di laurea in giurisprudenza.

Ciò significa che lo studente si è – presumibilmente – abituato ad assistere alle manifestazioni di “superbia professorale fuori tempo massimo” e al modo di far lezione “individualistico – solipsistico” tipico dei cattedratici di diritto⁸³.

È una situazione ben descritta da Eugenio Ripepe.

“Uno arrivava all'università tutto compunto col suo bagaglio di buone letture alle spalle, e gli toccava stare a sentire un professore convinto di volare alto nel cielo dei concetti, che si rivolgeva in una lingua iniziatica a un uditorio stranito e stranito che non aveva alcuna iniziazione alle spalle. O forse non al suo uditorio di non iniziati quello si rivolgeva col suo linguaggio iniziatico, ma più che altro a sé stesso, e tenendo evidentemente a mantenere alto il livello della propria autostima, si impegnava al massimo per farsi ascoltare (da se stesso) con la massima ammirazione, indifferente alla “barriera della lingua” che in questo modo finiva con l'innalzare tra sé e gli studenti alle prime armi, e anzi, disarmati, che aveva davanti (...)”⁸⁴.

⁸¹ COPPI, *Il linguaggio della difesa penale*, in MARINI-BAMBI (a cura di), *Lingua e diritto*, cit., p. 117. Cfr. sul punto anche CAVALLA, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in CAVALLA (a cura di), *Retorica Processo Verità*, cit., p. 33.

⁸² LUCIANI, *Il linguaggio dell'avvocato*, in CARETTI-ROMBOLI (a cura di), *La lingua dei giuristi*, cit., p. 175 ss.

⁸³ FIANDACA, *Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, in questa *Rivista* 2010, p. 194 ss.

⁸⁴ RIPEPE, *La lingua dei giuristi nelle aule universitarie (con una divagazione sul crescente discredito delle lauree in giurisprudenza)*, in CARETTI-ROMBOLI (a cura di), *La lingua dei giuristi*, cit., p. 234 s.

Al secondo o al terzo anno di corso, insomma, lo studente è rassegnato a trovarsi di fronte un professore di diritto penale che dialogherà con se stesso per almeno sessanta ore, facendo sfoggio di *latinorum* (*de lege lata, obiter dictum, favor rei, aberratio ictus, in bonam in malam partem*, etc.) e di *italianorum* (nel prosieguito, chi vi parla, altresì, all'uopo, etc.)⁸⁵.

Non tutti hanno avuto, come me, la fortuna di avere un Maestro come Giorgio Marinucci, il quale sapeva spiegare le cose più difficili con un linguaggio colto ma semplice, diretto e riusciva così ad affascinare e coinvolgere emotivamente l'uditorio⁸⁶.

12. Le parole del diritto penale: un'inutile pesantezza

È possibile a questo punto affermare che la lingua del diritto penale, in tutte le sue specificazioni (lingua del legislatore, dei magistrati, degli avvocati, degli accademici) presenta una nota comune: una "inutile pesantezza".

Una bruttezza descritta con le parole impietose e le espressioni finora ineguagliate di Franco Cordero che, desidero riportare.

“Lessico opaco, gergale, criptico, elusivo, e sintassi tortuosa. Persino i lettori esperti ogni tanto faticano a capire. Spira ipnosi dagli stereotipi: parole, sintagmi, frasi, interi discorsi, passano tali e quali in mille testi; l'asfissiante mimetismo esclude ogni parola viva. Quasi una scrittura automatica, alimentata dal ciclo sonnolento delle “massime”, dove astrazioni a maglie larghe sorvolano su qualità nient'affatto inutili alla diagnosi giuridica; alcune non corrispondono al *clou* deciso; e tali distonie riproducono i vecchi arcaismi. Povero lo scandaglio nomenclatorio, deboli trame sintattiche: ai due difetti supplisce l'enfasi; quanto meno dicono, tanto più declamano. Correlativamente al deperimento espressivo logico proliferano segnali allusivi, o così recepibili: condanne e proscioglimenti incidono su interessi individuali e collettivi; impossibile che atti simili nascano gratuiti; quando l'autore li formula in termini oscuri o ambigui, supponiamo che le ragioni effettive siano sommerse. Sensazione devastante. Risulta tossico anche l'eretismo dialettico: qualcuno esegue numeri da *jongleur*; ad esempio, ignaro del canone in *claris non fit interpretatio*, accumula pagine a dozzina “dimostrando” come una formula legale dal senso ovvio significhi l'opposto dell'apparente, in guerra con lessico, ortografia, grammatica; o compone trattatelli imbellettandoli con una *Begriffsjurisprudenz* aliena dal quadro della decisione, e almeno fosse intenditore; spesso è uno stregone apprendista.

⁸⁵ RIPEPE, *La lingua dei giuristi*, cit., p. 239.

⁸⁶ Sul punto cfr. VIGANÒ, *Un vuoto incolmabile per tutti noi: la scomparsa di Giorgio Marinucci*, in *Dir. Pen. Cont. – Rivista trimestrale*, 2/2013, p. 1 ss.

Non sono difetti da poco ed essendo radicati nelle strutture (l'inquisizione secerne pensiero paranoide) o nei cromosomi culturali (quel latino bastardo, combinato ad astuzie avvocatesche, ha spento il gusto dei fatti), finché durino le matrici, costituiranno un dato naturale; in tali limiti suona velleitaria ogni proposta sui rimedi. Dipendesse da me, allestirei il tirocinio degli apprendisti su due regole. Prima: imparino a usare i testi legali; Incredibile quanta fumisteria nasca dall'ignoranza degli articoli applicabili al caso. Seconda: dicano tutto quanto conta, scrivendo poco e chiaro⁸⁷.

In particolare, anche grazie agli studi di Bice Mortara Garavelli⁸⁸, è possibile fornire, senza pretese di completezza, un elenco di "stereotipi sintattici" che flagellano il linguaggio dei penalisti.

In dettaglio.

1. L'uso del "si" con l'infinito retto da un verbo modale.

Nel codice *penale* ricordo, tra le altre, queste norme:

art. 169 c.p.: "può astenersi" usato due volte;

art. 645 c.p.: "voleva recarsi".

La *giurisprudenza* poi abbonda di espressioni come "deve osservarsi", "deve ritenersi", "deve dunque affermarsi", "dovrebbe dirsi" (cfr. per tutte Cass. pen. sez. II, 8 febbraio 2018, n. 9358).

In ogni caso, le decisioni sono restie ad abbandonare l'enclisi del *-si*: espressioni come "trattasi" sono infatti ricorrenti.

Anche la *letteratura* e la *manualistica* non si sottraggono alla tendenza dell'uso del *"-si"*: i reati di esercizio arbitrario delle proprie ragioni sono definiti spesso come "delitti di ragion fattasi"⁸⁹.

2. La collocazione del soggetto dopo il verbo in frasi principali.

Espressioni come "ritiene la Corte", "deduce il tribunale", "non può

⁸⁷ CORDERO, *Stilus Curiae*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 33. Sui vizi delle parole della legge in generale cfr. la classificazione di VINCENTI, *Diritto e menzogna. La questione della giustizia in Italia*, Roma, 2013, p. 62 ss.; IDEM, *Linguaggio normativo*, voce in *Enc. Dir. Annali*, VII, 2014, p. 677 ss. V. anche PENNISI, *Plain Language. Improving Legal Communication*, in *16 Eur. J. L. Reform*, 2014, p. 533 ss.; ZANNI ROSIELLO, *Del linguaggio burocratico*, in *Le Carte e la Storia*, n. 2, 2015, p. 11 ss.

⁸⁸ MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino, 2001, p. 155 ss.

⁸⁹ Cfr. CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, 3ª ed., Padova, 2010, p. 117.

la Corte accogliere” sono infatti di uso comune in *giurisprudenza* (cfr. per tutte Cass. pen. 23 ottobre 2017 n. 57718).

Anche il codice *penale* non si sottrae al vizio. Penso ad esempio all’art. 609 *quater* che esordisce con un inelegante “soggiace alla pena (...) chiunque”.

3. Eccesso nel porre prima l’aggettivo del sostantivo.

Espressioni come “stretta interpretazione”, “generale divieto”, “legale rappresentante”, “contestuale esercizio dell’azione penale”, “appellata sentenza” sono infatti di uso corrente nelle decisioni (cfr. per tutte Cass. pen. 18 dicembre 2018 n. 3415).

Per quanto riguarda la *legislazione* penale faccio riferimento per tutti agli artt. 609 *quinquies* 4 c., 609 *decies* 3 c. e 612 *bis* 1 c. in cui si parla, rispettivamente di “stabile convivenza”, “comprovata esperienza”, “fondato timore”.

4. Sovrabbondanza di participi presenti.

C’è poco da dire sull’ineleganza di espressioni come “bandiera portante” (art. 292 c.p.), “misura non eccedente” (art. 609 *quater*, 4 c.), “la pena è diminuita per il partecipante” (art. 609 *octies*, 4 c.).

Per non parlare delle sentenze in cui si menziona con regolarità “l’organo giudicante”, “il decidente”, “il ricorrente”, “l’appellante”, etc.

5. Abuso dell’imperfetto narrativo per la ricostruzione del fatto.

È l’imperfetto il tempo prediletto dalle sentenze per ricostruire i fatti.

Considero per tutte una decisione su contagio da Aids mediante rapporti sessuali tra marito e moglie⁹⁰.

“(…) Una giovane donna (...) *veniva ricoverata* (...) presso il reparto di medicina generale dell’ospedale (...) ove gli accertamenti diagnostici *portavano* in breve a concludere che la paziente *era affetta* da una forma avanzatissima di Aids nei cui confronti si *rilevavano* impotenti le cure (...) tanto che l’ammalata (...) *decedeva* a distanza di poco più di un mese. La causa prossima della morte *veniva attribuita* ad un gravissimo

⁹⁰ App. Brescia, 26 settembre 2000, Lucini, in *Foro it.*, 2001, II, 285, *corsivi nostri*.

quadro di insufficienza respiratoria (...). I genitori (...) *riferivano* (...). Gli esponenti *riferivano* (...)"

6. Il labirinto delle negazioni multiple.

Un testo con più negazioni combinate può rendere difficoltosa la comprensione del lettore.

Ricordo sul punto la sentenza storica della Corte Costituzionale n. 364/1988 sull'ignoranza della legge penale, che ha restaurato trionfalmente il principio di colpevolezza, abbattendo uno dei pilastri ideologici del codice Rocco

“art. 5 c.p.

Articolo dichiarato costituzionalmente illegittimo (...) nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità della legge penale l'ignoranza inevitabile”⁹¹.

7. Lunghezza intemperante dei periodi, con eccesso di subordinate.

Basta leggere l'art. 289 *ter*.

“Chiunque, fuori dei casi indicati negli articoli 289 bis e 630, sequestra una persona o la tiene in suo potere minacciando di ucciderla, di ferirla o di continuare a tenerla sequestrata al fine di costringere un terzo, sia questi uno stato, una organizzazione internazionale, tra più governi, una persona fisica o giuridica o una collettività di persone fisiche, a compiere un qualsiasi atto o ad astenersene, subordinando la liberazione della persona sequestrata a tale azione od omissione, è punito con a reclusione da venticinque a trenta anni”.

8. Paura della ripetizione

L'art. 63 c.p. stabilisce:

“Quando la legge dispone che la pena sia aumentata o diminuita entro limiti determinati, l'aumento o la diminuzione si opera sulla quantità di essa, che il giudice applicherebbe al colpevole, qualora non concorresse la circostanza che la fa aumentare o diminuire”.

⁹¹ Corte Cost. sent. n. 364/1988 in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686 ss., con nota di PULITANO, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza, ivi*; GUASTINI, *Ignorantia juris*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 399 ss.

Certamente, come afferma Bice Mortara Garavelli, il periodo acquisterebbe in chiarezza e semplicità se si utilizzasse la ripetizione della parola “pena”, se cioè si scrivesse:

“(...) l’aumento o la diminuzione si opera sulla quantità della pena che il giudice applicherebbe (...)”⁹²

9. Abuso delle citazioni latine

Il latino usato dagli esponenti della letteratura, da giudici, avvocati e cancellieri non migliora la comprensione ma appesantisce e rende inutilmente pomposa l’esposizione.

Andrebbero perciò abolite o comunque limitate le seguenti espressioni:

a fortiori, de qua, de quo, de quibus, modus operandi, aberratio ictus, aberratio delicti, frigidus pacatoque animo, nemo tenetur se detegere, ad abundantiam, vulnus, medio tempore, in medias res, ab initio, in primis, in secundis, ex lege, pro tempore, de iure, de facto, erga omnes, locus, prius, posterius, lato e stricto sensu, etc.

10. Uso di espressioni italiane pompose, ridondanti e superflue

Per la leggerezza e l’eleganza dell’esposizione andrebbero completamente eliminate espressioni ampollose di questo tipo:

ricordo a me stesso, la suindicata sentenza, altresì, atteso che, di guisa che, l’espletamento delle pratiche, la celebrazione del processo, tale norma, nel prosieguo, i delitti contemplati, la letteratura d’oltralpe, la dottrina d’oltreoceano, la giurisprudenza patavina.

11. Abuso di parole straniere

Espressioni come *Leitmotiv, work in progress, tout court, leading case, pendant, Grundnorm, Tatorientiert, Täterorientiert, Prinzip, Begierdelikte, criminal policy, trailer, à rebours*, etc. possono essere tradotte in perfetto italiano.

Ma al vezzo della citazione in lingua straniera non si sottrae neppure la nostra letteratura migliore⁹³.

⁹² MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia*, cit., p. 148.

⁹³ PALIERO, *L’economia della pena* (un work in progress), in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, p. 539 ss.

13. *Le ragioni di una lingua oscura*

Quali sono le ragioni dell'uso di questa lingua "oscura", spesso incomprensibile e sgradevole?

Queste sono le spiegazioni possibili.

A. Un'*interpretazione benevola* consente di pensare ad una cronica ed insuperabile pigrizia, che affliggerebbe tutti e indistintamente gli esponenti della classe dei giuristi.

Non ci sarebbero perciò ragioni profonde e motivi precisi dietro questa opzione linguistica, ma solo la comodità di esprimersi con un linguaggio diretto che, esclusivamente gli addetti ai lavori capiscono. Un linguaggio immediato, più veloce anche se selettivo, perché destinato ad una cerchia limitata di utenti⁹⁴.

B. Un'*interpretazione maliziosa* vede invece celarsi dietro l'uso della "lingua oscura" una buona dose di *narcisismo culturale*: i penalisti userebbero un gergo selettivo proprio allo scopo di tagliare fuori dal loro mondo gli "altri", gli umani.

Ci sarebbe perciò un compiacimento ricercato dietro l'uso di espressioni contorte, arzigogolamenti sintattici, sfoggio del *latinorum* (pensate alla reazione di fra Galdino di fronte all'*omnia munda mundis* di fra Cristoforo ...). L'uso di questo linguaggio servirebbe perciò a mantenere le distanze tra i giuristi e i comuni mortali, che usano una lingua comune e ordinaria; segnerebbe dunque in modo definitivo e inequivocabile la superiorità culturale dei giuristi rispetto ai cittadini medi⁹⁵.

C. Un'*interpretazione malevola* è quella che vede uno scopo preciso e ostile dietro l'uso della lingua dei giuristi e quindi dei penalisti: quello dell'esercizio del potere.

Michele Ainis è limpido sul punto.

"(...) Il meccanismo è (questo sì) chiarissimo: «chi occupa posizioni di vantaggio ha poi tutto l'interesse di non farsi capire fino in fondo, perché altrimenti il suo potere potrebbe essere messo in discussione»"⁹⁶.

Ancor più diretto – se è possibile – sulla questione è Bruno Cavallone:

"Questo sgraziato linguaggio è una sorta di "armatura o cassetta degli attrezzi" con cui i giuristi, in particolare gli avvocati, difendono la propria identità socio-culturale e la propria funzione tipica, che è quella di "tradurre" in un idioma per l'appunto sintetico e univoco, e almeno parzialmente formalizzato, le "nar-

⁹⁴ CAROFIGLIO, *Con parole precise. Breviario di scrittura civile*, Bari, 2015, p. 53 ss.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 54 ss.

⁹⁶ AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2010, p. 113.

razioni” che hanno raccolto, in termini più prolissi, variegati e sconnessi, dalla voce dei clienti, o dalle carte che questi hanno rovesciato sulla loro scrivania”⁹⁷.

In conclusione,

“(…) Talvolta l’oscurità l’ambiguità e l’incertezza sono intenzionali e la lingua è utilizzata appositamente per velare, non per palesare”⁹⁸.

È una conclusione spietata e dura che mostra la faccia odiosa della categoria dei giuristi, che sono visti come una casta, una specie di gruppo mafioso che usa un linguaggio diverso e speciale per confondere e prevaricare, per opprimere i deboli.

14. Perché scrivere chiaro

È possibile uscire da questa condizione di soggezione alle parole?

Una cosa è certa: il linguaggio del diritto penale, per molteplici ragioni (storiche, politiche, culturali) è di fatto *prigioniero di se stesso*, chiuso in “un’esperata e arcaica dimensione tecnica che si ostina a prendere le distanze dal rischio della valutabilità in senso weberiano”⁹⁹.

È allora difficile pretendere che *non sia specialistico*.

Ma il diritto penale, con quei caratteri di atrocità che lo consacrano come “il braccio armato dello Stato”, per *legittimarsi*¹⁰⁰ ha anche il dovere di poter *comunicare*. Deve insomma “non perdere il collegamento con i valori, le visioni del mondo (...). Senza questo collegamento il linguaggio della legge si riduce ad un *borbottio incomprensibile, temibile* per chi è *estraneo al cerchio magico*, la persona che non comprende ma deve comunque subire gli effetti di quel linguaggio”¹⁰¹.

Questa è la *funzione politica* di qualunque linguaggio e – a maggior ragione – del linguaggio giuridico, che *non può non essere politico*¹⁰².

⁹⁷ CAVALLONE, *Un idioma coriaceo: l’italiano del processo civile*, in POZZO-BAMBI (a cura di), *L’italiano giuridico che cambia*, Firenze, 2012, p. 89.

⁹⁸ LUCIANI, *Il linguaggio dell’avvocato*, cit., p. 173.

⁹⁹ MARCHESIELLO, *Il linguaggio della legge*, in MARIANI MARINI-BAMBI (a cura di), *La lingua del diritto*, cit., p. 143.

¹⁰⁰ Sui doveri di legittimazione del diritto penale cfr. PERINI-CONSULICH (a cura di), *Oggettivismo e soggettivismo*, cit., p. 13 ss.

¹⁰¹ MARCHESIELLO, *Il linguaggio della legge*, cit., p. 138, *corsivi nostri*.

¹⁰² “Nessuno è innocente di fronte alla politica, tantomeno il giurista che troppo in fretta tenti di praticare la sua indipendenza, ripiegando «verso analisi più distaccate e tanto più interessanti». Così, sempre attuale, MARINUCCI, *L’abbandono del Codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1986, p. 346 s.

La Corte Costituzionale italiana ha dato indicazioni inequivocabili sul punto¹⁰³. Dichiarando la parziale incostituzionalità dell'art. 5 c.p. la Corte ha infatti sottolineato che

“il soggetto deve poter trovare in ogni momento cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento”¹⁰⁴.

La norma penale dovrebbe perciò garantire i requisiti di *trasparenza e comprensibilità*¹⁰⁵, al fine di poter svolgere “una funzione di orientamento culturale e di determinazione psicologica”, una funzione che è intimamente connessa all’“origine contrattualistica” dei rapporti tra Stato e cittadini¹⁰⁶.

Questa è una indicazione fondamentale della sentenza su cui vale la pena di soffermarsi. Essa ribalta la visione tradizionale dei rapporti tra Stato e cittadini, quella visione arcaica che vede, da un lato, lo Stato preponderante e, dall'altro, il cittadino soccombente, perché oberato in modo esclusivo dai doveri che egli ha nei confronti dell'autorità statale.

La situazione in uno “Stato di diritto” è infatti diversa, afferma la Corte Costituzionale, perché Stato e cittadino sono due contraenti che interagiscono sullo stesso piano. Ci sono, indubbiamente, i doveri a carico del cittadino, tra cui il dovere di informarsi sul contenuto delle leggi penali¹⁰⁷; esistono però – e non sono affatto minori o secondari – anche i doveri dello Stato “su ciò che è vietato o comandato”¹⁰⁸. Ed è su questo sinallagma funzionale – doveri dello Stato e doveri del cittadino – che si intarsia il principio di *riconoscibilità* dei contenuti della norma penale.

“Il principio di «riconoscibilità» dei contenuti delle norme penali, implicato dagli artt. 73, terzo comma e 25, secondo comma, Cost., rinvia ad esempio, alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la «*extrema ratio*» di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di «rilievo costituzionale» e tali da essere percepite anche in funzione di norme «extrapena-

¹⁰³ Corte Cost., sent. n. 364/1988, cit.

¹⁰⁴ Corte Cost. sent. n. 364/1988, §8.

¹⁰⁵ BORUTTI, *Democrazia e linguaggio*, in AA.VV., *Le parole giuste. Scrittura tecnica e cultura linguistica per il buon funzionamento della pubblica amministrazione e della giustizia*, vol. I, Roma, 2017, p. 163 ss.

¹⁰⁶ Corte Cost. sent. n. 364/1988, §16.

¹⁰⁷ Corte Cost. sent. n. 364/1988, §18.

¹⁰⁸ Corte Cost. sent. n. 364/1988, §16.

li», di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare"¹⁰⁹.

La sentenza della Corte Costituzionale è lapidaria nello stigmatizzare come "grave difetto", che rende irriconoscibile la legge penale "l'assoluta oscurità del testo legislativo"¹¹⁰.

È questa una posizione limpida che viene ribadita con fermezza qualche anno dopo. Nel 1992 la Corte riconferma che gli errori materiali nella redazione delle leggi penali costituiscono "per il cittadino una vera e propria insidia, palesemente idonea ad impedirgli la comprensione del precetto penale, o, quanto meno, a fuorviarlo"¹¹¹.

In conclusione.

La chiarezza della lingua del diritto penale rappresenta una garanzia irrinunciabile di *democrazia* nel sistema. Infatti la "democrazia vive di parole precise"¹¹². Ciò significa che l'*accessibilità* e la *trasparenza* del linguaggio penalistico sono un presupposto irrinunciabile perché sia rispettato il *principio di uguaglianza*.

Per non creare disparità di trattamento, le parole del diritto penale dovrebbero perciò essere *comprensibili* a tutti, e anche il cittadino non colto andrebbe messo in condizione di capirne il significato.

Questo è un compito istituzionale ineludibile soprattutto nell'attuale società post-moderna, caratterizzata da una composizione multi-etnica e multiculturale¹¹³. Lo scopo da raggiungere è infatti quello della formazione della cultura all'interno della collettività, che può crescere ed affermarsi soltanto attraverso la comprensione¹¹⁴.

La letteratura si è soffermata anche su altri effetti positivi che deriverebbero dalla trasparenza del linguaggio: oltre ad essere un presupposto del rispetto del *diritto di difesa* garantito ad ogni imputato dall'art. 24 della Costituzione, la semplificazione della lingua del diritto penale, facilitando il dialogo tra i vari prota-

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*. Sul punto AINIS, *La legge oscura: come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2002, p. 117 ss.

¹¹¹ Corte Cost. sent. n. 185/1992. Sul punto R. ZACCARIA, *La buona scrittura e la qualità delle leggi*, in R. ZACCARIA (a cura di), *La buona scrittura e la qualità delle leggi*, Roma, 2012, p. 15. Sul principio di riconoscibilità della norma penale cfr. ROTOLO, *Riconoscibilità del precetto penale e modelli innovativi di tutela*, Torino, 2018, p. 55 ss. e bibliografia *ivi* indicata.

¹¹² CAROFIGLIO, *Con parole precise*, cit., p. 41.

¹¹³ Sul punto cfr. G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Bari, 2012, p. 166 ss.

¹¹⁴ BREGGIA, *La semplificazione del linguaggio giuridico negli atti processuali*, in MARIANI MARINI (a cura di), *Promemoria per avvocati*, Pisa, 2014, p. 235 ss.

gonisti del processo, potrebbe influire in modo positivo su uno dei difetti storici del nostro sistema giudiziario: la *lunghezza dei tempi dei processi*¹¹⁵.

Vi è una questione, infine, che mi preme sottolineare.

L'acquisizione di una "cultura della comprensione" nell'uso del linguaggio penalistico potrebbe rendere meno arduo il raggiungimento di un obiettivo essenziale della giustizia penale: il conseguimento della *verità*. La verità processuale è infatti un presupposto della democrazia: solo se attraverso il processo si giunge alla verità dei fatti, il cittadino comune – oltre alle parti direttamente coinvolte nella vicenda processuale – può comprendere la realtà storica, sociale e politica in cui vive¹¹⁶.

In altre parole,

“(...) *scrivere oscuro* potrebbe (...) essere funzionale ad un processo concepito come un gioco arbitrato dal giudice, dove si registrano rapporti tra i poteri; è invece disfunzionale se il processo è un luogo in cui si ricerca la soluzione attraverso la collaborazione tra le parti e il giudice (...). Il criterio di trasparenza è dunque funzionale alla creazione di (...) una *verità* sul piano processuale”¹¹⁷.

15. Come scrivere chiaro. Le polemiche sul principio di “sinteticità”

Se in Italia l'idea di studiare e di applicare una lingua giuridica “giusta ed efficace” è una necessità emersa solo in tempi recenti¹¹⁸, nell'ambiente anglosassone le ricerche sono in corso sin dagli anni settanta del secolo scorso¹¹⁹.

¹¹⁵ MARIANI MARINI, *Presentazione*, in MARIANI MARINI-BAMBI (a cura di), *Lingua e diritto*, cit., p. 9.

¹¹⁶ B. WILLIAMS, *Truth and Truthfulness*, Princeton and Oxford, 2002, p. 123, 207; M.P. LYNCH, *La verità e i suoi nemici*, trad. it., Milano, 2007, p. 10, 252, 227; TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, p. 94 ss.

¹¹⁷ BREGGIA, *La semplificazione del linguaggio giuridico negli atti processuali*, in MARIANI MARINI-BAMBI (a cura di), *Lingua e diritto*, cit., p. 18 s.

¹¹⁸ Per tutti D. MANTOVANI, *La lingua del diritto*, cit.; P. GROSSI, *Un dialogo con i comparatisti su lingua e diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2014, p. 216 ss.; IDEM, *Giuristi e linguisti: un comune ruolo ordinante nella società*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 5 ss.; J. VISCONTI (a cura di), *Lingua e diritto. Livelli di analisi*, Pisa, 2010.

¹¹⁹ MELLINKOFF, *The Language of the Law*, Boston and Toronto, 1963. Nella letteratura recente cfr., tra gli altri, SULLIVAN, *The Promise of Plain Language Drafting*, in 47 *Mc Gill L. J.* 97 2001; BERGER, *Crime and Punishment: The Language of Criminal Procedure*, in 42 *Colo. L.* 2013, p. 67 ss.; GORDON, *Through the Eyes of Jurors: The Use of Schemas in the Application of “Plain Language” Jury Instructions*, in 64 *Hastings L. J.*, 2013, p. 643 ss.; PENNISI, *Plain Language. Improving Legal Communication*, in 16 *Eur. J. L. Reform*, 2014, p. 533 ss.; WILLERTON, *The Ethics of Plain Language*, in 95 *Mich. B.J.* 2016, p. 46 ss.; STRAUSS, *The Plain Language Court*, in 38 *Cardozo L. Rev.* 2016, p. 651 ss.

Gianrico Carofiglio ricorda giustamente che il linguista australiano Robert Eagleson da anni si batte per l'uso in ambito giuridico di "un linguaggio 'piano', cioè senza asperità: un linguaggio semplice, diretto e soprattutto chiaro", un linguaggio – insomma – che serva "a farsi capire"¹²⁰.

Negli Stati Uniti esiste addirittura un sito governativo dedicato alle *Federal Plain Language Guidelines*. Esse stabiliscono che:

"Il materiale è scritto in *plain language* se il vostro destinatario può trovare quello di cui ha bisogno, capire quello che ha trovato e usare quello che ha trovato per risolvere e proprie necessità"¹²¹.

Non solo: l'esigenza di utilizzare una *plain speech of the law* è diventata così impellente da far nascere un movimento di pensiero e da cristallizzarsi in una specifica legge.

È del 13 ottobre 2010 la *Public Law* che ha indicato come suo obiettivo quello di "favorire l'effettività e la fiducia delle *Federal Agencies* per il pubblico, promuovendo una chiara comunicazione da parte delle Amministrazioni che il pubblico possa capire e utilizzare"¹²².

In particolare, l'art. 1.3 della legge stabilisce che, per *plain writing*, deve intendersi:

"(a) una scrittura che sia chiara, concisa, ben organizzata, che segua le prassi migliori appropriate per il soggetto o per la materia ed il pubblico di riferimento"¹²³.

In Italia, solo negli ultimi venticinque anni ci sono state alcune iniziative a favore di una lingua del diritto che sia "chiara".

Ricordo in particolare quella di Sabino Cassese, che nel 1993, mentre riveste la carica di Ministro della Funzione Pubblica, vara un "Codice di stile ad uso delle amministrazioni pubbliche"¹²⁴; rammento inoltre il pregevole manuale di Alfredo Fioritto, pubblicato nel 1997¹²⁵.

¹²⁰ CAROFIGLIO, *Con parole precise. Breviario di scrittura civile*, Bari, 2015, p. 68.

¹²¹ <https://plainlanguage.gov/guidelines/>

¹²² Sul punto cfr. MARCHESIELLO, *Il linguaggio della legge*; in MARIANI MARINI-BAMBI (a cura di), *Lingua e diritto*, cit., p. 141.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ Sul punto CAROFIGLIO, *Con parole precise*, cit., p. 69.

¹²⁵ FIORITTO (a cura di), *Manuale di stile. Strumenti per semplificare il linguaggio delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1997.

È però soprattutto negli ultimi tempi che il “principio di sinteticità” è invocato con convinzione da letteratura¹²⁶, legislatore¹²⁷ e giudici¹²⁸.

Ed è in particolare sul linguaggio degli atti giudiziari che attualmente si concentra l’attenzione degli specialisti.

«Affinché venga realizzato il principio dell’“economia processuale” è infatti necessario che la sentenza, oltre che “(...) adeguatamente motivata”, sia anche “chiara e sintetica”»¹²⁹.

In altre parole, in omaggio al canone della chiarezza, la sentenza dovrebbe essere:

α. *completa*: perché il giudice deve rispondere a tutte le domande pertinenti;

β. *esaustiva*: perché deve rispondere con precisione a ciascuna domanda;

γ. *sintetica*: perché il giudice non deve perdersi in giri di parole e in superflue ricostruzioni teoriche¹³⁰.

Il rispetto di questi tre requisiti – si afferma – potrebbe incidere in modo positivo sui *tempi processuali*, con vantaggi innegabili per tutte le parti. Una questione di grande rilevanza se si considera che negli Stati Uniti la legge federale determina addirittura, in modo espresso, il numero delle pagine della decisione, il numero delle righe che ogni pagina deve contenere, il modo con cui si accludono gli allegati¹³¹.

Ma questa “rivoluzione della chiarezza” ed, in particolare, della “sintesi” che coinvolgerebbe giudici, avvocati e, in generale, tutti gli operatori di giustizia, è stata di recente criticata con toni molto duri da una parte autorevole della letteratura.

Michele Taruffo non ha esitato a bollare l’iniziativa come “un chiaro esempio di enfaticizzazione della banalità”¹³².

È vero che il linguaggio dei giuristi, ha la tendenza ad essere prolisso, pomposo e spesso oscuro, ma per rimediare a questi difetti – sottolinea l’Autore –

¹²⁶ CAPPONI, *Sulla «ragionevole brevità» degli atti processuali civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1075 ss.

¹²⁷ Artt. 3 e 120, c. 10°, d.lgs. n. 104/2010 sul processo amministrativo.

¹²⁸ Cass. sent. 20 ottobre 2016, n. 201297.

¹²⁹ Comunicato del Presidente del Consiglio di Stato del 20 dicembre 2010 sulla sinteticità dei ricorsi.

¹³⁰ L. TRIA, *Il linguaggio e lo stile delle Corti Supreme*, in MARIANI MARINI (a cura di), *Promemoria per gli avvocati. Ragionare, scrivere, difendere i diritti*, Pisa, 2014, p. 219 ss.

¹³¹ *Ibidem*, p. 224.

¹³² TARUFFO, *Note sintetiche sulla sinteticità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 454.

“bastano probabilmente poche banali regole di senso comune, senza che sia necessario elevarle al rango di principi basilari del sistema processuale”¹³³.

In particolare – rincara Taruffo – da un punto di vista linguistico, “(...) il contrario di “sintetico” non è – o non è soltanto – “prolisso”, ma è – in logica e anche in teoria dell’argomentazione – “analitico”¹³⁴. Inoltre,

“(...) un discorso analitico può essere chiaro, mentre un discorso sintetico può essere oscuro, sicché la “sinteticità” può non essere affatto sufficiente per una “buona” argomentazione”¹³⁵.

Tra l’altro – continua l’Autore –

“(...) il preteso principio di sinteticità è caratterizzato da un grado elevatissimo di *vaghezza*”¹³⁶.

Una vaghezza che riguarderebbe anche l’ipotetico “principio di chiarezza, “dal momento che non esiste un criterio per stabilire se un testo è chiaro o non lo è”¹³⁷.

Infine, conclude icastico Taruffo,

“(...) rimane da dimostrare che un testo, per essere sintetico debba anche essere breve, e che quindi il problema della sintesi si possa semplicemente risolvere “dando i numeri”. La sinteticità, infatti, sembra essere un requisito *di contenuto*, non di dimensione del testo: basta considerare che un testo lungo può essere sintetico, se tratta di argomenti complessi, e un testo breve può essere prolisso se il suo contenuto è semplice”¹³⁸.

Qualunque indicazione quantitativa concernente l’estensione di un testo sarebbe perciò caratterizzata da irriducibile arbitrarietà¹³⁹.

Le osservazioni di Michele Taruffo non possono essere ignorate.

¹³³ TARUFFO, *Note sintetiche*, cit., p. 455.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ TARUFFO, *Note sintetiche*, cit., p. 456.

¹³⁶ Sul punto v. *retro*, § 5.

¹³⁷ TARUFFO, *Note sintetiche*, cit., p. 457.

¹³⁸ TARUFFO, *Note sintetiche*, cit., p. 464.

¹³⁹ “Perché 25 pagine e non 20 o 30? Perché 10 pagine e non 8 o 15? Perché 70mila caratteri e non 60mila o 80mila? Perché margini di cm 2,5 e non di cm 2 o 3? Che accade se, ad esempio, il margine di sinistra è di cm 2,4?” TARUFFO, *Note sintetiche*, cit., p. 465.

In ogni caso, rimango convinta che sia opportuno, in questo momento storico e culturale, dare delle indicazioni di massima di uno “stile nuovo” che guidi la redazione degli atti giudiziari¹⁴⁰.

Senza imprigionarsi in cornici di regole troppo rigide caratterizzate da invalicabili limiti numerici, è opportuno a mio avviso che venga sempre rispettata la proporzione tra l’atto che si scrive e la complessità della causa, “con un occhio di riguardo alla brevità”¹⁴¹.

Un’indicazione essenziale riguarda il linguaggio che, seppur necessariamente tecnico, deve essere il più possibile vicino alla lingua comune.

E quando parlo di linguaggio comune, non faccio certo riferimento ad un gergo volgare e grossolano: anche un linguaggio colto può essere semplice, elegante, comprensibile a tutti.

16. Una proposta

“Non è possibile pensare con chiarezza se non si è capaci di *parlare e scrivere con chiarezza*”¹⁴².

Ma quali regole seguire per ottenere l’obiettivo di una lingua del diritto che sia comprensibile?

Grazie alle suggestioni della letteratura¹⁴³, propongo di seguito alla comunità scientifica un decalogo di raccomandazioni.

1. Evitare i *periodi* estesi. Cercare di non oltrepassare le venticinque parole per ogni periodo.
2. Evitare l’impiego di *parole inutili*.
3. Limitare gli *incisi* e le *parentesi*.
4. Quando si utilizza la *forma passiva*, accertarsi che il soggetto logico sia individuabile in modo inequivoco.
5. Evitare l’eccesso di *subordinate*, soprattutto implicite.
6. Preferire la *forma personale* a quella impersonale.
7. Limitare i *tecnicismi*, evitare i *latinismi*, le *espressioni ridondanti*, *arcaiche*, le *metafore* e i *burocratismi*.

¹⁴⁰ Sul punto BIAVATI, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 483

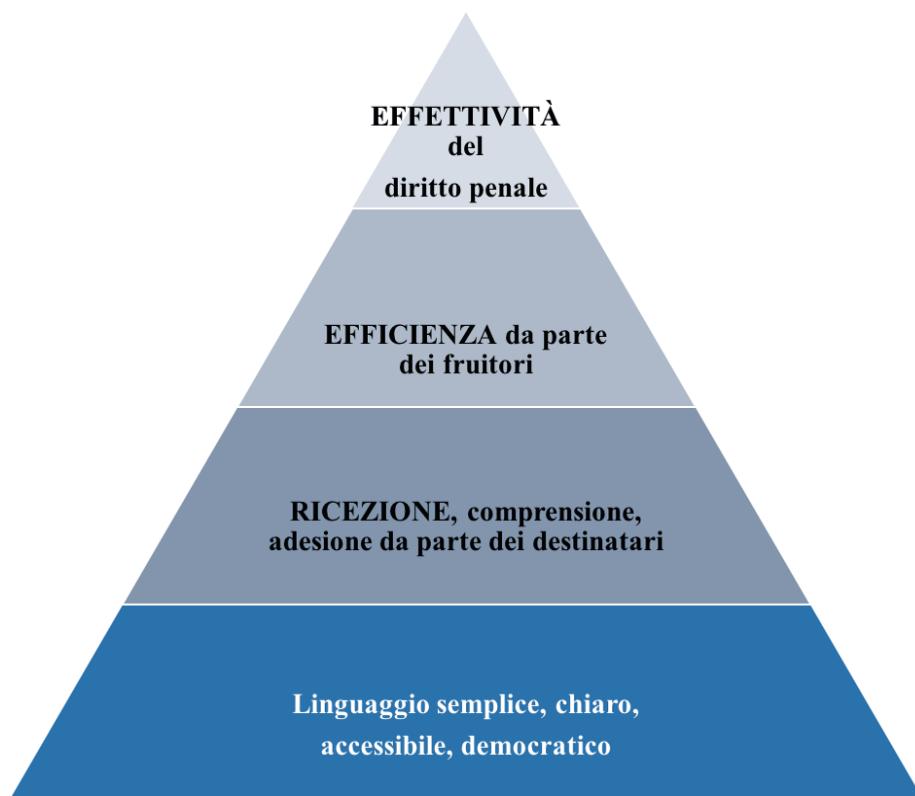
¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, trad. it., Forlì, 1995.

¹⁴³ CAROFIGLIO, *Con parole precise*, cit., p. 75 ss.; CERRI, *Efficienza e comprensibilità come obiettivi deontologici nel linguaggio del civilista*, in MARIANI MARINI-BAMBI (a cura di), *Lingua e diritto*, cit., p. 76; CATTANI, *Come dirlo? E come non dirlo?*, in MARIANI MARINI (a cura di), *Promemoria per avvocati*, cit., p. 188 ss.; BELLUCCI, *Giurisdizione e linguaggio*, *ivi*, p. 214 ss.

8. Limitare l'uso delle *sigle* e delle *abbreviazioni*.
9. Limitare i *rinvii*.
10. Controllare la *punteggiatura* e l'*ortografia*.

In conclusione, gli obiettivi di una lingua del diritto penale che sia “comprensibile”, e quindi “giusta” possono essere rappresentati in modo grafico da una piramide¹⁴⁴.



Come si nota, la *base* è costituita dalle *modalità* con cui si dovrebbe scrivere; il *vertice* è rappresentato dallo *scopo finale* che si può raggiungere se si rispetta la regola dello *scrivere chiaro*.

¹⁴⁴XANTHAKI, *Drafting Legislation: Art and Technology of Rules for Regulation*, Oxford-Portland, 2014, p. 5.

Man mano che dalla base ci si avvicina al vertice, si realizzano i *passaggi intermedi*, indispensabili per ottenere l'obiettivo finale.

In definitiva, la chiarezza del linguaggio del diritto penale costituisce, a mio avviso, un *presupposto* ineliminabile perché si possa realizzare il *principio di effettività* del diritto penale, che è un principio di politica criminale di rilevanza costituzionale¹⁴⁵.

Una norma costruita con parole chiare e comprensibili ha infatti maggiori possibilità di essere compresa ed applicata con successo. Una lingua migliore del diritto penale potrebbe contribuire in modo sostanziale a far sì che l'effettività diventi davvero "(...) il criterio di identificazione di quel «diritto penale teleologicamente orientato» in cui il nostro sistema si riconosce"¹⁴⁶.

¹⁴⁵ PALAZZO-VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, p. 164.

¹⁴⁶ PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 471.

ALBERTO GARGANI

DEPENALIZZAZIONE E “MATERIA PENALE”.
LA GRADUAZIONE DELLE GARANZIE TRA FORMA E SOSTANZA ^(*)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Prospettive di inquadramento degli illeciti depenalizzati. – 3. L’indirizzo *nominalistico-formale*. – 3.1. Depenalizzazione quale strumento di riduzione delle garanzie e di semplificazione dei criteri di accertamento della responsabilità. – 3.2. La diversità e disomogeneità delle due tipologie punitive secondo il risalente indirizzo della C. cost. – 4. L’orientamento *teleologico-sostanziale*: la connessione genetico-funzionale tra il concetto convenzionale di “materia penale” e le politiche di depenalizzazione. – 4.1. Graduabilità delle garanzie convenzionali? – 5. La problematica coesistenza dei due paradigmi ricostruttivi. – 5.1. L’integrazione di forma e sostanza: l’evoluzione della giurisprudenza costituzionale. – 5.1.1. La questione dell’applicazione retroattiva della nuova sanzione amministrativa agli illeciti posti in essere sotto la vigenza dell’originaria sanzione penale. – 5.1.2. La retroattività della *lex mitior* nel diritto punitivo amministrativo. – 5.1.3. Il rigetto di soluzioni generalizzanti e omologanti. – 5.2. La graduale attuazione interna delle garanzie convenzionali inerenti alla “materia penale”. – 6. Statuti garantistici concorrenti. – 7. I criteri di modulazione delle tutele tra forma e sostanza. – 8. Gli inevitabili profili di incertezza correlati all’opzione “ponderale”.

1. Premessa

Nell’ambito di un progetto di ricerca¹ volto alla ricostruzione delle dinamiche deflattive tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia, è destinata ad assumere un ruolo essenziale la considerazione della possibilità e dei limiti assiologici e politico criminali del ricorso a tecniche di c.d. depenalizzazione in astratto ovvero di trasformazione di determinate categorie di illeciti in violazioni amministrative o civili, sottoposte a sanzioni punitive.

Considerata l’impossibilità di svolgere in questa sede una simile analisi, si impone preliminarmente la delimitazione dell’oggetto d’indagine: nel presente contributo tale tematica sarà affrontata avuto riguardo ai penetranti riflessi che la giurispru-

^(*) È il testo, ampliato e munito di note, dell’intervento svolto a Pisa il 22 marzo 2019, nell’ambito del convegno su “*Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*”, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Pisa e i cui atti sono in corso di pubblicazione per i tipi della Giappichelli editore, Torino.

¹ Si tratta del Progetto di Ricerca di Ateneo 2017, dell’Università di Pisa, coordinato dal prof. Giovannangelo De Francesco, avente ad oggetto “*Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicative e principi di garanzia*”.

denza della Corte di Strasburgo in tema di “*matière pénale*” comporta sul piano delle scelte e delle tecniche di depenalizzazione, con particolare riferimento agli standard di garanzie individuali che devono essere osservati in sede di applicazione degli illeciti depenalizzati.

2. Prospettive di inquadramento degli illeciti depenalizzati

Il susseguirsi, a partire dal 1967, di numerosi ed eterogenei provvedimenti legislativi di depenalizzazione, in funzione di riduzione selettiva del novero delle figure di reato e di decongestione dei procedimenti penali, ha comportato (e tuttora pone) una duplice necessità: quella di individuare parametri direttivi idonei a legittimare e a conformare i processi di depenalizzazione ad obiettivi politico-punitivi rispondenti ad istanze di effettività e di razionalità e quella di prevedere norme di disciplina sostanziale e procedimentale dei nuovi illeciti punitivi.

Nella prima direzione, sono stati – come è noto – elaborati criteri deontologici – proporzione e sussidiarietà – correlati, da un lato, ad oggetti e stadi di tutela e al grado di disvalore, dall’altro, al criterio dell’*extrema ratio* del ricorso alla sanzione penale – finalizzati ad orientare il legislatore nella delicata cernita degli illeciti penali suscettibili di assumere rilevanza amministrativa; dal secondo punto di vista, è stata approntata la disciplina generale profili sostanziali e procedimentali degli illeciti punitivi amministrativi (Capo I, sezioni I e II, l. 24.11.1981, n. 689). Un paradigma sistematico di riferimento che, come è noto, prevede – sia pur, a livello di legge ordinaria – che ai predetti illeciti siano estese alcune delle tradizionali garanzie riservate dalla Carta fondamentale alle ipotesi di reato (stretta legalità e irretroattività).

Parallelamente, non si è potuto fare meno di interrogarsi circa i referenti costituzionali dei due paradigmi punitivi, nonché sui profili di differenziazione e sui margini di convergenza dei principi e delle regole applicabili nei due rispettivi ambiti, avuto riguardo, in particolare, ai canoni di garanzia sostanziali e procedimentali².

A tal riguardo, schematizzando, è possibile individuare due orientamenti di massima che si dividono il campo: da un lato, l’indirizzo *nominalistico-formale*, favorevole al mantenimento di scostamenti e asimmetrie di disciplina tra i due ambiti punitivi; dall’altro, l’indirizzo *teleologico-sostanziale*, che promuove l’assimilazione funzionale e valoriale tra le due tecniche sanzionatorie, soprattutto

² In tema, v. C.E. Paliero, *La sanzione amministrativa tra pena criminale e garanzie processuali*, in Aa.Vv., *La “materia penale” tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di M. Donini e L. Foffani, Milano, 2018, 209 ss.

in ordine alla quotazione costituzionale dello statuto garantistico³.

Come si cercherà di dimostrare nel prosieguo dell'indagine, i due modelli coesistono problematicamente – dando luogo ad un delicato *mixtum compositum in fieri* – in un periodo di carattere transizionale, che registra la graduale, ma ormai irreversibile, emersione di un paradigma fondamentalmente ‘unitario’ di illecito punitivo, suscettibile di assumere articolazioni e graduazioni di cangiante intensità.

3. *L'indirizzo nominalistico-formale*

In riferimento al primo e più risalente indirizzo, occorre precisare che la comparazione dei profili ontologico-strutturali dei due modelli punitivi e la determinazione dei limiti di ammissibilità di differenziazioni e scostamenti in punto di garanzie hanno potuto giovare di un quadro di riferimento relativamente ‘definito’ e lineare.

Il confronto tra le due tipologie punitive è stato, infatti, operato all'interno della rassicurante cornice nominalistica adottata nel 1930 al fine di individuare la nozione ‘formale’ di reato, integrata dal nesso materiale di salvaguardia stabilito a livello costituzionale tra cautele specificamente previste per l'illecito penale e misure incidenti sulla libertà personale. All'interno di tale perimetro, la ricerca di criteri di riconoscimento della natura e di qualificazione dei due illeciti e l'enucleazione dei profili differenziali e dei tratti di omogeneità in punto di garanzie costituzionali sono condotte sul presupposto – assunto a vero e proprio “dogma” – della minore afflittività delle sanzioni amministrative punitive rispetto a quelle penali. Un dogma che preclude la possibilità di vagliare l'eventuale maggiore gravosità in concreto della sanzione amministrativa, tenuto conto di talune pregnanti differenze di disciplina (ad es., la non sospensibilità condizionale e la maggiore celerità applicativa).

3.1. *Depenalizzazione quale strumento di riduzione delle garanzie e di semplificazione dei criteri di accertamento della responsabilità*

Su tale *ratio* e sull'asserita *diversità* dei due modelli di illecito, veniva dai più fondata la tesi volta a delimitare l'operatività dei principi di cui agli artt. 25 e 27 Cost. al solo ambito dei delitti e delle contravvenzioni. Tale opzione veniva, in varia guisa, argomentata in dottrina: si temeva, da un lato, che l'applicazione gradualistica delle garanzie costituzionali in dipendenza del contesto punitivo di riferimento potesse risolversi nel complessivo indebolimento di tali presidi nel set-

³ Per ulteriori approfondimenti, v. A di Martino, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in questa *Rivista*, 2014, 91 ss.

tore penale, con esiti regressivi di sistema, avuto riguardo, soprattutto, alla vanificazione della sussidiarietà del ricorso allo *jus criminale*; dall'altro, che l'estensione delle garanzie penalistiche potesse compromettere le istanze di funzionalità, semplificazione e speditezza sottese al sistema sanzionatorio amministrativo. L'orientamento contrario all'assimilazione e all'omologazione delle due principali tipologie punitive individuava nell'asimmetria dei rispettivi statuti garantistici il presupposto di funzionalità dei processi di riforma incentrati sulla depenalizzazione, che sarebbero stati disincentivati e privati di effettività in caso di livellamento delle due tecniche sanzionatorie.

In definitiva, la presunzione di minore afflittività e capacità stigmatizzante delle sanzioni punitive extrapenali, fondata sul difetto di incidenza sulla libertà personale, ha finito per asseverare la diversità tra pena e punizione amministrativa, per giustificare l'eterogeneità e la separatezza dei rispettivi statuti garantistici, con la conseguente tendenza del diritto vivente ad un'interpretazione fortemente riduttiva del significato e del valore delle regole e dei principi di cui ai primi cinque articoli della l. 689/1981: una *reductio* ermeneutica finalizzata alla semplificazione del procedimento sanzionatorio amministrativo e del successivo giudizio di opposizione rispetto alle omologhe discipline e garanzie contemplate in sede penale. L'idea della c.d. 'degradazione' dell'illecito penale e del ridimensionamento del trattamento sanzionatorio quali effetti costanti della depenalizzazione, ha, in tal modo, consolidato la convinzione dell'ontologica minorità dell'illecito amministrativo: di conseguenza, la riduzione del livello di garanzie è stata considerata la 'fisiologica' compensazione della perdita di rilevanza penale del fatto.

Come è stato rilevato in dottrina, la disposizione secondo cui "*le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati*" (art. 1, co.1, l. 689/1981), viene interpretata nel senso che le violazioni amministrative debbono essere sottoposte alle sanzioni vigenti al momento della commissione dell'illecito (c.d. *tempus regit actum*), a prescindere da eventuali successive modifiche disciplinari, non potendo trovare applicazione il principio 'penalistico' della c.d. retroattività *in mitius*; ulteriori semplificazioni e divergenze dai paradigmi processuali penali sono rinvenibili sia in sede di accertamento dell'elemento soggettivo dell'illecito (art. 3, l. 689/1981), il cui onere dimostrativo viene fatto gravare sull'incolpato, chiamando il medesimo a provare l'insussistenza dell'elemento psicologico (oggetto in tal modo di una sorta di presunzione semplice), sia nella propensione a demandare alle risultanze del verbale amministrativo l'accertamento del fatto, sul presupposto che le medesime facciano piena prova fino a querela di falso di tutti gli accadimenti rilevanti per la violazione costatata⁴.

⁴ Cfr. P. Cerbo, *La depenalizzazione tra giudice penale e amministrazione (e giudice dell'opposizione)*, in *Dir. amm.*, 2018, 55 ss., il quale osserva, altresì, che i soggetti obbligati in solido

3.2. *La diversità e disomogeneità delle due tipologie punitive secondo il risalente indirizzo della C. cost.*

La tesi della diversità e disomogeneità delle due tipologie punitive ha trovato per lungo tempo corrispondenza negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale, sostanzialmente ferma – almeno fino al 2009 – nell’escludere l’applicabilità delle garanzie in esame al di fuori dell’ambito rigorosamente “penale”. Emblematica la sent. n. 159/1994 con cui la Consulta afferma la netta autonomia del sistema sanzionatorio amministrativo rispetto a quello penale, sottolineandone la “spiccata specificità”, emergente dal “riconoscimento di ordini diversi di parametri costituzionali (art.25, secondo comma e art. 27 della Costituzione che disciplinano le sanzioni penali, mentre gli artt. 23 e 97 disciplinano la potestà sanzionatoria amministrativa)” e dal regime specifico della sanzione amministrativa, quale quello disegnato dalla legislazione ordinaria e in particolare dalla l. 24.11.1981, n. 689⁵. Nella medesima pronuncia, la Corte ribadisce, altresì, che il principio della personalità della pena non ha alcuna attinenza con le sanzioni amministrative, concernendo esclusivamente quelle penali.

4. *L’orientamento teleologico-sostanziale: la connessione genetico-funzionale tra il concetto convenzionale di “materia penale” e le politiche di depenalizzazione*

Il secondo orientamento – che abbiamo denominato “teleologico-sostanziale” – prescinde dalla qualificazione formale delle misure extrapenali e individua nella finalità punitiva della sanzione il presupposto necessario e sufficiente per l’estensione delle garanzie contemplate per l’illecito penale. Pur non mancando forme “*in nuce*” nella dottrina italiana⁶, come è noto, siffatto indirizzo ha origine e si sviluppa soprattutto ad opera della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, in sede di elaborazione del concetto di “*matière pénale*” (per la prima volta delineato nel 1976, con la sentenza *Engel*)⁷.

ai sensi dell’art. 6, l. n.689/1981, rispondono dell’obbligazione di pagamento della sanzione pecuniaria anche nei casi in cui non risulti individuato l’autore materiale della violazione.

⁵ Sui profili di autonomia dell’illecito amministrativo, v. C. Piergallini, *Argomenti per l’“autonomia” dell’illecito amministrativo: il nodo della “lex mitior”*, in RIDPP 1994, 1551 ss.

⁶ V., ad es., P. Nuvolone, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1968, 60 ss.

⁷ *Ex multis*, v. L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 25 ss.; F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 7 ss.; 75 ss.

Ad assumere particolare rilevanza, nell'economia della presente indagine, è la stretta connessione genetico-funzionale tra l'enucleazione della nozione sostanziale di "materia penale" e il largo ricorso a politiche di depenalizzazione in astratto.

La priorità data al carattere sostanzialmente punitivo o afflittivo di una sanzione, pur non qualificata come penale dal legislatore interno, quale presupposto per l'applicabilità delle garanzie convenzionali di cui agli artt. 6 (principio di legalità), 7 ("giusto processo"), 2, 3 e 4, Prot. 7 (doppio grado di giurisdizione; riparazione dell'errore giudiziario; "*ne bis in idem*"), nasce, infatti, in stretta correlazione con l'esteso ricorso da parte degli Stati – negli anni '60 e '70 – a interventi legislativi di depenalizzazione.

Da qui la necessità di valutare i riflessi sul versante delle garanzie individuali⁸: la principale preoccupazione è, infatti, quella di evitare che la trasformazione di reati in illeciti amministrativi si risolva nell'elusione delle garanzie convenzionali (c.d. truffa delle etichette).

4.1. *Graduabilità delle garanzie convenzionali*

Pur considerando i processi di depenalizzazione in linea di principio compatibili con la convenzione EDU, con la fondamentale sentenza *Öztürk* (1984), la Corte di Strasburgo precisa che i predetti interventi legislativi non possono tradursi nell'arbitraria delimitazione discrezionale – da parte degli Stati – della sfera di operatività delle garanzie convenzionali previste in "materia penale": decisiva ai fini dell'estensibilità o meno delle garanzie convenzionali di natura sostanziale e processuale non è la qualificazione formale dell'illecito, quanto, piuttosto, il carattere, la finalità, afflittivo-punitiva della sanzione, a prescindere dalla sua gravità e, *a fortiori*, dalla sua incidenza o meno sulla libertà personale.

Il fatto che siano integrati gli estremi della nozione sostanziale di "materia penale" è, dunque, sufficiente ai fini dell'*an* dell'estensione delle garanzie convenzionali ad illeciti non formalmente penali; inizialmente rimane, però, relativamente in ombra un aspetto destinato ad assumere un'importanza cruciale, ovvero il grado di intensità e il livello di rigore con i quali le predette garanzie debbono essere applicate, a seconda della tipologia di sanzione punitiva in concreto rilevante.

Un'esplicita posizione a tal riguardo viene assunta dalla Grande Camera nel 2006 con la c.d. sentenza *Jussila*: dopo aver ritenuto la misura inflitta al ricorrente convenzionalmente penale, in quanto avente finalità repressivo-preventiva (maggiorazione di imposta sulla somma ritenuta evasa), la Corte sottopone la procedu-

⁸ V. N. Zanon, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in Aa.Vv., *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, a cura di I. Pellizzone, Milano, 2017, 85 ss.

ra adottata in sede applicativa al vaglio di conformità rispetto all'art. 6 CEDU, avuto riguardo alla mancata fissazione e celebrazione dell'udienza e alla possibile violazione del correlativo diritto, rilevando che “*les ‘accusations en matière pénale’ n’ont pas toutes le même poids*”, che le maggiorazioni d'imposta “*ne faisant pas partie du noyau du droit pénal*” e che le garanzie di cui all'art. 6 “*ne doivent pas nécessairement s’appliquer dans toute leur rigueur*”⁹.

In applicazione di tali canoni, si ritiene che nel caso di specie “le esigenze di equità” siano state soddisfatte e che non fosse, dunque, necessaria la celebrazione dell'udienza.

Il riferimento, da un lato, al “nocciolo duro del diritto penale”, come tale distinto dalle ulteriori partizioni della più ampia “materia penale” e, dall'altro, al cangiante livello di rigore di applicazione dei presidi del giusto processo, sottende l'idea della *graduabilità* delle garanzie convenzionali.

Di particolare interesse, nella motivazione della Grande Camera, si rivela la distinzione tra due piani: la riconduzione di un dato illecito punitivo alla “materia penale” e la modulazione del rigore con il quale la garanzia di volta in volta rilevante deve trovare in concreto applicazione. Se il primo profilo è decisivo ai fini dell'estensibilità delle regole convenzionali, il secondo, attinente al *quomodo* della garanzia, dipende dal “peso” del procedimento e deve essere valutato su base equitativa.

Non si comprende, peraltro, che cosa debba intendersi esattamente per “nocciolo duro del diritto penale”: se è evidente l'intenzione di riferirsi al nucleo primigenio della “*materia penale*”, non è chiaro *quali e quante* siano le “spire” suscettibili di attrarre gli illeciti espressione di una ‘penalità’ di minore peso o intensità.

Soprattutto sul versante delle garanzie processuali, pare, cioè, profilarsi la necessità di doversi confrontare con una pluralità di accezioni e articolazioni di “*materia penale*”. Una dimensione *scalare*, ancora da decifrare: un fattore destinato ad accrescere ulteriormente la problematicità dell'impatto del diritto convenzionale sugli ordinamenti interni.

5. La problematica coesistenza dei due paradigmi ricostruttivi

Se quello che abbiamo definito il modello *formale-nominalistico* assume valenza interna ed è finalizzato all'individuazione della disciplina – sostanziale e processuale – applicabile alle plurime tipologie di illecito punitivo, in ossequio a istanze di certezza, legalità e definitezza delle sfere e dei confini di operatività, il paradigma *teleologico-sostanziale* trascende i confini dell'ordinamento interno ed

⁹ Corte EDU, GC., 23.11.2006, *Jussila c. Finlandia*, § 43.

è strumentale all'estensione delle garanzie individuali previste dalla CEDU agli illeciti suscettibili di essere ricondotti alla nozione "materia penale", sulla base dei criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo¹⁰.

Si tratta di due forme di qualificazione che, pur assumendo finalità e contenuti distinti, sul piano fenomenologico tendono ad un'inevitabile interferenza e rifrazione: l'esperienza contemporanea registra, in effetti, la difficoltà di far coesistere i due paradigmi, in modo coerente e conforme ai rispettivi postulati e teleologismi e la conseguente tendenza alla sovrapposizione o ibridazione delle due prospettive di inquadramento.

L'equidistanza, la distinguibilità e il parallelismo delle due prospettive hanno mantenuto la loro effettività fino a quando la giurisprudenza interna è potuta rimanere fedele allo schema logico incentrato sulla supremazia del dato formale, sulla marcata diversità/autonomia tra le ramificazioni del diritto punitivo e sulla conseguente marginalità e fattuale ininfluenza dei criteri "sostanziali" di qualificazione. Il venir meno dell'unilateralità di una simile impostazione ha reso possibile il confronto 'aperto' tra le due prospettive, scevro da pre-comprensioni e preoccupazioni di "pan-penalismi": la penetrazione nell'ordinamento interno della logica sostanziale sottesa alla "materia penale" avviene attraverso progressivi assestamenti.

5.1. *L'integrazione di forma e sostanza: l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale*

Un osservatorio privilegiato dal quale è possibile avvicinarsi al delicato e instabile processo dialettico di "integrazione" tra forma e sostanza, in atto nel nostro ordinamento, è senz'altro rappresentato dalla recente evoluzione della giurisprudenza costituzionale in ordine alle garanzie di matrice penale estensibili agli illeciti amministrativi. Eccettuate alcune (estemporanee) aperture manifestate nel corso degli anni '60, la Consulta ha per lungo tempo circoscritto l'applicazione di predette garanzie ai soli illeciti e sanzioni qualificati dal legislatore come penali, enfatizzando i profili di diversità e di autonomia tra misure penali e misure amministrative, desunti dal distinto "nomen juris", dall'opposta incidenza sulla libertà personale e dalle eterogenee cornici costituzionali.

Da quando (a seguito delle cc.dd. "sentenze gemelle" nn. 348 e 349 del 2007), le disposizioni CEDU, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, sono

¹⁰ In tema, v. P. Cerbo, *Le sanzioni amministrative punitive*, in Aa.Vv., *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di M. Donini e L. Foffani, Milano, 2018, 117 ss.; F. Goisis, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubb. comun.*, 2014, 337 ss. e, volendo, A. Gargani, *Sanzioni pecuniarie civili e sanzioni amministrative quali alternative alla tutela penale: problemi e prospettive*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 2018, 5 ss.

considerate “norme interposte” nel giudizio di legittimità costituzionale in relazione al parametro degli obblighi internazionali previsto dall’art. 117, co. 1, Cost., la Corte Costituzionale è stata più volte chiamata a valutare la legittimità costituzionale della disciplina sostanziale e processuale applicabile agli illeciti formalmente qualificati come “amministrativi”, in rapporto alle doverose garanzie individuali contemplate a livello convenzionale od europeo in “materia penale”. È in tale contesto che si registra l’inversione di tendenza rispetto all’orientamento tradizionale: nel dichiarare – con la sent. n.196/2010¹¹ – l’illegittimità costituzionale – *ex artt.* 25 co. 2 e 117 co.1 Cost., per il tramite dell’art.7 CEDU – della previsione della retroattività della misura di sicurezza della c.d. confisca stradale, la C. cost. riconduce una sanzione punitiva, non formalmente penale, nell’alveo di un principio – quello di legalità – che, almeno nel caso di specie, si ritiene operante al di là dei confini nominalistici dell’ordinamento penale.

Gli arresti successivi riflettono il gradualismo e la prudenza con cui la Consulta di volta in volta si confronta con la predetta operatività *ultra nomen juris* dei canoni di garanzia in materia di legalità.

5.1.1. *La questione dell’applicazione retroattiva della nuova sanzione amministrativa agli illeciti posti in essere sotto la vigenza dell’originaria sanzione penale*

Di particolare interesse, da questo punto di vista, si rivela la parabola evolutiva che è possibile registrare nella giurisprudenza costituzionale in ordine alla retroattività della nuova sanzione amministrativa agli illeciti posti in essere sotto la vigenza dell’originaria sanzione penale (e non giudicati con sentenza irrevocabile), secondo un meccanismo al quale il legislatore ricorre di frequente sul piano del diritto transitorio, al fine di evitare che i fatti illeciti posti in essere prima della depenalizzazione (nei casi, lo si ripete, in cui il procedimento penale non sia stato definito con sentenza o con decreto divenuti irrevocabili) rimangano impuniti (ai sensi, rispettivamente, dell’art. 2 co. 2 c.p. e dell’art. 1, l. n.689/1981).

Le cangianti modalità di inquadramento della c.d. successione impropria (tra illecito penale e illecito amministrativo) rispecchiano, in effetti, un fondamentale mutamento di paradigma¹². Viene messa in discussione la tradizionale idea della maggior gravosità della sanzione penale (ancorata alla qualificazione formale-nominalistica e all’incidenza sulla libertà personale), con conseguente retroattività della nuova disciplina sanzionatoria che, in quanto amministrativa, deve ritenersi

¹¹ Anticipata dall’ord. n. 97/2009: cfr. L. Masera, *La nozione costituzionale*, *op. cit.*, 8.

¹² *Amplius*, v. D. Bianchi, *Il problema della “successione impropria”: un’occasione di rinnovata?* *Riflessione sul sistema del diritto punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 322 ss.; M. Gambardella, v. *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, 648 ss.

comunque più favorevole (impostazione quest'ultima seguita, ad es., dalla sent. n. 68/2017, in ordine alla disciplina transitoria contemplata in tema di confisca per equivalente per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate, ai sensi dell'art. 187-*sexies* TUIF)¹³ e si prende atto della necessità di procedere al confronto del livello di reale afflittività delle due sanzioni in successione, a prescindere dai dogmi e dalle presunzioni che avevano sinora precluso la possibilità di una comparazione 'diacronica' dell'effettiva gravità dei rispettivi trattamenti sanzionatori, condotta secondo criteri sostanziali.

Una comparazione diretta e frontale del peso complessivo della sanzione, scevra da pre-comprensioni, alla quale la C. cost. non può più sottrarsi: con sent. n. 223/2018, viene, infatti, ritenuta fondata la questione di illegittimità costituzionale (ritenuta inammissibile l'anno precedente) inerente all'applicazione retroattiva (prevista da una disposizione di diritto transitorio) della sanzione amministrativa punitiva (confisca per equivalente) prevista in luogo di quella penale a seguito di depenalizzazione (art. 187-*sexies* TUIF)¹⁴. Nel caso di specie, il trattamento sanzionatorio amministrativo introdotto dalla legge di depenalizzazione viene ritenuto complessivamente più grave di quello penale vigente al momento della commissione del fatto e, in quanto tale, non può essere applicato retroattivamente senza violare contestualmente gli artt. 25 co. 2 e 117 co. 1 Cost., in rapporto all'artt. 7 CEDU. L'ammissione della comparazione di gravità delle due sanzioni in successione, ai fini dell'individuazione della disciplina complessivamente più favorevole, comporta una conseguenza di particolare rilievo ai fini della presente indagine e, cioè, l'idea dell'allineamento delle due forme di illecito punitivo rispetto alla garanzia convenzionale e costituzionale di irretroattività della disciplina sanzionatoria più gravosa.

Si tratta di un'acquisizione che il legislatore, in occasione dell'intervento di depenalizzazione del 2016, aveva fatto propria. Come si evince dalla Relazione allo "Schema di Decreto legislativo recante 'Disposizioni in materia di depenalizzazione di reati, in attuazione della delega di cui al comma 2 dell'art. 2 della l. 28 aprile 2014, n. 67'", elaborato dalla Commissione Palazzo, nel corredare la disciplina di depenalizzazione di una disciplina transitoria (nonostante il difetto di delega in proposito) volta a rendere possibile l'applicazione retrospettiva delle nuove sanzioni amministrative, si è partiti dal presupposto dell' "omogeneità della natura dell'illecito penale e di quello (punitivo) amministrativo convergenti nell'identica "materia penale" come delineata altresì dalla giurisprudenza di Strasburgo". Sulla base di tale assunto, si è ritenuto "che la depenalizzazione di reati

¹³ In dottrina, v. F. Viganò, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 1 ss.

¹⁴ In dottrina, v. F. Consulich, *La materia penale: totem o tabù? Il caso della retroattività in mitius della sanzione amministrativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 467.

“degradati” a illeciti amministrativi dia luogo ad una vicenda sostanzialmente di successione di leggi, nella quale deve dunque trovare attuazione il principio di retroattività *in mitius*, pienamente realizzato dall’applicazione retroattiva delle più favorevoli sanzioni amministrative in luogo di quelle originarie penali”, sempre che sia garantito “che la nuova sanzione sia irrogata in un ammontare non superiore al massimo di quella originaria” (garanzia assoluta dall’art. 8 co. 3 d.lgs. 8/2016, il quale fa riferimento al criterio di ragguglio di cui all’art. 135 c.p.)¹⁵.

Com’è possibile constatare, al tradizionale paradigma dell’alterità categoriale si sostituisce la più evoluta visione della continuità funzionale tra le due tipologie punitive, che condividono paritariamente la garanzia dell’irretroattività del trattamento sanzionatorio più gravoso di quello vigente al momento del fatto.

5.1.2. *La retroattività della lex mitior nel diritto punitivo amministrativo*

Un ulteriore ambito, collegato a quello poc’anzi accennato, in cui si registra una significativa evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di legalità è quello concernente l’applicabilità del principio di retroattività della *lex mitior* nel diritto punitivo amministrativo (canone previsto dall’art. 49 della Carta di Nizza)¹⁶. Nell’arco di tre anni, si è, infatti, passati dall’affermazione (sent. n. 193/2016) del difetto di un vincolo convenzionale in ordine all’estensione generalizzata – da parte degli ordinamenti interni degli Stati aderenti – del principio di retroattività della legge più favorevole al sistema delle sanzioni amministrazione e della correlativa discrezionalità del legislatore interno nella modulazione di predetta garanzia, in dipendenza delle materie oggetto di disciplina, al riconoscimento – con sent. n. 63/2019 – dell’illegittimità costituzionale – ex artt. 3 e 117 co. 1 Cost. – della disciplina transitoria (art. 6, co. 2, d.lgs. 72/2015) prevista per l’illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate (art. 187-*bis* TUIF) e alla conseguente estensibilità del principio di retroattività della disciplina sanzionatoria più favorevole (introdotta dall’art. 4 co. 9, d.lgs. 107/2018)¹⁷.

5.1.3. *Il rigetto di soluzioni generalizzanti e omologanti*

Nel valutare l’estensibilità agli illeciti amministrativi delle tutele del principio di legalità, la Consulta si guarda bene dall’adottare soluzioni generalizzanti od

¹⁵ Relazione di accompagnamento allo Schema di Decreto legislativo recante “Disposizioni in materia di depenalizzazione di reati, in attuazione della delega di cui al comma 2 dell’art. 2 della l. 28 aprile 2014, n. 67”, in www.giustizia.it, 8.

¹⁶ *Ex multis*, v. M. Scoletta, *Materia penale e retroattività favorevole: il ‘caso’ delle sanzioni amministrative*, in *Giur. cost.*, 2016, 115 ss.

¹⁷ V. M. Scoletta, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*, in www.penalecontemporaneo, 1 ss.

omologanti. La sent. n. 49/2015 (inammissibilità della questione di legittimità costituzionale inerente alla c.d. confisca senza condanna, di cui all'art. 44 del D.p.r. n. 380/2001) contiene un *caveat* – tra il sistema penale e quello amministrativo permangono rilevanti differenze che precludono l'automatica e indiscriminata estensione al secondo quadrante punitivo, per il tramite del concetto europeo di “materia penale”, dei principi e delle garanzie contemplate a livello interno in riferimento al primo – rappresentativo dell'impostazione di fondo alla quale si attiene la Corte al fine di evitare *ab origine* forme di indebita riqualificazione di illeciti formalmente amministrativi in illeciti sostanzialmente penali, strumentali all'estensione delle garanzie convenzionali e costituzionali previste per la “materia penale”.

Nel ribadire che lo Stato gode del margine di apprezzamento nella definizione dell'ambito di applicazione di ulteriori tutele previste in ambito nazionale e che il legislatore gode di ampia discrezionalità sul piano delle soluzioni di politica sanzionatoria (v., ad es., le sent. nn. 43/2017 e 109/2017)¹⁸, la C. cost. si attiene scrupolosamente ai limiti del vaglio di legittimità costituzionale e convenzionale di singole e specifiche disposizioni extrapenali, evitando prese di posizione indifferenziate e “livellanti”, suscettibili di generalizzazione.

La distinzione tra sanzioni amministrative e sanzioni amministrative punitive, determinante ai fini dell'“esportazione” delle garanzie penali (e alla base del difetto di soluzioni impegnative e di portata generale), finisce in tal modo per risultare ancora indefinita e non meglio precisata, con ulteriori incertezze in ordine alla possibilità di includere nel sottoinsieme ‘punitivo’ anche le sanzioni interdittive e quelle accessorie¹⁹.

5.2. La graduale attuazione interna delle garanzie convenzionali inerenti alla “materia penale”

Nell'insieme, si può, dunque, ritenere che gli ultimi arresti della giurisprudenza costituzionale abbiano messo in moto un processo di graduale attuazione interna delle tutele della legalità contemplate a livello convenzionale nella “materia penale”, destinato a ridurre progressivamente le asimmetrie e le distanze intercorrenti tra i due ambiti in punto di garanzie.

Di particolare interesse, in quest'ultima direzione, si rivela la recente sent. n. 112/2019 con la quale la Consulta ha esteso il principio della necessaria *propor-*

¹⁸ La prima sentenza citata aveva ad oggetto le sorti del giudicato amministrativo a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge amministrativa (infondatezza della questione); la seconda riguardava, invece, la legittimità costituzionale della disciplina transitoria di cui all'art. 9 d.lgs. 8/2016, avuto riguardo alla retroattività della nuova sanzione amministrativa (inammissibilità della questione).

¹⁹ Cfr. M. Scoletta, *Retroattività favorevole*, op. cit., 3.

zionalità della sanzione (previsto all’art. 49 co. 3 della Carta di Nizza) anche alla confisca amministrativa di cui all’art. 187-*sexies* TUIF, il quale estende la misura ablatoria all’intero ‘prodotto’ di operazioni finanziarie illecite e ai ‘beni utilizzati’ per commetterle, anziché del solo ‘profitto’ derivato da predette operazioni.

Il raggiungimento dell’obiettivo dell’integrale attuazione interna delle garanzie convenzionali previste in “materia penale” pare subordinato al graduale superamento delle riserve e delle resistenze opposte all’idea di estendere agli illeciti punitivi amministrativi anche le garanzie inerenti al principio di colpevolezza e al “giusto processo”. Se, sotto questo profilo, all’orizzonte si profilano non pochi ostacoli e difficoltà, alimentati da precari ontologismi, non vi è dubbio che un segnale meritevole di attenzione è rappresentato dall’ord. n. 117/2019 con la quale la C. cost. ha utilizzato lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE al fine di risolvere la questione dell’estensibilità o meno del principio “*nemo tenetur se detegere*” al procedimento per l’applicazione di sanzioni amministrative punitive.

6. *Statuti garantistici concorrenti*

Volendo sintetizzare quelli che possono ritenersi i tratti qualificanti le dinamiche di penetrazione e irradiazione delle garanzie convenzionali nell’ordinamento extrapenale, si deve, in primo luogo, evidenziare il fatto che la dialettica tra la concezione fondamentalmente monistica di “materia penale” sviluppata dalla Corte di Strasburgo e il paradigma ‘plurale’ di illecito punitivo adottato dalla C. cost., in conseguenza dell’inevitabile rilevanza assunta dalla qualificazione formale ai fini di disciplina, si traduce nella necessità di valutare e confrontare volta per volta l’intensità e il campo di applicazione delle tutele previste a livello convenzionale, sul piano costituzionale e dalla legge ordinaria (ad es., la l. n. 689/1981).

Il riferimento alla garanzia di fonte convenzionale non può, infatti, non chiamare in causa l’omologo principio di fonte costituzionale (o sub-costituzionale), al fine di verificare il rispettivo raggio di azione. L’indipendenza e l’autonomia dei tre ambiti non devono, cioè, essere sopravvalutate: non vi è dubbio che l’attività di consolidamento, affinamento e implementazione delle garanzie correlate alla materia penale condotta dalla Corte di Strasburgo si ponga in una relazione di osmosi dinamica rispetto al significato e al valore attribuibili alle tutele “interne”.

La valorizzazione delle prime si traduce, infatti, nella disseminazione delle seconde.

Da questo punto di vista, il timore – palesato dalla C. cost. – che il giudice interno operi la riqualificazione di categorie e principi di diritto interno sulla base

del diritto convenzionale, dando luogo ad un *mixtum compositum* di diritto domestico e diritto convenzionale, non è privo di fondamento. I temuti esiti di c.d. “ricombinazione genetica” del diritto penale sono legati all’oggettiva difficoltà di discernere in concreto le finalità e le criteriologie degli statuti garantistici concorrenti.

La messa a fuoco dei termini di interazione tra diritto convenzionale e diritto domestico è, inoltre, resa più difficile dalla crescente complessità strutturale del sistema sanzionatorio punitivo, integrato dalla recente previsione di un nuovo sotto-insieme, avente ad oggetto, i c.d. illeciti civili punitivi (d.lgs. n. 7/2016), destinato ad acuire ulteriormente le tradizionali criticità inerenti alla determinazione degli standard di garanzia estensibili agli illeciti punitivi non qualificati formalmente come “penali”²⁰.

7. I criteri di modulazione delle tutele tra forma e sostanza

Ad uno sguardo d’insieme, è possibile osservare che sia nel contesto convenzionale, sia nell’ordinamento interno, emerge, in modo più o meno esplicito, una duplice modalità di inquadramento delle garanzie in materia punitiva: una prima volta, in ordine all’*an* della loro estensibilità, avuto riguardo alla finalità della sanzione; una seconda volta in riferimento al livello di intensità e di “profondità” applicativa.

Dal primo punto di vista, l’ottica convenzionale appare molto più avanzata rispetto alle impostazioni della giurisprudenza interna, con evidenti discrasie e distonie in rapporto, ad es., alla sfera di operatività del principio di colpevolezza e alle tutele del “giusto processo”. È presumibile che le distanze e le differenze andranno in futuro progressivamente riducendosi, grazie al graduale superamento – nell’ordinamento interno – di resistenze e dogmi legati all’ontologica discontinuità e frattura tra illeciti formalmente penali e illeciti formalmente amministrativi e alla presunta mitezza del diritto punitivo amministrativo, con il conseguente avvicinarsi dei correlativi paradigmi disciplinari. D’altro canto, è innegabile che, in caso di depenalizzazione, tra le due tipologie di illecito sussista piena identità di precetto e di disvalore e che ad assumere rilievo in chiave differenziale siano semmai la natura della sanzione (in rapporto all’incidenza o meno sulla libertà personale) e le modalità di accertamento della responsabilità (in chiave di semplificazione ovvero di capacità stigmatizzante).

In conseguenza dell’ipertrofia del settore penale, della proliferazione di mec-

²⁰ *Ex multis*, v. R. Guerrini, *Il d.lgs. 15 gennaio 2016, n.7, I nuovi illeciti civili tipizzati e le relative sanzioni*, in *Aa.Vv., Le recenti riforme in materia penale*, a cura di G. M. Baccari, C. Bonzano, K. La Regina e E. M. Mancuso, Padova, 2017, 1 e ss.; 31 ss.

canismi di depenalizzazione in concreto e del cronico disconoscimento della sussidiarietà, i processi di depenalizzazione sono destinati ad asseverare la percezione della relatività dei confini, della sostanziale fungibilità dei due modelli punitivi e dell'imponderabilità *a priori* del livello di afflittività delle rispettive sanzioni.

Dal secondo punto di vista, ad assumere rilievo nel diritto punitivo è la tendenza a postulare differenziazioni e articolazioni interne, a enucleare sottosistemi, finalizzati alla graduazione del livello di intensità applicativa della garanzia – convenzionale o costituzionale – di volta in volta presa in considerazione.

Come già accennato in precedenza, pur affermando la sostanziale unitarietà della materia penale e dei livelli di tutela, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ammette la graduabilità delle garanzie processuali, suscettibili di trovare forme di decrescente rigore applicativo man mano che dal “nocciolo duro” della “materia penale” (essendo questo il significato che pare doversi attribuire al concetto di “diritto penale” impiegato nella pronuncia “Jussila”) si passi a considerare forme ulteriori di manifestazione del diritto punitivo.

Una graduazione su base equitativa, collegata alla concreta gravità ed afflittività della sanzione.

In ambito interno, si registra una situazione più complessa, in considerazione del peso assunto dal profilo del regime disciplinare applicabile. Come lo sguardo rivolto alla giurisprudenza costituzionale ha consentito di evidenziare, si avverte, infatti, la tendenza a determinare il campo di applicazione delle garanzie discendenti dalla riconducibilità dell'illecito alla “materia penale” di matrice convenzionale e la sfera di operatività in ambito amministrativo delle garanzie previste dagli artt. 25, 27 e 111 Cost., sulla base di parametri che risentono dell'influenza del criterio formale del *nomen juris*, indispensabile ai fini dell'individuazione della disciplina di riferimento.

La propensione a “incrociare” le due prospettive ricorre anche in dottrina: si pensi, ad es., all'idea del regime di tutela a cerchi concentrici, articolato in un “nucleo minimo” (c.d. “*hard core*” del diritto penale), corrispondente ai “*mala in se*” e, in genere, ai reati di maggiore gravità, sanzionati con pena detentiva, ai quali dovrebbero essere sempre assicurate nella loro massima estensione le garanzie di fonte convenzionale e in un “insieme esterno” (*mala quia prohibita*), comprensivo dei reati meno gravi (non sanzionati con pena detentiva) e degli illeciti solo sostanzialmente penali, ai quali le predette garanzie dovrebbero essere estese in modo meno stringente²¹. Un'analogha esigenza di maggiore articolazione interna del sistema penale, finalizzata a ridurre la rigidità e il livellamento degli standard di garanzia e dei criteri di imputazione, è quella sottesa alla costruzione di Silva San-

²¹ F. Viganò, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 ss.

chez, volta, come è noto, a distinguere tra due aree penali: quella coperta dalla sanzione detentiva e quella coperta da pene incidenti su diritti diversi dalla libertà personale²².

La messa a punto di sotto-sistemi penali e la correlativa graduazione dei livelli di garanzia genera la possibilità di una sussidiarietà di secondo grado, interna al sistema penale, che “metabolizza” il mutevole grado di effettività e di certezza assunta dalla sanzione penale nella prassi applicativa.

Un modello alternativo di “cerchi concentrici”, che sembra, invece, emanciparsi dai vincoli formali, è quello che distingue tra un “nucleo duro” (rappresentato dal diritto penale in senso formale e sostanziale, sottoposto ad uno ‘statuto garantistico forte’), un nucleo “semiduro” (dato dalle misure punitive cui sono estensibili le garanzie convenzionali, ma non quelle di rango ordinario discendenti dalla qualificazione legislativa) e un’area residuale-minimale (comprensiva delle misure afflittive non punitive, accomunate dall’esigenza di prevedibilità e proporzionalità)²³.

Una impostazione, per così dire, ‘agnostico-relativistica’ è, infine, quella seguita da coloro i quali valutano necessario adottare una nozione di “materia penale” “a geometria variabile o dai confini mobili”: ritenuta vana la ricerca di una nozione di “materia penale” valida in relazione all’applicazione di tutte le garanzie sovra-legali, si considera preferibile definire l’ambito e il *quantum* di applicabilità delle singole garanzie in ragione della *ratio* sottesa ad ognuna²⁴. Quest’ultima opzione ‘differenziatrice’ è stata estesa di recente anche alla c.d. “materia penale costituzionale” ossia al tema – strettamente correlato alle dinamiche in esame – dell’applicabilità delle singole garanzie costituzionali ad illeciti non qualificati formalmente come penali, sul presupposto che non sia possibile postulare una nozione unitaria di “materia penale” e che sia, dunque, la *ratio* della singola garanzia a consentire di delimitare il proprio raggio di azione²⁵.

8. *Gli inevitabili profili di incertezza correlati all’opzione “ponderale”*

La ricerca di criteri di rimodulazione dei livelli di garanzia deve, peraltro, fare i conti con un profilo di decisiva importanza, rimasto sinora in ombra nell’indagine e, cioè, la delicata questione del “*ne bis in idem*”²⁶. È indubbio che

²² J.M. Silva Sánchez, *L’espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano, 2004, 101 ss.

²³ V. V. Manes, *Profili e confini dell’illecito penale*, in Aa.Vv., *La “materia penale”, op. cit.*, Milano, 2018, 179 ss.

²⁴ F. Mazzacuva, *Le pene nascoste, op. cit.*, 56 ss.; 73 ss.; 253 ss.; 284 ss.

²⁵ L. Maserà, *La materia penale costituzionale, op. cit.*, 193 ss.; 226 ss.

²⁶ *Ex multis*, v. la ricostruzione di G.A. De Francesco, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell’integrazione europea*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 14 ss.; M.

la progressiva affermazione della logica sostanzialistica sottesa al concetto di “*matière pénale*” rappresenti, infatti, un fattore di formidabile implementazione del cumulo di sanzioni punitive, con plurime frizioni con il divieto di cui all’art. 4 Prot. n. 7 CEDU (come ha dimostrato l’esperienza interna nei settori del diritto tributario, degli abusi di mercato e della circolazione stradale).

È stato rilevato che “la disponibilità di plurime categorie d’illecito” crea il rischio “che la duplicità delle tipologie d’illecito produca tensioni col principio del *ne bis in idem* tutte le volte in cui il legislatore si faccia sedurre dall’idea di cumulare il maggiore effetto stigmatizzante del ‘penale’ con la maggiore efficacia/efficienza repressiva dell’ ‘amministrativo’”²⁷.

L’omogeneità funzionale dei plurimi tipi di illecito riconducibili alla “materia penale” pone, da un lato, la necessità di evitare la duplicazione di procedimenti o di sanzioni e, dall’altro, l’esigenza di “compensazione” delle sanzioni irrogate (*reductio ad unum*). Come è stato osservato, l’una e l’altra presuppongono la valutazione della “consistenza del carico sanzionatorio che può derivare dall’applicazione disgiunta o congiunta delle due discipline”²⁸; a tal proposito, la giurisprudenza europea appare orientata ad adottare parametri “sensibili alle conseguenze “ponderali” della qualificazione disgiunta o congiunta sulla consistenza della risposta sanzionatoria, comprensiva altresì del peso processuale sopportato dall’autore”²⁹.

I problematici esiti in punto di determinatezza e certezza sono la conseguenza della priorità assegnata all’esigenza – emergente con particolare nitore nella pronuncia della Grande Camera nel procedimento A e B c. Norvegia – di applicare con approccio modulato la garanzia del *ne bis in idem*. Preso atto del fatto che “il dato formale nulla dice circa il livello di sofferenza effettiva”³⁰, si tratta di governare e contenere le indefinite potenzialità del cumulo di sanzioni punitive, alla luce del principio di proporzionalità del complessivo carico sanzionatorio.

Dal punto di vista della funzione regolativa, la correlazione biunivoca tra dato ponderale (grado di afflittività della sanzione, a prescindere dalla qualificazione formale) ed esigenze di perequazione sanzionatoria, appare, peraltro, destinata a trascendere l’ambito del “*ne bis in idem*” e ad assumere una portata e un significato più estesi e pregnanti.

La logica sostanzialistica sottesa alla “materia penale” postula, infatti, che la modulazione dei livelli di garanzia debba essere ponderata e calibrata in dipen-

Donini, Septies in idem. *Dalla “materia penale” alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, Aa.Vv., *La “materia penale”, op. cit.*, 225 ss.

²⁷ F. Palazzo, *Il limite della political question fra Corte costituzionale e Corti europee. Che cosa è “sostanzialmente penale”?*, in *Cass. pen.*, 2018, 468.

²⁸ F. Palazzo, *Il limite della political question, op. cit.*, 467.

²⁹ F. Palazzo, *Il limite della political question, op. cit.*, 468.

³⁰ M. Donini, Septies in idem, *op. cit.*, 227.

denza del “peso” della sanzione punitiva: una valutazione in concreto e “caso per caso”, che solo il giudice è in grado di svolgere.

In difetto di parametri o criteri realmente vincolanti³¹, la misurazione del *quantum* di afflittività si traduce in una discrezionalità a base equitativa, fatalmente esposta al rischio di esiti di rilevante incertezza e imprevedibilità.

³¹ V. N. Zanon, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, *op. cit.*, 85 ss.; sul *deficit* di legalità sotteso alle dinamiche dell'interpretazione conforme, v. F. Palazzo, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.* 2016, 2702 ss.

MICHELE TARUFFO

NOTE SPARSE SU CERTEZZA E COERENZA
DELLA DECISIONE GIUDIZIALE

SOMMARIO: 1. Sulla certezza. – 2. Sulla coerenza narrativa. – 2.1. L’inferenza alla migliore spiegazione. – 2.2. La plausibilità relativa.

1. *Sulla certezza*

Nei discorsi ricorrenti che da tempo si fanno sull’accertamento della verità dei fatti nel processo¹ appare spesso il riferimento all’ideale di una decisione *certa*.

Anche se Ho Hock Lai² ritiene che l’impiego di espressioni come *moral certainty* stia cadendo in disuso nella dottrina e nella giurisprudenza di *common law*, rimane il fatto che il riferimento alla *certezza* rimane assai diffuso nel linguaggio corrente dei giuristi. Ciò accade soprattutto nell’ambito del diritto penale, ove si ritiene che una condanna si giustifichi solo se il giudice è certo della colpevolezza dell’imputato³ ma è ricorrente l’idea che in generale la decisione giudiziaria debba fondarsi su una convinzione “certa” relativa ai fatti oggetto di decisione. Non di rado questa idea viene espressa in termini rafforzati, con l’aggiunta di aggettivi come *morale* o *assoluta*, per indicare che la certezza non deve fondarsi su una opinione superficiale ma deve derivare da un convincimento particolarmente profondo. Si giunge così a dire che se il giudice consegue una certezza morale, o assoluta, si trova nella condizione di poter decidere adeguatamente. Si tende dunque a suggerire l’idea che questo tipo di certezza si fondi su un convincimento veritiero, o almeno che essa implichi una pretesa di verità: sembra intuitivo, infatti, che se affermo di essere certo che P ciò implica che io sono certo che P è vero, sicché – appunto – la certezza sui fatti potrebbe essere intesa come sinonimo di verità dei fatti, soprattutto quando si possa dire che questa certezza è assoluta⁴.

¹ Da ultimo v. Taruffo, *Verità e prova nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, p. 1307, ed inoltre Id., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari 2009, p. 74, 193.

² Cfr. Ho Hock Lai, *A Philosophy of Evidence Law. Justice in the Search for Truth*, Oxford 2008, p. 212.

³ Cfr. ad es. Pagliaro, *Causalità e diritto penale*, in *Cass. pen.* 2005, p.1042; altri riferimenti in Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 85.

⁴ Cfr. Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 87.

Questo modo di pensare sembra essere assai diffuso⁵, ma si presta a diverse considerazioni critiche.

Da un lato, si deve riconoscere che ognuno vive con un suo bagaglio di certezze, che gli è necessario per interpretare il mondo e per non cadere in uno scetticismo radicale, o in un dubbio sistematico, che gli renderebbero la vita impossibile o eccessivamente difficile. Molte di queste certezze sono anche *condivise*, nel senso che il soggetto le trae dal senso comune, dalla cultura media e dallo *stock of knowledge* di cui dispone il contesto sociale in cui si trova⁶. Non di rado queste certezze ammettono, per così dire, la prova contraria, e quindi equivalgono alle *presumptions* di cui parla Rescher⁷, ma ciò non toglie che esse vengano prese per vere (almeno fino a quando non vi sia una prova contraria). Inoltre, può accadere che si tratti di certezze fondate su convincimenti particolarmente profondi, solidi, fermamente radicati nella memoria o nei sentimenti dei soggetti, e che quindi queste certezze siano molto difficili da modificare o da eliminare. In questi casi, la pretesa di verità che sembra essere implicita nella certezza risulta particolarmente intensa.

Dall'altro lato, però, vi sono varie ragioni per ritenere che non solo la certezza non equivalga alla verità di un enunciato che pure si ritiene certo, ma che non vi sia alcuna connessione tra la certezza, per assoluta o morale che sia, e la verità. Infatti, la sicurezza soggettiva di un giudizio non è una valutazione razionale della probabilità che quel giudizio sia corretto⁸.

Per un verso, infatti, va osservato che la certezza di alcunché *non deriva* dalla verità di ciò che si ritiene certo. Le ragioni per cui un soggetto ha la certezza di qualcosa possono dipendere dalle situazioni più diverse: le confidenze di un amico, l'opinione dell'astrologo di fiducia, la pubblicità commerciale, la propaganda politica, un atto di fede, l'adesione acritica a ciò che corrisponde alla *communis opinio*, una introspezione particolarmente intensa, e così via⁹. In altri termini, la certezza di qualcosa può essere – e spesso è – del tutto immotivata e priva di qualsiasi giustificazione razionale. Non di rado se si chiede a qualcuno perché è certo di qualcosa non si ottiene alcuna giustificazione razionale, o si ottengono – nel migliore dei casi – spiegazioni di carattere psicologico o fideistico (come il pascaliano *credo quia absurdum*). In sostanza, la certezza non presuppone l'impiego di alcun metodo di controllo sul fondamento razionale o conoscitivo di ciò di cui si è certi. Ciò spiega come molti siano certi delle cose più assurde ed inverosimili. Questo può accadere anche per certezze sovraindividuali, come è accaduto per la

⁵ Cfr. ad es. Kahneman, *Pensieri lenti e veloci*, tr.it., Milano 2012, p. 233, 264.

⁶ In proposito cfr. Twining, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, 2nd ed., Cambridge 2006, p. 310, 334.

⁷ Cfr. Rescher, *Presumption and the Practice of Tentative Cognition*, Cambridge 2006.

⁸ Cfr. Kahneman, *op. cit.*, p. 233.

⁹ V. più ampiamente Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 86.

plurisecolare e quasi generale certezza sulla forma piatta della Terra e sul fatto che fosse il Sole a girare intorno ad essa, certezza che a quanto pare continua ad essere largamente condivisa. Quando qualcuno afferma di essere assolutamente sicuro del suo giudizio sappiamo solo che ha elaborato nella sua mente una storia coerente che non è assolutamente detto sia vera¹⁰.

Per altro verso, si deve osservare che la certezza – nei modi in cui viene solitamente intesa – è soltanto un particolare *status* psicologico, nel quale il soggetto *sente* di credere qualcosa. Ciò porta a dire che la certezza, come ogni condizione psicologica, è inevitabilmente e irriducibilmente *soggettiva*, anche quando è o può essere condivisa da altri soggetti (ognuno dei quali avrà però la *sua* certezza). Quindi, a meno di accettare un relativismo radicale, per cui ogni singolo soggetto dispone di una sua personale verità¹¹, la conclusione difficilmente evitabile è, come si è accennato più sopra, che non vi è nessuna correlazione tra ciò che comunemente si intende per certezza e la conoscenza della verità dei fatti che si assume come finalità essenziale del processo.

Queste radicali considerazioni critiche non valgono, tuttavia, nel caso in cui si faccia riferimento al concetto di “certezza morale” che ricorre nell’ambito del processo canonico. Secondo la dottrina canonistica più recente, infatti, questo concetto serve a definire il fondamento sul quale il giudice canonico deve fondare la sua decisione sui fatti, ma esso deve essere inteso in maniera peculiare. Se non è dubbio che la finalità fondamentale che dev’essere perseguita sia la *salus animarum*, è evidente che ne discende il principio del *favor veritatis*, in funzione del quale la decisione del giudice canonico deve fondarsi sull’accertamento della “verità storica dei fatti controversi”¹². Questo modo di intendere la certezza canonistica sottrae sostanzialmente questo concetto alle obiezioni che si sono riferite alla nozione generale di certezza. Da un lato, infatti, si specifica che la decisione sui fatti deve essere conseguita con metodo *razionale*, non secondo valutazioni “di carattere impulsivo o irrazionalistico”¹³. Dall’altro lato, si sottolinea che la certezza morale sui fatti della causa può essere conseguita solo a condizione che il giudice svolga ricerche su tutti i fatti che possono portare ad individuare la verità, acquisendo tutte le prove e informazioni necessarie a questo scopo. Inol-

¹⁰ Cfr. Kahneman, *op. cit.*, p. 234, 264.

¹¹ Per una critica a questa teoria cfr. Marconi, *Per la verità. Relativismo e filosofia*, Torino 2007, p. 49.

¹² Cfr. Di Bernardo, *Modelli processuali e diritto probatorio civile, Elementi di common law, civil law e di diritto canonico*, Città del Vaticano 2016, p.64; Id., *Il ruolo della Logica nel contesto probatorio dell'accertamento dei fatti nel Processo Canonico*, in *Apollinaris*, LXXXIII, 2010, p. 466; Id., *Accertamento razionale dei fatti nella fase probatoria*, Roma 2002, p. 36; Arroba Conde, *Conoscenza e giudizio nella Chiesa*, in *Apollinaris*, LLXXXIV, 2011, p. 512.

¹³ Cfr. Di Bernardo, *Modelli processuali*, cit., p.203, 2011; Id., *Il ruolo della Logica*, cit., p.493; Id., *Accertamento razionale*, cit., p.11.

tre, si individua la certezza morale nella condizione in cui il giudice, valutando razionalmente gli elementi di giudizio di cui dispone, giunge ad una conclusione sui fatti rispetto alla quale può escludere qualunque “ragionevole dubbio” e quindi ne determina una “probabilità massima”¹⁴. Come si vede da questi sintetici accenni, la certezza morale canonica si fonda non sull’intuizione soggettiva, ma sull’impiego di metodi razionali di ricerca e di valutazione delle prove, orientati alla scoperta della verità su tutti i fatti rilevanti della causa. Non si esclude, invero, che essa implichi anche uno stato psicologico, ma si insiste sul fatto che esso deve formarsi sulla base della verità conosciuta e verificata nel processo attraverso i mezzi di prova¹⁵. Non a caso, infatti, si fa ricorso alla logica induttiva per spiegare la struttura delle inferenze probatorie¹⁶, e si dedica speciale attenzione alle norme sulle prove¹⁷ e ai criteri che debbono guidare una valutazione razionale delle prove in generale e in particolare delle dichiarazioni dei testimoni¹⁸.

Malgrado le inevitabili peculiarità del diritto canonico, dunque, ci si trova di fronte ad una prospettiva incardinata sui valori della razionalità, della validità logica del ragionamento del giudice, e della valutazione analitica e controllabile intersoggettivamente delle prove, valutazione che deve essere orientata essenzialmente all’accertamento della verità dei fatti. In altri termini, si tratta di una concezione della certezza morale che lascia poco spazio agli aspetti soggettivi del giudizio (ed ancor meno agli aspetti irrazionali), e per questa ragione può essere in larga misura assimilata alle ricostruzioni in prospettiva razionale del problema della verità dei fatti. D’altronde, non bisogna dimenticare la rilevanza storica che il processo canonico ha avuto come modello che ha influenzato in varia misura tutti i sistemi processuali di *civil law*¹⁹.

Tuttavia, il riferimento alla certezza, anche nella versione rigorosa che viene data dalla teoria canonistica, non pare di per sé risolutivo del problema fondamentale della connessione tra convincimento e prove. Rimane pur sempre possibile, infatti, che un’ipotesi fattuale supportata da prove adeguate non giunga a fondare la certezza del giudice sulla sua verità, dato che tale convincimento ha pur sempre una connotazione soggettiva che lo diversifica dalla valutazione razionale e oggettiva delle prove.

¹⁴ Cfr. Di Bernardo, *op. ult. cit.*, p. 43.

¹⁵ Cfr. Di Bernardo, *Modelli processuali*, cit., p.214; Id., *Il ruolo della logica*, cit., p. 495.

¹⁶ Cfr. Di Bernardo, *op. ult. cit.*, p. 493; Id., *Modelli processuali*, cit., p.209.

¹⁷ Cfr. Arroba Conde, *op. cit.*, p. 516, 523.

¹⁸ Cfr. Di Bernardo, *Modelli processuali*, cit., p.2011; Id., *Accertamento razionale*, cit., p. 138.

¹⁹ Cfr. Damaška, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, tr.it., Bologna 1991, p. 70; Martínez Martínez, *El proceso canonico y la verdad*, in *El ius commune y la formación de las Instituciones de derecho publico*, A. González-Vara Ibáñez coord., Valencia 2012, p. 220.

2. Sulla coerenza narrativa

Nell'ambito delle teorie che da qualche tempo rientrano nel c.d. *narrativismo*, studi particolarmente interessanti sono stati dedicati alle *narrazioni* dei fatti che vengono costruite nel contesto del processo²⁰. Da questo punto di vista, anzi, il processo può essere interpretato come un contesto dinamico in cui vengono presentate diverse narrazioni, da parte dei vari soggetti che nel processo assumono differenti posizioni e svolgono diverse funzioni²¹. Questa prospettiva di analisi è molto rilevante perché consente di mettere in evidenza vari aspetti del processo che altrimenti non verrebbero presi in considerazione. Tuttavia, essa suscita anche qualche difficoltà.

Ad esempio, Twining²² si pone il problema di stabilire quando una *story* è *buona*, ossia quando essa va presa sul serio come una buona descrizione (o costruzione narrativa) dei fatti che ne sono oggetto. Twining sottolinea che tra i requisiti di una buona narrazione vi sono per esempio la sua corrispondenza a ciò che si considera *normale* o *familiare* da parte di colui che interpreta la narrazione. In sostanza, più la *story* si avvicina a ciò che il senso comune immagina essere normale e familiare per fatti come quelli che vengono raccontati, più è probabile che il destinatario (il giudice, la giuria) consideri quella *story* come credibile. Qui però sorgono almeno due questioni molto rilevanti. La prima questione è che il criterio per compiere questa valutazione è lo *stock of knowledge* del soggetto che prende in considerazione la *story* (ossia, per così dire, la porzione di senso comune che rappresenta la cultura di quel soggetto). Tuttavia, Twining sottolinea come questo *stock of knowledge* sia una specie di *soup* in cui entrano gli elementi più diversi, dalle c.d. massime d'esperienza a generalizzazioni infondate, proverbi, pregiudizi di vario genere, credenze false, e così via. In sostanza, i fattori che rientrano nello *stock of knowledge* non offrono *a priori* nessuna garanzia di attendibilità o di veridicità. Ecco allora che l'interpretazione e la valutazione della *story* risultano prive di un fondamento conoscitivo apprezzabile, anche quando la *story* stessa appare "buona" dal punto di vista narrativo.

La seconda questione sorge quando colui che costruisce, o interpreta, la *story* si serve del suo *stock of knowledge* per colmare le lacune che la narrazione può presentare. In sostanza: se si tratta di costruire una *story* sulla base di alcuni enunciati che si assumono come veri, ma questi non sono sufficienti per costruire una narrazione "completa" e "buona" dal punto di vista del senso comune, allora

²⁰ Cfr. ad es. Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, Torino 2013, p.27, 37; Di Donato, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel processo*, Milano 2008; Id., *La realtà delle storie. Tracce di una cultura*, Napoli 2012; Amsterdam-Bruner, *Minding the Law*, 2nd ed., Cambridge, Mass.-London 2002; Taruffo, *La semplice verità*, cit., p.33; Twining, *op. cit.*, p. 286, 332.

²¹ V. più ampiamente Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 43.

²² *Op. cit.*, p. 335, 338.

si fa ricorso al senso comune per il c.d. *gap filling*²³, ossia per inserire nella narrazione fatti e circostanze che paiono necessarie per una buona narrazione anche se per esse non vi è nessuna base di conoscenza. Inoltre, le *stories* spesso contengono ipotesi non verificate e passaggi da un fatto all'altro che non hanno giustificazione. Tutto ciò comporta una conseguenza molto importante, dal punto di vista del processo, ossia che una buona narrazione, o una narrazione che viene interpretata come "buona", non è necessariamente una narrazione "vera"²⁴. Anzi: le storie buone scacciano le storie vere, e quindi sono pericolose perché spesso tengono conto di fatti irrilevanti e di fatti inventati o privi di fondamento, e sono condizionate da pregiudizi e stereotipi²⁵.

Vale la pena di sottolineare, sempre a proposito della qualità delle narrazioni fattuali, che da molti punti di vista si pone l'accento sulla necessità che la narrazione sia *coerente*. Ciò corrisponde, in via di prima approssimazione, ad una intuizione piuttosto ovvia, secondo la quale una narrazione incoerente non potrebbe essere considerata come una buona narrazione, dato che sarebbe difficile o impossibile determinarne il significato, almeno secondo i normali criteri di interpretazione di un testo, soprattutto se il testo si presenta come la descrizione di fatti che si ipotizzano avvenuti nella realtà. Tuttavia le cose si complicano a proposito delle narrazioni processuali, per le quali il problema fondamentale è di stabilire quali sono vere e quali non lo sono. In particolare, il problema si pone a proposito delle narrazioni del giudice, dato che su di esse si fonda la decisione finale.

A questo proposito sembra emergere un'alternativa tra due ipotesi possibili: a) si prende in considerazione *solo* la coerenza della narrazione, ritenendo che essa sia il fattore più importante, o l'unico fattore in funzione del quale la narrazione va assunta come base per la decisione, eliminando quindi qualunque riferimento alla verità della narrazione stessa; b) si ritiene che la narrazione sia vera *perché* è coerente, intendendo quindi la coerenza come un sinonimo o una dimostrazione della veridicità della narrazione.

Entrambe queste ipotesi sono però assai problematiche.

La prima ipotesi può essere accettata solo a condizione di presupporre che il processo non sia finalizzato a stabilire la verità dei fatti su cui verte la decisione, ma soltanto a far sì che il giudice scelga una narrazione di questi fatti. Questo atteggiamento è presente in varie concezioni del processo, ma se si prescinde dal raggiungimento della verità dei fatti si può scegliere *qualunque* criterio di decisione, non escludendo il lancio dei dadi (come il rabelaisiano giudice Bridoye) o la lettura dei fondi di caffè. A questo punto, anche la coerenza della narrazione può essere adottata come criterio di decisione. La seconda possibilità deve pure essere esclusa,

²³ Cfr. ancora Twining, *op. cit.*, p. 308, 336.

²⁴ In proposito v. Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 67.

²⁵ Cfr. Twining, *op. cit.*, p. 336.

per varie ragioni. Da un lato, dire che la descrizione di una vicenda di fatto è vera *perché* è coerente implica la premessa che si ritenga coerente (in qualunque significato del termine) la realtà che viene descritta. Ciò presuppone assunzioni ontologiche, o addirittura metafisiche, che qui non possono essere discusse (e tanto meno condivise). Dall'altro lato, non vi è nessuna corrispondenza necessaria tra la coerenza narrativa di una descrizione e la sua veridicità. In realtà la coerenza della storia che un soggetto costruisce non tiene conto della quantità e qualità dei dati su cui si basa²⁶, e quindi non ha nulla a che vedere con la verità dei fatti di cui si parla. Di regola è la coerenza, non la completezza delle informazioni, che induce ad accettare una storia come vera, anche se non lo è²⁷. D'altronde, non è vero che le storie più coerenti siano quelle più probabili, e "gli sprovveduti confondono facilmente i concetti di coerenza, plausibilità e probabilità"²⁸. Si può poi osservare che sono narrativamente coerenti anche le favole e i romanzi (salvo le opere di letteratura sperimentale), e addirittura – per citare un caso limite – i racconti fantastici di Julio Cortázar. Anche quando un romanzo o un racconto include una descrizione corrispondente alla realtà di un luogo²⁹ o di un avvenimento, ciò non è particolarmente rilevante, ed anzi la veridicità di questa descrizione può non essere neppure percepita dal lettore. Si tratta di osservazioni ovvie e banali, che però mostrano come la coerenza della narrazione, in sé considerata, non dica nulla intorno alla sua veridicità. In altri termini: una narrazione buona perché coerente non è per ciò stesso una narrazione vera. Al contrario: una narrazione vera – perché sono confermati da prove tutti gli enunciati che la compongono – può non essere una buona narrazione, ad esempio perché di alcuni di questi enunciati manca la prova (e si esclude ogni operazione arbitraria di *gap filling*).

A proposito di verità o veridicità delle narrazioni non si può fare a meno di richiamare la fondamentale distinzione tracciata da Umberto Eco³⁰ fra la verità *nella* narrazione e la verità *della* narrazione. Nella narrazione un fattore importante è la coerenza di ciò che viene narrato, come appunto accade nei romanzi: è vero, allora, per rimanere nell'esempio di Eco, che Sherlock Holmes abita a Londra in Baker Street, anche se nella realtà a Londra non è mai esistita una Baker Street (e del resto neppure Sherlock Holmes è mai esistito). La verità della narrazione, invece, significa che ciò che si dice nella narrazione corrisponde alla realtà dei fatti o delle cose di cui si parla: è dunque la realtà, non la coerenza della narrazione, a determinarne la verità o la falsità. Questa distinzione è rilevante anche per esclu-

²⁶ Così Kahneman, *op. cit.*, p. 96.

²⁷ Cfr. Kahneman, *op. cit.*, p. 98.

²⁸ Così Kahneman, *op. cit.*, p. 176.

²⁹ V. un esempio tratto da un romanzo di John Grisham in Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 36.

³⁰ Cfr. Eco, *L'invisibile: Perché è falso che Anna Karenina abitasse in Baker Street*, in Id., *Sulle spalle dei giganti*, Milano 2017, p. 181.

dere che la coerenza della narrazione renda in qualche misura probabile la veridicità della narrazione, ossia la sua corrispondenza con la realtà dei fatti che narra: se così fosse, infatti, bisognerebbe concludere che probabilmente Sherlock Holmes è vissuto davvero in Baker Street, data la notevole coerenza narrativa dei racconti che parlano del famoso investigatore.

In una diversa prospettiva qualche argomento a favore delle concezioni “coerentiste” della decisione potrebbe essere tratto dall’analisi psicologica che si occupa della “coerenza cognitiva”³¹. Questa teoria sostiene, sulla base di alcuni esperimenti, che esisterebbe una tendenza, in chi deve prendere decisioni sulla base di insiemi disordinati di informazioni, a costruire modelli mentali progressivamente sempre più coerenti, fino a conseguire una versione particolarmente coerente della situazione in oggetto. Su questa versione si forma un grado specialmente elevato di convincimento che porta alla decisione finale³². Questa, dunque, si fonderebbe sul grado massimo di coerenza che il soggetto riesce a conseguire.

La teoria della coerenza cognitiva presenta vari aspetti interessanti, ma suscita anche dubbi rilevanti quanto alla possibilità di costituire un modello attendibile di ragionamento sui fatti.

Alcune incertezze riguardano il metodo su cui essa si fonda. Da un lato, essa si occupa esclusivamente di come ragionano i membri della giuria. Anche ammettendo, in via di ipotesi, che essa descriva in modo attendibile ciò che accade nella mente dei giurati, si può fondatamente dubitare che essa si possa automaticamente applicare al ragionamento di un giudice professionale, esperto nella valutazione critica delle prove e nell’applicazione del diritto. Analogamente, i rischi di sopravvalutazione delle prove che comporta l’approccio della coerenza cognitiva per i giurati³³ non sorgono, o si prospettano in termini diversi, per il giudice. Dall’altro lato, va sottolineato che la teoria in questione si fonda su esperimenti costruiti *ad hoc*, e non sull’analisi di situazioni reali. Rimane allora il dubbio che ciò che risulta da questi esperimenti abbia una corrispondenza assai debole e tutta da dimostrare, o non abbia nessuna corrispondenza, con ciò che accade nella realtà.

Soprattutto, però, rimane il fatto che né gli esperimenti, né la teoria che su di essi viene costruita, si occupano del problema del se le prove vengano prese in considerazione – da chi decide sui fatti – con lo scopo di verificare se gli enunciati relativi ai fatti della causa (presi singolarmente o presi nel loro complesso) siano o non siano veritieri. Ci si preoccupa dunque di come i giurati costruiscono le loro narrazioni, ma non del problema di stabilire se ed in quale misura queste narrazioni corrispondano alla realtà dei fatti che raccontano. Ancora una volta, ma questo costi-

³¹ Cfr. in particolare l’ampia analisi svolta da Simon, *A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making*, in 71 *Un.Chil.Rev.* 2004, p. 511.

³² Cfr. Simon, *op. cit.*, p. 521, 524, 533, 544.

³³ In proposito v. Simon, *op. cit.*, p. 569.

tuisce la premessa fondamentale della teoria in questione, l'attenzione viene concentrata in via esclusiva sulla coerenza delle narrazioni che i giurati elaborano, e non sulla loro veridicità. Anche a questo proposito si deve quindi osservare che vi possono essere narrazioni perfettamente coerenti e completamente false, il che non interessa nel contesto di un processo.

2.1. *L'inferenza alla migliore spiegazione*

Anche per effetto dell'importanza che negli ultimi anni si è attribuita all'inferenza abduttiva come strumento epistemico³⁴ si è diffusa la tendenza a ritenere che tale inferenza svolga un ruolo fondamentale anche nel ragionamento del giudice, e quindi a configurare la decisione sui fatti come una *inferenza alla migliore spiegazione* di quei fatti³⁵. Si è anche osservato³⁶ che al giurista questa inferenza pare ovvia ed intuitivamente valida. In sostanza, il ragionamento del giudice dovrebbe condurlo a stabilire quali sono le possibili ricostruzioni dei fatti della causa sulla base delle prove disponibili, e a scegliere, per la decisione finale, la narrazione che risulta "migliore" rispetto alle altre. Comunque, l'ipotesi che il giudice prende in considerazione non verrebbe valutata in sé, ma solo nel confronto con le altre ipotesi³⁷. Di conseguenza, il risultato delle prove verrebbe a coincidere esclusivamente con la determinazione di quale sia la narrazione "migliore", attraverso il confronto tra questa narrazione e le altre ipotesi possibili, diretto a stabilire quale ipotesi deve essere preferita alle altre. Questa concezione pare largamente condivisa ma si espone ad obiezioni molto convincenti.

Una prima critica deriva dalla considerazione che l'inferenza alla migliore spiegazione non costituisce un modello di ragionamento dotato di validità generale. È assai dubbio, infatti, come spiega un noto epistemologo³⁸, che esso funzioni nell'ambito della ricerca scientifica, sicché rimarrebbe da spiegare perché questo modello rappresenti lo strumento ideale per la comprensione della decisione del giudice.

Una seconda critica si riferisce al fatto che, nella versione più comune³⁹, l'infe-

³⁴ Cfr. ad esempio Tuzet, *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino 2006; Aliseda, *Abductive Reasoning. Logical Investigations into Discovery and Explanation*, Dordrecht 2006.

³⁵ Cfr. Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, Torino 2013, p.137; Josephson, *On the Proof Dynamics of Inference in the Best Explanation*, in *The Dynamics of Judicial Proof. Computation, Logic and Common Sense*, M.MacCrimmon and P.Tillers eds, Heidelberg-New York 2002, p. 287; Abimbola, *Abductive Reasoning in Law. Taxonomy and Inference to the Best Explanation*, *Ibidem*, p.337; Allen-Pardo, *Juridical Proof and the Best Explanation*, in *27 Law and Philosophy* 2008, p. 223; Brown, *The possibility of "inference causation"*; *inferring cause-in-fact and the nature of legal fact-finding*, in *55 McGill J.* 2010, p. 1.

³⁶ Cfr. Cheng, *Reconceptualizing the Burden of Proof*, in *122 Yale L.J.* 2013, p. 1255.

³⁷ Cfr. Tuzet, *Filosofia*, cit., p. 139.

³⁸ Cfr. Laudan, *Strange Bedfellows: Inference in the best Explanation and the Criminal Standard of Proof*, in <http://ssrn.com/abstract=1153062>, p. 2.

³⁹ V. ad es. Allen-Pardo, *op. cit.*

renza in questione determinerebbe la scelta tra *due* ipotesi sui fatti, ossia nel processo civile tra l'ipotesi dell'attore e quella del convenuto, e nel processo penale tra l'ipotesi dell'accusa e quella della difesa. Si tratta però di una prospettiva fortemente riduttiva perché non considera l'eventualità, frequente nella pratica, che sugli stessi fatti si possano formulare *diverse* spiegazioni possibili⁴⁰.

Soprattutto, però, si può osservare che l'inferenza alla migliore spiegazione non dice quale sia il criterio di scelta relativo alla spiegazione "migliore"⁴¹, trattandosi sempre di un confronto "relativo" tra varie spiegazioni. Ciò implica, ad esempio, che se due spiegazioni hanno ricevuto una conferma probatoria di grado molto basso, la decisione dovrebbe essere a favore dell'ipotesi che ha ricevuto la conferma "meno bassa", indipendentemente dal livello di questa conferma. Ciò significa però che la decisione dovrebbe potersi fondare su una spiegazione che non si può considerare come veritiera, in quanto non è sostenuta da prove sufficienti, solo perché l'altra spiegazione ha avuto una conferma ancora più inadeguata. In senso analogo si è osservato che se vi sono bassi livelli di credenza su una proposizione e sulla sua negazione (ad esempio per mancanza di informazioni sufficienti) bisognerebbe assegnare ad entrambe un alto grado di plausibilità⁴².

Questa conclusione sembra fortemente controintuitiva, e soprattutto non ha nulla a che vedere con quanto accade in un processo, dove se mancano conferme probatorie adeguate la sola conclusione possibile è che nessuna delle ipotesi può essere accolta come base per la decisione, che il giudice prenderà applicando le regole sull'onere della prova.

Un ulteriore aspetto problematico di questa teoria consiste – come si è già accennato – nell'individuazione del criterio in base al quale una spiegazione dovrebbe essere considerata "migliore" rispetto alle altre. Sul punto vi sono varie ipotesi e molte discussioni⁴³, anche nell'ambito dell'analisi logica del ragionamento abduttivo⁴⁴. In generale, peraltro, queste ipotesi tendono a concentrarsi sulla "completezza" della spiegazione rispetto alle informazioni disponibili, e soprattutto sulla "coerenza" della narrazione in cui consiste la spiegazione migliore⁴⁵. In proposito un'osservazione critica piuttosto ovvia è, allora, che si tratta ancora una volta di una teoria che fa perno sulla coerenza narrativa, e non si interessa in alcun modo della verità o falsità dei fatti su cui verte la decisione.

Queste difficoltà vengono forse evitate, almeno in parte, da una recente analisi

⁴⁰ Cfr. Brown, *op. cit.*, p. 18.

⁴¹ Cfr. Schum, *Species of Abductive Reasoning in Fact Investigation in Law*, in 22 *Cardozo L.Rev.* 2001, p. 1659; Laudan, *op. cit.*, p.1; Brown, *op. cit.*, p. 19.

⁴² Cfr. Shapira, *Fuzzy Logic and its Application to Legal Reasoning. A Comment to Professor Zadeh*, in *The Dynamics*, cit., p. 132.

⁴³ V. ad es. Laudan, *op. cit.*, p.5; Brown, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁴ Cfr. Aliseda, *op.cit.*, p. 73.

⁴⁵ Cfr. Josephson, *op. cit.*, p. 288, 291; Laudan, *ibidem*.

dell'inferenza alla migliore spiegazione⁴⁶, nella quale si specificano le condizioni in presenza delle quali si può concludere abduttivamente che una ipotesi è migliore delle altre e quindi è probabilmente corretta. Il punto più importante di una di queste condizioni è che, contrariamente a quello che si dice di solito, bisogna stabilire come la singola ipotesi sia fondata "in se stessa", indipendentemente da quello che dicono le ipotesi alternative⁴⁷. Una ipotesi è "buona in sé" se è internamente coerente, se è coerente con le informazioni disponibili, se consente previsioni vere, e se *corrisponde ai fatti*⁴⁸. Dunque non è vero che la scelta della spiegazione migliore dipende *soltanto* dal confronto relativo tra essa e le altre ipotesi possibili: se nessuna ipotesi è buona, non vi è alcuna possibilità di scegliere l'ipotesi "meno cattiva". D'altronde, può accadere che la descrizione che appare migliore secondo qualche criterio non sia affatto vera⁴⁹, e non sia neppure la più probabile⁵⁰. Di conseguenza, la scelta dell'ipotesi deve fondarsi sul rapporto tra l'ipotesi che risulta migliore e il grado di conferma probatoria relativo ai fatti su cui verte l'ipotesi⁵¹.

Sulla condizione che la spiegazione *debba corrispondere ai fatti* si può senz'altro concordare⁵², ma si può osservare⁵³ che in questo modo si mette in dubbio, e sostanzialmente si abbandona, tutta la costruzione degli altri criteri che si indicano per la scelta della spiegazione migliore. Se infatti si dice che va scelta la spiegazione che, tenendo conto di tutte le prove disponibili, risulta essere corrispondente ai fatti, ciò costituisce un criterio autonomo e sufficiente per individuare la spiegazione migliore. Allora la coerenza della spiegazione finisce con l'essere un criterio secondario, se non del tutto irrilevante: di conseguenza si finisce col dire che la spiegazione è migliore se è vera.

Quindi il giudice deve anzitutto valutare il grado di conferma ottenuto da ognuna delle ipotesi in gioco *considerata di per sé* e non in confronto con le altre ipotesi, e deve scartare quelle ipotesi che non hanno un fondamento probatorio sufficiente per essere prese in considerazione.

Le osservazioni critiche che precedono portano a concludere che l'inferenza alla migliore spiegazione non costituisce, se considerata *autonomamente*, un criterio accettabile per la scelta *finale* della versione dei fatti che va posta a fondamento della decisione.

⁴⁶ Cfr. Josephson, *op. cit.*, p. 287.

⁴⁷ Cfr. Josephson, *op. cit.*, p. 291.

⁴⁸ Cfr. Josephson, *op. cit.*, p. 294.

⁴⁹ Cfr. Josephson, *op. cit.*, p. 295.

⁵⁰ Cfr. Tuzet, *Filosofia*, cit., p. 139.

⁵¹ Cfr. Tuzet, *op. ult. cit.*, p. 141.

⁵² In argomento cfr. per tutti Volpe, *La verità*, Roma 2014, p. 25 ss.; D'Agostini, *Introduzione alla verità*, Torino 2011, p. 48 ss.

⁵³ Cfr. Laudan, *op. cit.*, p. 9.

2.2. *La plausibilità relativa*

Una concezione della decisione che è emersa da qualche anno e che viene ora ampiamente presentata, afferma che il giudice dovrebbe scegliere la versione dei fatti che risulta *relativamente plausibile*⁵⁴. Questa teoria utilizza il modello detto dello *story-telling*⁵⁵ per affermare che il giudice del fatto costruisce una versione complessiva dei fatti affermati dall'attore, e una versione complessiva dei fatti affermati dal convenuto, per dare poi la prevalenza a quella delle due *stories* che appare relativamente più plausibile rispetto all'altra. L'accettazione di una *story* è determinata dalla sua *global strength* che, a sua volta, dipende dalla sua ampiezza rispetto ai fatti, dalla sua coerenza, dalla sua unicità e dalla sua corrispondenza ai fatti⁵⁶, ossia da fattori sostanzialmente corrispondenti a quelli che si indicano per individuare i criteri relativi alla migliore spiegazione.

Questa teoria ha aspetti interessanti, ma si espone a varie critiche. Una prima considerazione è che essa è condizionata da una visione *adversarial* del processo, secondo la quale il giudice sempre dovrebbe scegliere tra la versione dei fatti presentata da una parte e quella presentata dall'altra parte. Può darsi che questa descrizione corrisponda in qualche misura a come tali decisioni vengono prese nel sistema processuale nordamericano, ma è assai dubbio che essa possa riferirsi a come i giudici decidono negli altri sistemi processuali. Bisogna considerare, infatti, che in generale il giudice non è costretto a scegliere tra la *story* dell'attore e quella del convenuto, potendo egli costruire una *propria* versione dei fatti della causa, in base a ciò che risulta provato o non provato. D'altra parte, la teoria in questione non considera l'eventualità che, come spesso accade anche negli Stati Uniti, nel processo vi sia *una sola story* della cui attendibilità il giudice deve decidere, come ad esempio nel caso in cui una parte sia assente dal processo. Anche in questo caso, infatti, il giudice deve decidere se la narrazione presentata dalla parte presente in causa è o non è veritiera in base alle prove disponibili.

Soprattutto, però, la teoria in questione presuppone l'adesione ad una versione particolare dell' "olismo"⁵⁷, secondo la quale la decisione sui fatti non deriverebbe dalla verifica probatoria di ogni singolo enunciato relativo ad ogni fatto della causa, ma deriverebbe dalla *plausibilità complessiva* dell'intera narrazione. In questa prospettiva il criterio che determina la plausibilità della narrazione è – come si è visto in precedenza – quello della *coerenza narrativa*. Ciò equivale a dire

⁵⁴ Da ultimo, ed anche per ulteriori riferimenti, cfr. Allen-Pardo, *Relative Plausibility and Its Critics* (<https://ssrn.com/abstract=317960>).

⁵⁵ In proposito cfr. Bruner, *Making Stories. Law, Literature, Life*, Cambridge, Mass.-London 2002; Taruffo, *La semplice verità*, cit., p. 33, 43; Di Donato, *op. cit.*

⁵⁶ Cfr. Simon, *op. cit.*, p. 561

⁵⁷ Cfr. Clermont, *Death of Paradox: The Killer Logic Beneath the Standards of Proof*, in 88 *Notre Dame L.Rev.* 2012, p. 55.

che è più plausibile la narrazione che è narrativamente più coerente dell'altra.

Tuttavia, lo *story model* e il relativo "olismo" suscitano dubbi rilevanti se vengono riferiti alla decisione giudiziaria sui fatti⁵⁸. Da un lato, come già si è detto, il criterio della coerenza narrativa non ha nulla a che vedere con la verità o la falsità degli enunciati fattuali. Allora la teoria in questione sarebbe accettabile solo a condizione di presupporre che il processo non sia interessato all'accertamento della verità dei fatti, e che quindi la decisione del giudice, e la narrazione che egli fa dei fatti della causa, non siano sostanzialmente diverse da un romanzo.

Dall'altro lato, la plausibilità e la credibilità di una narrazione dipendono dalla misura in cui essa corrisponde a criteri di "normalità" o di "familiarità" di quanto viene narrato rispetto al modo di pensare di chi legge la narrazione⁵⁹, ma non dall'eventualità che la narrazione sia o non sia veritiera. Ciò implica che il narratore (il giudice) o il fruitore della narrazione, possano ritenere come veri fatti che non sono stati provati, purché risultino normali o familiari. In questo modo si colmerebbero, in nome della coerenza narrativa, le lacune che possono essersi verificate nella verifica probatoria degli enunciati di fatto: si darebbe per vero, cioè, ciò di cui in realtà non si sa nulla. Ancora una volta, però, in questo modo si presuppone che il giudice possa fondare la decisione su fatti non provati dedicandosi al *gap filling*, e quindi si esclude che la decisione giudiziaria debba fondarsi *soltanto* sui fatti che sono stati provati nel processo, anche quando ciò conduca il giudice a costruire una versione dei fatti narrativamente incoerente o incompleta.

Un ulteriore e fondamentale punto debole della teoria in questione è che essa si fonda sul criterio della plausibilità relativa delle varie narrazioni dei fatti, ma rimane incerto in che cosa consista questo criterio, ossia in base a quale confronto si possa stabilire qual è la *story* relativamente più plausibile. Questa incertezza di fondo viene apertamente manifestata dal principale autore della teoria, quando afferma, per rispondere alla critica per la quale non si conosce il significato di "plausibilità", che non vi è alcuna ragione per definire logicamente il concetto, e che inoltre la "plausibilità relativa" può essere definita in varie maniere, ma comunque rimane una nozione relativamente primitiva che si riferisce a ciò che gli uomini fanno⁶⁰. È facile osservare, tuttavia, che ciò equivale precisamente a non dare nessuna indicazione sensata intorno al significato di "plausibilità relativa", e quindi a lasciare completamente incerto (o "vuoto") il concetto su cui viene fondata l'intera teoria.

⁵⁸ Per alcune critiche alle tesi di Allen e Pardo v. Taruffo, *Some remarks about relative plausibility*, in *Int.J. of Evidence and Proof*, January 2019, 1.

⁵⁹ Cfr. Twining, *op. cit.*, p. 310, 335.

⁶⁰ Cfr. Allen-Jehl, *Burdens of Persuasion in Civil Cases; Algorithms v. Explanations*, in *Mich.St.L.Rev.* 2003, p. 942.

I grandi temi
La tutela della persona umana

ROBERTO BARTOLI

BREVI RIFLESSIONI SUL FINE VITA A PARTIRE DAI CONCETTI DI
UOMO, INDIVIDUO E PERSONA ^(*)

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Le visioni assolute: vita (uomo) *versus* autodeterminazione (individuo). – 3. La legge n. 219 del 2017: nulla di nuovo sotto il sole nel rapporto tradizionale tra vita e autodeterminazione. – 4. La questione della illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio: tentativi dirompenti ricondotti a "tradizione". – 5. *Tertium datur*: le nuove prospettive basate sulla persona (comunità).

1. *Considerazioni introduttive*

Affrontare oggi il tema della disciplina del fine vita genera un profondissimo disagio. Disagio non solo per la complessità delle problematiche che pone; non solo per la fortissima tensione che si crea tra interessi contrapposti così rilevanti come la vita e l'autodeterminazione e per la difficoltà di trovare un ragionevole equilibrio tra di essi; ma soprattutto disagio per l'incapacità di individuare le direttrici culturali di fondo attraverso le quali leggere le problematiche. È come se oggi mancasse non soltanto una visione omogenea e condivisa del rapporto che intercorre tra l'uomo e la propria morte, ma più in generale una visione omogenea e condivisa di uomo e di relazione che deve intercorrere tra questo uomo e il ruolo regolativo dello Stato allorquando determinate azioni producono esclusivamente danni a sé.

Se da un lato resta fermo l'obiettivo di tutelare la vita, dall'altro lato, anche a seguito della progressiva riduzione del protagonismo onnipervasivo dello Stato, si va sempre più consolidando l'idea di riconoscere spazi alla libertà di autodeterminazione dell'uomo. Ma nel momento in cui si prospettano tali spazi, il tema diventa quando e come riconoscerli: è tutto rimesso nelle mani del singolo individuo, con il rischio di una esasperazione individualistica, ma anche di possibili e – per così dire – subdole strumentalizzazioni da parte di terzi? Oppure si può dare una diversa lettura dell'uomo che, senza ripiombare in prospettive collettivistiche o statalistiche, risulta comunque comunitaria, al fine di consentire un'autentica espressione di sé ma anche di evitare strumentalizzazioni?

^(*) È il testo della relazione tenuta al Convegno in onore di Francesco Palazzo, dal titolo "La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà", svoltosi a Pisa, il 12 ottobre 2018.

In estrema sintesi, si può dire che siamo passati da una fase storica in cui si contrapponevano visioni forti, ma anche rigide e per certi aspetti assolute, a una fase storica contraddistinta non solo da visioni più sfumate e difficilmente afferribili, ma anche caratterizzate da un certo pragmatismo, in cui si intuisce la necessità di abbandonare i porti sicuri delle visioni precedenti, ma dove stenta ancora a delinearsi una rotta chiara e una visione d'insieme.

Ed è proprio in fasi storiche come queste che, soprattutto rispetto a temi delicati come il fine vita, al giurista si richiede uno sforzo per andare alla ricerca delle ragioni di fondo di una disciplina dei divieti (e dei permessi) penali, secondo l'insegnamento che ci ha trasmesso Francesco Palazzo, Maestro mio, al quale queste riflessioni sono umilmente e affettuosamente dedicate¹.

2. *Le visioni assolute: vita (uomo) versus autodeterminazione (individuo)*

Partiamo dalle visioni rigide ovvero dalle due visioni che si sono contese il campo quanto meno fino ad oggi: da un lato, quella basata sulla prevalenza della vita sull'autodeterminazione; dall'altro lato, quella opposta basata sulla prevalenza dell'autodeterminazione sulla vita.

Di solito si tende a contrapporre queste due visioni in ragione del loro diverso carattere: assoluto, la prima; relativo, la seconda. La visione basata sulla prevalenza della vita sarebbe rigida, totalizzante, addirittura espressione anche di un certo autoritarismo nei confronti del singolo consociato; quella invece basata sulla prevalenza dell'autodeterminazione sarebbe flessibile, relativa, per non dire relativistica, proprio perché riconosce spazio alla scelta oltretutto imponderabile del singolo.

In realtà, a ben vedere, a noi pare che si tratti di visioni nella sostanza identiche nella loro rigidità e assolutezza, ancorché del tutto speculari. La visione basata sulla prevalenza della vita sull'autodeterminazione è assoluta in quanto non c'è alcuno spazio per l'autodeterminazione. Si tratta della visione adottata dal codice Rocco dove la norma chiave è costituita non tanto dal delitto che punisce l'omicidio del consenziente, ma dalla fattispecie che incrimina l'aiuto al suicidio. Nonostante il suicidio sia un fatto non solo lecito, ma anche interamente dominato dall'aspirante suicida, si puniscono le condotte di terzi che agevolano la sua realizzazione, e non solo le condotte di istigazione che in qualche modo influiscono sulla scelta del soggetto al suicidio, ma anche quelle di mera agevolazione materiale che riguardano quindi un soggetto che si è già totalmente autodeterminato nel senso del suicidio. Piuttosto il codice Rocco riconosce una certa valenza all'autodeterminazione nel

¹ F. PALAZZO, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona*, in L. FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, 1996, p. 401 ss.

momento in cui si prevede la fattispecie dell'omicidio del consenziente, ma si tratta di una valenza che, inserendosi in un contesto di tutela assoluta della vita, concorre soltanto a delineare il minore disvalore del fatto commesso.

Se si volesse andare a individuare la visione di uomo sottostante a questa disciplina, si potrebbe parlare di una visione fortemente collettivista e statalista che, nell'appropriarsi del concetto universale e astratto di uomo, sottrae interamente la vita alla disponibilità dei singoli per finalità collettive o comunque nel nome di valori assoluti. Insomma, il singolo individuo in carne ed ossa non ha alcuna rilevanza, mentre ciò che rileva è un concetto generale e astratto di vita di cui lo Stato si appropria in termini universalistici negando completamente l'autodeterminazione espressa dal singolo.

La visione basata sulla prevalenza dell'autodeterminazione rispetto alla vita, pur non trovando accoglimento nel nostro ordinamento, è tuttavia la visione attraverso la quale si tende a guardare alla disciplina vigente. In questa prospettiva, si è mossa ad esempio l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale che ha dato origine all'ordinanza n. 207 del 2018 della Consulta². Tale ordinanza di rimessione aveva infatti cercato di ridefinire l'oggetto di tutela dell'art. 580 c.p., individuandolo nella libertà di autodeterminazione e alla luce di questa ridefinizione aveva sollevato dubbi sulla legittimità dell'incriminazione della agevolazione in termini di inoffensività/irragionevolezza: in buona sostanza, secondo il giudice rimettente, le due condotte dell'istigazione morale e dell'aiuto materiale non possono essere messe sullo stesso piano, essendo solo la prima offensiva della libera autodeterminazione del soggetto. La Corte costituzionale, com'è noto, e come vedremo più in dettaglio in seguito, ha tuttavia respinto siffatta lettura, osservando come il bene giuridico tutelato dalla fattispecie sia quello del diritto alla vita e che pertanto la condotta di agevolazione non può essere considerata inoffensiva.

La visione che attribuisce prevalenza all'autodeterminazione è una visione rigida quanto quella che dà prevalenza alla vita, affetta nella sostanza dagli stessi difetti, pur approdando a esiti opposti: generalità e astrattezza che determinano rigidità e assolutezza. Attribuire sempre prevalenza assoluta all'autodeterminazione significa infatti non solo rimettere tutto nelle mani del singolo, ma anche indifferenza verso la situazione concreta, situazione in cui però potrebbero emergere condizioni di vulnerabilità che necessitano di una qualche tutela nei confronti di possibili strumentalizzazioni da parte di terzi. Insomma, proprio nel momento in cui si vuole dare effettivo spazio all'autodeterminazione, non si può essere del tutto indifferenti alla circostanza che, soprattutto nelle dinamiche del fine vita, non solo il contesto è delicatissimo, ma intervengono anche soggetti terzi che possono in qualche modo abusare della particolare situazione.

² Corte d'Assise di Milano, ord. 14 febbraio 2018, imp. Cappato.

Da un punto di vista “culturale” si potrebbe dire che alla base di questa visione c’è una concezione fortemente individualistica dell’uomo, secondo cui l’autodeterminazione dell’individuo prevale su tutto. Certo, si tratta di una visione che contesta il collettivismo statalista, ma nel compiere questa operazione travolge anche qualsiasi prospettiva comunitaria, facendo dell’uomo un singolo individuo avulso dalla realtà e quindi esposto a rischi di strumentalizzazione. Insomma, l’autodeterminazione è ancora una volta assunta nella sua generalità e astrattezza, come valore indifferente rispetto al contesto e alle condizioni concrete.

Concludendo, si può affermare che sia la concezione collettivistico-statalistica che quella individualistica, sono concezioni rigidissime in quanto hanno come punto di riferimento valori indubbiamente diversi (vita e autodeterminazione) ma riferiti non tanto all’uomo in carne ed ossa, ma a un’idea di uomo avulsa dal contesto della realtà, e quindi assunti nella loro generalità e astrattezza ovvero nella loro assolutezza.

3. *La legge n. 219 del 2017: nulla di nuovo sotto il sole nel rapporto tradizionale tra vita e autodeterminazione*

Con la legge n. 219 del 2017 è stata attribuita un’indubbia rilevanza all’autodeterminazione nelle vicende del fine vita e più precisamente nell’ipotesi del tutto peculiare in cui l’uomo risulta affetto da patologie che possono condurre alla morte, non necessariamente terminali, ma senza dubbio potenzialmente mortali, tali da far dipendere la vita da cure mediche³.

Sancisce infatti l’art. 1, l. n. 219/2017: «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata» (comma 1); «ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte [...] qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento [...] il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l’interruzione del trattamento» (comma 5); «il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale» (comma 6).

Il punto centrale che si deve affrontare è se con questa nuova legge si sia aperta o meno una breccia all’interno della concezione tradizionale che vede nella vita un bene da tutelare in termini assoluti.

³ In argomento, v., per tutti, S. CANESTRARI, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n. 219*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 55 ss.

Ebbene, non c'è dubbio che là dove questa disciplina sancisce la rilevanza del *rifiuto di cure*, a nostro avviso, il quadro tradizionale non è stato nemmeno scalfito, in quanto lo spazio riconosciuto all'autodeterminazione non si fagocita quello destinato alla tutela della vita, essendo piuttosto uno spazio proprio ed esclusivo dell'autodeterminazione. In estrema sintesi, si può dire che questa disciplina si ispira all'*habeas corpus*, in quanto ribadisce l'esistenza di uno spazio intangibile e invalicabile della persona che l'autodeterminazione aveva già contro possibili abusi e prevaricazioni e che può essere sintetizzato nella frase "nessuno può toccare il mio corpo senza il mio consenso". Se poi dalla mancata attivazione del medico deriva la morte, ciò non deve meravigliare, non solo perché è la conseguenza di una scelta individuale e di un decorso causale già in atto – per così dire – fisiologico, ma soprattutto perché se si volesse impedire la verifica della morte si sarebbe costretti a compiere una vera e propria violenza. Insomma, la situazione è tale per cui il terzo è completamente estraneo alla vicenda ed un suo intervento, oltre ad esprimere un inesistente "diritto di altri sulla vita altrui", costituirebbe una vera e propria prevaricazione.

Più problematica è la valutazione dell'equiparazione che la legge compie tra rifiuto di cure e *interruzione del trattamento terapeutico*, anche perché all'interno di questa situazione rientra non solo l'ipotesi in cui venga interrotta una terapia la cui pratica conosce – per così dire – soluzioni di continuità, ma anche quella in cui la terapia consiste in un trattamento permanente perché consistente ad esempio in un sostegno vitale.

Se si valorizza la prospettiva del soggetto passivo, la rilevanza attribuita al consenso è riconducibile all'*habeas corpus*, sia per l'autodeterminazione che implica, non potendosi dimenticare che consenso e revoca del consenso non sono altro che due facce della stessa medaglia, sia per il processo causale in atto, in quanto l'interruzione del sostegno vitale altro non è che l'interruzione di una interruzione con conseguente ripresa del decorso che era stato interrotto.

Se invece si valorizza la prospettiva del soggetto attivo, dalle due situazioni emergono significative dissomiglianze e quindi si tende a parlare di una prevalenza dell'autodeterminazione rispetto alla vita. Come accennato, nell'ipotesi di totale rifiuto di cure salva vita, il decorso causale che porta alla morte finisce per essere – per così dire – nel totale dominio della natura e quindi del soggetto, in quanto la morte è il prodotto di un decorso causale già in atto non riconducibile ad alcun comportamento umano, né di un terzo, né del soggetto titolare della vita, ma interamente riconducibile al decorso "fisiologico" della patologia. Conseguentemente, l'omessa attivazione da parte del soggetto non può essere considerata tipica, nemmeno quando sia realizzata dal medico, visto che il consenso delimita la sfera di operatività della posizione di garanzia. In questa prospettiva, quindi, il rifiuto di cure può essere considerato vera e propria espressione della li-

bertà personale di cui all'art. 13 Cost., da intendersi come il diritto del soggetto di tenere fuori dalla propria sfera personale tutto ciò che è per l'appunto esterno ed estraneo. Insomma, la morte che consegue dall'interruzione di cure potrebbe essere considerata una vera e propria morte naturale, determinata da un decorso causale già in atto che il soggetto non ha voluto nemmeno tentare di interrompere.

Diversamente, nell'ipotesi dell'interruzione di cure salva vita (es. "staccare la spina" del macchinario che consente la respirazione artificiale), il decorso causale che porta alla morte finisce per essere nel dominio di chi agisce, in quanto la morte è il prodotto di un decorso causale già in atto, sì, ma nella sostanza interrotto attraverso una precedente azione e che torna a decorrere soltanto se qualcuno si attiva di nuovo. Conseguentemente l'interruzione di cure non può che essere considerata tipica rispetto alla fattispecie di omicidio del consenziente. In questa prospettiva, il consenso all'interruzione da parte del soggetto può essere considerato espressione di quanto disposto dall'art. 32, comma 2, Cost., vale a dire del diritto del soggetto di non essere obbligato a un determinato trattamento sanitario là dove le conseguenze dell'omesso trattamento ricadono sul soggetto stesso: in sostanza, il comportamento che ottempera alla volontà del paziente è senza dubbio un comportamento attivo che ne cagiona la morte, tuttavia scriminato sulla base di quanto disposto dall'art. 32 Cost.

E che le due ipotesi del rifiuto e della interruzione di cure siano diverse, oltre che dai differenti riferimenti costituzionali e dalle differenti categorie dogmatiche, si ricava anche da altri due aspetti: da un lato, destinatario del rifiuto di cure finisce per essere chiunque, mentre destinatario dell'interruzione di cure può essere soltanto il medico; dall'altro lato, è proprio in presenza dell'interruzione di cure che si pone poi il problema dell'eventuale obiezione di coscienza da parte del medico.

Tuttavia, a nostro parere, preferibile è la prima lettura che equipara rifiuto e interruzione di cure. A sostegno di questa conclusione sta soprattutto il fatto che se noi accedessimo all'idea che la nuova legge del 2017 attribuisce prevalenza all'autodeterminazione sulla vita nelle ipotesi di malattia irreversibile, si finirebbe per creare un piano inclinato davvero problematico. A ben vedere, infatti, questa impostazione si presenterebbe rischiosa nel momento in cui ci si muovesse nella prospettiva dell'eguaglianza ragionevolezza. Ed infatti, una volta riconosciuta rilevanza all'autodeterminazione nelle situazioni di vulnerabilità come quelle in cui si è malati irreversibili, come non riconoscerla anche nelle ipotesi in cui il soggetto non è vulnerabile? È chiaro che così non solo si aprirebbe la strada all'eutanasia, ma soprattutto si aprirebbe la strada all'individualismo, a una concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio e abbandono e i rischi di strumentalizzazione sempre incombenti.

4. *La questione della illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio: tentativi dirompenti ricondotti a "tradizione"*

Come abbiamo accennato, un tentativo di vero e proprio mutamento di prospettiva si è avuto con l'ordinanza che ha sollevato questione di legittimità costituzionale rispetto all'art. 580 c.p. nella parte in cui punisce l'aiuto al suicidio: «i principi costituzionali che hanno ispirato, solo alcuni mesi fa, la formulazione e l'approvazione della legge n. 219/2017 devono presidiare [...] anche l'esegesi della norma in esame [...] il riconoscimento del diritto di ciascun individuo di autodeterminarsi anche su quando e come porre fine della [alla] propria esistenza, rende ingiustificata la sanzione penale nel caso in cui le condotte di partecipazione al suicidio siano state di mera attuazione di quanto richiesto da chi aveva fatto la sua scelta liberamente e consapevolmente»⁴.

Che si trattasse di una lettura dirompente si ricavava non solo dall'interpretazione dell'art. 580 c.p. come fattispecie a tutela dell'autodeterminazione, ma anche, e direi soprattutto, proprio dalla lettura della nuova legge n. 219/2017 come disciplina tutta incentrata sulla prevalenza dell'autodeterminazione rispetto alla vita, cercando poi di estenderne la portata all'aiuto al suicidio.

Tuttavia, la Corte costituzionale, su suggerimento di una parte della dottrina⁵, ha ricondotto la problematica nell'alveo tradizionale⁶. In un primo passaggio la Corte ha riconosciuto la legittimità della fattispecie e cioè che «l'incriminazione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio [...] è [...] funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili». In un passaggio successivo la Corte ha delimitato il campo in cui diviene problematico l'aiuto al suicidio, precisando che occorre considerare «le ipotesi in cui il soggetto agevolato si identifichi in una persona a) affetta da una patologia irreversibile e b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale

⁴ Corte d'Assise di Milano, ord. 14 febbraio 2018, cit.

⁵ D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. contemp.*, 7/2018, p. 57 ss.; nonché, volendo, R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, *ivi*, 10/2018, 97 ss.

⁶ Corte cost., ord. 24 ottobre 2018, n. 206. Tra i molti commenti all'ordinanza, v. i contributi di R. Bartoli, M. Bignami, S. Canestrari, U. Corea, C. Cupelli, D. De Lungo, M. Donini, L. Eusebi, G. Fontana, C. Giunta, F. Lazzeri, F.S. Marini, A. Massaro, D. Morana, A. Natalini, L. Pirozzi, D. Pulitanò, L. Riscato, S. Seminara e A. Sessa, pubblicati nel volume F.S. MARINI-C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019, con la prefazione di F. Viganò; A. VALLINI, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. pen., proc.*, 2019, in corso di pubblicazione, p. 1 ss. del dattiloscritto; F. CONSULICH, *Intervento penale e decisioni di fine vita. Alla ricerca di un diritto contemporaneo*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, p. 1 ss.; G. GENTILE, *La Corte costituzionale e il suicidio assistito, tra giurisdizione e politica*, in *Foro it.*, 2019, in corso di pubblicazione, p. 1 ss. del dattiloscritto.

sia c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli»: in tali ipotesi – afferma la Corte – «l’assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l’unica possibilità d’uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all’art. 32, secondo comma, Cost.».

Il punto che interessa mettere in evidenza è come la Corte costituzionale non solo abbia dato rilevanza alla situazione peculiare della patologia irreversibile che è quella che sta alla base della legge n. 219 del 2017 (punto a), ma abbia anche circoscritto ulteriormente tale ipotesi richiedendo che il soggetto sia tenuto in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale (punto c).

Si tratta di una precisazione di enorme rilievo, perché mentre l’ipotesi a cui si riferisce la legge n. 219 del 2017 richiede soltanto e implicitamente la patologia irreversibile, equiparando l’interruzione al rifiuto proprio in virtù di questa patologia, nell’ipotesi del suicidio si richiede invece necessariamente sempre il sostegno vitale, equiparando quindi l’aiuto al suicidio solo ed esclusivamente all’interruzione di cure.

A nostro avviso, la soluzione adottata dalla Corte si spiega in ragione delle dinamiche causali sottostanti alle problematiche del fine vita. Mentre infatti nell’ipotesi dell’interruzione di cure il decorso causale è in definitiva naturale e il comportamento richiesto mutuato dalla cura in essere e consiste nella sua interruzione, nell’ipotesi dell’aiuto al suicidio occorre un *facere* ben più significativo, in quanto occorre mettere a disposizione del malato trattamenti diretti a determinare la morte e che innescano un decorso causale del tutto diverso e autonomo rispetto a quello che contraddistingue il decorso della patologia. Detto in altri termini, mentre la condotta dell’interruzione di cure si inserisce in un contesto causalistico nella sostanza già innescato (tanto è vero che l’evento morte si verifica proprio in virtù del decorso causale già in atto connesso alla patologia e riavviato attraverso l’interruzione delle cure), la condotta di agevolazione al suicidio concorre a determinare un decorso causalistico diverso e autonomo di cui tuttavia *dominus* è lo stesso soggetto poi destinato a morire.

Ecco allora che, scartata la strada della liceità dell’aiuto al suicidio essendo il decorso causale dominato interamente dall’aspirante suicida, il problema della causalità si ripresenta e viene in qualche modo temperato e bilanciato dalla Corte circoscrivendo ulteriormente l’ipotesi di liceità. Insomma, la Corte ha ricondotto l’ipotesi dell’aiuto al suicidio all’interno della disciplina della legge n. 219/2017, prevedendo il paletto del trattamento di sostegno vitale che esclude che un soggetto “meramente” affetto da patologia irreversibile possa ricorrere all’aiuto. Se la Corte non avesse fatto questo passaggio, si avrebbe avuto una vera e propria prevalenza dell’autodeterminazione sulla vita, che invece non c’è stata.

Ecco allora che la disciplina delineata dalla Corte implica che chi è affetto da patologia e ha un sostegno vitale si trova nella sostanza davanti a due opzioni: quella del rifiuto/interruzione di cure e quella dell'aiuto al suicidio, creando una situazione che legittima la scelta della morte che si ritiene migliore (la più dignitosa per sé) tra le due opzioni possibili.

5. Tertium datur: *le nuove prospettive basate sulla persona (comunità)*

Vero tutto questo, a questo punto resta da chiedersi se non si possano aprire nuovi scenari volti ad attribuire vera e propria rilevanza (prevalenza?) all'autodeterminazione sulla vita.

In questa prospettiva alcuni passaggi compiuti dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 207 del 2018 si rivelano di grande interesse perché, a nostro avviso, aprono alla possibilità di concepire le problematiche del fine vita in modo diverso, uscendo dalla netta contrapposizione tra vita (uomo-Stato) e autodeterminazione (individuo-indifferenza della Stato), e ciò attraverso una significativa valorizzazione del concetto di persona e quindi di comunità.

Si consideri in particolare quanto affermato dalla Corte costituzionale con riferimento al bene giuridico tutelato dal delitto di aiuto al suicidio. Si perdoni la lunga citazione, ma è opportuno riportarla interamente: «l'incriminazione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio [...] è, in effetti, funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio. Essa assolve allo scopo, di perdurante attualità, di tutelare le persone che attraverso difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere. La circostanza, del tutto comprensibile e rispondente ad una opzione da tempo universalmente radicata, che l'ordinamento non sanziona chi abbia tentato di porre fine alla propria vita non rende affatto incoerente la scelta di punire chi cooperi materialmente alla dissoluzione della vita altrui, coadiuvando il suicida nell'attuazione del suo proposito. Condotta, questa, che – diversamente dalla prima – fuoriesce dalla sfera personale di chi la compie, innescando una *relatio ad alteros* di fronte alla quale viene in rilievo, nella sua pienezza, l'esigenza di rispetto del bene della vita. Il divieto in parola conserva una propria evidente ragion d'essere anche, se non soprattutto, nei confronti delle persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita, qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione di una loro scelta suicida, magari per ragioni

di personale tornaconto. Al legislatore penale non può ritenersi inibito, dunque, vietare condotte che spianino la strada a scelte suicide, in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio e abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite. Anzi, è compito della Repubblica porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in simili situazioni di fragilità, rimuovendo, in tal modo, gli ostacoli che impediscano il pieno sviluppo della persona umana».

Ebbene, come accennato, alla base di queste affermazioni c'è una visione che non esito a definire personalista (e comunitaria), riferibile anche all'omicidio del consenziente. Da un lato, infatti, la vita non è concepita come un bene assoluto, ma viene concretizzato prendendo in considerazione soprattutto i rischi derivanti da eventuali vulnerabilità: ciò che si vuole tutelare è la vita di chi in ragione della propria vulnerabilità risulta strumentalizzabile. Non solo, ma proprio la concretizzazione della vita con rilevanza attribuita alle possibili situazioni di vulnerabilità giustifica un precetto orientato alla tutela della vita ovvero si oppone alla possibilità di attribuire rilevanza a un autodeterminismo individualistico che proprio in ragione della sua generalità e astrattezza potrebbe compromettere la vita dei vulnerabili.

Dall'altro lato, si respinge l'idea di un'autodeterminazione per l'appunto generale ed astratta, risultando plausibile prendere in considerazione un'autodeterminazione che in concreto sia davvero tale. Insomma, se deve essere tutelata la vita del vulnerabile contro possibili strumentalizzazioni, è anche vero che tale esigenza di tutela viene meno nel momento in cui siamo in grado di stabilire che l'autodeterminazione alla propria morte risulta essere autentica e non strumentalizzabile.

Ecco allora che il tutelare la vita contro il pericolo di strumentalizzazioni, da un lato, l'attribuire rilevanza all'autodeterminazione per la morte nel momento in cui è autentica, reale ed effettiva, dall'altro, divengono alla fin fine due facce della stessa medaglia: si tutela la vita da strumentalizzazioni e quindi si può attribuire la prevalenza all'autodeterminazione sulla vita quando in concreto non vi sono rischi di strumentalizzazione.

Si potrebbe parlare di aiuto a morire, dove il presupposto di fondo è costituito dalla autentica ed effettiva libertà di autodeterminazione. Ciò che conta è l'autenticità della libertà di autodeterminazione e fuori da questa autenticità non può che esserci una tutela della vita contro i rischi di strumentalizzazione. Insomma, chi vuole morire di mano propria o attraverso l'aiuto di altri, per ragioni connesse alla propria malattia o per altre ragioni diverse dalla malattia, può morire allorquando si sia – per così dire – preventivamente in grado di appurare che la volontà è autenticamente orientata alla morte.

Certo, in questa prospettiva lo scenario cambia e cambia davvero, perché alla fine ciò che si tutela è la vita contro il rischio di strumentalizzazioni, così come

ciò a cui si attribuisce rilevanza non è l'autodeterminazione ma l'autenticità della volontà della propria morte.

Ma ciò che muta maggiormente è la visione di fondo, non più concentrata sull'uomo in generale ed astratto, di cui di volta in volta si sceglie di privilegiare la vita o l'autodeterminazione che in realtà non sono la vita e l'autodeterminazione che gli appartengono, appartenendo piuttosto a un'idea di uomo, ma la persona concreta, in carne ed ossa, inserita nel suo contesto di vita comprensivo delle sue condizioni, nonché delle sue relazioni umane.

Ecco allora che in questa prospettiva, se l'autodeterminazione del soggetto è autentica, la morte di una persona può essere espressione di sentimenti di solidarietà e compassione. E sembra essere proprio questo ciò che sta alla base dell'omicidio *pietatis causa*, in definitiva definibile tale nel momento in cui si ha la consapevolezza che si è in presenza di un'autodeterminazione così piena e autonoma da essere la morte la conseguenza di un gesto di compassione: la compassione sussiste proprio nel momento in cui il rischio di strumentalizzazione è completamente assente in virtù di un'autentica autodeterminazione.

È in questa prospettiva che si apre il tema delle scriminanti procedurali, sia sul piano tecnico-dogmatico che su quello pratico⁷. Sotto il primo profilo, si può osservare come il bilanciamento tra gli interessi si traduca proprio nella disciplina di dettaglio, per cui l'interesse che prevale è quello che risulta preminente all'esito della procedura, per cui solo in presenza di un'autodeterminazione autentica è questa che prevale. Con la conseguenza che al di fuori del procedimento non può che prevalere la vita.

Sotto il profilo pratico, si tratta di immaginare non soltanto la procedura per cagionare la morte, la quale non potrebbe che essere nelle mani di personale medico, ma soprattutto il percorso finalizzato ad esprimere autenticamente la volontà. Ecco allora emergere il problema del ruolo regolativo e di gestione dello Stato. Nel momento in cui l'assolutezza si infrange senza tuttavia cadere nell'individualismo, la finalità di questa procedura non è quella di compiere un sindacato sulla volontà del singolo, ma di farla emergere nella sua autenticità, assumendo la comunità un ruolo fondamentale, dovendo essere davvero capace di prendersi cura della situazione attraverso altissime competenze. Il tutto è molto simile a quanto avviene per la mediazione in ambito penale, nel momento in cui all'interno dell'assolutismo punitivo si è creato uno spazio per un incontro effettivo tra le parti.

Insomma, dissolto l'assolutismo statale che tendeva a schiacciare la complessità della persona, soltanto una comunità seria e competente può consentire alla persona di esprimersi nella sua complessità.

⁷ Sull'argomento, cfr. ampiamente A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dogmatici e di politica criminale*, Napoli, 2018.

GIOVANNI FLORA

LA TUTELA DELLA LIBERTÀ SESSUALE ED I TORMENTI DI CUPIDO
NELL'ERA POSTMODERNA ^(*)

SOMMARIO: Considerazioni introduttive. – 2. Dal Codice Rocco alla legge del '96 e “successive modificazioni”. – 3. Le criticità dell’assetto della tutela allestito dalla legge del '96.

1. *Considerazioni introduttive*

C'era una volta l'esaltazione del “sesso libero” come massima espressione dei diritti di libertà. Siamo alla fine degli anni Sessanta, un periodo storico in cui un marito che si era rifiutato di assecondare i desideri sessuali della (forse troppo focosa) moglie, venne condannato per violazione degli obblighi di assistenza familiare, con una sentenza (emessa – mi par di ricordare – nel 1971) che meritò una annotazione dal titolo indimenticabile: “*Cupido ai lavori forzati?*”.

Per avere un'idea di come sono cambiati i tempi basti pensare che mariti troppo esigenti che pretendevano, a volte - è vero - anche con modi un po' troppo “perentori”, l'adempimento del “debito coniugale” da parte della moglie, si sono trovati condannati per violenza sessuale¹. Anzi, l'aver commesso il fatto contro il coniuge (“*anche separato o divorziato*” e quindi anche né divorziato né separato) configura oggi una aggravante speciale e ad effetto speciale (art. 609-ter, n. 5-*quater*, c.p.). Radicale mutamento di prospettiva. E come si articola allora nell'attuale momento storico la tutela della libertà sessuale?

Vero è che la “libertà sessuale” presenta innegabilmente due diversi profili. Quello della libertà sessuale “negativa”, che potremmo definire come il diritto a non subire invasioni indesiderate nella propria sfera sessuale, e quello della libertà sessuale positiva che potremmo definire come il diritto dell'essere umano alla propria sessualità ad avere insomma una “adeguata” vita sessuale. Inevitabile che questi due profili possano trovarsi, nelle situazioni concrete, in tensione, cosicché ne andrebbe assicurato un ragionevole bilanciamento. A me sembra invece che,

^(*) È il testo, omesse le frasi di circostanza e aggiunti alcuni riferimenti essenziali di dottrina e giurisprudenza, della relazione tenuta al Convegno in onore di Francesco Palazzo, dal titolo “*La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà*”, svoltosi a Pisa, il 12 ottobre 2018.

¹ Cfr., ad esempio, Cass. pen., sez. III, n. 28492 del 2016 e Id. n. 16608 del 2017.

nell'attuale momento storico, il "diritto vivente" offra una tutela sbilanciata a favore della libertà sessuale "negativa" rispetto a quella "positiva".

Vediamo perché.

2. Dal Codice Rocco alla legge del '96 "e successive modificazioni"

Come tutti sanno con la riforma del '96 i reati contro la libertà sessuale sono stati sradicati dal Titolo dei delitti contro la moralità pubblica ed il buon costume e trapiantati in quello più consono dei delitti contro la persona. La collocazione codicistica era infatti ormai anacronistica, frutto di secolare tradizione moralista (ed anche "maschilista") che imponeva alla donna un onere di dimostrata resistenza in un passato remoto per sottrarsi alla sanzione penale, nel passato prossimo a guadagnarsi la tutela. Costituiva insomma un esempio emblematico di quella che, con felice espressione, Padovani e Stortoni avevano chiamato "pubblicizzazione dell'oggetto della tutela", una delle caratteristiche di fondo dell'organizzazione della parte speciale del codice Rocco.

I requisiti qualificanti di quella vecchia impostazione erano costituiti:

- a) dalla violenza o minaccia come modalità della condotta;
- b) dalla distinzione fra violenza carnale ed atti di libidine;
- c) dalla presunzione assoluta di dissenso in relazione a vittime maggiorenni ma malate di mente o in condizioni di inferiorità fisica o psichica (dunque a prescindere dall'effettivo "abuso" di tali condizioni da parte dell'autore e conseguente condanna all'astensione sessuale dei malati di mente e negazione del loro diritto alla sessualità).

Sintomatico dell'*humus* culturale di quella impostazione era, poi, la previsione quale causa di non punibilità del delitto di corruzione di minorenni l'essere il minore già moralmente corrotto, per cui lo si poteva ulteriormente ed impunemente corrompere (art. 530 c.p., ora abrogato).

La "nuova" legge è frutto di linee di politica criminale in sé certo condivisibili, ma le scelte sul piano tecnico-normativo non sono state altrettanto felici, anzi hanno prodotto nel tempo effetti nefasti sulla tipicità delle fattispecie, sulla loro evoluzione (o involuzione) interpretativa che ha aperto la strada ad una ipertutela della libertà sessuale negativa a scapito della libertà sessuale positiva.

Effetti vieppiù aggravati dalle ulteriori modifiche legislative del reato di atti sessuali con minorenne ultraquattordicenne con conseguente strumentalizzazione delle denunce per detti reati mosse da finalità ritorsive, vendicative, estorsive, predatorie.

A tutto ciò si è aggiunta, già da tempo l'amplificazione mediatica delle denunce, delle indagini o delle condanne con conseguenti sanzioni già sul piano non so-

lo sociale, ma anche economico (con la revoca, ad esempio, di contratti di sponsorizzazione). Il riferimento è alle denunce per molestie avvenute a distanza di anni dai fatti nei confronti di personaggi del mondo dello spettacolo o dello sport e che fomentano la creazione di un tipo mediatico d'autore che tanto piace e rischia di riversarsi all'interno del processo, con inevitabile distorsione delle regole probatorie.

Si può dunque ben dire che nella normativa del 1996 erano già presenti delle "criticità nascoste" (gli studiosi delle cause dei cedimenti delle strutture metalliche parlerebbero di "cricche") che piano piano hanno portato ad una metamorfosi degli assetti della tutela della libertà sessuale.

Vediamole.

3. *Le criticità dell'assetto della tutela allestito dalla legge del '96*

La prima criticità è costituita dal mantenimento, nel paradigma normativo, del requisito della violenza o minaccia, tipico della "vecchia" fattispecie: se l'oggetto della tutela è un bene della persona, allora mantenere le modalità della violenza o minaccia non ha senso – si è unanimemente osservato –; basta il dissenso. Si è assistito così ad un sempre più ricorrente fenomeno di *interpretatio abrogans* del requisito della violenza o della minaccia, ritenendo tipica anche l'azione non coercitiva, ma comunque idonea a cogliere di sorpresa; ovvero quella posta in essere in presenza di un "contesto ambientale" (spazio-temporale o socio-familiare) che impedisca o sconsigli la manifestazione del dissenso. Insomma, non solo non occorre la violenza o la minaccia, ma neppure il dissenso espresso². Ma pian piano si è passati dalla sufficienza di un dissenso implicito alla necessità di un consenso espresso. Il consenso diventa elemento negativo del fatto tipico, limite esecutivo tacito.

Non solo, ma la giurisprudenza è pervenuta anche a sostenere l'ardita tesi che l'erronea supposizione del consenso (proprio perché il consenso è elemento strutturale della fattispecie) costituisce errore sul precetto e scusa solo se è incolpevole. Eppure, proprio una più adeguata valorizzazione dell'errore sul consenso (palesamente qualificabile come errore sul fatto³) potrebbe contribuire ad un più adeguato equilibrio della tutela delle due componenti (negativa e positiva) della libertà sessuale. La complessa dinamica delle odierne relazioni tra i sessi e soprat-

² F. Macrì, *La violenza sessuale (art. 609-bis c.p.) nella giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1/2016, qualifica tale condizione come minaccia ambientale/situazionale.

³ F. Mantovani, *Diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, VI, Padova, 2016, 407.

tutto la non facile decifrabilità dei messaggi di seduzione⁴ dovrebbe indurre ad una maggiore considerazione di ben possibili “equivoci” che possono ingenerare un errore sul consenso. Insomma se può essere ragionevole ricomprendere nel modello legale situazioni di dissenso “ambientale” o “situazionale”, dovrebbero correlativamente tenersi in debito conto circostanze di presumibile consenso ambientale/situazionale.

Tale impostazione porta a ritenere che per evitare di incorrere nelle maglie della fattispecie occorre “dimostrare” la sussistenza di un consenso libero, spontaneo, informato, perdurante ed incondizionato. Si è insomma completamente ribaltata l'impostazione ancestrale recepita dal Codice Rocco in base alla quale la donna per ricevere tutela (e, nel passato remoto, per non essere punita) doveva dimostrare di essere stata costretta con violenza o minaccia, ovvero mostrarne i segni. Non solo ma il carattere perdurante (per tutta la durata del rapporto) e incondizionato⁵ rende ogni esperienza sessuale a rischio di incriminazione⁶ (vd. sentenza del Tribunale di Losanna).

La seconda criticità è, paradossalmente, costituita proprio dal superamento della previgente distinzione tra violenza carnale e atti di libidine violenti. Avere incentrato la fattispecie sul concetto di “atti sessuali” se ha certamente i pregi che tutti conosciamo, lascia tuttavia margini di dubbio interpretativo se non se ne adotta una accezione rigorosamente oggettiva⁷, superando così rischi di soggettivizzazione “per contagio” derivante dalla connotazione in tal senso comunemente conferita agli “atti di libidine” nella previgente fattispecie. In altre parole, se gli atti sessuali non costituiscono che la “somma” di violenza carnale e atti di libidine è inevitabile il rischio di recepire l'eco della coloritura soggettiva che caratterizzava l'interpretazione degli atti di libidine anche laddove non vi sia contatto o “impegno” del corpo nelle zone da considerarsi erogene secondo le scienze me-

⁴ G. Fiandaca, *Violenza sessuale*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 955.

⁵ Un esempio è offerto dalla cronaca riportata dal sito “*ilpost.it*” che rammenta la sentenza pronunciata dal Tribunale di Losanna ad un uomo condannato per stupro “per essersi tolto il preservativo durante un rapporto sessuale”. Sinead Ring, docente dell'Università del Kent, ha spiegato al *Guardian* che rimuovere un preservativo senza il consenso di una delle parti potrebbe rientrare, teoricamente, in una sezione della guida del *Crown Prosecution Service*, che fornisce ai procuratori inglesi una serie di direttive e linee guida. Nel testo (sezione 74) c'è una parte dedicata al “consenso condizionato”, cioè al consenso a un'attività sessuale a certe condizioni che invece sono state violate.

⁶ Si pensi a quanto affermato da Cass. pen., sez. III, 3 aprile 2013, n. 15334, che ha ritenuto integrato il reato di violenza sessuale a fronte di un iniziale consenso poi revocato nel corso del rapporto: “*Integra il reato di violenza sessuale la condotta di colui che prosegua un rapporto sessuale quando il consenso della vittima, originariamente prestato, venga poi meno a causa di un ripensamento ovvero della non condivisione delle forme o delle modalità di consumazione del rapporto, ciò in quanto, il consenso della vittima agli atti sessuali deve perdurare nel corso dell'intero rapporto senza soluzione di continuità*”.

⁷ F. Mantovani, *op. cit.*, 387.

dico sessuologiche e delle scienze antropologico sociologiche⁸. Ma è noto che la giurisprudenza talora non rifugge da considerare gli “atti sessuali” come la mera somma di violenza carnale e atti di libidine⁹.

Non solo, ma l’abbandono della vecchia distinzione tra due forme di lesione della libertà sessuale, ritenute in allora di eterogenea gravità, ha reso però inevitabile, per non livellare le pene verso l’alto anche per fatti minori, contemplare una ipotesi lieve (art. 609-*bis*, ultimo comma, c.p.) la cui configurabilità nel caso concreto è completamente consegnata all’apprezzamento del giudice.

Il quadro della tutela si presenta così assai articolato. Abbiamo una ipotesi base “consumata” nella quale possono confluire sia le “vecchie” condotte di vero e proprio “stupro”, sia quelle di contatti “profondi” con zone erogene del corpo, senza alcuna penetrazione, nemmeno “parziale”, ma anche, secondo la giurisprudenza, forme di “sfogo” sessuale senza contatto nonché contatti “leggeri” in zone erogene (bacio “leggero” sulle labbra); un tentativo di realizzare l’ipotesi base con soluzioni giurisprudenziali non sempre omogenee; una ipotesi lieve; le mere molestie (art. 660 c.p.) solitamente ravvisate nelle espressioni verbali a sfondo sessuale o negli atti di corteggiamento “invasivo”, ma senza “toccamenti a sfondo sessuale”, poiché in caso di tocco di zona del corpo non erogena, ma suscettibile di eccitare la concupiscenza sessuale si configura il delitto di violenza sessuale tentata¹⁰. Come si vede la linea di demarcazione tra le varie ipotesi non risulta affatto definibile a priori con sufficiente nettezza.

Non mancano poi sentenze per cui v’è delitto tentato o consumato anche senza contatto fisico per bacio sulla guancia¹¹ o sulle labbra¹². Insomma, vita dura per Cupido, ma anche per il Giudice per il quale non è per nulla facile orientarsi se non tiene dritta la barra della lesività significativa del fatto secondo criteri di ragionevolezza, impresa oggi sempre più difficile in considerazione della ipersensibilità sociale per le invasioni anche minime della sfera sessuale.

⁸ Ancora F. Mantovani, *op. cit.*, 387.

⁹ Ad esempio, Cass. pen., sez. III, n. 35118 del 2004, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di G. Forti, S. Seminara, G. Zucalà, 2016, 2735.

¹⁰ Cass. pen., sez. III, n. 27762 del 2008, in *Commentario, cit.*, 3138.

¹¹ La Suprema Corte con la sentenza n. 13940 del 7 aprile 2017 ha ribadito che è atto idoneo a violare la libertà sessuale della persona anche il semplice bacio sulla guancia quando è carpitto con modalità coercitive, ritenendo sussistente l’ipotesi di tentata violenza sessuale.

¹² Cass. pen., sez. III, 10 maggio 2018, n. 20712, che richiama quella in termini resa da Cass. pen., sez. III, 13 febbraio 2007, n. 25112, Rv. 236964, secondo cui “*ai fini della configurabilità del reato di violenza sessuale, va qualificato come "atto sessuale" anche il bacio sulla bocca che sia limitato al semplice contatto delle labbra, potendosi detta connotazione escludere solo in presenza di particolari contesti sociali, culturali o familiari nei quali l'atto risulti privo di valenza erotica, come, ad esempio, nel caso del bacio sulla bocca scambiato, nella tradizione russa, come segno di saluto*”.

E del resto ed ancor prima, la stessa collocazione dei delitti in questione sotto l'oggettività giuridica della libertà personale (che suggerisce una **tutela della libertà da** ingerenze indesiderate sul proprio essere fisico in ambito sessuale) anziché sotto quella della libertà morale (che evoca invece una **tutela della libertà di** autodeterminazione in ordine alla propria sessualità) non può non creare un qualche imbarazzo sul piano interpretativo, stante il ruolo da sempre assegnato al bene giuridico in funzione ermeneutica.

Se si pensa poi alle ipotesi di abuso sessuale incentrate su una presunzione, che parrebbe costruita come invincibile, di sfruttamento di condizioni di supremazia su minori di età compresa tra quattordici e sedici anni, anche quando tale relazione non sia sufficientemente "strutturata" (ad esempio, nell'affidamento occasionale)¹³, forse non è del tutto fuori luogo sostenere che vada ricercato un nuovo e più corretto equilibrio che consenta una ragionevole tutela anche della libertà sessuale positiva.

¹³ Cass. pen., sez. III, 6 dicembre 2012, n. 47220, secondo la quale "la condizione di affidamento per ragioni di istruzione, di vigilanza o di custodia prevista per il reato di atti sessuali con minorenni (art. 609-quater, comma primo, n. 2, cod. pen.) può avere carattere temporaneo o occasionale, potendo configurarsi anche quando il soggetto attivo non sia l'insegnante diretto del minore, ma appartenga comunque alla stessa struttura scolastica, all'interno della quale venga a diretto contatto con la vittima in ragione dell'incarico di svolgere lezioni o sostituzioni nelle varie classi (Cass sez. 3, 14/03/2012 - 10/07/2012 Rv. 253053, Sez. 3 22/05/2007 - 05/06/2007 Rv. 236735)".

FAUSTO GIUNTA

I BENI DELLA PERSONA PENALMENTE TUTELATI:
VECCHIE E NUOVE SFACCETTATURE ^(*)

1. Il Titolo XII, Libro II, c.p., dedicato ai delitti contro la persona, è stato oggetto negli ultimi anni di numerosi interventi legislativi; alcuni di essi hanno inciso sull'ambito e l'intensità della tutela, altri prevalentemente sull'originario impianto sistematico, alterandone sensibilmente i tratti somatici.

Mi riferisco, a quest'ultimo proposito, agli innesti effettuati in nome della c.d. riserva di codice (d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21), i quali per lo più hanno appesantito il comparto normativo, continuando a privarlo di fattispecie che dovrebbero invece afferirvi, come quelle, per esempio, di abuso dei mezzi di correzione (art. 571 c.p.) e maltrattamenti (art. 572 c.p.).

Questi disallineamenti tra ordine classificatorio e sostanza regolativa, tuttavia, né sorprendono, né devono enfatizzarsi. In un ordinamento personalistico, qual è il nostro per scelta costituzionale, e in una stagione culturale che è stata definita l'“età dei diritti”¹, ispirata a una concezione individualistica della società, l'elaborazione teorica dei delitti contro la persona è comunque destinata ad affondare le sue radici ben oltre i confini della corrispondente categoria codicistica, la quale costituisce il nucleo di una disciplina legislativa più ampia e, peraltro, non del tutto compiuta.

Per quel che qui più interessa, la concezione antropocentrica del diritto penale, ancora prevalente, sebbene non incontrastata, ha una forza di irradiazione che permea anche beni giuridici superindividuali, situati in altri titoli del codice penale (come l'incolumità pubblica) o disciplinati in larga misura dalle leggi c.d. complementari, che molto spesso sussidiarie non sono (qui il riferimento esemplificativo è all'ambiente).

In breve: il capitolo dei delitti contro la persona risente, al pari di altri, di un'eliminabile convenzionalità di fondo, che scoraggia approcci ricostruttivi del suo oggetto ragionieristici e geometrici, inidonei a tracciare i confini tematici di una delle più complesse avventure semantiche del pensiero².

^(*) È il testo della relazione tenuta al Convegno in onore di Francesco Palazzo, dal titolo “*La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà*”, svoltosi a Pisa, il 12 ottobre 2018.

¹ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990. V. anche E. Mounier, *Il personalismo*, Parsi, 1949, trad. it., Roma, 2004.

² S. Cotta, *Persona (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, 1983, p. 159 s.

Ciò spiega la non univocità del concetto penalistico di persona e il ruolo assorbitivo che, specie in presenza di enunciati normativi non risolutivi, svolge il sostrato metagiuridico, ossia principalmente filosofico, degli interessi in gioco. La qual cosa non significa svincolare il piano della tutela da quello della legalità³, quale cardine del diritto penale, ma prendere atto del particolare modo di atteggiarsi della legalità in questa delicatissima materia, in ragione della predominante dimensione assiologica dei beni tutelati, che ostacola una loro rappresentazione puramente descrittiva; e senza contare le inadeguatezze dell'odierno legislatore, sempre meno propenso a svolgere il ruolo di primo decisore delle scelte di politica criminale, che gli è proprio.

2. Tanto premesso in estrema sintesi, la tutela penale della persona può apparire tuttora un'isola felice della parte speciale, abitata da fattispecie incriminatrici dai contorni socialmente riconosciuti, oltre che tendenzialmente stabili nel tempo e nello spazio, al punto da essere indicata – in controtendenza rispetto all'impronta entropica della postmodernità – come una delle non molte costanti storiche e comparatistiche della nostra materia: il nucleo del diritto penale classico o, per dirla con maggiore enfasi, del diritto penale naturale.

Confuterò via via questa persistente convinzione, che si fonda sulla indiscutibile necessità politico-criminale di talune figure di reato, considerate, tuttavia, a prescindere dalla loro concreta configurazione legislativa e applicativa.

Intanto, mi preme rilevare come la nozione penalistica di persona non sia unitaria, costituendo, piuttosto, la sintesi di programmi di tutela tra loro diversi, talvolta complementari, ma non sempre sistematici e coerenti.

Per questa ragione, nella prospettiva della tutela penale e del suo oggetto, non di persona bisognerebbe parlare, bensì di beni della persona, considerato che il concetto di persona sottende in definitiva quello dei diritti fondamentali. Il diritto penale, nonostante la dicitura del Titolo XII c.p., non si occupa del concetto di genere, che desume, pur nella sua problematicità, dall'ordinamento giuridico nel suo complesso (a partire dalle indicazioni che, a livello di legge ordinaria, provengono dal Libro I del codice civile), ma di quei suoi specifici attributi, che per la loro pregnanza culturale assurgono al rango di valori fondamentali e possono distinguersi in due sottogruppi.

Da un lato, viene in rilievo l'ontologia della persona, ossia l'insieme delle sue condizioni fondamentali e strettamente necessarie. Mi riferisco all'esistenza, all'integrità e alla libertà, fisica e morale, la cui tutela penale è circoscritta alla di-

³ Diversamente parrebbe esprimersi M. Ronco, *Persona (delitti contro la)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, 1990, p. 2, secondo il quale compito della scienza penalistica non può essere "semplicemente ed esclusivamente quello di ritagliare l'estensione dei beni protetti dal diritto positivo".

mensione dell'umano ed è rafforzata da un cordone di fattispecie incriminatrici speciali e anticipatrici della punibilità, che tipizzano condotte di maltrattamento, *stalking* e omessa solidarietà.

Dall'altro lato, invece, il riferimento è alla vita di relazione dell'ente, ossia alla sua interazione con altri enti. Si tratta di attribuzioni, queste ora in esame, comuni alla persona tanto fisica, quanto giuridica, potendo essere quest'ultima titolare di beni anche immateriali, come l'onore e il segreto in genere, suscettibili di lesioni da divulgazione, discredito e rivelazione di fatti e notizie.

Intesa quale titolare di beni penalmente tutelati, la nozione di persona risulta più ampia rispetto a quella di matrice costituzionale. Entro certi limiti, anche la persona giuridica ben può essere vittima del reato, mentre è dubbio che l'ente collettivo possa essere autore dell'illecito penale commesso (dalla persona fisica) nel suo interesse o a suo vantaggio, non essendo del tutto pacifica, *de lege lata*, la natura penale della disciplina introdotta dal decreto legislativo 231 del 2001.

Non mancano, come noto, incertezze classificatorie⁴: si pensi alla tutela domiciliare, la cui riferibilità alla persona giuridica è controversa e dipende dall'opzione per un'interpretazione del concetto di domicilio in senso civilistico (quale prerogativa anche della persona giuridica) ovvero strettamente individualistico. Il nodo da sciogliere non è di poco momento, perché la soluzione condiziona, come si dirà, il raggio di azione della fattispecie di interferenze illecite (art. 615-*bis* c.p.), ancorata espressamente allo scenario domiciliare.

3. La tutela dei beni fondamentali della persona è una delle funzioni ineludibili del diritto penale. Per quanto possa apparire paradossale, si tratta di un compito che, sebbene favorisca il protagonismo (non sempre ricercato) della giurisdizione penale, non esalta le peculiarità proprie dell'intervento penale. È vero che in questo settore il diritto penale offre la massima tutela, dispiegando tutta la sua severità. Sennonché il tratto caratterizzante del diritto penale, quale disciplina giuridica della macchina repressiva, è soprattutto la selezione dei fatti da punire, che nella *subiecta materia* è affidata invece a una tipicità alquanto debole, per nulla frammentaria, come dimostra l'impiego di fattispecie incriminatrici causalmente orientate, espressione, nella nostra geografia, di una singolare insularità continentale. Il modello di reato prevalente non è l'illecito incentrato sulla modalità di lesione, bensì l'"illecito di lesione" direttamente ancorato al disvalore di evento⁵.

L'omicidio, le lesioni personali, il sequestro di persona sono "reati aquiliani", al pari dei delitti di violenza privata e, in certa misura, di violenza sessuale, dive-

⁴ F. Palazzo, *Persona (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, cit., p. 299-300.

⁵ D. Pulitanò, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino, 2010, p. 68.

nuti tali nell'elaborazione giurisprudenziale, che tende ad allontanare la minaccia dal parametro dell'ingiustizia del danno e a smaterializzare il concetto di violenza, sovente modellato sull'effetto costringitivo della condotta, piuttosto che espressivo di una specifica modalità di realizzazione del fatto tipico. Secondo alcuni recenti orientamenti della giurisprudenza, il rapporto sessuale consentito, ma a condizione che sia "protetto", costituisce violenza sessuale se eseguito in violazione delle modalità accettate dalla vittima⁶. Si assiste cioè a una riscrittura interpretativa della fattispecie incriminatrice come se fosse incentrata esclusivamente sulla violazione del pieno consenso del partner; una scelta politico-criminale, questa, certamente plausibile, ma diversa da quella effettuata dal legislatore del 1996, che, nel riformare la materia, ha inteso rimanere fedele, sul punto, alla tradizione del codice Rocco, ancorata all'impiego di violenza e minaccia quali necessarie modalità costringitive.

Un'analogha inclinazione verso la svalutazione della funzione descrittiva della condotta si coglie anche nelle fattispecie che offrono una tutela anticipata dei beni fondamentali della persona. Si pensi ai maltrattamenti, che sono legislativamente configurati come reati a forma libera, e agli atti persecutori, che lo sono per il diritto vivente; nella prevalente e discutibile interpretazione della fattispecie di cui all'art. 612-*bis* c.p., la capacità selettiva della minaccia e delle molestie risulta scemata nella misura in cui queste modalità esecutive del fatto tipico vengono svincolate dalla precisa struttura degli omonimi reati⁷.

In breve: la spiccata dimensione valoriale dei beni tutelati sposta, per scelta del legislatore o dell'interprete, il baricentro del fatto tipico sul momento della lesione.

4. E ancora: i contrassegni della tipicità in questo comparto normativo non sono soltanto poco selettivi; sono anche scarsamente autonomi. Il principale polo della fattispecie di omicidio – la nozione di morte – è stato normativizzato dalla legge 29 dicembre 1993, n. 578. Analogamente deve dirsi per alcune significative problematiche del fine-vita, oggi disciplinate dalla legge 14 dicembre 2017, n. 219, in materia (anche) di disposizioni anticipate di trattamento.

Quanto all'inizio della vita tutelata, il diritto penale positivo non offre risposte espresse, come dimostrano le incertezze che tuttora gravano sullo statuto del concepito e della c.d. vita prenatale in genere⁸. Il riconoscimento al nascituro della

⁶ G. Flora, *La tutela della libertà sessuale ed i tormenti di Cupido nell'era postmoderna*, in *www.discrimen.it*, 25 ottobre 2018, p. 4.

⁷ Sia consentito il rinvio a F. Giunta, *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 618.

⁸ S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, p. 43 s.

“qualità di persona umana meritevole di tutela penale in quanto essere portatore di un valore proprio e originario”⁹, a ben vedere, non ha un valore assoluto, riconoscendosi “limiti di tutela del nascituro a vantaggio di altri interessi configgenti”¹⁰, che risultano esterni rispetto al piano della disciplina penale. Per quanto riguarda il conflitto materno-fetale, la casistica è molto ricca e non sempre espressamente regolata, come avviene, per esempio, con la legge sull’interruzione volontaria della gravidanza (22 maggio 1978, n. 194). In ogni caso, prevale l’opinione secondo cui non siano consentiti interventi a salvaguardia del feto contro la volontà della madre; *a fortiori* quest’ultima non può essere obbligata a comportamenti idonei ad assicurare la salute del nascituro. Decisiva è l’irraggiungibilità del feto, che si trova oltre una soglia – il corpo materno – inviolabile e incoercibile¹¹.

La problematicità dei diritti personalistici del nascituro non si è sciolta nel tempo; anzi si è acuita con i progressi della scienza medica, come dimostra il contrastato dibattito sul trattamento del neonato prematuro e sulla doverosità o meno della rianimazione¹², che pone l’interrogativo se, ai fini della sussistenza della posizione di garanzia del medico, la vitalità, ossia l’attitudine a vivere, comunemente considerata irrilevante per l’elevazione della vita a valore tutelabile¹³, non sia piuttosto un requisito di cui occorra tenere conto con riguardo ai nati prematuri incapaci di vita autonoma.

Per non dire delle incertezze che attengono allo statuto dell’embrione dopo la legge 19 febbraio 2004, n. 40. L’elevazione a delitto della sperimentazione scientifica su embrioni umani (art. 13), in particolare, sottende una concezione personalistica dell’embrione¹⁴, espressione di una precisa concezione pregiuridica della vita¹⁵, di fatto non assoluta, perché suscettibile, anche in una fase più avanzata del suo sviluppo, di soccombere alle condizioni sostanziali e procedurali previste dalla citata legge sull’interruzione volontaria della gravidanza. Come a dire che altro è il valore personalistico in sé dell’embrione, altro è la sua tenuta quando entra in conflitto con altri valori, dovendosi a questo punto distinguere ulteriormente, a seconda che si tratti o meno di valori autenticamente personalistici facenti capo alla madre.

⁹ Cfr. F. Palazzo, *Persona*, cit., p. 300.

¹⁰ V. ancora F. Palazzo, *Persona*, cit., p. 300.

¹¹ P. Zatti, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 154.

¹² U. Nannucci, *La rianimazione dei neonati prematuri*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di S. Canestrari, F. Giunta, R. Guerrini, T. Padovani, Pisa, 2009, p. 375 s.

¹³ F. Mantovani, *Diritto penale, Delitti contro la persona*, Padova, 2016, p. 99; Id., *Persona (delitti contro la)*, in *Enc. dir., Annali*, II, 2008, p. 847.

¹⁴ F. Mantovani, *Persona (delitti contro la)*, cit., p. 849.

¹⁵ In questi termini, prima della legge n. 40 del 2004, v. G. Fiandaca, E. Musco, *Persona (delitti contro la)*, in *Dig. disc. pen.*, IX, 1995, p. 518.

Una vischiosità normativa simile si registra con riguardo al tema, davvero centrale, dell'operatività del consenso scriminante in relazione ai beni della persona; al di là dell'indisponibilità della vita, ricavabile dall'incriminazione dell'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), il codice penale non offre indicazioni univoche.

Molti importanti contributi al biodiritto sono venuti dalla dottrina penalistica sensibile alla funzione regolativa dei principi¹⁶, più che dalle scelte espresse del codice penale, la cui legalità è rimasta a lungo laconica su questo terreno.

5. Per il complesso di ragioni cui si è fatto cenno, nei reati in esame il confine tra lecito e illecito non si ricava dal ricamo interno alla fattispecie incriminatrice, ma dipende per lo più ora da principi generali e metagiuridici, ora dall'area dell'antigiuridicità, esterna al fatto tipico e al diritto penale. Si tratta di valutazioni dell'ordinamento nel suo complesso che, scavalcando il piano del diritto penale sostanziale, vivono tuttavia nel processo penale, che rimane il principale (nel senso di più frequente) proscenio di queste problematiche, per quell'aura di solennità che, nonostante tutto, ancora mantiene.

Con altre parole: le questioni più complesse rifluiscono nel processo penale, ma non dipendono dal diritto penale, la cui funzione punitiva prescinde da una diretta e autonoma descrizione del fatto, per privilegiare la tecnica del bilanciamento degli interessi, non solo con norme e valori esterni all'area della tipicità, ma all'occorrenza tra profili diversi dello stesso bene tutelato, che per via di tale particolarità attraggono il perno del bilanciamento all'interno del fatto di reato. Si pensi alla fattispecie di sequestro di persona descritta all'art. 605 c.p.: la tutela della libertà personale è la sintesi di un delicato punto di equilibrio tra spazio (ossia quantità di libertà personale negata), tempo (ossia durata della stato di cattività non solo in ragione del carattere permanente del reato, ma per la definizione della soglia minima della lesione sufficiente per il suo perfezionamento) e caratteristiche fisiche del soggetto passivo (in grado di relativizzare l'idoneità costringitiva della condotta).

Per non dire delle odierne carenze definitorie delle categorie di parte generale che sono chiamate a "chiudere" il perimetro del reato di evento; si pensi al fenomeno della c.d. processualizzazione della causalità, ossia alla perdita di rigidità strutturale che il nesso causale sconta all'atto del suo accertamento¹⁷. Secondo la

¹⁶ Ancora fondamentale è lo studio pionieristico di F. Mantovani, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974.

¹⁷ Il fenomeno è da tempo ampiamente segnalato in dottrina. Senza pretesa di completezza, v.: K. Volk, *Sistema penale e criminalità economica*, trad. it., Napoli, 1998, p. 2014 s.; G. Fiandaca, *Appunti su causalità e colpa nella responsabilità medica*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività*

giurisprudenza spetta al giudice sostituire l'induzione al sillogismo, distillare la certezza logica dal sapere probabilistico, l'assoluto dal relativo, la giustizia del caso concreto dall'assenza di verità generali. Ne esce ridimensionato l'autorevole insegnamento secondo cui la determinatezza delle fattispecie a struttura causale sarebbe massimamente assicurata dalle leggi scientifiche di copertura¹⁸. In realtà, solo le leggi scientifiche c.d. universali, notoriamente rare, consentono di impostare l'accertamento causale in termini di sillogismo deduttivo e dunque di certezza. Per converso, il sapere probabilistico, specie se corroborato da frequenze statistiche medio-basse, depone per il carattere irrimediabilmente "aperto" del tipo causalmente orientato.

In breve: la tutela penale dei beni della persona, che ho definito ontici, esalta il ruolo valutativo e decisionale del giudice penale quale interprete dell'ordinamento nel suo complesso, oltre che *dominus* incontrastato della prova e della pena, i veri vasi di ferro tra i quali giacciono i cocci di un fatto tipico, destinato a essere modellato nello specifico e in via interpretativa, nella intelaiatura di principi generali tendenzialmente dialettici.

6. Con ciò non si intende misconoscere che in taluni sottosettori del Titolo XII il legislatore abbia voluto sperimentare specifici, e talvolta discutibili, modelli di trattamento differenziato in ragione delle ritenute particolarità dei fenomeni criminosi disciplinati. Si tratta di ambiti codicistici nei quali si è inteso contenere, in via di eccezione, la discrezionalità valutativa del giudicante, di regola molto ampia in questo comparto normativo.

Si pensi ai delitti di lesioni personali e omicidio colposi, oggetto di una modulazione della disciplina, sia sostanziale, che processuale, strettamente collegata al disvalore di azione, ossia al grado di antisocialità sottesa alla violazione della regola cautelare.

Il riflesso di questa recente tendenza è ancipite.

Da un lato, riaffiora un qual certo riguardo nei confronti della colpa medica; il riferimento è alla disciplina, per così dire, speciale di parte generale dettata prima dal decreto Balduzzi, oggi dalla legge Gelli-Bianco, il cui *novum* è stato circoscritto, non senza dissensi, dalla giurisprudenza alla colpa per imperizia¹⁹.

mediche e d'impresa, a cura di R. Bartoli, Firenze, 2010, p. 177; A. Gargani, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Leg. pen.*, 2013, p. 893 s.; E. Marzaduri, *Il processo penale e le scelte di politica criminale*, in *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di F. Danovi, Torino, 2015, p. 173 s.; A. Gargani, *Crisi del diritto sostanziale e vis expansiva del processo*, in questa *Rivista*, 2016, p. 320 s. Volendo, anche F. Giunta, *Legalità penale e poteri del processo*, in *Legge e potere nel processo penale*, Milano, 2017, p. 34 s.

¹⁸ F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2017, p. 126.

¹⁹ Cass. pen., Sez. Un., 22 febbraio 2018, n. 8770, in *Ced. rev.* 272174.

Dall'altro lato, e per converso, nel campo dei delitti stradali si registra un generalizzato incrudelimento della risposta sanzionatoria²⁰, cui fa da contrappeso, limitatamente alle lesioni personali, l'incentivazione della "deprocessualizzazione" (il riferimento è al potenziamento della procedibilità a querela) e, sotto un profilo ancora diverso, la devoluzione di talune delle ipotesi previste dagli artt. 582 e 590 c.p. alla competenza della giurisdizione di pace, con i riflessi che ne conseguono sull'attenuazione della risposta sanzionatoria.

Ne è conseguita la frantumazione della disciplina, un tempo unitaria, cui erano sottoposte queste figure di reato, in un caleidoscopio di sottofattispecie derogatorie in vista del perseguimento di opposti obiettivi²¹, ora deflattivi, ora di incremento propagandistico della pena, finalizzato ad assecondare l'invocazione di una repressione inflessibile proveniente da una parte dell'opinione pubblica.

In quest'ultimo filone si inserisce l'irrigidimento del trattamento repressivo per la neonata fattispecie (dolosa) di mutilazioni degli organi genitali femminili (art. 583-bis c.p.), quale ipotesi di reato culturalmente orientato, che era già severamente punita in quanto lesione personale aggravata. Qui non è tanto il disvalore di azione che rileva, ma i moventi sottesi al fatto²². Con l'innovazione legislativa si è voluta sottrarre la nuova sottofattispecie ai possibili esiti banalizzanti del bilanciamento delle circostanze *ex art. 69 c.p.*, ossia a una disciplina che con riguardo alle ipotesi aggravate di lesione personale rasenta, come noto, l'indeterminatezza del compasso edittale, consentendo, a fronte dell'originario e severo massimo edittale, abbattimenti della risposta sanzionatoria poco rispettosi del principio di proporzione.

7. Rimanendo nell'ambito dei reati offensivi della persona umana, e con riguardo segnatamente alle fattispecie incriminatrici che offrono una tutela anticipata, si è già detto delle slabbrature ermeneutiche che registrano gli atti persecutori sotto il profilo della condotta e, si può aggiungere ora, anche sotto il profilo dell'evento, nella misura in cui l'orientamento prevalente sottoscrive una concezione non nosografica del "grave stato di ansia"²³.

Qualche rilievo a parte meritano invece le figure di maltrattamento: il riferimento è all'omonima fattispecie generale prevista dall'art. 572 c.p. e alla recente

²⁰ In chiave critica, v. il comunicato del 4 marzo 2016 (*A proposito di omicidio stradale*) della Giunta dell'Unione delle Camere penali, in www.camerepenali.it.

²¹ Il fenomeno era già emerso da tempo. Per la sua segnalazione e descrizione, v. F. Giunta, *Il delitto di lesioni personali: la disgregazione di un'unità tipologica*, in *Studium iuris*, 2003, p. 1188 s.

²² Per tutti, v. C. De Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, p. 41 (ora anche in www.discrimen.it, sezione "Libri").

²³ Cass. pen., sez. VI, 3 dicembre 2014, n. 50746, in *Ced rv*. 261535.

ipotesi speciale del delitto di tortura, introdotto dalla legge 14 luglio 2017, n. 110 all'art. 613-*bis* c.p. Si tratta di due reati abituali (il secondo, per il vero, inopinatamente), che pongono un problema interpretativo comune, consistente nella messa a fuoco della soglia minima di offensività sufficiente alla integrazione del tipo delittuoso.

7.1. Che l'art. 572 c.p. preveda una fattispecie offensiva dell'integrità fisica e morale della persona è da tempo riconosciuto²⁴, anche a fronte della sua impropria collocazione codicistica tra i delitti contro la famiglia, la quale, come si è detto, è sopravvissuta alla logica della riserva di codice e, ancora prima, alla legge di riforma 1° ottobre 2012, n. 172, attuativa della Convenzione di Lanzarote del 15 ottobre 2007.

Se si prescinde dall'immane incremento delle cornici sanzionatorie rispetto a quelle previste dal truce codice Rocco, la principale innovazione introdotta consiste nell'inclusione dei conviventi tra i soggetti passivi (con contestuale rettificazione dell'originaria rubrica dell'art. 572 c.p. che parlava di maltrattamenti "in famiglia").

Si è trattato dell'ulteriore dilatazione apportata a una fattispecie già ampiamente stiracchiata dall'elaborazione giurisprudenziale.

Basti pensare alla svalutazione della funzione selettiva che dovrebbe svolgere la natura abituale del reato sul versante dell'offensività. È opinione pacifica che, per la sussistenza del fatto, bastino due condotte, non solo di per sé atipiche ai sensi di altre fattispecie incriminatrici, ma anche tra loro distanziate nel tempo²⁵. Non esclude il reato nemmeno la reciprocità delle offese tra il soggetto attivo e quello passivo, anche quando la reazione della vittima non si mantenga nell'area della legittima difesa, ma partecipi attivamente allo scambio delle offese, alimentando consuetudini improntate al sadomasochismo reciproco²⁶. E ancora: già prima della recente riforma la giurisprudenza ammetteva i maltrattamenti del datore di lavoro nell'ambiente di lavoro, fino a ravvisare il delitto in questione nelle ipotesi di mobbing, seppure limitatamente alle piccole realtà imprenditoriali, assimilabili – si diceva – alle relazioni che si instaurano tra familiari²⁷. Secondo la giurisprudenza successiva alla riforma, fondata su un'interpretazione formalistica della rubrica legislativa, i maltrattamenti possono prescindere dalla convivenza e sussistere tra coniugi separati, purché ancora

²⁴ V. già G.D. Pisapia, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, p. 747 s.

²⁵ Cass. pen., sez. VI, 19 ottobre 2017, n. 56961, in *DE&G online*, 2017; Id., 11 aprile 2014, n. 19514, *ivi*, 2014; Id., 12 settembre 1996, n. 8396, in *Ced rv.* 205563.

²⁶ Cass. pen., sez. VI, 28 ottobre 2011, n. 39228, ric. S., in *Ced rv.* 251050.

²⁷ Cass. pen., sez. VI, 20 marzo 2018, n. 14754, in *Ced rv.* 272804. In dottrina, R. Guerrini, *I maltrattamenti al di fuori della famiglia. Art. 572 c.p. e nuove emergenze di tutela*, Siena, 2009, p. 80 s.

legati da un vincolo di familiarità²⁸, con invasione del campo applicativo proprio degli atti persecutori, di cui all'art. 612-*bis* c.p. Non senza incoerenza, a fronte di una concezione più numerica che ponderale dell'abitualità, la giurisprudenza non manca di preferire la tesi secondo cui il reato sarebbe un illecito unitario²⁹, allo scopo di far decorrere la prescrizione dall'ultima condotta tipica, con il risultato di consentire la punizione di quelle precedenti, ancorché molto lontane nel tempo, sulla falsariga dell'originaria disciplina prescrizione del reato continuato, ma senza contare che oggi anche il reato continuato costituisce una pluralità di reati sotto il profilo della prescrizione. Da ultimo, non si trascuri che, sul piano probatorio, la giurisprudenza considera sufficiente per l'affermazione della responsabilità dell'imputato la dichiarazione accusatoria della vittima, purché coerente e credibile, a nulla valendo che, intanto, si sia eventualmente costituita parte civile³⁰.

In breve: la fattispecie di maltrattamenti si presta a esemplificare, nel suo microcosmo applicativo, i guasti dell'odierno macrocosmo penalistico, assumendo valore metaforico. Si tratta, infatti, di un reato dalla tipicità umbratile nella quale prevenzione generale e vittimocentrismo spadroneggiano senza contrappesi, non dico garantistici, ma neppure di semplice razionalità contenitiva. In questa prospettiva, infatti, la tutela dell'integrità personale subisce una trasfigurazione, nella misura in cui il suo rafforzamento viene a dipendere, più che dalle modalità della condotta, dalle relazioni e consuetudini che intercorrono tra il soggetto attivo e quello passivo.

7.2. Per recuperare la ragion d'essere di queste figura di reato, pare utile volgere lo sguardo al suo passato. Presente già nelle legislazioni preunitarie, come autonoma ipotesi di reato a danno del coniuge, la fattispecie di maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli era collocata dal codice Zanardelli tra i delitti contro la persona ed era perseguibile a querela se realizzata a danno del coniuge (art. 391).

L'innovazione principale del codice Rocco è consistita nel suo assoggettamento alla procedibilità d'ufficio, non solo perché coerente con il carattere superindividuale della famiglia, quale bene giuridico di categoria di tutti i delitti collocati nel Titolo XI c.p., ma soprattutto per assicurare, anche in mancanza di una denuncia della vittima, la tutela contro i singoli episodi di maltrattamento di per sé costituenti reati perseguibili a querela.

Il codice Rocco aveva idee chiare: da un lato, teneva conto che la funzione deflattiva della procedibilità a querela (il cui nucleo principale era originariamente limitato ai reati perpetrati in seno alla famiglia *ex art.* 649, comma 2, c.p.) pre-

²⁸ Cass. pen., sez. II, 5 luglio 2016, n. 39331, in *D&G online*, 2016.

²⁹ Cass. pen., sez. VI, 6 marzo 2018, n. 18175, in *D&G online*, 2018.

³⁰ Cass. pen., sez. VI, 6 ottobre 2017, n. 49997, in *Guida dir.*, 2018.

suppone una vittima “forte”, ossia non intimidibile *post factum* dal presunto colpevole, pena la creazione di zone di ingiustificabile impunità; dall’altro lato, pur considerando la famiglia un valore in sé, in quanto fondamentale istituzione intermedia tra individuo e stato, non ne ignorava né la morfologia all’epoca verticistica, né il carattere potenzialmente chiuso, con gli effetti criminogeni che potevano discenderne a danno dei soggetti più deboli. La potestà maritale associata all’indissolubilità del matrimonio descrivevano una sottofattispecie criminologica di maltrattamenti con autore e vittime entrambi infungibili: il primo non poteva che essere il marito-despota e il padre-padrone, le seconde la moglie e i figli.

Da qui il significato profondo della procedibilità d’ufficio, intesa a rompere il riserbo della vita familiare che si trasforma in un accerchiamento del familiare soggiogato.

7.3. Da allora, però, molte cose sono cambiate. L’originaria *ratio legis* mantiene la sua plausibilità politico-criminale nel caso dei maltrattamenti perpetrati a danno dei minori, trattandosi peraltro di offese a beni indisponibili, ma non anche nella sottofattispecie che vede come vittime soggetti adulti. In quest’ultima ipotesi, sull’indisponibilità del bene giuridico è lecito avanzare riserve, almeno fintanto che i maltrattamenti consistano in condotte (come, per esempio, ingiurie, percosse ecc.), le quali singolarmente considerate sono scriminabili *ex art. 50 c.p.* Si pensi ai *ménage* vicendevolmente violenti tra soggetti emancipati culturalmente ed economicamente, e alla sporadica comparsa della denuncia penale al momento della separazione legale e della trattativa sulle sue condizioni economiche.

In breve: l’eterogeneità della casistica astrattamente riconducibile oggi nell’ambito dei maltrattamenti, quale figura di reato, non certo superflua, ma divenuta polimorfa, richiede all’interprete un impegno e un equilibrio del tutto particolari, rendendosi necessaria la previa individuazione del corretto “tipo criminologico” quale criterio ermeneutico del “tipo legale”, onde evitare identificazioni aprioristiche e strumentali del soggetto passivo.

Il compito non è certo semplice. Va detto tuttavia che nella disorientante elaborazione giurisprudenziale, intrisa di formalismo esegetico di marca repressiva, non manca qualche spunto felice, che non va lasciato cadere. Il riferimento è alla centralità che assume lo stato di soggezione, quale presupposto tacito dei maltrattamenti³¹, cui va aggiunta la loro ambientazione in un contesto psicologicamente e fisicamente chiuso. Più è costrittiva la condizione di subalternità all’agente, più è plausibile la lettura dei maltrattamenti come reato abituale anche interamente proprio, ossia composto da condotte di sola violenza “bianca”, tutte di per sé atipiche.

Questo approdo ermeneutico dovrebbe valere, a maggior ragione, per il delit-

³¹ Cass. pen., sez. I, 19 aprile 2017, n. 206, in *Ced rv.* 272304.

to di tortura³², caratterizzato dal duplice requisito specializzante della condotta (consistente in violenze, minacce gravi e crudeltà) e degli eventi tipizzati (acute sofferenze fisiche o verificabile trauma psichico), ma soprattutto da uno stato indefettibile di soggezione del soggetto passivo che irradia e giustifica il rafforzamento della tutela.

8. Passando adesso ai delitti che interessano la dimensione relazionale della persona, il loro denominatore comune consiste in definitiva nella lesione dell'identità sociale del soggetto passivo, quale insieme di attribuzioni e informazioni che lo riguardano. Si tratta di una tutela disponibile, cui fa da *pendant* la frequente procedibilità a querela dei corrispettivi reati.

Anche questo comparto normativo ha registrato di recente una significativa evoluzione sia legislativa, che giurisprudenziale.

Da un lato, l'opportuna depenalizzazione, ad opera del decreto legislativo 15 gennaio 2016, n. 7, dell'ingiuria, offensiva in definitiva di una concezione intimistica del sentimento di sé³³, ha valorizzato la reputazione quale esclusiva oggettività penalmente tutelata e la divulgazione dell'addebito disonorante come necessaria modalità di condotta. Anche con riguardo alla diffamazione il cuore delle valutazioni giudiziali si sposta sul piano dell'antigiuridicità, che diventa assorbente, nel senso che l'interesse pubblico alla conoscenza dell'addebito rende il fatto non diffamatorio, con la conseguenza di opacizzare il confine tra il fatto radicalmente atipico e quello solamente giustificato.

Dall'altro lato, va tenuto conto che, sotto il profilo empirico e criminologico, l'immagine sociale di ciascuno di noi è esposta ad aggressioni di cyberbullismo sempre più temibili per intensità e durata³⁴. I mezzi di comunicazione amplificano l'attitudine lesiva delle tecnologie captative, oramai a portata di mano, o meglio di *smartphone*. Internet, in particolare, è un mondo non solo veloce e globale, ma anche eterno, dal quale è pressoché impossibile uscire, una volta che si è entrati nella sua memoria da elefante. Recenti fatti di cronaca dimostrano che anche gli stili di vita più disinibiti nascondono insospettite fragilità legate al sentimento di vergo-

³² L. Riscato, *L'ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del diritto penale e crimini contro l'umanità*, in questa *Rivista*, e già in *www.discrimen.it*, 28 luglio 2018, p. 16.

³³ Per questa ricostruzione, v. F. Giunta, *Verso un rinnovato romanticismo penale? I reati in materia di religione e il problema della tutela dei sentimenti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, 2011, p. 1554; a favore della depenalizzazione dell'ingiuria, v. per una non recente presa di posizione: A. Manna, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989, p. 602 s.; F. Giunta, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993, p. 183.

³⁴ Di recente sul punto, A. Visconti, *Reputazione, dignità, onore. Profili penalistici e prospettive politico-criminali*, Torino, 2018, p. 630.

gna: la lesione irreparabile della propria immagine può provocare pregiudizi irreparabili, se non anche epiloghi tragici.

L'inadeguatezza dei possibili ristori risarcitori rilancia in questa materia l'insostituibile funzione preventiva del diritto penale. Si tratta, tuttavia, di una tutela non del tutto armonica, più forte sul versante delle aggressioni che si sostanziano nella diffusione delle notizie lesive, assai meno efficace in relazione alle condotte che consistono nella loro abusiva acquisizione.

A quest'ultimo proposito si è già detto che l'ambientazione domiciliare del delitto di interferenze illecite nella vita privata lascia aperta la via a interpretazioni restrittive volte ad escludere la tutela delle persone giuridiche. Non solo: la connessione legislativa tra tutela del domicilio e tutela della riservatezza fa sì che la condotta tipica possa essere realizzata unicamente dal soggetto estraneo alla vita privata, con la conseguenza di escludere la tipicità delle riprese, magari clandestine, effettuate in casa propria e aventi ad oggetto anche chi viene legittimamente ammesso, sia pure estemporaneamente, a partecipare alla vita domiciliare nella quale si iscrive l'atto registrato³⁵. Senza contare il nodo interpretativo costituito dallo strumento utilizzato: i mezzi di ripresa visiva e sonora presuppongono la fissazione dell'immagine e del suono, rendendo irrilevanti le mere captazioni³⁶.

Diversamente, la condotta di diffusione, che in precedenza rilevava principalmente, ancorché non necessariamente, come postfatto delle interferenze illecite, oggi è divenuta oggetto anche di un'apposita incriminazione di nuovo conio legislativo, di impostazione speculare. L'art. 617-*septies* c.p., infatti, concentra il fuoco del disvalore sulla divulgazione delle riprese audio o video avvenute in presenza del soggetto agente, non già sulla loro acquisizione, relegata al ruolo di antefatto autonomamente non punibile³⁷.

9. Nella letteratura dedicata alla tutela penale dei beni della persona ricorre, con crescente frequenza, l'evocazione di un valore, largamente condiviso, ma anche controverso, che taglia trasversalmente l'intera materia ed è molto caro a Francesco Palazzo, al quale queste note sono dedicate. Mi riferisco al concetto di dignità, la cui importanza culturale sembra destinata a caratterizzare un'intera epoca e a tra-

³⁵ Cass. pen., sez. V, 8 maggio 2017, n. 22221, in *Ced* rv. 270236 (con riguardo al caso di colui che filma in casa propria rapporti intimi da lui intrattenuti con la convivente). V. però anche Cass. pen., sez. V, 14 maggio 2018, n. 36109, *De Jure*, che esclude il reato solo nel caso in cui conviventi o ospiti siano consapevoli delle riprese e consenzienti.

³⁶ *Contra*, tuttavia, F. Mantovani, *Diritto penale, Delitti contro la persona*, cit., p. 566.

³⁷ R. Bartoli, *Il nuovo delitto di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente previsto dall'art. 617- septies c.p.*, in *Media.laws – Rivista di diritto dei media*, 2018, n. 1, p. 6; C. Paonessa, *Diffusione di riprese e registrazioni fraudolente*, in *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, a cura di A. Giarda, F. Giunta, G. Varraso, Milano, 2018, p. 83.

sformare in profondità il costituzionalismo europeo³⁸. Si tratta di un termine che, sul versante del nostro diritto penale, pur comparando da ultimo nel testo del delitto di tortura e in nessun altro degli enunciati normativi presenti nel Titolo XII c.p., interessa nondimeno un qual certo numero di importanti fattispecie incriminatrici, anche *extra codicem*.

A differenza della reputazione e dell'immagine della persona, la dignità è prerogativa esclusiva dell'umano, di cui è sinonimo. Mentre le prime rilevano in concreto, quali attribuzioni dei singoli, la seconda è una categoria generale, che, secondo l'insegnamento kantiano³⁹, è comune a tutti allo stesso modo e prescinde dalla moltitudine delle sue incarnazioni. E ancora: la disponibilità dei beni della persona registra una netta tendenza all'espansione; per contro, la preponderante dimensione universalistica della dignità non è negoziabile, e in quanto tale è di per sé tendenzialmente incompatibile con la procedibilità a querela, che oggi caratterizza non pochi reati offensivi dei beni della persona.

Sia chiaro: nonostante i rischi affatto fondati di una sua regressione valoriale nello scenario internazionale⁴⁰, non si discute adesso della dignità dell'autore del reato, come beneficiario di uno statuto morale irriducibile, che ne impedisce la strumentalizzazione utilitaristica e la degradazione a nemico della comunità, per quanto obbrobriosa possa essere la sua responsabilità. La dignità che interessa in questa sede non riguarda, cioè, il garantismo quale sinonimo in definitiva di diritto penale⁴¹, né la fase del trattamento esecutivo, che deve fare salva la persona e finanche la personalità del colpevole.

Qui l'ambito di interesse è più circoscritto perché attiene al piano della tutela, venendo in rilievo la dignità in due direzioni opposte: come limite oppure come fattore giustificativo dell'intervento punitivo.

9.1. Iniziando dalla dignità come limite della tutela penale, il suo principale uso argomentativo è avvenuto nel campo del biodiritto per contrastare pratiche di accanimento terapeutico nella fase del fine-vita.

Più che mai in questa costellazione di situazioni, la dignità è strettamente connessa all'identità della persona, ossia al diritto di ciascuno di scegliere la propria accezione di umanità. L'autodeterminazione non ha ad oggetto la scelta tra la vita e la

³⁸ *Amplius C. Dupré, The Age of Dignity*, Oxford and Portland, Oregon, 2015.

³⁹ I. Kant, *Metafisica dei costumi*, Königsberg, 1797, tr. it. di G. Landolfi Petrone, Milano 2006, p. 38 e 547.

⁴⁰ Con riguardo all'esperienza statunitense, v. di recente M. Tonry, *Punishment and Human Dignity: Sentencing Principles for Twenty-First-Century America*, in *Crime and Justice* 47 (2018), p. 119 s.

⁴¹ Risale a F. von Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, II, Berlin, 1905, p. 80, la nota definizione del codice penale quale *magna charta* del delinquente.

morte, ma riguarda la gestione dell'inevitabile sotto il profilo del "come", più che del "quando".

Il diritto di rifiutare le cure è dunque il punto di partenza del diritto alla dignità del morente, non anche il punto di arrivo: il dovere di assistenza del sanitario non cessa nei confronti del paziente che non può esprimere e non ha espresso scelte di fine-vita, assumendo quale oggetto precipuo le terapie utili al contenimento della sofferenza, compresa la c.d. sedazione terminale, che pur nondimeno segna la fine della vita biografica.

In ogni caso affermare la dignità del morire – come scelta e come riconoscimento di valore – non significa necessariamente prendere partito per la disponibilità della vita, né tanto meno schierarsi a favore dell'eutanasia⁴², ma riconoscere un fondamentale spazio culturale all'*ars moriendi*, quale capitolo finale dell'*ars vivendi*. Le scelte di fine-vita non sono assimilabili agli atti dispositivi della persona, che opera in uno scenario di vita piena.

Questo vale, a mio avviso, anche per il suicidio medicalmente assistito, espressione finanche equivoca, perché chi compie questa tragica scelta non rifiuta la vita, ma l'insostenibilità della sofferenza, non vuole abbandonare il consorzio degli esistenti, ma il proprio corpo, all'inevitabile prezzo della vita. Alla gestione medicalmente assistita della propria fine mancano tanto l'elemento oggettivo, quanto quello soggettivo del suicidio.

9.2. Un diverso discorso va fatto per la dignità come criterio di legittimazione della tutela. A questo proposito non può trascurarsi che l'essenza morale e il respiro ideale del concetto di dignità rischiano di accentuare il vittimocentrismo dell'odierno diritto penale, favorendo scolorimenti dell'offesa. Per non tacere, poi, la non univocità etico-culturale della dignità, paradossalmente esposta, per questa ragione, al rischio di relativismo ideologico. Tutto ciò è sufficiente a mettere in guardia contro i rischi di un uso disinvolto e poco sorvegliato della nozione di dignità. La sua invocazione deve saper conciliare le molteplici filigrane del concetto con il carattere pluralistico della nostra società e con il modo di operare del diritto penale, che è quello di ritagliare tipologie di offese. Non si trascuri, infatti, che la frammentarietà della tutela penale, ossia la sua fisiologica selettività, mal si concilia con lo zoccolo duro della "dignità umana" costituita dall'uguaglianza di trattamento. Una tutela della dignità discriminatoria sarebbe essa stessa una lesione della (pari) dignità degli uomini, peraltro non agevolmente correggibile, stanti i noti li-

⁴² G. Razzano, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014, p. 3 ss.

miti del sindacato di costituzionalità *in malam partem* delle discipline penali di favore⁴³.

Tanto considerato, lo sviluppo, seppure sommario, della riflessione impone di distinguere adesso a seconda che la dignità funzioni come chiave interpretativa di altri e già acquisiti beni della persona ovvero costituisca una autonoma ed esclusiva oggettività giuridica.

9.2.1. Il primo scenario non pone particolari problemi, in quanto l'offesa alla dignità segna in definitiva l'approfondimento della lesione di altri beni giuridici.

Si pensi alla lesione della reputazione, che nella sua massima intensità ben può coinvolgere la dignità, come nel caso dell'offesa rivolta al portatore di handicap in ragione del suo handicap, ad un tempo lesiva dell'umanità in quanto tale.

Lo stesso deve dirsi della violenza sessuale di gruppo (art. 608-*octies* c.p.), la cui maggiore gravità è ravvisata comunemente proprio nella degradazione della vittima⁴⁴.

L'elenco potrebbe continuare con il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù (art. 600 c.p.), tratta di persone (art. 601 c.p.), e con quello, già considerato, di tortura, che può consistere in pratiche umilianti.

9.2.2. Inutile dire che la seconda prospettiva è quella più complessa e problematica, essendo la dignità un concetto di portata universale, ma dalle radici pur sempre storicizzate.

Per evitare di approdare a un indifferenziato "crimine di lesa dignità", occorre individuare specifiche sfaccettature del valore della dignità meritevoli di tutela e culturalmente non divisive, come accade, per esempio, con la disciplina penale della discriminazione razziale (art. 1, d.l. 26 aprile 1993, n. 122, conv. nella l. 25 giugno 1993, n. 205), che è una diretta attuazione del principio costituzionale di uguaglianza *ex* art. 3, comma 1, Cost. Parimenti deve dirsi del delitto, di nuovo conio legislativo, di propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa, di cui all'art. 604-*bis* c.p., che, al secondo comma, tipizza l'istigazione ad atti di violenza.

In molti altri casi, invece, l'elevazione della dignità ad autonomo bene giuridico può sostanziarsi nella trasfigurazione di legittime, ma inoffensive visioni ideologiche.

Si pensi alla repressione penale del negazionismo come mera negazione della verità storica. Diversa e condivisibile è pertanto la scelta effettuata dalla legge 16 giugno 2016, n. 115, che incrimina il negazionismo se e in quanto modalità di

⁴³ *Amplius* F. Giunta, *Davanti alle discipline penali di favore: quando più uguali, quando più liberi*, in *Jus17@unibo.it*, 2011, p. 31 (ora consultabile anche in *www.discrimen.it*, sezione "Riviste").

⁴⁴ F. Mantovani, *Diritto penale, Delitti contro la persona*, cit., p. 447.

propaganda razzista, istigazione e incitamento ad atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. La scelta legislativa pone il negazionismo sullo stesso piano della discriminazione razziale.

E ancora: un'accezione della dignità del minore che, con la sua essenza metafisica e sentimentale⁴⁵, travolge il pilastro dell'offesa, è quella sottesa alla repressione della pedopornografia virtuale (art. 600-*quater*1 c.p.), che nondimeno resiste nella nostra legislazione.

E lo stesso va detto della dignità della donna, quale bene tutelato contro le condotte di favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione, fattispecie di dubbia legittimità⁴⁶, non soltanto perché incriminano un concorso nell'altrui fatto lecito, ma per il significato "neutro" dei comportamenti che la giurisprudenza riconduce all'ambito operativo dell'art. 3 n. 8 della legge 20 febbraio 1958, n. 75⁴⁷.

9.2.3. L'impiego penalistico della nozione di dignità ha tagliato di recente un ulteriore traguardo, il più problematico, venendo a perdere la sua tradizionale funzione di predicato di una persona *hic et nunc*, per assumere le sembianze di un bene giuridico superindividuale marcatamente ideologico, espressivo della concezione antropologica della persona, quale si è storicamente sviluppata fino a oggi⁴⁸, ossia dell'umano ad oggi conosciuto.

Sotto questo profilo, in nome della dignità, si ambisce a contrastare penalmente alcuni possibili sviluppi della genetica, precludendole, in una proiezione forse ancora fantascientifica, di produrre l'umano che non si vorrebbe che fosse: il semiuomo, l'uomo artificiale, l'uomo ibernato, l'uomo-pianta o l'uomo sempreverde utile per prelievi d'organo⁴⁹.

E nella stessa prospettiva la tutela della dignità, *sub specie* di identità e irripetibilità genetica, viene invocata, seppure problematicamente⁵⁰, per sanzionare penalmente la clonazione umana, secondo il modello dell'art. 12 della legge n. 40 del 2004.

Gli scenari che si dischiudono sono molteplici. Da un lato, e sul piano effettuale, è dubbio che il *Nomos* penalistico possa imbrigliare con successo la forza

⁴⁵ F. Giunta, *Verso un rinnovato romanticismo penale?*, cit., p. 1554.

⁴⁶ Tra i diversi scritti dell'Autore sull'argomento, v. A. Cadoppi, *Note introduttive*, in *Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive*, a cura di A. Cadoppi, Roma, 2014, p. 5.

⁴⁷ F. Giunta, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, in *Giust. pen.*, 2013, II, c. 479 (ora consultabile anche in www.discrimen.it, sezione "Riviste").

⁴⁸ Cfr. F. Palazzo, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, a cura di L. Fioravanti, Milano, 2001, p. 423.

⁴⁹ F. Mantovani, *Persona*, cit., p. 856.

⁵⁰ P. Le Coz, *Le clonage est-il un crime contre la dignité?* in *Spirale*, 2004/4 (n° 32), p. 33 s.

travolgente della *Téchne*⁵¹. Dall'altro lato, e sotto il profilo giustificativo, nella sua veste di bene giuridico la dignità mostra una tendenza all'idealizzazione della tutela, caratteristica di molti altri beni giuridici superindividuali, che affollano codici e manuali.

La loro funzione dovrebbe essere quella di *trait d'union* razionale tra il diritto penale, quale fenomeno normativo, e la società, come realtà storica. Il diritto penale, che non crea ma trova gli oggetti della sua tutela, può solo avvantaggiarsi di un concetto di dignità umana ricco di reali contenuti legittimanti, che gli offra una valida ragione per intervenire con la forza (*rectius*: violenza) che è sua propria. Nel dubbio, è meglio che il diritto penale si ritragga, poco o tanto che sia il consenso sociale, onde evitare di strumentalizzare la dignità o di esserne strumentalizzato.

⁵¹ È la nota posizione di Emanuele Severino: v. tra i tanti scritti sul tema, *La follia dell'angelo. Conversazioni intorno alla filosofia*, Milano, 1997, p. 91. Cfr. anche N. Irti, E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, 2001, p. 27 s.

MICHELE PAPA

LA FISIOGNOMICA DELLA CONDOTTA ILLECITA
NELLA STRUTTURA DEI REATI SESSUALI:
APPUNTI PER UNA RIFLESSIONE SULLA CRISI DELLA TIPICITÀ^(*)

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2 Fisiognomica della condotta e diritto penale del fatto. – 3. La violenza carnale (art. 519 c.p.) come esempio di condotta fisiognomicamente perfetta. – 4. L'incerta fisiognomica della violenza sessuale (art. 609 *bis* c.p.). – 5. La smaterializzazione della violenza sessuale: orientamenti interpretativi e futuribili. – 6. Dal reato di violenza sessuale agli “atti sessuali senza consenso”. – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Considerazioni introduttive*

Per la sua natura poliedrica e per la sua costante attualità, il tema dei reati sessuali si presta ad essere esaminato da innumerevoli punti di vista. Come al Colosseo, possiamo entrare nell'arena tematica da mille porte diverse.

La prospettiva scelta per queste brevi riflessioni è una delle più generali: essa si collega al grande argomento della tipicità. Siamo dunque all'interno di un tema caro a Francesco Palazzo, che alla tipicità e ai suoi rapporti con la determinatezza ha dedicato una riflessione costante, originale e per tutti fondamentale. Tale circostanza pone chi parla in una posizione particolarmente difficile. Se mi avventuro a toccare un tema sul quale giganteggia il pensiero del mio Maestro è solo perché l'affettuosa atmosfera creata dagli amici pisani invita a condividere le parole come fossimo attorno a un focolare domestico. Ho ben chiaro – e mi preme farlo presente proprio a Francesco Palazzo qui presente – che ciò che dico andrebbe molto più attentamente meditato.

Ho evocato, nel titolo, un termine screditato e inquietante: fisiognomica. Vorrei tranquillizzare subito i presenti e il lettore: non intendo certo condurli su percorsi lombrosiani. Siamo da tutt'altra parte. Lasciamo da parte i volti criminali, le fronti basse, le sopracciglia folte e gli zigomi pronunciati. La fisiognomica, ci dice l'etimologia della parola, è semplicemente la gnosi, la conoscenza, della natura. Per quanto se ne sia fatto un uso degenerato e razzista, applicandola

^(*) È il testo della relazione tenuta al Convegno in onore di Francesco Palazzo, dal titolo “*La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà*”, svoltosi a Pisa, il 12 ottobre 2018.

all'antropologia criminale, la parola richiama, con la sua etimologia, qualcosa di molto diverso.

Volgiamoci alla realtà sensibile e chiediamoci: esistono leggi di natura che si manifestano nella forma stessa dell'apparire fenomenico? Leggi che non si nascondono dietro o dentro l'aspetto delle cose (come, ad esempio, la legge di gravità, i campi magnetici etc.), ma che giacciono invece sotto gli occhi di chi guarda il mondo, e osserva dunque anche le condotte umane? In altre parole, possiamo ipotizzare che, almeno qualche volta, la morfologia della realtà sensibile "parli" direttamente a chi l'osserva, come un geroglifico o un ideogramma parlano direttamente a chi li legge?

Domande impegnative, che coinvolgono temi della gnoseologia noti sin dalla filosofia presocratica: in che misura l'apparenza inganna? Dobbiamo totalmente escluderla per volgerci ad una comprensione razionale della realtà, oppure possiamo ancora fidarci in ciò che si apprende mediante i sensi? Altro che Lombroso o lettura della mano! Sono problemi enormi, per i quali non troveremo certo qui alcuna soluzione.

2. *Fisiognomica della condotta e diritto penale del fatto*

Notiamo, tuttavia, che il diritto penale una risposta al problema della fisiognomica l'ha data da secoli e soprattutto dall'Illuminismo in avanti.

La risposta è: sì. Nel "diritto penale del fatto", esistono reati in cui *la forma della condotta* è in sé stessa capace di esprimere l'ingiusto. È il diritto penale "delle cose visibili", un diritto penale che si confronta con l'ingiusto attraverso la mediazione delle *malae species*, delle forme paradigmatiche d'illecito elencate nella parte speciale. Ne abbiamo parlato diffusamente altrove (M. Papa, *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2017). Recependo tali forme nelle "fatti-specie", il legislatore chiarisce ai cittadini quali siano le regole di condotta penalmente rilevanti e rende concreta la funzione garantista del diritto penale. Determina i precetti da seguire e vincola il giudice che deve sanzionarne la violazione.

Sono le note virtù del formalismo. Virtù, come sappiamo, da non sopravvalutare, dal momento che ad esse di accompagnano alcuni noti vizi: anche quando si considera la condotta e non i tratti somatici di un volto, il dominio della forma, la tirannide delle apparenze "letterali" può portare difatti a semplificare in modo eccessivo e fuorviante il giudizio. Con risultati paradossali: viene in mente la dottrina religiosa ebraica (*Halakhab*) del "*Marit Ayin*" (lett. "aspetto all'occhio"), in base alla quale, l'apparenza è veramente tutto quello che conta; anche dal punto di vista morale: se cade in terra il portafoglio davanti alla statua di una divinità

pagana, bisognerebbe lasciarlo dov'è. Ciò in quanto un osservatore esterno potrebbe pensare, vedendoci piegati a raccogliarlo, che ci stiamo inchinando davanti all'idolo.

Come si vede, anche la fisiognomica della condotta, presenta, nei casi di esasperato formalismo, limiti evidenti. Non a caso, nel diritto penale, il giudizio di tipicità può essere inteso come qualcosa di assiologicamente più ricco rispetto alla mera coincidenza tra il concreto e l'astratto; non a caso, al giudizio di tipicità seguono, comunque, quelli di anti giuridicità e di colpevolezza.

Vero ciò, resta il fatto che sin dal codice di Hammurabi, passando dal *furtum manifestum* delle XII Tavole, le società umane hanno sviluppato l'idea che vi siano condotte che possiedono, in sé stesse, la qualità di *malae species*, di "cattive apparenze" penalmente conclusive: condotte capaci di esprimere in modo eclatante, *con la loro stessa forma*, l'ingiusto. Sono condotte che "parlano"; condotte che, come i geroglifici, veicolano un significato già solo con il loro aspetto. Su tale assunto, come dicevamo, è fondata tanta parte del garantismo di cui si fa promotore, attraverso l'idea della tipicità, il principio di legalità illuminista.

Lo schema aggressivo del furto, o della rapina, ad esempio, si fondano, nella coscienza sociale prima ancora che nel diritto positivo, sulla intrusione, più o meno violenta, nello spazio ove si esercita il possesso/detenzione altrui; intrusione cui consegue la sottrazione e poi l'impossessamento di una cosa, cioè di una porzione di realtà fisica, sulla quale altri esercita un dominio, entro quello spazio. La fattispecie incriminatrice recepisce questa tipologia aggressiva, costruendo sulla stessa la modalità di lesione penalmente rilevante.

Lo stesso si potrebbe dire per le percosse, per le lesioni personali e, veniamo al nostro tema, per la violenza *carnale*.

3. *La violenza carnale (art. 519 c.p.) come esempio di condotta fisiognomicamente perfetta*

Anche la violenza *carnale* – uso qui l'aggettivo che ha caratterizzato in Italia lo stupro (art. 519 c.p.) sino alla riforma del 1996 – si definisce attraverso il riferimento ad una condotta che "parla": la congiunzione carnale violenta parla ed esprime direttamente la sua natura di *mala species*. È una specie, un tipo di fatto che la fisiognomica (intesa nel senso etimologico che abbiamo illustrato) ci dice essere manifestamente ingiusto.

La condotta di stupro "parla" e si autodefinisce come *mala species* innanzitutto perché combina violenza costrittiva e congiunzione carnale. A meno, infatti, di non supporre rapporti consensuali di tipo sado-masochistico, è difficile pensare che una penetrazione carnale realizzata con violenza e minaccia possa essere

qualcosa di diverso da una condotta criminale. Ricordiamo in proposito il celebre caso inglese “Morgan” (DPP v. Morgan [1975] UKHL 3), ove gli imputati, che avevano abusato di una donna istigati dal marito che la diceva consenziente ai rapporti violenti, non furono creduti in buona fede dalla giuria.

Peraltro, se dal codice Rocco risaliamo indietro nel tempo, troviamo contesti storico-giuridici in cui, per la rilevanza penale del rapporto, la violenza non è neppure richiesta, dal momento che, pensiamo all’antica figura dello “stupro semplice”, è *l’attività sessuale in quanto tale ad essere illecita*; anche se consensuale. Ferma restando la rilevanza particolare dello stupro violento, in molte società del passato la congiunzione carnale era in sé e per sé una *mala species*, perdendo tale connotazione solo se posta in essere all’interno di relazioni autorizzatorie, come quella matrimoniale o, paradossalmente, quella prostituzionale.

4. *L’incerta fisiognomica della violenza sessuale (art. 609 bis c.p.)*

Conosciamo tutti l’evoluzione – legislativa e giurisprudenziale – registrata dai reati sessuali negli ultimi anni. La riforma del 1996 ha ripensato, attraverso la nozione di “atti sessuali”, l’attività umana rilevante, continuando tuttavia a richiedere, nel reato dell’art. 609 bis c.p., una condotta aggressiva unilaterale, incentrata sulla costrizione mediante violenza, minaccia, o abuso di autorità. Una scelta criticata quantomeno per una duplice serie di motivi: perché poco sensibile, nel generico riferimento agli “atti sessuali”, al principio di determinatezza; e perché poco sensibile alle esigenze di tutela della vittima, la quale non vede tutelato il suo diritto alla autodeterminazione sessuale, cioè al suo consenso, ma solo quello a non compiere o subire atti sessuali a causa dell’altrui violenza o minaccia.

5. *La smaterializzazione della violenza sessuale: orientamenti interpretativi e futuribili*

La giurisprudenza, dal canto suo, ha dovuto gestire le due menzionate criticità. L’ha fatto tramite oscillazioni e sbandamenti (pensiamo alla nota “sentenza dei jeans”), che sono a tutti noti.

5.1. Per quanto riguarda la nozione di atti sessuali, si può rilevare come, la pur dominante “accezione oggettiva”, incentrata sul contatto fisico con le “zone erogene”, finisca per diventare soggettiva e, come dire, “atopica”, appena si tratti di qualificare una serie di comportamenti che, pur non coinvolgendo le menzionate “zone erogene”, hanno l’indubbia natura di aggressione sessuale (si pensi al toc-

camento dell'interno della coscia). E in questi casi soccorre, talora indebitamente (non è detto che il fine ultimo dell'agente sia davvero la violenza sessuale sulle "zone erogene"), il reato tentato. Segno questo che, anche volendo rimanere alle dinamiche tradizionali, l'interazione sessualmente rilevante non è riducibile al contatto con specifiche "aree tabù", riscontrabili oggettivamente e con la precisione topografica di una mappa catastale.

L'importanza dell'interazione è d'altronde ben chiara anche a chi consideri la nozione di atti sessuali nel contesto dei vari reati in cui è prevista: essa cambia, almeno nella prassi, non solo rispetto ai soggetti minorenni "intangibili" (per i quali, se esaminiamo la giurisprudenza, basta talora meno del contatto diretto con le zone erogene), ma anche nel contesto di fattispecie come la corruzione di minorenne (art. 609 *quinquies* c.p.), essendo inconcepibile che costituisca reato mostrare all'infra-quattordicenne tutti gli atti che sarebbero rilevanti *ex art.* 609 *bis*, cioè, ad esempio, il bacio o la pacca sul sedere.

Peraltro, è del tutto evidente come la nozione di atti sessuali non possa rimanere insensibile al mutare dei codici culturali e comportamentali.

Ciò vale, in primo luogo rispetto alla sofisticata articolazione dei gusti sessuali, potenziata dalle offerte "per categorie" o "di nicchia" dilaganti nella pornografia e nella offerta prostituzionale reperibile in internet. Ciò che un tempo era considerata devianza individuale, e dunque espressione di libido soggettiva, emerge oggi come pratica ritenuta "oggettivamente sessuale" da gruppi talora sorprendentemente numerosi di persone.

Il riconoscimento sociale e giuridico della diversità nell'orientamento sessuale è oggi un dato assodato. La mappatura delle zone erogene e la tipologia dei comportamenti rilevanti non può non risentirne, con la progressiva perdita di importanza, come paradigma tipico della relazionalità sessuale, del rapporto eterosessuale centrato sulla congiunzione carnale, magari intesa anche come atto potenzialmente procreativo. L'aveva già presente il legislatore del 1996, che infatti coniò l'ampia nozione di "atti sessuali"; ma l'ideologia retrostante, condizionata allora soprattutto della prospettiva femminista, era inconsapevole della molteplice ed esplicita diversificazione degli orientamenti e gusti sessuali cui assistiamo oggi. E soprattutto del loro proporsi come stili di vita da riconoscere ed accettare al pari di quelli per lungo tempo ufficialmente prevalenti.

In sintesi, occorre prendere atto che la sessualità è oggi, per generale constatazione, molto varia e molteplice. E che gli esempi riportati un tempo come curiosità esotica (lo strofinarsi il naso degli eschimesi) erano solo l'anticipazione di una diversità nei gusti e negli orientamenti sessuali che, nelle società multiculturali e pluraliste, è ormai diffusa e palese. E che porterà presto a riconoscere che l'unica zona sicuramente e oggettivamente erogena è il cervello.

Che ne è dunque del corpo e delle tradizionali “zone erogene” sulle quali chiediamo lumi alla scienza medica? Sentiamo le parole di un uomo dell’Ottocento: “qualunque parte del corpo si contamina quando si fa servire di strumento ad una lubricità, e simile oltraggio cade sulla persona di chi si dice oltraggiato e non sulla persona soltanto del violentatore” (F. Carrara, *Programma di diritto criminale, parte speciale*, II, 10^a ed., Firenze, 1926, § 1546, 397). D’altronde, anche l’esperienza comparatistica, pensiamo in particolare al diritto penale inglese (*Sexual offences Act*, SOA, del 2003), ci dice che è impossibile redigere un inventario di “atti sessuali tipici”, definendoli su base topica. Secondo la citata legislazione inglese, sono sessuali tutti gli atti che, secondo il giudizio di una persona ragionevole, possono essere ritenuti tali in relazione *alle circostanze e all’intenzione delle persone coinvolte* (v. sect 78 del citato SOA 2003).

Sia ben chiaro: nulla, in ciò che ho appena detto, mira a rivalutare un approccio soggettivistico tendente a criminalizzare la devianza del singolo. Al contrario, intendo sottolineare che, evaporato il concetto stesso di devianza sessuale (almeno con riferimento agli orientamenti e ai gusti degli adulti consenzienti), non si può eludere la questione del *particolare significato sessuale* che le persone coinvolte attribuiscono alle varie parti del corpo e alle modalità di interazione con le stesse. Ciò anche perché è ben raro che un “particolare significato sessuale”, per quanto inconsueto, sia riferibile alle inclinazioni di un solo individuo. In fondo, quello che internet ha fatto emergere (ma in parte anche prodotto) è il fatto che dietro pressoché tutti i “particolari gusti sessuali” ci siano migliaia di “followers”.

5.2. Accanto alla questione della tipicità degli atti sessuali, si pone tradizionalmente quella del contatto fisico. Tipicità e materialità sono spesso profili della condotta strettamente connessi. Anche questo tuttavia sta cambiando, specie alla luce dell’evoluzione tecnologica e dei mezzi di comunicazione. Negli Stati Uniti si discute ormai da tempo il problema della “*virtual rape*” cioè della configurabilità di aggressioni sessuali nel mondo della rete o comunque della realtà simulata. Anche questa prospettiva pone chiaramente all’attenzione di tutti la questione se, nei reati sessuali, il corpo sia veramente essenziale o se, piuttosto, esso non sia che un mero terminale di stimoli emotivi e sensoriali, che possono essere ricreati, anch’essi “più o meno consensualmente”, nel mondo virtuale.

5.3. Veniamo brevemente alla violenza e alla minaccia, che del paradigma di reato sessuale incentrato sull’aggressione unilaterale costituiscono l’espressione più tipica. La violenza e la minaccia, come si sa, eclissano il problema del consenso, riducendo per ciò stesso la vittima a mera *res*. La giurisprudenza si è dimostrata negli anni sempre più consapevole dei limiti di una scelta definitoria che il legislatore del 1996 ha reiterato dopo molti dubbi. La *case law* degli ultimi anni

ha proceduto ad affermare, appunto in via interpretativa, la progressiva smaterializzazione di tali elementi di fattispecie, smaterializzazione cui è conseguito l'emergere del dissenso, o del mancato consenso della vittima come vero fulcro del disvalore. Il reato è diventato così sempre più "relazionale" e sempre meno di "aggressione unilaterale".

5.4. Incentrare il reato di violenza sessuale sulla sola assenza del consenso costituisce una scelta molto significativa sul piano dei valori, ma certamente non semplice sul piano applicativo. I processi attraverso cui si giunge all'autodeterminazione sono molto complessi e incerti anche nelle persone psicologicamente più salde. Esistono poi condizioni, pensiamo all'ebbrezza alcolica, in presenza delle quali l'autodeterminazione può essere pregiudicata ad alcuni fini (la corretta guida dell'auto), ma non ad altri, ad esempio al fine di consentire ad un rapporto sessuale. Ma come regolare la situazione dal punto di vista del diritto penale? Lasciando la vittima ubriaca (leggermente ubriaca, ma anche quella intenzionalmente e dionisiacamente ebbra) libera di manifestare il suo consenso, oppure negandole, paternalisticamente, ogni accesso alla vita sessuale? Lo stesso discorso si può fare per l'incapace.

In entrambi i casi, la soluzione normativa attuale è nel senso di richiedere che il soggetto agente "abusi" delle condizioni di minorità e "induca" la vittima all'atto sessuale (v. art. 609 *bis* c.p.). Se tuttavia il reato dovesse realmente ridefinirsi incentrandosi sul valido consenso all'atto sessuale, allora andrebbe probabilmente eliminato anche il riferimento all'abuso e all'induzione, dovendo bastare, appunto, l'assenza di un valido consenso.

6. Dal reato di violenza sessuale agli "atti sessuali senza consenso"

Il percorso che porta dal reato di violenza carnale ad un diverso reato incentrato sul "rapporto sessuale senza valido consenso" è un percorso che in Italia non si è pienamente compiuto. Perché ciò accada è indispensabile un intervento legislativo, che riscriva con parole diverse la fattispecie incriminatrice.

Si tratta di un intervento auspicabile? Non è facile dirlo. Come dimostra anche l'esperienza comparatistica, incentrare i reati sessuali sulla mancanza del consenso è comunque una scelta molto impegnativa, che in un certo senso torna a considerare l'attività sessuale come attività in sé stessa illecita, a meno che non vi sia il previo e valido consenso. Ma, forse, è una scelta obbligata, essendo difficile accettare oggi che il reato di violenza sessuale non comprenda casi in cui, pur mancando la violenza o la minaccia, un valido consenso non c'è.

Ma, questa è la domanda: stupro violento a parte, è ancora possibile individuare esaustivamente, nella descrizione di una nuova fattispecie di reato sessuale, le forme dell'agire umano da indicare come paradigmatiche del reato in questione? È ancora possibile, nell'ambito dei reati sessuali, identificare, oltre lo stupro violento, condotte tipiche la cui forma "parli" ed esprima, con rigore fisiognomico, la natura di aggressione illecita alla libertà sessuale? Nella crescente difficoltà di effettuare, per la complessità della sessualità contemporanea, una mappatura catastale ed un "estimo" oggettivo delle singole parti del corpo e delle interazioni definibili certamente come sessuali, anche il reato sessuale tende ad uscire dalla fisiognomica, avviandosi a coincidere con qualsiasi comportamento umano che abbia la capacità di offendere la libertà sessuale altrui.

Non dimentichiamo poi le considerazioni sopra svolte in merito alla nozione di atti sessuale. Una volta superata la concezione topico-anatomica, secondo cui l'atto si definisce sessuale per il contatto con le zone erogene, la smaterializzazione finisce per coinvolgere anche questo elemento del reato.

L'impressione è, insomma, che difficilmente i reati sessuali riusciranno a rimanere saldamente all'interno di quello che abbiamo chiamato il "diritto penale delle cose visibili", cioè del fatto tipico fisiognomicamente significativo. I reati sessuali tendono, per ragioni storiche complesse e difficilmente contrastabili, ad entrare nell'ambito del "diritto penale delle cose invisibili", cioè in quella crescente porzione del diritto penale che si confronta con l'ingiusto senza la mediazione di una condotta tipica capace di esprimere l'ingiusto stesso in modo paradigmatico e conclusivo, cioè fisiognomicamente rilevabile.

Non è questa la sede per sviluppare anche solo un embrione di analisi sulla dialettica tra il diritto penale che abbiamo detto "delle cose visibili" e quello "delle cose invisibili". L'opzione in favore del "diritto penale del fatto" parrebbe imporre la difesa ad oltranza del modello che si occupa delle cose visibili, cioè del diritto penale che definisce l'illecito con riferimento a dati della realtà sensibile. Ma, per chi crede veramente nei valori che hanno sostenuto per secoli il "diritto penale del fatto" la sfida è quella di capire come e perché il diritto penale è chiamato oggi ad occuparsi sempre più spesso direttamente delle "cose invisibili", cioè dell'ingiusto, dell'antigiuridicità, saltando la mediazione offerta dalle cose visibili e dai loro paradigmi fisiognomici.

7. Considerazioni conclusive

È sempre più difficile ordinare il mondo in base all'aspetto delle cose. Nella vita quotidiana come nella regolamentazione giuridica. Ne abbiamo parlato diffusamente altrove (M. Papa, *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto pe-*

nale, cit., spec. 36 ss., 135 ss.). La complessità della vita contemporanea, la smaterializzazione delle relazioni, la crescente equivocità delle forme, il costante ricorso all'ermeneutica per comprendere, anche nella vita di tutti i giorni, "come stanno le cose al di là delle apparenze" rendono certamente recessiva la prospettiva fisiognomica.

La fattispecie incriminatrice è un modello in crisi e non per ragioni contingenti. È molto difficile, per i nuovi reati o per la riformulazione moderna di quelli antichi, recuperare una struttura del fatto tipico che faccia riferimento ad una forma dell'accadere sensibile che sia espressiva di significato, univoca nel messaggio, insomma: una forma di condotta semioticamente pregnante. Una forma da leggere con la fisiognomica: come un geroglifico o un ideogramma.

Le forme, come gli dei, non parlano più.

ANTONIO VALLINI

IL “DISCORSO” GIURIDICO IN TEMA DI “PERSONA”:
ABBOZZO DI UN LESSICO ^(*)

SOMMARIO: 1. Introduzione con dedica. – 2. Dignità. – 3. Salute. – 4. Consenso e vulnerabilità. – 5. Maternità. – 6. Dialogo, comunicazione, compartecipazione.

1. *Introduzione con dedica*

Questo mio intervento sarà cosa da poco, giusto qualche parola.

Questo intervento avrà, in effetti, a che fare con le parole. Con alcune delle parole udite nelle relazioni che hanno dato corpo al dibattito odierno, e con altre ad esse complementari.

Lasciatemi tuttavia premettere qualche nota personale. Perché il motivo più profondo che mi spinge a parlare non si coglie né nel titolo, né nel sottotitolo di questo Convegno: semmai nella dedica: *per Francesco Palazzo*.

Invero, pur non potendo dirmi a stretto rigore un allievo del maestro che oggi onoriamo, per dodici anni ho abitato l'ufficio di fronte al suo, ed ho avuto così l'opportunità di molto apprendere, dalla sua disponibilità al dialogo, dalle molte occasioni di collaborazione, anche soltanto dall'osservarlo agire nella quotidianità della vita universitaria, nei rapporti con gli studenti, con i funzionari amministrativi, con i colleghi.

Riporto un episodio, tra i tanti, perché emblematico. Nella mia qualità di coordinatore del polo universitario penitenziario fiorentino, una volta invitai Francesco Palazzo a tenere un seminario per i detenuti, in quanto esimio penalista e presidente di importanti commissioni ministeriali, sul tema ben scomodo, in quella sede, delle riforme per lo più mancate del sistema sanzionatorio. Ebbene, al termine della prolusione, quando timidamente cominciavano a emergere, dalla platea, domande che mal celavano dolorose autobiografie, mi accorsi che il nostro autorevole ospite avvertiva il bisogno pressoché fisico – morale, credo di poter dire – di scendere da quel palco sul quale lo avevamo elevato e costretto ad esibirsi *ex cathedra*; e così subito fece, calandosi tra un pubblico tanto particolare e impegnativo, passando lui stesso il microfono dall'uno all'altro partecipante,

^(*) È il testo della relazione tenuta al Convegno in onore di Francesco Palazzo, dal titolo “*La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà*”, svoltosi a Pisa, il 12 ottobre 2018.

riuscendo a far decollare un dibattito che fu, alla fine, tra i più appassionati e appassionati di quel ciclo di incontri.

In effetti, a proposito di parole, se devo usarne una per indicare l'insegnamento più importante che ho tratto da questi molti anni di lavoro a fianco di Francesco Palazzo, sceglierei un aggettivo: *pubblico*. Francesco Palazzo, con il suo esempio e le sue esortazioni (perentorie quando necessario), mi ha tratto fuori dal rifugio del mio ufficio, delle aule, della biblioteca, al quale mi sentivo intimamente vocato, facendomi comprendere come il privilegio di essere remunerato per studiare, riflettere, approfondire, comporti una responsabilità civica e istituzionale. Pubblico non solo, dunque, nel senso di servizio pubblico prestato agli studenti – ed il rigore e la generosità di Francesco Palazzo su questo fronte erano proverbiali, a Firenze; pubblico non solo come onere di “divulgare” nella comunità scientifica, e anche altrove, i risultati delle nostre ricerche, con un atteggiamento che fatalmente rischia l'unidirezionalità – una unidirezionalità che Francesco Palazzo ha in verità sempre evitato anche nelle nostre discussioni private, ove sue erano più le domande che non le risposte. Quell'aggettivo evoca, piuttosto, l'onere di procurare le occasioni per catalizzare, animare e valorizzare un dialogo pubblico e aperto al pubblico, tra l'università e le professioni, tra le professioni, con i cittadini, con gli studenti, con i rappresentanti delle istituzioni.

In questo senso, la funzione della comunità accademica si apprezza per il contributo che saprà dare a quella democrazia sostanziale, dialogica, progressivamente costruita e non data una volta per tutte, responsabilmente praticata e non assunta come postulato, in cerca di sintesi e non di contrapposizioni manichee, che pure Palazzo patrocina nei suoi scritti dedicati alla laicità e alla selezione dei valori etici correlati al concetto di persona, eventualmente meritevoli di tutela penale.

Ecco così tornare l'argomento di questo consesso: proprio nel mentre parlavo del grande studioso che oggi omaggiamo, stavo già tracciando una prospettiva entro la quale inquadrare la questione, che avevo annunciato, di un possibile glossario del discorso giuridico sulla persona umana.

Nelle relazioni di chi mi ha preceduto alcune “parole chiave” ricorrentemente sono state pronunciate. Parole che, in effetti, tradizionalmente hanno a che fare con l'oggetto della nostra comune riflessione. Altre ve ne sono, che non sono state pronunciate. Ma non tutte quelle parole sono egualmente strumentali a scelte di disciplina fortificate, per così dire, da un consenso diffuso e maturato nel dialogo. Esistono parole divisive, che perpetuano contrapposizioni inconciliabili, che non disegnano il lessico di compromessi virtuosi, che offrono alle costruzioni giuridiche instabili appoggi.

2. Dignità

Una di queste, duole dirlo, è *dignità*. Termine tanto nobile, pregno di valore costituzionale potenziale, quanto inutilizzabile, ai fini di un confronto che voglia condurre a soluzioni pacificanti sul piano culturale e solide sul piano giuridico (perché ben metabolizzabili dalla prassi e resistenti al giudizio delle Corti dei diritti).

Si tratta, invero, di un concetto intimamente discorde, che facilmente può scindersi e contrapporsi a se stesso. In rapporto ad un medesimo centro di interessi, esso può intendersi in senso soggettivo, autodefinito, correlandosi a un'idea di libertà, o al contrario essere declinato in senso oggettivo, eterodeterminato, quale espressione di un modello preconstituito di "persona degna" indisponibile dal singolo. In questa prospettiva, le stesse scelte di fine vita – si pensi alla richiesta di suicidio assistito – o altre in materia di procreazione – come ad es. la surrogazione di maternità – possono leggersi al tempo stesso come espressione, o come tradimento, di un'idea di dignità umana.

Inoltre, l'attributo della dignità sconta un'incontenibile vocazione denotativa; può estendersi a tutto, e tutto fagocitare nella propria rarefatta portata valoriale. Può esser proprio non solo della persona, ma pure – per dirla con la Corte costituzionale – di chi "ancora persona deve diventare" (il nascituro), o persino delle azioni umane – dignità della procreazione, dignità del morire – o di collettività umane (la specie umana). La dignità può rimaner "umana", nel discorso giuridico, pur in realtà depersonalizzandosi, perdendo il legame con "un uomo" in carne ed ossa; e, con ciò, allentando il proprio ancoraggio costituzionale.

In questa sua tendenza a pervadere tutto ciò che ha a che fare con l'umano, la dignità si spinge inoltre facilmente a qualificare quelle altre prerogative che per esigenze logiche dovrebbero, invece, da essa distinguersi, perché ad essa si vorrebbero contrapporre, nella dialettica di un bilanciamento. Volendo, insomma, ogni interesse individuale costituzionalmente tutelato può considerarsi espressione particolare del valore generale della dignità, in quanto veicolo di sviluppo della persona umana (art. 2 Cost.). La libertà di procreare è dignità; l'autodeterminazione sanitaria è dignità; la salute è dignità; tutto quel che ha che fare col morire, in un senso, o nell'altro, si colora di dignità.

Ed una volta accettato che anche le azioni umane, o i connotati essenziali di una antropologia, possano indiziare il valore supremo della dignità, allora perché negare che sia espressione di "dignità umana" la libertà di ricerca scientifica – quella che, per intendersi, si confronta con la dignità dell'embrione in *vitro*, quando si tratta di ponderare la legittimità del delitto di sperimentazione di cui all'art.13 l. 40/2004? La capacità di sperimentare la fondatezza di ipotesi in origine puramente congetturali è un attributo intellettuale distintivo del genere umano, che ci ha fornito un innegabile vantaggio evolutivo. Ricorda Popper: «l'evoluzione

della scienza [...] probabilmente è il più potente strumento dell'adattamento biologico che sia mai apparso nel corso dell'evoluzione organica». Cantava il Poeta: «considerate la vostra semenza/fatti non foste a viver come bruti/ma per seguir virtute e conoscenza»: il perseguimento della conoscenza caratterizza la «semenza umana», distinguendola dalla razza dei «bruti», e si pone a fianco della «virtute». Scrive Lombardi Vallauri: «bloccare la scienza-tecnica in quanto tale è *antiumano*».

Nessun bilanciamento, nessun compromesso, ben strutturato sul piano dell'argomentazione giuridica, può esser condotto pronunciando esclusivamente la parola dignità. Essa, di per sé sola, vale al più come slogan per battaglie ideologiche.

3. *Salute*

Potrebbe non sembrare, ma egualmente divisiva può farsi la parola *salute*, se la consideriamo in una accezione strettamente oggettiva e “biologica”, oppure reputiamo l'interesse alla salute pervaso di “benessere soggettivo”. Una ripartizione netta, che già alimenta le diatribe, ad esempio, in tema di “atto medico arbitrario”: adottando una nozione molto soggettivizzata, la violazione dell'autodeterminazione sanitaria tende a essere “lesione” già soltanto per il disagio psichico che comporta, mentre, altrimenti ragionando, offesa alla autodeterminazione e offesa alla salute si collocano su due piani correlati ma distinti. A seconda del significato prescelto, una condizione come quella di Eluana Englaro potrà essere come non essere salute, oggetto di un obbligo di garanzia del medico; e una coppia potrà non essere, oppure essere, titolare in quanto tale di un diritto alla salute declinato in modo “duale”, per l'impossibilità biologica di procreare di uno solo dei *partner*, che frustra le aspirazioni riproduttive dell'altro, tuttavia perfettamente fertile (con quel che ne consegue rispetto alla possibilità di considerare la fecondazione c.d. “eterologa” con donazione di gameti maschili un trattamento funzionale alla soluzione di una malattia, sebbene esso, in realtà, si attui esclusivamente sul corpo del *partner* sano).

Se, poi, si leggono le sentenze costituzionali che passo passo hanno demolito la legge sulla procreazione medicalmente assistita, ponendo attenzione anche al non detto, ci si accorge come la Consulta abbia evocato il parametro dell'art. 32 Cost. tanto per estendere la libertà di procreazione – prevalendo, l'interesse a superare patologie riproduttive, sulle istanze eticizzanti che sostenevano certi rigorosi divieti – quanto per circoscriverla, lasciando intendere che la procreazione è libera da divieti non in quanto tale, ma solo quando funzionale alla salute. Vale a dire: una volta appurata l'esistenza di un diritto, o quanto meno di una libertà, di avere figli; una volta acclarato che procreare non può realmente offendere alcun

interesse terzo (men che mai il figlio stesso, che certo non potrà sentirsi meglio tutelato qualora i genitori siano indotti a non concepirlo, visto che, in tal caso, egli neppure esisterebbe); una volta riconosciuto, infine, come il generare grazie a un supporto medicale non abbia niente, in sé, di "offensivo", tale da giustificare un trattamento discriminatorio rispetto al procreare naturalmente; ebbene, dati tali presupposti – tutti riconosciuti validi dalla Corte costituzionale – un approccio strettamente logico-analitico condurrebbe necessariamente a propugnare una indifferenziata liberalizzazione della procreazione medicalmente assistita. Ma non è questa una conclusione che la Consulta sembra condividere. Essa pare riconoscere valori meritevoli di salvaguardia, in quell'ambito, solo quando la pretesa di generare per vie "artificiali" si accompagni all'esigenza di ovviare a patologie (attuali o prevedibili), in questo modo sancendo un limite di rilevanza costituzionale della procreazione, nel mentre prescrive un divieto di vietare.

Ecco, dunque, un altro concetto proteiforme, con funzioni distinte se non opposte. Una parola produttiva di significati ben differenti: dipende da dove si vuol porre l'accento.

4. *Consenso e vulnerabilità*

A ben guardare, tendono a ostacolare una sintesi anche termini quali *consenso*, o *vulnerabilità*. Il valore del consenso, dell'autodeterminazione in ambito sanitario ad esempio, è da tutti riconosciuto; e però, la rilevanza del consenso cambia profondamente, a seconda dei criteri di validità che gli si attribuiscono. Si pensi soltanto al requisito della attualità, che condiziona la validità, o la stessa ammissibilità, di direttive anticipate; o alla lacerazione che in seno alla comunità dei giuristi si è prodotta rispetto alla sentenza della Cassazione sulla vicenda di Eluana Englaro, cioè riguardo all'asserito potere del rappresentante legale di esprimere un rifiuto di cure salvavita in nome e per conto di chi sia attualmente privo di ogni competenza.

Il consenso all'uso, all'abbandono o alla soppressione del proprio corpo tende a essere considerato irrilevante, poi, quando chi lo esprime versi in una condizione di vulnerabilità, tale per cui la sua non sarebbe "vera" autodeterminazione, bensì una dichiarazione implicita di debolezza che pretende tutela, una richiesta cifrata di aiuto, un'opzione disperata per la mancanza di alternative. Tuttavia, anche a questo proposito, si coglie una contrapposizione, basilare e irriducibile, tra chi associa il requisito della vulnerabilità, *ipso facto*, a certe situazioni esistenziali – l'angoscia del fine vita, la malattia riproduttiva, scelte estreme quali l'offerta del proprio utero per maternità su commissione o la messa in vendita di organi – e chi invece sostiene che detta vulnerabilità dovrebbe al più essere accertata volta

per volta, come elemento utile alla miglior interpretazione di ciò che il soggetto reale intende dire di se stesso. I primi propendono per la logica del divieto, i secondi per una liberalizzazione temperata, eventualmente procedimentalizzata.

Tutti hanno premura di pronunciare con la dovuta delicatezza termini evocativi quali “consenso”, “autodeterminazione” e “vulnerabilità”, ma nel pronunciarli disvelano preconcetti affatto differenti.

5. *Maternità*

Se le parole più o meno “divisive” sin qui considerate sono ordinariamente evocate nel dibattito in tema di “persona”, un sostantivo invece molto – e paradossalmente – trascurato, quando si tratta di procreazione, è *maternità*. Peccato, perché usandolo si potrebbe forse addivenire a convergenze che gli altri vocaboli ostacolano.

Maternità è parola buona, non solo per il suo aggancio costituzionale esplicito e indiscutibile, ma anche perché il suo significato non può che esser uno, ed univoche le implicazioni di valore. Non può concepirsi maternità senza una madre e un figlio, fosse pure in gestazione, e non vi è tutela della maternità senza la salvaguardia di entrambi questi centri di interesse, l'uno essenziale all'altro. La consistenza del valore-maternità è un'interazione virtuosa tra due entità che si completano reciprocamente e armoniosamente, le quali, invece, si trovano a confliggere nel discorso biogiuridico più consueto, che preferisce ricorrere al lessico della dignità (dignità è autodeterminazione della madre sul proprio corpo, ma dignità umana è quella dell'embrione che “pretende” in quel corpo di svilupparsi), della salute (la gestazione può compromettere la salute della madre, ma la salute del nascituro necessariamente passa dalla gestazione), della libertà (requisito che valorizza solo le esigenze della madre, non potendo il nascituro esercitare una libertà).

Attribuire all'embrione *in vitro*, anche quando malato, non più impiantabile, destinato a deperire – o addirittura a “pseudozigoti” che non derivano da una fecondazione e mai saranno realisticamente utilizzabili per una gestazione – la stessa “dignità” del feto in gestazione o dell'embrione ancora inseribile in un progetto praticabile di maternità, è approccio altamente opinabile e incapace di indicare chiare linee ermeneutiche ove si imponga un bilanciamento (ad es. con la libertà di ricerca scientifica). Si trascura come soltanto nel secondo caso entri in gioco l'istanza costituzionale, appunto, della maternità, capace di segnare un salto di qualità, sul piano dei valori, difficilmente contestabile qualunque sia la visione di partenza.

La maternità riesce poi a vestire di una giustificazione laica, costituzionalmente orientata, il divieto penale di surrogazione di maternità (e, con ciò, a fornire un

solido riferimento per interpretazioni teleologiche). Una fattispecie criminosa altrimenti dal senso e dai contorni troppo sfumati, se letta attraverso le lenti sempre fuori fuoco della “dignità”, del “consenso”, della “vulnerabilità”.

Tale divieto, in effetti, trova forse la sua *ratio* nell’esigenza di prevenire una dissociazione tra due maternità entrambe costituzionalmente rilevanti, impossibile da ridurre in termini costituzionalmente adeguati, perché l’attribuzione esclusiva di una maternità comporta, inevitabilmente, il sacrificio totale dell’altra: tanto dimostra il sostanziale *non liquet* circa l’attribuzione della genitorialità che, ad es., la Commissione Nazionale di Bioetica ha pronunciato quando chiamata a prender posizione sulla vicenda dallo “scambio di embrioni” per errore verificatosi nell’ospedale Pertini di Roma.

Se così intendiamo il senso del delitto, ecco che la fattispecie dovrà essere considerata applicabile solo a quella speciale ipotesi di surrogazione, tra le tante, in cui una irriducibile dissociazione di maternità effettivamente sussiste, perché una donna ha impegnato il proprio utero, l’altra il proprio materiale genetico oltre a forti attese sociali ed affettive.

6. Dialogo, comunicazione, compartecipazione

Rispetto al fine vita (e non solo), parole che producono eufoniche consonanze sono *dialogo, comunicazione, compartecipazione*.

È da molti riconosciuto come il passaggio più “bello” della legge 219/2017 sia quello in cui si afferma che «il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura». Per altro verso, la norma dal maggior potenziale non è forse quella sulle disposizioni anticipate di trattamento – che, pur compiendo una scelta, ancora risente di irrisolte contrapposizioni su quanto possa valere un dissenso inattuale cronologicamente, e rischia di essere mortificata da applicazioni difensive e burocratiche – bensì quella in tema di pianificazione condivisa delle cure. In essa si sollecita una relazione *in fieri* tra medico e paziente, attivata sulla base di ragionevoli previsioni, e poi elaborata assieme, passo per passo, così da far maturare una vicendevole conoscenza e una comprensione della malattia, e della cura, fondate su di una comune esperienza. Impreso questo orientamento progressivo, partecipato e dinamico al rapporto terapeutico, esercizi di autodefinizione, percezioni di dignità, motivi di vulnerabilità, potranno manifestarsi, farsi, e disfarsi, in una sofferta ma sicura dimensione di realtà, trovando riscontro in una consapevolezza profonda ed empatica, non in premesse aprioristiche ed ideologiche, non in informazioni e consensi improvvisati e burocrattizzati, non in documenti magari formalmente validi ma sostanzialmente inespressivi del vissuto retrostante.

Citazioni erudite e suggestive sono state proposte nel dibattito odierno. Mi perdonerete se, andando a chiudere, esibirò una cultura più popolare.

In uno dei più bei dischi per l'infanzia che mai siano stati incisi, cantava Sergio Endrigo, su testo di Gianni Rodari: «ci sono parole per fingere, parole per ferire, parole per fare rumore: andiamo a cercare insieme le parole per parlare». Un'esortazione che vale per i bambini, perché a maggior ragione vale per gli adulti, e infine, volendo, persino per i giuristi. Almeno per quelli che abbiano inteso l'insegnamento di Francesco Palazzo, e vogliano dargli seguito.

I grandi temi
Negazionismo

GIULIANO BALBI

IL NEGAZIONISMO TRA FALSO STORICO E POST-VERITÀ ^(*)

SOMMARIO: 1. Il negazionismo come “reato di opinione”. Un errore di prospettiva? – 2. La negazione della *Shoah* come falso storico. – 3. La verità come valore politico. – 4. Una forma di negazionismo *ante litteram*: la rimozione delle responsabilità italiane nella *Shoah*. – 5. Valutazioni di contesto: tra ripresa del mito della razza e antisemitismo. – 6. Falso e libertà di autodeterminazione consapevole ai tempi della post-verità. – 7. I beni giuridici normalmente richiamati: ordine pubblico, dignità e identità. Alcune osservazioni critiche. – 8. La soluzione del legislatore italiano: un compromesso assiologicamente e prammaticamente inadeguato.

1. *Il negazionismo come “reato di opinione”. Un errore di prospettiva?*

L'art. 604 *bis* c.p.¹ incrimina, al primo comma, il fatto di chi propagandi idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istighi a commettere o commetta atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi²; il fatto di chi istighi a commettere o commetta violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi³. Vieta inoltre, al secondo comma, la partecipazione o l'assistenza a organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che abbiano tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi⁴. Il terzo comma prevede un aggravamento della pena se la propaganda, l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo tale che ne derivi un concreto pericolo di diffusione, si fondino in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o

^(*) Il lavoro costituisce lo sviluppo della relazione svolta presso l'Università degli Studi di Firenze il 6 aprile 2018, nell'ambito dell'incontro *Reati di opinione, negazionismo e propaganda fascista*, organizzato per il Corso di perfezionamento in diritto e procedura penale “*La recente legislazione penale*”.

¹ La norma, introdotta nel codice penale dall'art. 2 d. lgs. 1 marzo 2018, n. 21 – *Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103* –, riproduce fedelmente quanto originariamente previsto dalla l. 31 luglio 1975, n. 364, di ratifica ed esecuzione della *Convenzione di New York del 1966 sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale*, successivamente modificata dalla l. 25 giugno 1993, n. 205, c.d. legge Mancino, poi dalla l. 24 febbraio 2006, n. 85, infine dalla l. 16 giugno 2016, n. 115.

² Il fatto è punito con la reclusione fino a un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro.

³ Con sanzione da sei mesi a quattro anni di reclusione.

⁴ La sanzione va anche qui dai sei mesi ai quattro anni di reclusione; da uno a sei anni per coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni.

sull'apologia della *Shoah* o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale⁵.

Questa normativa, con l'ingresso del negazionismo nel nostro sistema penale, è la conseguenza, sia pur tardiva, di precise sollecitazioni internazionali, su tutte della Decisione Quadro 2008/913/GAI del Consiglio dell'Unione Europea, il cui art. 1 prevede, tra l'altro, che gli Stati *adottino misure necessarie affinché siano punite, con sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive, ... le condotte di apologia, di negazione o minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità, dei crimini di guerra come definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale, dei crimini di cui all'articolo 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale*⁶.

Sulla qualità di queste scelte normative ritornerò. Per il momento mi interessa rilevare che il modello di riferimento di entrambe è un negazionismo molto ampio, non il negazionismo puro, che storicamente, e anche nelle origini semantiche e culturali, consiste esclusivamente nella negazione della *Shoah*⁷.

È con quest'ultimo, tuttavia, che intendo confrontarmi, anche perché non v'è dubbio che esso costituisce l'epicentro del fenomeno, sia sul piano, per così dire, culturale, sia su quello fenomenologico⁸. D'altronde, si tratta dell'unica forma di

⁵ In questo caso la sanzione va dai due ai sei anni di reclusione. La disposizione costituisce la trasposizione di un'omologa aggravante introdotta nell'originario corpo normativo dalla l. 16 giugno 2016, n. 115, così come modificata dalla successiva l. 20 novembre 2016, n. 167.

⁶ Questo, purché tali condotte siano *dirette pubblicamente contro un gruppo di persone o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica*, quando siano poste in essere *in modo atto a istigare alla violenza o all'odio*. Sul punto, per tutti, cfr. E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012, p. 69 ss.; P. LOBBA, *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo*, in *Ius17@unibo.it*, n. 3/2011, pp. 154 ss. In effetti, prima della modifica introdotta dalla l. 167/2016, la disposizione non faceva riferimento alle condotte di *apologia e minimizzazione*. L'implementazione dell'aggravante è plausibilmente la conseguenza di una procedura pre-contenziosa avviata dall'Unione nei confronti dell'Italia – attraverso lo strumento *ad hoc* dell'*EU Pilot* (faccio qui riferimento al Caso *EU Pilot 8184/15/JUST*) – per incompleto recepimento della decisione quadro. Sul punto, per tutti, cfr. A. GALLUCCIO, *Modificata l'aggravante di negazionismo e inserito l'art. 3 c. 3-bis l. 654/1975 nel novero dei reati presupposto ex d.lgs. 231/2001*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2017. Ampiamente, per una ricostruzione del complesso iter che ha poi condotto all'attuale quadro normativo, v. A.S. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, n. 3, 2016, p. 287 ss.

⁷ Il termine "negazionismo" viene infatti originariamente elaborato, in esclusiva relazione alla negazione della *Shoah*, da H. ROUSSO, *La syndrome de Vichy*, Parigi, 1987, p. 151. Sulla complessiva problematica, per tutti, C. VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma, Bari, 2016; V. PISANTY, *L'irritante questione delle camere a gas. Logica del negazionismo*, Milano, 2014.

⁸ D'altronde, come si è notato, *solo il negazionismo olocaustico assume una portata oltraggiosa immediatamente riconoscibile e fine a sé stessa*. Così, D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, f. 2, p. 992.

negazionismo dal carattere sistemico e non pulviscolare, e comunque non concentrato in un delimitato contesto geopolitico (come potrebbe essere la Turchia, ad esempio, rispetto al genocidio armeno).

Non è un caso che la nostra dottrina, affrontando il tema del negazionismo, tenda a collocarsi in questa prospettiva, assumendo la negazione dell'olocausto come riferimento implicito, se non esplicito, per quanto non necessariamente esclusivo. In proposito, va rilevato come le analisi delle scelte ordinamentali, sia pur con alcune significative eccezioni⁹, risultino qui caratterizzate da un'assoluta omogeneità, dal pervenire a conclusioni sostanzialmente coincidenti, tutte estremamente critiche rispetto alla rilevanza penale attribuita al negazionismo. La premessa comune consiste nell'inquadramento della fattispecie nella categoria dei reati di opinione¹⁰. E ogni penalista fieramente democratico non può – *ça va sans dire* – che mostrare la sua assoluta contrarietà al ricorso a una categoria così screditata, così

⁹ V., in particolare, F. BELLAGAMBA, *Dalla criminalizzazione dei discorsi d'odio all'aggravante del negazionismo: nient'altro che un prodotto della legislazione penale "simbolica"?*, in *disCrimen*, 14 gennaio 2019, p. 1 ss. (consultabile anche in questa *Rivista*); E. VENAFRO, *Il nuovo reato di negazionismo. Luci ed ombre*, in <http://www.la legislazione-penale.eu/wp-content/uploads/2018/02/Contributo-E.-Venafro.pdf>, p. 11 ss.; G. FORTI, *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell'ipercomunicazione pulviscolare. Quale compito per il diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, f. 2, p. 1034 ss.; G.M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in *Riv. AIC*, 2014, n. 4, p. 29 ss.; M. CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. la criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2014, p. 1 ss. (anche in G. FORTI, G. VARRASO, M. CAPUTO, a cura di, *"Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014, p. 263 ss.). Da prospettive peculiari, cfr. anche D. PULITANÒ, *Legge penale, fascismo, pensiero ostile*, in *Riv. dir. media*, n. 1, 2019, p. 10 ss.; ID., *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Dir. pen. cont.*, 16 marzo 2015, p. 1 ss.; C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, p. 217 ss.; M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, f. 2-3, p. 501.

¹⁰ Tra i tanti, M. PELISSERO, recensione a E. FRONZA, *Memory and punishment. Historical denialism, free speech and the limits of criminal law*, Springer, 2018, in *Dir. pen. cont.*, 19 luglio 2018; M. MONTI, *La XVII legislatura e la libertà di espressione: un bilancio fra luci e ombre*, in *Osservatorio sulle fonti*, f. 2, 2018, p. 4; L. DANIELE, *Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza Perinçek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell'ordinamento italiano. Per una democrazia tollerante, anziché "militante"*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, n. 10, 2017, p. 101; D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione*, cit., p. 978 s.; A. DI MARTINO, *Assassini della memoria. Strategie argomentative in tema di negazionismo*, in G. COCCO, a cura di, *Manifesto per un neoilluminismo penale*, Padova, 2016, p. 199 ss.; E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, f. 2, p. 1018 s.; M. DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, f. 1, p. 102; A. GAMBERINI, *Tutela della memoria e diritto penale: una riflessione sistematica e comparativa a partire dal reato di negazionismo*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2013; M. CASSANO, *Negazionismo e opportunità di una risposta penale*, in questa *Rivista*, 2013, p. 277; D. PETRINI, *I giuristi e il reato di negazionismo*, in *Contemporanea*, v. 12, n. 1 (gennaio 2009), p. 112 ss.; A. MERLI, *Democrazia e diritto penale. Note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Napoli, 2008, p. 47. Nello stesso senso, nella dottrina costituzionalistica, A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2013, p. 15.

illiberale, così compromessa con sistemi ordinali spiccatamente autoritari.

D'altronde, si rileva, la libertà di opinione è presidiata dall'art. 21 Cost., pietra angolare della nostra democrazia¹¹, e non può tollerare limitazioni se non quando sia adeguata a trasmutare in azioni violente¹². Il che qui non accade¹³, se non alla luce di ipotetici, e comunque inammissibili, anticipi di tutela¹⁴. Il negazionismo, infatti, è un pensiero puro¹⁵, e già il *cogitationis poenam nemo patitur* osterebbe alla sua incriminazione¹⁶. Certo, non sarà il migliore dei pensieri, ma esiste la libertà di pensare il male, ancor più se si tratti di un pensiero contrario ai principi costituzionali. Anzi, tanto peggiori, infondati, razionalmente indifendibili sono i pensieri e le opinioni, tanto più meritano tutela¹⁷: l'incriminazione del negazionismo ad altro non corrisponde, in sintesi, che all'indebita compressione della libertà di opinione¹⁸. D'altronde non si può fissare per legge una verità predeterminata la cui mancata accettazione dia luogo a un reato, il Parlamento non può scrivere la Storia¹⁹, se

¹¹ Così, Corte Cost., 2 aprile 1969, n. 84. V. G. PUGLISI, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza, tra aporie strutturali e alternative alla pena detentiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, f. 3, p. 1335.

¹² Cfr., tra gli altri, A. DI MARTINO, *Assassini della memoria*, cit., p. 206; E. FRONZA, A. GAMBERINI, *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2013, p. 3.

¹³ *Si pensi ... alle forme di negazionismo, prive di concreta idoneità a porre in essere fatti di violenza, discriminazione, etc.* Così, M. DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, f. 4, p. 1553.

¹⁴ Tra gli altri, A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, f. 2, p. 1004; E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., p. 144; A. MERLI, *Democrazia e diritto penale*, cit., p. 27 ss.

¹⁵ E. FRONZA, A. GAMBERINI, *Le ragioni che contrastano*, cit., p. 3. Si tratterebbe di un pensiero puro e semplice anche secondo M. CASSANO, *Negazionismo*, cit., p. 280.

¹⁶ D. PICCIONE, *L'espressione del pensiero ostile alla democrazia, tra diritto penale dell'emotività e psicologia collettiva*, in *Riv. dir. media*, f. 3, 2018, p. 9; L. DANIELE, *Negazionismo e libertà di espressione*, cit., p. 101.

¹⁷ A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità*, cit., p. 1012. Nello stesso senso, E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., p. 144 s.

¹⁸ E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso*, cit., p. 1021.

¹⁹ A. MERLI, *Democrazia e diritto penale*, cit., p. 27. In prospettiva non dissimile – *La ricerca storica non passa in giudicato* –, E. FRONZA, A. GAMBERINI, *Le ragioni che contrastano*, cit., p. 5; – *La conoscenza storica ... se è intangibile non è più conoscenza* –, M. DONINI, *La gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia in Italia. Appunti sulla memoria storica e l'elaborazione del passato «mediante il diritto penale»*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XXXIX, n. 1, giugno 2009, p. 183; – *Il terreno delle verità di Stato è scivoloso e conduce ad esiti inaccettabili* – (in *Contro il reato di negazionismo. L'appello dell'Unione delle Camere Penali* (2013), <http://www.diritti.comparati.it/contro-il-reato-di-negazionismo/>). Sul complesso tema relativo al rapporto tra la storia e la giustizia penale, v., per tutti, O. MARQUARD, A. MELLONI, *La storia che giudica, la storia che assolve*, Roma, Bari, 2008. Cfr. anche P. PEZZINO, *Lo storico come consulente*, in G. RESTA, V.

non al prezzo di operare un grave attentato alla libertà di pensiero²⁰, di reprimere le opinioni non allineate²¹, di ritornare alla punizione degli eretici²², mettendo in campo opzioni di stampo – al contempo – simboliche e autoritarie²³.

Tale operazione, peraltro, con l'ordinamento che si erge a guardiano della memoria, determina da un lato un'eticizzazione del sistema incompatibile con la laicità dello Stato²⁴ – non stiamo punendo un reato ma un sacrilegio²⁵; non un'offesa ma un tabù²⁶ –, dall'altro contrasta con il valore costituzionale della libertà di ricerca²⁷, perché le democrazie non impongono normativamente le verità storiche²⁸. Anche alcuni storici, nel 2007, avevano infatti sostenuto che il nega-

ZENO-ZENCOVICH, a cura di, *Riparare, risarcire, ricordare: un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012, p. 83 ss.

²⁰ V. A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre?*, cit., p. 6. In senso non dissimile, S. PARISI, *Difendere Shylock (e non solo)? L'introduzione dell'aggravante di negazionismo e i confini della libertà di espressione. Commento a l. 16 giugno 2016, n. 115*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, f. 4, p. 790 ss. (in proposito, mi sia consentito rilevare il carattere – vagamente – razzista che connota il titolo di questo contributo).

²¹ G. LICCI, *Figure del Diritto penale. Il sistema italiano*, Torino, 2017, p. 104 s.; M. CASSANO, *Negazionismo*, cit., p. 283.

²² A. DI MARTINO, *Assassini della memoria*, cit., p. 205; A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità*, cit., p. 1002.

²³ Cfr. E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., p. 157 ss. *Il legislatore penale si fa, nella sostanza, portatore di un messaggio e non vindice della protezione di un interesse meritevole di tutela*. Così, E. FRONZA, A. GAMBERINI, *Le ragioni che contrastano*, cit., p. 6. A tacer d'altro, rilevo che pensare al ruolo del legislatore come a quello di un *vendicatore* sia espressivo di una concezione un po' arcaica delle funzioni assolute dal sistema penale in una società democratica. Che il carattere latamente simbolico della normativa possa anche assolvere a funzioni, virtuose, di prevenzione generale positiva, è rilevato da F. BELLAGAMBA, *Dalla criminalizzazione*, cit., p. 27 s. Che sul punto ben si possa valorizzare la *componente simbolica del precetto penale* è l'opinione di G. FORTI, *L'ansia disumana del «raggiungimento»*, in G. FORTI, C. MAZZUCATO, A. VISCONTI, a cura di, *Giustizia e Letteratura II*, Milano, 2014, p. 825.

²⁴ N. PALAZZO, *Bugie di carta: un argine penale al negazionismo*, in *Nomos*, 2017, n. 2, p. 16; G. PUGLISI, *A margine della c.d. «aggravante di negazionismo»: tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2016, p. 21 ss.; C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, f. 3, p. 1121. *La contaminazione tra storia e diritto penale sottende quella tra etica e diritto*. Così, in modo decisamente apodittico (e razionalmente problematico), A. GAMBERINI, *Tutela della memoria*, cit. Sul punto, v. le osservazioni di E. VENAFRO, *Il nuovo reato di negazionismo*, cit., p. 10.

²⁵ Così, A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità*, cit., p. 1002. Di «sacralizzazione» della Shoah parla D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione*, cit., p. 984.

²⁶ Così, C.E. PALIERO, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena – Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, f. 3, p. 518; M. DONINI, «Danno» e «offesa», cit., p. 1585.

²⁷ E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso*, cit., p. 1031; A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità*, cit., p. 1005.

²⁸ In questo senso, per tutti, M. CASSANO, *Negazionismo*, cit., p. 282; M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in S. CANESTRARI, L. STORTONI, *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, 2009, p. 219. Frequentemente si sarebbe *frainteso l'uso*

zionismo va contrastato esclusivamente attraverso una battaglia culturale²⁹. In caso contrario, metteremmo il giudice nell'insostenibile situazione di dover provare l'avvenuto sterminio³⁰, salvo ritenere la *Shoah* un fatto notorio, ma questo costituirebbe una illegittima scorciatoia probatoria³¹. Nel contempo si legittimerebbero *pericolosi automatismi*, come ad esempio ritenere che un negazionista, in quanto tale, sia un antisemita³². E perché mai, alla fin fine, si dovrebbe *ricordare in un determinato modo*³³ e non in un altro qualsiasi³⁴?

Non c'è bilanciamento che tenga: *il legislatore non è ... competente a una pronuncia autoritativa della verità, neppure in nome ... della sopravvivenza ... della società*³⁵. D'altronde, democrazia è dialogo, condivisione e confronto tra opinioni differenti: l'imposizione di una verità di Stato fa venir meno la fiducia che ognuno deve riporre nel *free marketplace of ideas*³⁶. Ecco, allora, che disattesi i presupposti che soli consentono il ricorso allo strumento penale, e in assenza di un riconoscibile bene giuridico legittimamente tutelabile³⁷, l'incriminazione qui si spiega esclusivamente in un'ottica securitaria di *protezione dal nemico razzista*³⁸, da colui che esprime punti di vista eterodossi ed *esteticamente sgradevoli*³⁹. Una

primario del concetto di verità ... in funzione della skepsis, la ricerca, secondo F. D'AGOSTINI, *L'uso scettico della verità*, in G. FORTI, G. VARRASO, M. CAPUTO, a cura di, "Verità" del precetto e della sanzione penale, cit., p. 26.

²⁹ Il testo è ora consultabile su https://www.ariannaeditrice.it/articolo.php?id_articolo=54031. Per un entusiastico apprezzamento di questo "nobile" appello da parte di ambienti vicini alla destra radicale, neofascista e antisemita, cfr., ad es., <https://www.controinformazione.info/reato-di-negazionismo-gli-storici-lo-rifiutano/>.

³⁰ Una delle obiezioni consuete all'incriminazione del negazionismo attiene alla conseguente necessità, ritenuta insostenibile, che il giudice tradisca le sue funzioni, e le sue competenze, "trasformandosi" in uno storico: *un giudice è nella condizione di giudicare il metodo di ricerca storica, essendo egli un giudice e non uno storico?* Così, E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., p. 150 s. Il rilievo non coglie nel segno, salvo ritenere che un giudice non possa occuparsi di colpa medica – non è un medico –, di fatti discendenti da errori progettuali o strutturali – non è un ingegnere –, e così via. In sintesi, alla domanda, pur posta con intenti retorici, *È sufficiente il riferimento ad un metodo scientifico anche in grande misura condiviso, di comprovata efficacia e magari dotato di una lunga tradizione, perché si possa giudicare sulla sua base?* (E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., p. 151), credo si possa rispondere con una certa serenità: sì, è più che sufficiente.

³¹ A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità*, cit., p. 1006.

³² M. CASSANO, *Negazionismo*, cit., p. 283.

³³ E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., p. 8.

³⁴ ID., *Criminalizzazione del dissenso*, cit., p. 1024.

³⁵ Così, A. MERLI, *Democrazia e diritto penale*, cit., p. 50.

³⁶ G. PUGLISI, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo"*, cit., p. 18.

³⁷ G. FORNASARI, *Offensività e postmodernità. Un binomio inconciliabile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, f. 4, p. 1525.

³⁸ A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana. Bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013, p. 87.

³⁹ *Ibidem*.

via di mezzo tra il diritto penale del nemico⁴⁰ e un diritto penale d'autore⁴¹, se non una sintesi di entrambi⁴². Ma un ordinamento democratico e pluralista non può operare in tal modo, dovendo infatti rispondere alle cattive idee con le buone idee⁴³, non con il diritto penale, assicurando il più ampio spazio pubblico di discussione per la confutazione dialogica delle tesi avvertite come erranee, inaccettabili o ripugnanti⁴⁴: la via da seguire, insomma, è la *moral suasion*⁴⁵. Che si tratti de *L'ultima tentazione di Cristo* di Martin Scorsese, del *Codice da Vinci* di Dan Brown, o dei *Protocolli dei Savi di Sion* (accostamenti, per la verità, un po' arditi), la risposta di una democrazia matura è comunque il dialogo⁴⁶.

Perché poi si dovrebbe fare eccezione ai principi generali proprio per il negazionismo della Shoah?⁴⁷ La soluzione normativa, si è infatti notato, “*premia specificamente*” lo sterminio degli ebrei⁴⁸. E poi, in fondo, “*che cosa è (la) Shoah?*”⁴⁹, e perché quest’ossessione commemorativa⁵⁰? D’accordo, si tratta di

⁴⁰ *Ivi*, p. 87 s.

⁴¹ Così, M. CASSANO, *Negazionismo*, cit., p. 278.

⁴² E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., p. 163.

⁴³ ID, *Criminalizzazione del dissenso*, cit., p. 1033.

⁴⁴ Per tutti – *i pensieri miserabili si combattono con i pensieri nobili* –, E. FRONZA, A. GAMBERINI, *Le ragioni che contrastano*, cit., p. 8.

⁴⁵ D. PICCIONE, *L'espressione del pensiero ostile*, cit., p. 9.

⁴⁶ Così, S. CANESTRARI, *Libertà di espressione e libertà religiosa: tensioni attuali e profili penali*, in E.M. AMBROSETTI, a cura di, *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, p. 71. V. anche ID., *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, p. 149 s.; A.S. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche*, cit., p. 311. In proposito, nota tuttavia M. CAPUTO (*La "menzogna di Auschwitz"*, cit., p. 31), come sia proprio il confronto pubblico, potenziato dalle tecniche di informazione, che consente ai negazionisti di profittare della laicità, della tolleranza, della libertà di opinione per inoculare idee di intolleranza e disegualianza che aggiornano, sotto mentite spoglie, il credo nazista sull'inferiorità degli ebrei. Nota efficacemente C. LUZZATI (*Chi parla con chi? Negazionismo e libertà di parola*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2017, f. 1, p. 234) come la presumibile finalità dei negazionisti nelle società occidentali sia proprio quella di autoaccreditarsi come legittimi interlocutori, e che dunque tale interazione vada opportunamente evitata (*ivi*, p. 242 ss.).

⁴⁷ A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità*, cit., p. 1012. il negazionismo della Shoah sarebbe, quasi inspiegabilmente, costruito come una sorta di negazionismo a 'statuto speciale', secondo L. DANIELE, *Negazionismo e libertà di espressione*, cit., p. 99. *L'idea dell'unicità della Shoah sarebbe assai discussa anche tra gli storici* – il che, prescindendo da quelli di orientamento revisionista, non mi risulta – secondo D. PULITANO, *Cura della verità e diritto penale*, in G. FORTI, G. VARRASO, M. CAPUTO, a cura di, “*Verità*” del precetto e della sanzione penale, cit., p. 94. Sulla Shoah come *unicum* della storia, per tutti, H. JONAS, *Il concetto di Dio dopo Auschwitz* (1984), Genova, 2005.

⁴⁸ M. PICCOLI, *Reati di negazionismo e principio di tassatività in materia penale: la malcelata censura della Corte EDU ai legislatori nazionali* in *Giur. pen.*, 2017, p. 15 (www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2017/10/piccoli_gp_2017_10.pdf).

⁴⁹ Così, E. FRONZA, *Prime osservazioni critiche sulla nuova aggravante di negazionismo*, in http://www.parolaalladifesa.it/wp-content/uploads/2016/09/Parola-alla-difesa_Prime-osservazioni-critiche-sulla-nuova-aggravante-di-negazionismo.pdf, p. 67.

⁵⁰ E. TRAVERSO, *Il passato. Istruzioni per l'uso. Storia, memoria e politica*, Verona, 2006, p. 143.

*vicende, a dir poco, riprovevoli*⁵¹, e quelle dei negazionisti sono, tutto sommato, *tesi deprecabili*⁵², ma certo non tali da giustificare la collocazione, nell'ordinamento penale, di una sorta di *giorno della memoria*⁵³, trattandosi peraltro di problematiche del tutto residuali rispetto ai conflitti che agitano il tessuto sociale⁵⁴. Viene da pensare che si sia ceduto alle pressioni di determinati ambienti⁵⁵ (*lobby ebraica?*), senza considerare che, in fondo, il negazionismo non è un fenomeno così negativo, perché consente di riaffermare le acquisizioni storiche utilizzando gli strumenti della cultura⁵⁶.

Incriminare il negazionismo, peraltro, contrasta evidentemente con la CEDU. La Corte Europea non è di questo avviso⁵⁷, d'accordo, ma sbaglia⁵⁸. Così come sbaglia l'Unione Europea⁵⁹, e anche la Corte Costituzionale tedesca⁶⁰ che ha rite-

⁵¹ G. PUGLISI, *La parola acuminata*, cit., p. 1336.

⁵² E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., p. 167.

⁵³ Così, E. FRONZA, A. GAMBERINI, *Le ragioni che contrastano*, cit., p. 5 s.

⁵⁴ *Ivi*, p. 5.

⁵⁵ V. R. ZACCARIA, *Il dissenso politico ideologico alla luce dei principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, f. 2, p. 890.

⁵⁶ A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità*, cit., p. 1006 s.

⁵⁷ Sul punto, ampiamente, P. LOBBA, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, f. 4, p. 1815 ss. Come è noto, la Corte EDU ha costantemente riconosciuto la conformità alla Convenzione delle scelte incriminatrici del negazionismo della *Shoah* operate dai singoli legislatori nazionali, facendo riferimento al divieto di abuso del diritto (nella specie, del diritto alla libertà di manifestazione del pensiero – art. 10 CEDU) di cui all'art. 17 della Convenzione. Cfr., ad es., *Walendy c. Germania*, ric. n. 21128/92, 11 gennaio 1995; *Garaudy c. Francia*, ric. n. 65831/01, 24 giugno 2003; *Witzsch c. Germania*, ric. n. 7485/03, 13 dicembre 2005; *M'Bala M'Bala c. Francia*, ric. n. 25239/13, 20 ottobre 2015. Sul punto cfr., tra gli altri, P. CAROLI, *La Corte europea in tema di offese pubbliche contro gli ebrei*, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2015. Né può ravvisarsi un'effettiva inversione di tendenza in *Perinçek c. Svizzera*, (Grande Camera), ric. n. 27510/08, 15 ottobre 2015. Dogu Perinçek era stato infatti condannato dalla giustizia svizzera – e la Svizzera viene, in ragione di ciò, condannata dalla Corte EDU – non per aver negato i crimini commessi dall'Impero Ottomano, nel 1915, nei confronti del popolo armeno, ma per aver affermato che tale episodio, a suo avviso, non potesse essere correttamente ricondotto al *genus* del genocidio. La distinzione tra la negazione di un fatto storico accertato e un'opinione qualificatoria di fatti che non si negano, appare evidente, e sorregge la diversa conclusione della Corte. In generale, per l'esistenza, nell'ordinamento interno costituzionale così come in quello convenzionale, di valori adeguati a prevalere sulla libertà di manifestazione del pensiero, v. M. CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz"*, cit., p. 20 ss. e bibliografia ivi citata. È interessante notare come la Corte EDU tenda a ravvisare la legittimità dell'incriminazione del negazionismo della *Shoah* in ragione del suo contrasto con *"i valori basilari della Convenzione, come stabiliti nel Preambolo, segnatamente pace e giustizia ... (potendo) contribuire alla distruzione dei diritti e delle libertà garantiti dalla Convenzione"* (*Marais c. Francia*, ric. n. 26551/95, 24 giugno 1996). Sulla complessiva problematica, cfr. A. BURATTI, *L'uso della storia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. AIC*, 2012, n. 2, p. 1 ss.

⁵⁸ E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., p. 154.

⁵⁹ *Ivi*, p. 73 ss.

nuto legittima l'incriminazione⁶¹. Allo stesso modo, sbagliano i tanti legislatori nazionali che l'hanno sanzionato penalmente⁶²: devono aver perso la testa. La cosa è spiegabile, infatti, solo con una sorta di *isteria punitiva*⁶³. D'altronde è ben curioso che proprio i Paesi che furono la culla dell'Illuminismo sanzionino i negazionisti, rinnegando l'esortazione voltairiana a battersi affinché il nostro avversario possa esprimere le sue ragioni⁶⁴.

Grazie alla nostra dottrina, al suo impegno civile, le cose sono state finalmente inquadrare in modo esatto: chi ritiene corretta l'incriminazione del negazionismo è anti-democratico⁶⁵; chi, di regola neo-nazista e antisemita, nega i campi di ster-

⁶⁰ *Ivi*, p. 94 ss. V. anche M.C. VITUCCI, *Olocausto, capacità d'incorporazione del dissenso e tutela costituzionale dell'asserzione di un fatto in una recente sentenza della Corte di Karlsruhe*, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 3390 ss.

⁶¹ V. 1 BvR 23/94. Sul punto, ma anche sulla decisione della Corte costituzionale spagnola che, da diversa prospettiva, ha invece ritenuto parzialmente illegittimo l'art. 607, comma 2, c.p., laddove incriminava la diffusione di idee o dottrine negazioniste o giustificazioniste (*Tribunal Constitucional*, 7 novembre 2007, n. 235), v. M. CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz"*, cit., p. 9 ss. Cfr. anche E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., p. 111 ss.; E. FRONZA, V. MANES, *Il reato di negazionismo nell'ordinamento spagnolo: la sentenza del Tribunal Constitucional n. 235 del 2007*, in *Ius17@unibo.it*, n. 2/2008, p. 489 ss.

⁶² Per una ricostruzione delle legislazioni europee in tema di negazionismo, per tutti, E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., p. 15 ss.; L. PECH, *The Law of Holocaust Denial in Europe: Toward a (qualified) EU-wide Criminal prohibition*, in L. HENNEBEL, T. HOCHMANN, a cura di, *Genocide Denials and the Law*, Oxford, 2011, p. 185 ss.; O. POLLICINO, *Il negazionismo nel diritto comparato: profili ricostruttivi*, Milano, 2011; G. GAVAGNIN, *Il negazionismo nella legislazione penale francese, austriaca e tedesca*, in S. RIONDATO, a cura di, *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso*, Padova, 2006, p. 199 ss.

⁶³ N. PALAZZO, *Bugie di carta*, cit., p. 18. Il dibattito relativo all'incriminabilità del negazionismo avrebbe dovuto rapidamente concludersi con la *scontata liquidazione delle tesi favorevoli*, secondo D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione*, cit., p. 980.

⁶⁴ G. LICCI, *Figure del Diritto penale*, cit., p. 104 (a voler essere un po' pignoli, si potrebbe anche rilevare che Voltaire non abbia mai detto nulla di tutto ciò. Cfr. E.B. HALL, *Voltaire never said it*, in *Modern language notes*, t. VIII, Baltimore (MD), 1943, p. 534 s. Nota uno dei principali filosofi della modernità che *Auschwitz non è un argomento di discussione. Auschwitz esclude i dialoghi e le conversazioni letterarie ... Le "tavole rotonde" sono fatte per i giochi ai quali si dedicano ogni estate i nostri brillanti conversatori durante le loro vacanze; ma i campi della morte sono incompatibili con questo genere di dibattiti. Del resto il nazismo non è una "opinione", e non dobbiamo prendere l'abitudine di discutere con i suoi avvocati*. Così, V. JANKÉLÉVITCH, *Perdonare?* (1971), Firenze, 1987, p. 25 s. Che discutere con i negazionisti avrebbe il solo effetto di legittimarli è l'opinione di D. DI CESARE, *Se Auschwitz è nulla. Contro il negazionismo*, Genova, 2012, p. 9. In senso analogo – *stabilire in nome della verità storica la falsità della tesi negazionista è controproducente perché invece di annullare il discorso del negazionista lo si fa esistere come discorso scientifico in quanto si accetta l'idea stessa del discuterlo per rifiutarlo, e così facendo lo si legittima come un discorso degno di essere preso in considerazione* –, O. CAYLA, *La madre, il figlio e la piastra elettrica*, in V. ZENO ZENCOVICH, a cura di, *Riparare Risarcire Ricordare*, cit., p. 492 s.

⁶⁵ In questo senso, ad es., rilevando come l'incriminazione del negazionismo *incentivi l'intolleranza*, A. MERLI, *Democrazia e diritto penale*, cit., p. 45 ss. Conf., E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., p. 164.

minio, è la vittima di un sistema liberticida e autoritario. Va rilevato, peraltro, come su questo piano la nostra dottrina non si trovi isolata. Esistono infatti alcune forze politiche che, evidentemente, mostrano la medesima sensibilità per le libertà fondamentali e i valori cardine della democrazia. In particolare, Matteo Salvini, dal palco di Pontida, il 16 settembre 2017 affermava: *Cancelleremo la legge Mancino e la legge Fiano. La storia ... non si processa*⁶⁶. Nel contempo, l'abrogazione di quei testi normativi ha un ruolo importante anche nei programmi politici di Forza Nuova⁶⁷ e Casa Pound⁶⁸. Libertà e democrazia fioriscono lì dove non te lo aspetti⁶⁹.

Tutto è stato rimesso correttamente al suo posto, dunque. O abbiamo sbagliato qualcosa?

2. La negazione della Shoah come falso storico

Non mi soffermo sulla supposta “nobiltà” degli obiettivi perseguiti, non sulla eccessiva ripetitività delle argomentazioni, non sull'afflato retorico che frequentemente le accompagna. Il problema è un altro.

L'impressione, infatti, è che l'intero discorso sia la conseguenza di un singolare equivoco: ci siamo seduti al tavolo dei reati di opinione, seguendo in qualche modo le sue regole, senza accorgerci che avevamo a che fare con una fattispecie di falso.

⁶⁶ https://www.repubblica.it/politica/2017/09/17/news/pontida_lega_nord_salvini-175718271/ (17 settembre 2017). Nello stesso senso, nell'agosto 2018 il ministro della famiglia Fontana ha pubblicato un post su Facebook, ribadendo l'obiettivo politico della Lega di abolire la l. Mancino, definita *una sottile e pericolosa arma ideologica studiata per orientare le opinioni*. V. https://www.corriere.it/politica/18_agosto_03/fontana-aboliamo-legge-mancino-razzismo-arma-ideologica-41d57db2-970a-11e8-9bea-f029cf1fc4bb.shtml.

⁶⁷ Sulla pagina Facebook di Forza Nuova, si legge infatti: *Si proceda all'abrogazione di tutte le norme che puniscono pensiero ed azione (se) volti alla difesa della nostra storia*. In <https://it-it.facebook.com/ForzaNuovaPaginaUfficiale/posts/tertiium-non-daturabrogare-la-legge-mancinobloccare-limmigrazioneera-il-1997-l-im/1943759565641552/>.

⁶⁸ Nel programma ufficiale di Casa Pound del 2018, si ritrova: *Proponiamo ... la depenalizzazione di tutti i reati ideologici, associativi e di opinione*, in <https://www.docdroid.net/Bg8qGdw/programma-casapound-2018.pdf#page=17>.

⁶⁹ Sul punto, il riferimento al rispetto delle libertà fondamentali è estremamente frequente sui siti di ispirazione neo-fascista e antisemita: *La legge 115/2016 dei tagliagole sionisti contro la libertà di espressione dei cittadini, detta anti negazionismo, è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale*, cit. Cfr. anche, ad es., *Arriva l'aggravante di negazionismo: quando si usa la morale per comprimere la libertà*, in <https://www.ilprimatonazionale.it/politica/negazionismo-44463/>. Sullo stesso sito, per un'apologia del ventennio fascista (*Impossibile annoverare tutti i traguardi e i progressi, conseguiti dall'Italia nel Ventennio. Uno sviluppo mai più eguagliato*), v. www.ilprimatonazionale.it/politica/il-vizio-degli-eurocrati-evocare-il-fascismo-senza-conoscerlo-93015/.

Direi che pochi avvenimenti storici sono supportati da prove così decisive come l'olocausto: testimonianze dei sopravvissuti, dei carnefici – talune pressoché inattaccabili, come Il diario di Kremer⁷⁰ o il rapporto Gerstein⁷¹, l'uno medico, l'altro ingegnere, entrambi ufficiali delle SS ad Auschwitz –, documenti, fotografie, riprese, prove, per così dire, negative (tutti gli ebrei deportati che non hanno più fatto ritorno), e così via⁷². Non entro nel merito delle articolazioni del pensiero negazionista⁷³ – essenzialmente minimizzazione del numero dei morti, negazione del carattere di genocidio, dell'esistenza della soluzione finale, delle camere a gas e dei campi di sterminio⁷⁴ –, mentre ritornerò sul suo significato ideologico. Quello che per il momento mi interessa rilevare è la sua assoluta ascientificità, lo strutturarsi su di una sistematica manipolazione delle fonti – in proposito mi consentirete di rinviare, per tutti, agli studi di Pierre Vidal-Naquet⁷⁵. Diciamo, in estrema sintesi, che è possibile tranquillamente affermare che quanto sostenuto dai negazionisti è falso.

Il negazionista non esprime dunque un'opinione dissenziente⁷⁶: molto meno nobilmente, è uno che non dice la verità⁷⁷. D'altronde, violando i negazionisti

⁷⁰ Cfr. V. PISANTY, *L'irritante questione delle camere a gas*, cit., p. 115 ss. Cfr. anche K. MICHALIK, a cura di, *Diary of Johann Paul Kremer*, in R. HÖSS, P. BROAD, J. P. KREMER. *Auschwitz seen by the SS, Oswiecim, 1995*, p. 161 ss.

⁷¹ Il testo del Rapporto è riportato in V. PISANTY, *L'irritante questione delle camere a gas*, cit., p. 115 ss. Cfr. anche S. FRIEDLANDER, M.T. LANZA, *L'ambiguità del bene. Il caso del nazista pentito Kurt Gerstein*, Milano, 2006.

⁷² Che una verità storica sulla questione "Sboah" ci sia, e che sia stata discussa e definita, almeno nei suoi aspetti fondamentali, nel corso del processo di Norimberga, è rilevato da D. BIFULCO, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla «menzogna di Auschwitz»*, Milano, 2012, p. 91 s. Sul punto, cfr. gli efficaci rilievi di M. CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz"*, cit., p. 13 ss.

⁷³ V. F. GERMINARIO, *Il negazionismo. Un fenomeno contemporaneo*, Roma, 2016. Cfr. anche M. CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz"*, cit., p. 5 ss.; A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, p. XVI s. Nell'amplessima letteratura straniera, per tutti, J.C. ZIMMERMAN, *Holocaust denial: demographics, testimonies, and ideologies*, New York (NY), 2000; D.E. LIPSTADT, *Denying the Holocaust. The Growing Assault on Truth and Memory*, New York (NY), 1993.

⁷⁴ Per l'individuazione degli otto assiomi del pensiero negazionista, v. A.J. APP, *The Six Millions Swindle: Blackmailing the German People for Hard Marks with Fabricated Corpses*, Takoma Park (MD), 1973. Sul punto, tra gli altri, C. DEL BÒ, *Menzogne che non si possono perdonare ma nemmeno punire. Alcune osservazioni filosofiche sul reato di negazionismo*, in questa *Rivista*, 2013, p. 285 ss. Bizzarramente, ritiene che il termine "negazionismo" sia tanto astruso quanto poco chiaro, G. GUARINO, *Negazionismo e pressapochismo, ovvero come distruggere un'idea*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2014, f. 46, p. 9.

⁷⁵ P. VIDAL-NAQUET, *Gli assassini della memoria. Saggi sul revisionismo e la Shoah* (1987), Roma, 2007.

⁷⁶ E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso*, cit., p. 1024.

⁷⁷ Nota efficacemente A. SPENA, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in questa *Rivista*, 2016, p. 606, *come le ipotesi paradigmatiche di reato d'opinione – consistendo in forme di critica del potere, come tale finanche necessarie a garantire*

praticamente tutte le regole del metodo storiografico, *applicare loro i principi della libertà di ricerca appare fuori luogo, nel senso di non pertinente*⁷⁸. Né la negazione di un dato storicamente conclamato può, sul piano razionale come su quello semantico, essere correttamente ricondotta al concetto di *opinione*, il cui presupposto, infatti, è l'assenza di certezza rispetto al proprio oggetto⁷⁹.

Liberato finalmente il campo dal sempre evocato, mai così impropriamente, concetto di *opinione*, il problema va dunque riformulato: esiste un diritto costituzionale a dire il falso, sostenerlo, diffonderlo, un diritto perfettamente corrispondente, nell'ampiezza, alla libertà di opinione? La risposta è sicuramente negativa⁸⁰.

Basti pensare, per tutti, al rapporto tra diffamazione e diritto di cronaca, laddove quest'ultimo, nel rispetto di interesse e continenza, prevarrà sulla reputazione solo a condizione che la notizia riportata sia *vera*. Se *falsa*, sorgerà responsabilità penale.

Il punto è che – in una democrazia matura – lo statuto del falso, in termini di garanzie, è decisamente fragile. Perché nel *free marketplace* delle idee, un baro non è gradito⁸¹: la menzogna incide infatti sul valore, geneticamente fondante, della libertà di autodeterminazione⁸².

Certo, non è che nell'ordinamento esista *tout court* un divieto di mentire: do-

una declinazione democratica dei rapporti fra individuo e autorità – possiedono una dimensione sovra-individuale, una “funzione sociale”, di cui i discorsi d'odio – tra cui vanno sicuramente iscritte le farneticazioni negazioniste – sono invece del tutto privi.

⁷⁸ Così, C. DEL BÒ, *Menzogne che non si possono perdonare*, cit., p. 292. In senso non dissimile, F. BELLAGAMBA, *Dalla criminalizzazione*, cit., p. 12. Per l'assoluta estraneità delle tesi negazioniste al tema della ricerca storica, v. CorteEDU, *Garaudy c. Francia*, 24 giugno 2003, ric. n. 65831/01. In questo senso, nella dottrina costituzionalistica, v. tra gli altri A. GRATTERI, *Perché negano e perché la Costituzione non lo permette*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 2017, f. 1-2, pt. 1, p. 67 s.; M. MANETTI, *Libertà di pensiero e negazionismo*, in M. AINIS, a cura di, *Informazione, potere, libertà*, Torino, 2016, p. 48 s.; J. LUTHER, *Costituzione. Memoria e garanzie di innegabilità*, in F.R. RECCHIA LUCIANI, L. PATRUNO, a cura di, *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, Genova, 2013, p. 92.

⁷⁹ Sul punto, cfr. anche gli efficaci rilievi della Corte Costituzionale tedesca, in 1 *BvR* 23/94 – Rn. 27 ss. Il negare un fatto pacificamente avvenuto è stranamente ricondotto al concetto di *opinione* da D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione*, cit., p. 979.

⁸⁰ Al contrario, per l'esistenza di un generale diritto a *dire cose falsissime*, che troverebbe il suo fondamento nell'art. 21 Cost., A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità*, cit., p. 1011.

⁸¹ V. C. DEL BÒ, *Menzogne che non si possono perdonare*, cit., p. 292. *In un ordinamento e in una società, che vivono e si sviluppano grazie al confronto delle idee, non può avere alcun riconoscimento l'invocato diritto di mentire, al fine di esercitare la libertà di opinione.* Così, Cass., 26 settembre 2012, n. 41249.

⁸² Come si è autorevolmente rilevato, la menzogna altera il quadro dei fatti veri o ritenuti veri e, attraverso questa alterazione, determina o può determinare un comportamento diverso da quello che una rappresentazione corretta avrebbe suggerito: quindi la menzogna incide essenzialmente sulla libertà di ciascuno di valutare e di autodeterminarsi. Così, T. PADOVANI, *Menzogna e diritto penale*, Pisa, 2014, p. 294.

vremo infatti ragionare sui profili di offesa. Per il momento, tuttavia, non è del falso che voglio parlare, ma della verità.

3. La verità come valore politico

Si tratta di un tema che, per quanto sottovalutato dalla nostra dottrina penalistica⁸³, è decisamente complesso, troppo per essere trattato in modo veloce⁸⁴. Mi limiterò, allora, ad alcune osservazioni, prendendo le mosse da un rilievo: la verità, intesa come valore sociale, taglia trasversalmente il nostro sistema, si pensi al consenso informato, ai fatti de L'Aquila o alle *fake news*⁸⁵. Nel contempo, non possiamo dimenticare quante volte la verità sia stata tradita per nascondere responsabilità politiche anche gravissime. È una storia opaca e triste, una lunga striscia di nebbia che passa per Ustica, piazza Fontana, piazza della Loggia, via Gradoli, per l'Italicus e la stazione di Bologna, per l'idroscalo di Ostia, per via dei Georgofili e via D'Amelio. Che non riconosce il diritto alla memoria di chi incontra sulla sua strada: si tratti di Emanuela Orlandi, di Ilaria Alpi o di Giulio Regeni. Mi viene da pensare al diritto alla verità – in materie politicamente sensibili, in quelle cioè che influenzano le nostre scelte, le nostre convinzioni, il nostro modo di porci nel confronto degli altri – come a un diritto politico primario, in quanto presupposto della nostra capacità di auto-determinazione consapevole, della possibilità di valutare responsabilmente ogni nostra interazione sensibile di carattere socio-politico: il suo deficit, in altre parole, è un deficit di democrazia⁸⁶. *Ogni persona mantenuta in condizione di sogge-*

⁸³ V., tuttavia, i preziosi contributi contenuti in G. FORTI, G. VARRASO, M. CAPUTO, a cura di, *“Verità” del precetto e della sanzione penale*, cit.; T. PADOVANI, *Menzogna e diritto penale*, cit.; F. BACCO, *Diritto penale e “uso scettico” della verità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, f. 1, p. 444 ss.; O. DI GIOVINE, *A proposito di un recente dibattito su “verità e diritto penale”*, in questa *Rivista*, 2014, p. 539 ss. Sulla complessiva problematica, in una prospettiva costituzionalistica, cfr. P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, Torino, 2000.

⁸⁴ *L'ineliminabile complessità esistente nel rapporto tra diritto e verità* è efficacemente evidenziata da F. PALAZZO, *Verità come metodo di legiferazione*, in G. FORTI, G. VARRASO, M. CAPUTO, a cura di, *“Verità” del precetto e della sanzione penale*, cit., p. 100.

⁸⁵ Per la rilevanza penale delle *fake news*, in una prospettiva di riforma, v. d.l. S. 3001, Zanda, Filippin, presentato in data 14 dicembre 2017. Sul punto, cfr. F. DE SIMONE, *Fake news, ‘post truth’, ‘hate speech’: nuovi fenomeni sociali alla prova del diritto penale*, in *Arch. Pen.*, 2018, n. 1 (4 aprile 2018); C. PERINI, *Fake news e post-verità tra diritto penale e politica criminale*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2017, p. 2 ss.

⁸⁶ Per il riconoscimento della rilevanza ordinamentale del *diritto alla verità*, e di un suo fondamento costituzionale, v. Trib. Roma, 23 gennaio 2018, n. 1609. Sul punto, cfr. D. BACIS, *Il diritto alla verità nel dialogo tra Corti. Roma accoglie le suggestioni di San José de Costarica*, in *DPCEonline*, 2018, n. 2, p. 593 ss. Per l'esistenza di un diritto della *collettività ad essere informata sui fatti da cui dipende la formazione dei propri convincimenti*, Cass., 3 agosto 2017, n. 38747.

zione ... con strategie di manipolazione della verità – nota Franca Agostini⁸⁷ – *subisce una violazione sistematica dei suoi diritti*. Non è un caso che ciò accada massimamente nei regimi totalitari, né che sempre più spesso, in tempi recenti, il passaggio da tali regimi a modelli democratici abbia avuto come presupposto la necessità di ricostruire le verità nascoste, conseguenza dell'acquisita consapevolezza che solo così possa validamente stipularsi un nuovo contratto sociale.

Penso all'Argentina, con la *Commissione nazionale per la verità sui desaparecidos* del 1983⁸⁸, al Sud Africa, con la *Commissione per la verità e la riconciliazione* del 2002⁸⁹, a quella per la Serbia e il Montenegro dello stesso anno⁹⁰. Possiamo ricordare molti altri Paesi che hanno percorso questa strada: Bolivia, Guatemala, Paraguay, Haiti, Cile, Kenia, Uganda, Nigeria, Timor Est e così via.

Se fare i conti con la storia, con il proprio passato, con le proprie responsabilità, costituisce un passaggio di indispensabile elaborazione per affrontare in modo consapevole i problemi del presente, ma anche per non ricadere in antichi errori⁹¹ – *in sintesi, per cogliere il valore politico della verità* –, ecco che lo strano atteggiamento della nostra dottrina nei confronti del negazionismo può trovare una sua impreveduta chiave di lettura. Il nostro Paese, infatti, non ha mai fatto seriamente i conti con il proprio passato fascista, con le leggi razziali, con la Repubblica Sociale, con i crimini di guerra realizzati nelle colonie: tutto sempre ridimensionato, se non ignorato, in un'insopportabile miscela di rimozione e auto-assoluzione⁹². L'Italia, con una

Nella giurisprudenza europea, cfr. Corte EDU, Grande Camera, *El Masri c. Macedonia*, ric. n. 39630/09, 13 dicembre 2012.

⁸⁷ F. AGOSTINI, *Diritti aletici*, in *BDL*, LII, 2017, gennaio-aprile, n. 218, p. 7. Sul punto la letteratura è estremamente vasta. Per tutti, cfr. M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Roma, Bari, 2012; D. MARCONI, *Per la verità. Relativismo e filosofia*, Torino, 2007.

⁸⁸ Non stupisce, in effetti, che la più compiuta teorizzazione di un diritto alla verità sia stata operata dalla Corte Interamericana dei Diritti Umani nell'ambito della c.d. giustizia di transizione. V., ad es., *Anzualdo Castro v. Perù*, 2009 Inter-Am. Ct. H.R. (ser.C.), n. 202, §§ 118-120. Sul punto, cfr. D. BACIS, *Il diritto alla verità*, cit., p. 595 ss. Sulla giurisprudenza di quella Corte in tema di verità, intesa quale *bene giuridico collettivo inalienabile*, v. M. SCALAMBRINO, *Per non dimenticare. Violazione dei diritti umani e leggi di amnistia in America Latina*, Milano, 2007, p. 140 ss. Cfr. anche E. TRAMONTANA, *Corte interamericana dei diritti umani e "diritto alla verità": il caso Ka-uas Fernández*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2009, p. 663 ss.

⁸⁹ V. A. LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna, 2005; A. CERETTI, *Riparazione, riconciliazione, ubuntu, amnistia, perdono. Alcune brevi riflessioni intorno alla Commissione per la Verità e la riconciliazione Sudafricana*, in *Ars interpretandi*, 2004, v. 9, p. 47 ss.

⁹⁰ Per tutti, cfr. D. SANTULIANA, *Un'esperienza di giustizia riconciliativa in ex Jugoslavia: il progetto per la RECOM*, in *Jura gentium*, 2014, Vol. XI, n. 1, p. 7 ss.

⁹¹ Sul ruolo indefettibile della memoria, della sua conservazione, per la costruzione di un futuro consapevole, v. P. RICOEUR, *Ricordare, dimenticare, perdonare* (2000), Bologna, 2012, p. 24 ss.

⁹² In questa prospettiva, non c'è dubbio che abbia giocato un ruolo fondamentale l'opera di Renzo De Felice, il suo ridurre l'antisemitismo in Italia a un fenomeno quasi marginale, non realmente sentito ma solo strumentale a mantenere buoni rapporti con l'alleato tedesco. V., in

sorta di negazionismo *ante litteram*, non ha mai fatto i conti con le proprie responsabilità nello sterminio degli ebrei.

4. Una forma di negazionismo *ante litteram*: la rimozione delle responsabilità italiane nella Shoah

La prima retata, ad opera delle SS, ebbe luogo a Trieste il 9 ottobre 1943. In questa, e in un'altra di poco successiva, vennero arrestati più di settecento ebrei. Odilo Globočnik, triestino di nascita, che dopo le esperienze dei campi di Sobibór e Treblinka, in cui si era reso corresponsabile dell'uccisione di più di 1.500.000 di ebrei, aveva assunto nella sua città natale le funzioni di Comandante superiore delle SS, scrive a Himmler: *mai prima d'ora, in nessuna altra località ho trovato tanta spontanea collaborazione da parte della popolazione civile nell'individuazione di ebrei, zingari e slavi*⁹³.

La retata degli ebrei a Venezia del 6 novembre 1943 fu direttamente gestita dalla questura. Alcune settimane dopo, su *Rivoluzione*, giornale di Padova, si scriveva della *necessità di uccidere moralmente e materialmente tutti gli ebrei*⁹⁴.

Il 16 ottobre 1943, un rastrellamento di grandi proporzioni fu effettuato dalle SS nel ghetto di Roma, provocando l'arresto di 1259 ebrei; due giorni dopo, più di 1000 vennero deportati ad Auschwitz. Le liste e gli indirizzi degli ebrei romani erano stati forniti ai tedeschi dal Ministero degli Interni italiano⁹⁵. Successivamente, altre retate operate nella capitale, con la partecipazione, spesso diretta e

particolare, R. DE FELICE *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, Torino, 1961. La fondatezza di questa impostazione ampiamente auto assolutoria, che ha segnato la formazione, nel nostro Paese, di non poche generazioni, è oggi totalmente messa in discussione da alcuni significativi – e estremamente documentati – contributi storiografici. In particolare, cfr. S. LEVIS SULLAM, *I carnefici italiani. Scene dal genocidio degli ebrei, 1943-1945*, Milano, 2016. Cfr. anche M. RUZZENENTI, «Preghiamo anche per i perfidi giudei». *L'antisemitismo cattolico e la Shoah*, Roma, 2018; M. BATTINI, *Peccati di memoria. La mancata Norimberga italiana*, Roma, Bari, 2014; A. VENTURA, *Il fascismo e gli ebrei*, Roma, 2013; F. FOCARDI, *Il cattivo tedesco e il bravo italiano. La rimozione delle colpe della Seconda guerra mondiale*, Roma, Bari, 2013.

⁹³ Cfr. <http://medialab.di.unipi.it/infouma/media/siti/la-risiera-di-san-sabba/collaborazionismo.html>.

⁹⁴ Il passo – citato da M. ISNENGGHI, *Stampa del fascismo estremo in area veneta. Tracce e reperti*, in *Tedeschi, partigiani e popolazioni nell'Alpenvorland (1943-1945)*, Venezia, 1984, p. 131 s. – è contenuto in un articolo dal titolo *Tutti gli ebrei in campo di concentramento*, pubblicato il 5 dicembre 1943.

⁹⁵ Sul punto ampiamente, e per tutti, M. BAUMEISTER, A. OSTI GUERRAZZI, C. PRO-CACCIA (a cura di), *16 ottobre 1943. La deportazione degli ebrei romani tra storia e memoria*, Roma, 2016. Va peraltro ricordato che l'assemblea del partito fascista, tenutasi a Roma nell'ottobre del 1943, aveva prodotto un documento in cui si chiedeva che *tutti gli ebrei fossero immediatamente racciolti in campi di concentramento*. Sul punto, v. M. SARFATTI, *Gli ebrei nell'Italia fascista. Vi-cende, identità, persecuzione*, Torino, 2007, p. 240 ss.

autonoma, delle forze dell'ordine italiane, portarono il numero degli ebrei romani scomparsi a più di 2000. Solo 17 sarebbero sopravvissuti. Sul totale delle deportazioni avvenute a Roma dopo il primo rastrellamento, circa la metà fu di diretta responsabilità italiana.

Gli ebrei romani transitano per il Collegio Militare di Palazzo Salviati, gestito dall'esercito italiano, e vengono condotti al campo di Fossoli, vicino Carpi, prima di essere portati ad Auschwitz. Il campo di Fossoli, fino al 1944, era gestito dalla questura di Modena, mentre i carabinieri erano preposti alla sorveglianza dei vagoni fino alla partenza. Nel contempo, le guardie di confine italiane, e la guardia di finanza, arrestavano centinaia di ebrei che cercavano riparo in Svizzera⁹⁶.

A metà novembre 1943, il prefetto di Grosseto, Ercolani, diede autonomamente ordine alla polizia di procedere all'arresto degli ebrei. È sempre nel 1943, d'altronde, che Radio Roma si augurava che *gli ebrei finissero, uno a uno, bruciati e le loro ceneri disperse al vento*⁹⁷.

Quando si afferma che alle cattive parole si risponde con le buone parole, quando gli storici ci dicono che l'unica corretta risposta al negazionismo è la diffusione della conoscenza, mi pongo alcuni interrogativi: perché di queste cose non si sa quasi nulla, perché non se ne è mai parlato, perché sono sostanzialmente escluse dai programmi scolastici⁹⁸? Il 7 dicembre 1970, il cancelliere dell'allora Repubblica Federale Tedesca, Willy Brandt, si inginocchia nel ghetto di Varsavia e chiede perdono. Il 16 luglio 1995, il Presidente francese Chirac, in un discorso tenuto al *Vélodrome d'hiver* di Drancy, dove transitavano, sotto il controllo della *gendarmérie*, gli ebrei francesi prima della deportazione nei campi di sterminio, parla di un debito imprescrittibile della Repubblica nei loro confronti: *nous conservons à leur égard une dette imprescriptible*⁹⁹. L'Italia non ha mai fatto nulla di tutto questo. D'altronde, scusarsi avrebbe voluto dire ammettere quelle responsabilità che, pur indiscutibili, abbiamo sempre negato¹⁰⁰.

Capisco allora – alla luce di un contesto caratterizzato da un diffuso, peculia-

⁹⁶ V. F. SCOMAZZON, *Maledetti figli di Giuda, vi prenderemo! La caccia nazifascista agli ebrei in una terra di confine. Varese 1943-45*, Varese, 2009.

⁹⁷ La citazione è tratta da G. MAYDA, *Storia della deportazione dall'Italia 1943 – 1945. Militari ebrei e politici nei lager del Terzo Reich*, Torino, 2002, p. 143. Ampiamente, per un'accurata ricostruzione delle responsabilità italiane nella *Shoah*, per tutti, S. LEVIS SULLAM, *I carnefici italiani*, cit., p. 1 ss.

⁹⁸ Nota efficacemente G. FORTI (*L'ansia disumana del «raggiungimento»*, cit., p. 824): *mi pare poi viziata da idealismo e sopravvalutazione dell'impatto sociale e civile della storiografia (e, in genere, della cultura scientifica) l'aspettativa che un dotto intervento di studiosi possa risolvere la questione*. Sul punto, estremamente interessanti i rilievi di E. TRAVERSO, *La Shoah nella cultura del dopoguerra*, Bologna, 2004. Cfr. anche S. BAUMANN, *Olocausto e modernità*, Bologna 1993.

⁹⁹ V. https://www.lemonde.fr/idees/article/2003/04/14/jacques-chirac-une-dette-imprescriptible_-316735_3232.html (14 aprile 2003).

¹⁰⁰ Per tutti, S. LEVIS SULLAM, *I carnefici italiani*, cit., p. 186 ss.

re, negazionismo *ante litteram* – un certo imbarazzo della nostra dottrina in tema di punibilità del negazionismo, ma mi convinco sempre di più della correttezza di tale soluzione e del ruolo fondamentale della tutela delle verità politicamente “sensibili” per la tenuta della democrazia¹⁰¹.

5. Valutazioni di contesto: tra ripresa del mito della razza e antisemitismo

Si obietterà: ma la verità non è un bene giuridico¹⁰², e poi, in fondo, cos'è la verità¹⁰³? Domanda, in effetti, non particolarmente originale: *Quid est veritas?* È Ponzio Pilato, nel Vangelo di Giovanni, a porre la domanda a Gesù. Gesù non risponde¹⁰⁴. Secondo Sant'Agostino, il silenzio di Gesù si spiega con l'evidenza della risposta: la verità è quel che hai di fronte agli occhi¹⁰⁵. Tornando a noi, la realtà che abbiamo di fronte agli occhi è estremamente inquietante. È fatta di crescente intolleranza, se non disprezzo, per chi è avvertito come diverso. Di ripresa del mito della razza¹⁰⁶, di pregiudizi crescenti, di movimenti neo-fascisti sempre più forti, di persone aggredite – e uccise – per il colore della loro pelle, ma anche di un antisemitismo sempre più diffuso¹⁰⁷. Penso al coordinatore toscano di *Forza Nuova* che – nel disinteresse generale – ha recente-

¹⁰¹ V. *infra*, § 6.

¹⁰² In questo senso, tra gli altri, V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, f. 2-3, p. 782.

¹⁰³ Sul punto, in particolare per il concetto di verità all'interno della filosofia linguistica, per tutti F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, Torino, 2011.

¹⁰⁴ Giovanni 18, 38.

¹⁰⁵ Sulla consolidata attribuzione ad Agostino di Ippona della soluzione del quesito nell'anagramma *est vir qui adest*, v., ad es., A. CORRADO, R. TORNESELLO, a cura di, *Etica. 9 dialoghi controcorrente*, Roma, Bari, 2016. L'affermazione “*il vero è ciò che è*”, nel contempo, è indiscutibilmente agostiniana (*Soliloquiorum libri duo*, II, 5). Ampiamente, per una ricostruzione del ruolo assolto dal concetto di verità nella filosofia contemporanea, cfr., per tutti, V. POSSENTI, *Il Realismo e la fine della filosofia moderna*, Roma, 2016.

¹⁰⁶ Penso, ad esempio, a un recente discorso del presidente della regione Lombardia, Attilio Fontana, un passaggio del quale si incentra sulla *necessità di difendere la razza bianca* messa in pericolo dall'immigrazione. V. https://milano.corriere.it/notizie/politica/18_gennaio_15/attilio-fontana-immigrati-razza-bianca-difendere-candidato-centrodestra-regione-lombardia-bcf74404f9e8-11e7-b7a0-515b75eef21a.shtm (15 gennaio 2018).

¹⁰⁷ Per quanto riguarda, in particolare, l'Unione Europea, v. il rapporto – estremamente inquietante – presentato dalla Commissione il 10 dicembre 2018, in http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6724_en.htm. Nel gennaio 2019 Eurobarometro ha pubblicato il risultato di un'indagine statistica compiuta all'interno dell'Unione, da cui risulta la crescente diffusione di un sentimento antiebraico. In particolare, il 50% degli intervistati ritiene che le scritte sui muri contro gli ebrei, gli atti vandalici contro edifici culturali, confessionali o i cimiteri ebraici, ma anche le aggressioni fisiche verso gli ebrei, non costituiscono un problema. V. https://ec.europa.eu/italy/news/20190122_giornata_della_memoria_CE_pubblica_eurobarometro_su_antisemitismo_it.

mente affermato che Auschwitz era confortevole (c'era anche un cinema) e che sei milioni di ebrei in Europa neanche c'erano¹⁰⁸. Alla dirigente di Fratelli d'Italia che posta su *facebook* una foto che la ritrae mentre fa gesti volgari, ad Amsterdam, davanti alla casa di Anna Frank (“*tanto non è mai esistita*”, ha dichiarato per *giustificarsi*)¹⁰⁹. Agli adesivi di Anna Frank con la maglietta della Roma (d'altronde il coro “romanista ebreo” si alza regolarmente dalla curva degli ultras laziali – e qui penso anche a quel giudice che li ha assolti motivando che *dileggiare* la squadra avversaria non è reato¹¹⁰), all'ex sindaco di Udine, Honsell, raffigurato con la divisa degli internati di Auschwitz¹¹¹, al recente dibattito all'Università di Torino sulle collusioni, prima e durante la *Shoah*, tra sionismo e nazionalsocialismo (tesi tratta da un libro di un negazionista americano)¹¹², alla militante di Forza Nuova, già candidata sindaco a Budrio (BO), che si fa fotografare a Predappio mentre indossa una maglietta con la grande scritta *Auschwitzland*¹¹³, al senatore del M5s secondo cui le *banche sono control-*

¹⁰⁸ <http://www.firenzetoday.it/cronaca/forza-nuova-shock-campi-concentramento-piscine.html>.

¹⁰⁹ <https://www.nextquotidiano.it/denise-barcellona-la-dirigente-fratelli-ditalia-gesto-dellombrello-ad-anna-frank/>.

¹¹⁰ V. GUP Roma, 5 dicembre 2016. *Al di là della scurrilità* – si legge nel provvedimento –, il coro esprime mera derisione sportiva. ... *Sebbene l'accostamento giallorosso con ebreo possa aver assunto nelle intenzioni del pronunciatore valenza denigratoria, ricollegabile latamente a concetti di razza, etnia o di religione, le modalità di esternazione non costituiscono alcun concreto pericolo di diffusione di un'idea di odio razziale e di superiorità etnica.* È appena il caso di rilevare come anche questo provvedimento – nella sua assertiva, irragionevole, apoditticità – esprima bene il carattere crepuscolare vissuto oggi dalla nostra democrazia, il suo allontanarsi sempre più dai valori fondanti della convivenza civile. Perché poi non sostenere – lo suggerisco a qualche sensibile ermeneuta – l'intrinseca irrilevanza della tipologia di fattispecie concrete con cui ci stiamo confrontando (per assenza, a scelta, di tipicità o offensività), sulla base del rilievo che poiché l'odio razziale è già diffuso non esiste il *pericolo* che si diffonda? Per concludere sul punto, rilevo come il riferimento ai tifosi della Lazio sia meramente esemplificativo, meritando sicura menzione, tra gli altri, anche quelli della Juventus: *Firenze è una patria di infami, la odio da sempre perché i viola non sono italiani, ma una massa di ebrei* (coro intonato dalla curva sud dello Juventus Stadium il 19 aprile 2016). Cfr. <https://www.fiorentinaneews.com/video-il-vergognoso-coro-intonato-dai-tifosi-della-juventus-contro-i-fiorentini/>.

¹¹¹ Nel mese di marzo 2018 sono stati affissi nel centro storico di Udine numerosi adesivi con la scritta *Furio Honsell, sindaco di Auschwitz* e l'immagine dell'ex sindaco di quella città in divisa da deportato. V. https://www.repubblica.it/cronaca/2018/03/14/news/udine_adesivi_antisemiti_ex_sindaco-191268652/ (14 marzo 2018).

¹¹² Il tutto, accaduto nel 2017 in occasione del giorno della memoria. V. <http://www.linformale.eu/sionismo-colluso-nazismo-cosi-si-celebra-giorno-della-memoria-torino/>. Il testo da cui è tratta la tesi oggetto dell'incontro è L. BRENNER, *Zionism in the age of dictators*, New York (NY), 1983. Il libro si articola sull'idea che Hitler fosse sostanzialmente un sionista. Nel 2019, il tema è stato approfondito – sempre in occasione del giorno della memoria, il che, se possibile, rende la cosa ancora più ripugnante – con una conferenza dal titolo *Il boicottaggio ebraico della Germania e l'accordo commerciale tra nazisti e sionisti*. V. <http://www.italiainsraeltoday.it /luniversita-palestinese-di-torino-un-giorno-della-memoria-antifascista-e-antisionista/>.

¹¹³ V. <https://www.ilstrodelcarlino.it/bologna/politica/predappio-maglia-auschwitzland-1.4265625>.

late dai savi di Sion¹¹⁴, alla costante proiezione in chiave razziale delle critiche alla politica israeliana, all'odio antisemita – con tanti *followers* – diffuso da un numero sempre crescente di siti web¹¹⁵, alle mai sopite teorie complottiste che vedono sempre protagonisti gli ebrei e il loro controllo sulla finanza, se non sull'ordine mondiale, al recente furto, a Roma, di numerose pietre della memoria¹¹⁶ – le cd. *pietre di inciampo* –, agli undici morti di Pittsburgh, uccisi, ancora una volta, soltanto perché ebrei¹¹⁷. Il punto è che l'impatto di un discorso, ma anche la sua portata in termini di potenzialità offensiva, non può cogliersi se non in relazione al contesto. L'orazione funebre di Marcantonio ha effetti dirompenti perché avviene lì, davanti al cadavere di Cesare¹¹⁸.

E i discorsi dei negazionisti – come il *cross burning* del Ku Klux Klan¹¹⁹ – si alimentano del contesto, dei pregiudizi che trovano nella società, di diffidenza,

¹¹⁴ https://www.corriere.it/politica/19_gennaio_21/lannutti-banche-controllate-savi-sion-buferatweet-antisemita-senatore-m5s-d1021b18-1db9-11e9-bb3d-4c552f39c07c.shtml.

¹¹⁵ Nel 2016, i siti antisemiti di lingua italiana, sul web, erano circa 300, di cui 20 di diretta ispirazione negazionista. V. https://www.osservatorioantisemitismo.it/wp-content/uploads/2017/06/-Rapporto_antisemitismo_Italia_2016.pdf. In proposito, va rilevato come l'Italia non abbia mai ratificato (a differenza da quanto accaduto nella maggioranza dei Paesi firmatari) il *Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques*, aperto alla firma a Strasburgo il 28 gennaio 2003 (STE 189), il cui art. 6, al primo comma, obbliga gli Stati a punire, tra l'altro, condotte negazionistiche poste in essere tramite il web.

Nel panorama negazionista non mancano, comunque, anche media più tradizionali. Nel 2016, ad esempio, la radio privata romana *Radio Kaos Italy* ha promosso e diffuso le tesi dei *Protocolli dei savi di Sion*, garantendone l'autenticità e corredando le trasmissioni con affermazioni del tipo: “Gli ebrei mentono su tutto e hanno il controllo su tutto”. V. <https://www.osservatorioantisemitismo.it/episodi-di-antisemitismo-in-italia/radio-privata-trasmette-na-serie-di-trasmissioni-che-propagandano-le-tesi-contenute-nel-falso-antisemita-protocolli-dei-savi-di-sion/>. Abbastanza inquietante ricordare che la Cassazione, in un altro episodio relativo alla pubblicazione del medesimo testo, e in particolare alla postfazione che l'accompagnava, abbia ritenuto che usare una sola volta il termine *giudei in chiave apparentemente* (sic) *denigratoria*, evidenziando, citando Hitler, che *I protocolli svelano “con orrenda sicurezza l'attività e la natura dei giudei”*, non integri gli estremi della diffamazione e, più ampiamente, nulla di penalmente rilevante. Così, Cass., 17 maggio 2016, n. 47506.

¹¹⁶ https://www.roma.repubblica.it/cronaca/2018/12/10/news/roma_monti_rubate_20_pietre_d_inciampo_dedicare_alla_famiglia_di_consiglio-213896119/.

¹¹⁷ V., ad es., https://www.ilmessaggero.it/mondo/pittsburgh_spari_sinagoga_vittime_diretta-4068044.html.

¹¹⁸ Per tutti, A SPENA, *Istigazione punibile e libertà di parola. Riflessioni in margine alla sentenza De Luca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, f. 2, p. 852 ss. Sul ruolo del contesto, in relazione ai discorsi d'odio, v. G. FORTI, *Le tinte forti del dissenso*, cit., p. 1048 ss. In senso generale, D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in G. VASSALLI, a cura di, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 239 ss.

¹¹⁹ Cfr. M. NEWTON, *White Robes and Burning Crosses. A History of the Ku Klux Klan from 1866*, Jefferson (NC), 2014.

odio e violenze antiche, e ne generano di nuove e sempre crescenti. Perché se la Shoah è una menzogna, allora sottende un complotto: passare per vittime per diventare carnefici, per giustificare la nascita di uno Stato che, altrimenti, non avrebbe avuto nessuna legittimazione di esistenza¹²⁰. I negazionisti, in sintesi, completano l'opera dello sterminio: rimuovono la cenere per disperderla nell'oblio¹²¹. Definirlo *un pensiero puro* è decisamente avventato. Non coglierne il carattere di falsificazione di un dato politicamente sensibile – sono ben altri i *conflitti che agitano il tessuto sociale*¹²² – vuol dire, forse, non avere sufficiente consapevolezza della realtà che ci circonda: *meglio lasciarli farneticare, i tanti razzisti, omofobi, antisemiti, negazionisti, odianti l'altro da sé. E avere fiducia nella dialettica che Platone chiamava – nel Sofista – «la scienza degli uomini liberi»*¹²³. Chi si trovasse a vivere nella Repubblica di Platone troverà questo discorso ampiamente condivisibile, e converrà con il rilievo che tali tipologie di condotte sono *prive dell'attitudine a provocare violenze, disordini e discriminazioni*¹²⁴, assolutamente fiducioso nell'inevitabile *prevalenza della ragione*¹²⁵.

Tornando al mondo reale, va invece rilevato come prospettare una soluzione

¹²⁰ Cfr. C. VERCELLI, *Il negazionismo*, cit., p. 185 s. Nel contempo, in ultima analisi, *la negazione dello sterminio porta ... ad affermare la legittimità dell'ideologia nazista*, o comunque a riabilitarla. Così, G. SACERDOTI, *Il reato di negazionismo: una tutela della democrazia, non un impedimento alla ricerca storica*, in *SIDIBlog*, 15 gennaio 2014. Nello stesso senso, C. DEL BÒ, *Menzogne che non si possono perdonare*, cit., pp. 286, 296.

¹²¹ *Nessuno di voi rimarrà per portare testimonianza, ma se anche qualcuno scampasse, il mondo non gli crederà ... E quando anche qualche prova dovesse rimanere, e qualcuno di voi sopravvivere, la gente dirà che i fatti che voi raccontate sono troppo mostruosi per essere creduti*. Così, P. LEVI, *I sommersi e i salvati*, Torino 1991, p. 3. Ampiamente, D. DI CESARE, *Se Auschwitz è nulla*, cit., p. 9; M. CUZI, *Il perfezionamento di un Olocausto. Appunti per una storia del negazionismo*, in F.R. RECCHIA LUCIANI, L. PATRUNO, a cura di, *Opporsi al negazionismo*, cit., p. 66. In questo senso, già C. VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., p. 222 ss. Che i negazionisti realizzino *la definitiva consumazione del genocidio, con l'occultamento delle prove e la negazione dello status di vittima per chi è stato ucciso*, è efficacemente rilevato da C. DEL BÒ, *Tollerare l'intollerabile. Il negazionismo tra etica e diritto*, in *disCrimen*, 28 luglio 2018, p. 10 (consultabile anche in questa *Rivista*).

¹²² E. FRONZA, A. GAMBERINI, *Le ragioni che contrastano*, cit., p. 5. Si tratterebbe di *fenomeni che si presentano a tutt'oggi come socialmente marginali*, secondo A. GAMBERINI, *Tutela della memoria*, cit. L'impressione, in effetti, è che nella nostra dottrina si sia sottovalutata la rilevanza del fenomeno, la sua stretta connessione con quei nuovi fascismi sorretti da un consenso sempre più ampio e con cui si è creduto, forse un po' ingenuamente, di non dovere fare i conti, quasi si trattasse di fenomeni circoscritti e di modestissimo impatto. Come nota efficacemente M. CAPUTO (*La menzogna di Auschwitz*, cit., p. 5), *chi approfondisse il tema del negazionismo, scoprirebbe presto un groviglio di premesse ideologiche e di conseguenze politico-sociali che impediscono di sottovalutarne la portata e di liquidare il fenomeno come una faccenda che riguarda pochi esaltati, facilmente risolvibile con l'indifferenza e qualche ora di storia ed educazione civica nelle scuole secondarie*.

¹²³ Così, A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre*, cit., p. 18.

¹²⁴ M. CASSANO, *Negazionismo*, cit., p. 278.

¹²⁵ Così, G.E. VIGEVANI, *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Rivista AIC*, 2014, p. 21.

dialogica sottenda, tra l'altro, l'assoluta mancanza di comprensione di chi siano coloro che si vorrebbe assumere a interlocutori. Basti pensare a come *Olodogma*, il più significativo tra i siti negazionisti italiani, presenti ai suoi lettori l'introduzione nel nostro ordinamento dell'aggravante di negazionismo: *La legge 115/2016 dei tagliagole sionisti contro la libertà di espressione dei cittadini, detta anti negazionismo, è stata pubblicata sulla Gazzetta ufficiale*¹²⁶.

6. Falso e libertà di autodeterminazione consapevole ai tempi della post-verità

Qualcuno potrebbe ritenere non corretto assumere a parametro ricostruttivo il concetto di verità, facendo leva sulla premessa agnostica dell'impossibilità umana di accedere al Vero¹²⁷, o sul recupero relativista del nietzschiano *non ci sono fatti ma solo interpretazioni*¹²⁸. Si tratterebbe di un rilievo rispettabile se mosso da un filosofo, problematico se mosso da un teologo, stimolante se mosso da un fisico, ma privo di qualsiasi senso se mosso da uno studioso del diritto penale¹²⁹. Perché il diritto penale, per il suo statuto epistemologico, ma anche per la sua ragione – funzionale – di esistenza, non può prescindere dall'assumere per conoscibile quella verità storica che concorre a ricostruire ed accertare¹³⁰, secondo un principio – veri-

¹²⁶ <http://olodogma.com/wordpress/2016/06/30/1452-legge-negazionismo-ultima-chance-dei-tagliagole-sionisti-pubblicata-sulla-gazzetta-ufficiale/>.

¹²⁷ Per tutti, T.H. HUXLEY, *Il diavolo nei dettagli. Saggi sull'agnosticismo* (a cura di R.G. CAPUANO), Milano, 2009. Cfr. anche G. MURA, *Agnosticismo* (2002), su <http://disf.org/agnosticismo>.

¹²⁸ F. NIETZSCHE, *Frammenti postumi 1885-1887*, Milano, 1975, p. 299. Cfr. anche ID., *Su verità e menzogna in senso extramurale* (1873), Milano, 2015. Sul punto la letteratura è estremamente vasta. Per tutti, e a mero carattere esemplificativo, cfr. G. SEDDONE, «Non ci sono fatti, solo interpretazioni»: la linea rossa che unisce Nietzsche alla filosofia analitica, in *Bollettino filosofico*, 2014, p. 289 ss.; E. AMBROSI, a cura di, *Il bello del relativismo. Quel che resta della filosofia nel XXI secolo*, Padova, 2005. Che non solo la verità ma, più in generale, la stessa realtà non esista, è la tesi di G. VATTIMO, *Della realtà. Fini della filosofia*, Milano, 2012. È interessante ricordare l'opinione espressa da Hegel, in un lavoro giovanile, circa lo scetticismo radicale: *Chi rimane fermamente attaccato alla vanità che a lui pare così, che egli ritiene così, e non vuole assolutamente che le sue espressioni siano ritenute un elemento oggettivo del pensare e del giudicare, costui bisogna lasciarlo stare: la sua soggettività non importa a nessun altro uomo, e tantomeno alla filosofia*. Così, G.W.F. HEGEL, *Rapporto dello scetticismo con la filosofia* (1802), in N. MERKEL, a cura di, Roma, Bari, 1970, p. 102. Sulla complessiva problematica, in senso fortemente critico rispetto alle tendenze neo-relativistiche, cfr. M. FERRARIS, *Non ci sono gatti, solo interpretazioni*, in J. DERRIDA, G. VATTIMO, M. BUSSANI, a cura di, *Diritto, Giustizia e Interpretazione*, Roma, Bari, 1998, p. 129 ss.

¹²⁹ Su questa problematica, v. gli interessanti rilievi di O. DI GIOVINE, *A proposito di un recente dibattito*, cit., p. 541 ss.

¹³⁰ Il fine primario e ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità. Così, Corte Cost., 26 marzo 1993, n. 111. Che il principio formale di legalità implichi un vincolo di

*tas, non auctoritas facit iudicium*¹³¹ – di cui non dovrebbero sfuggire le irrinunciabili funzioni di garanzia nei confronti dell'arbitrio del potere¹³²: *dire addio alla verità è non solo un dono senza controdono che si fa al Potere, ma soprattutto la revoca della sola chance di emancipazione che sia data all'umanità*¹³³.

Nel contempo, dubito che la difesa di un imputato di falsa testimonianza

realtà, a tutto campo; che il giudizio penale sia un modo esistenziale di ricerca della verità; che la c.d. verità processuale ... debba coincidere con la verità dei fatti accaduti quando asserisce la verità dell'ipotesi dell'accusa, è efficacemente rilevato da D. PULITANÒ, Cura della verità, cit., p. 65; p. 76; p. 68. Che il tema della verità non vada drammatizzato, e che, non di rado, essa – intesa come corrispondenza ai fatti – sia alla portata di tutti, è osservato da F. CAPRIOLI, Verità e giustificazione nel processo penale, ivi, p. 216. L'indefettibilità dell'obiettivo, proprio dell'ordinamento giuridico, di realizzare una tendenziale convergenza tra verità storica e verità processuale è efficacemente sottolineata da D. BIFULCO, Negare l'evidenza, cit., p. 92. Sul punto, cfr. M. TARUFFO, La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti, Roma, Bari, 2009, p. 97 ss.; L. FERRAJOLI, Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, Roma, Bari, 1989, p. 6 ss. Non si potrebbero, al contrario, mai dare per acquisite certezze storiche – “La storia definitiva non c'è” – secondo M. DONINI, La gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia in Italia, cit., p. 184. Nello stesso senso – non esiste alcuna versione definitiva ed accettata della storia – E. FRONZA, Il negazionismo come reato, cit., p. 133 (sorge il fondato sospetto, a questo punto, che Napoleone abbia vinto a Waterloo). In particolare, l'incriminazione del negazionismo – per motivi a me oscuri – aprirebbe il varco all'introduzione di una serie infinita di divieti per l'indagine storica secondo A. MERLI, Democrazia e diritto penale, cit., p. 48 s. Sui rischi sottesi alla posizione meta-etica, e meta-storica, che rinuncia a priori alla possibilità di riferirsi alla realtà – e dunque di fare uso del concetto di verità –, cfr. F. D'AGOSTINI, L'uso scettico della verità, cit., p. 51 ss.

¹³¹ Tipicamente giustapposto all'*Auctoritas non veritas facit legem*. Così, T. HOBBS, *Leviatano* (1651), II, 26.

¹³² Come rileva L. FERRAJOLI (*Passato e futuro dello Stato di diritto*, in G. PINO, A. SCHIAVELLA, V. VILLA, a cura di, *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, p. 434), si tratta di un principio che vale ... a fondare l'intero insieme delle garanzie, dalla certezza del diritto all'uguaglianza davanti alla legge e alla libertà contro l'arbitrio, dall'indipendenza del giudice all'onere della prova in capo all'accusa e ai diritti della difesa. Nota F. PALAZZO, *Verità come metodo*, cit., p. 101, che il penalista ... molto difficilmente ... può barattare la verità con la validità del diritto. Lo impedisce la natura afflittiva e violenta della pena. Che solo l'emergere della verità consenta una riaffermazione credibile rispetto al caso concreto della norma che si assume violata, è efficacemente rilevato da L. EUSEBI, *Le forme della verità e i loro effetti*, in G. FORTI, G. VARRASO, M. CAPUTO, a cura di, “Verità” del precetto e della sanzione penale, cit., p. 157. L'A. rileva, peraltro, come uno dei principali problemi di fondo del sistema sanzionatorio riposi sull'assenza di verità che connota le promesse di efficacia preventiva, continuamente veicolate all'opinione pubblica, del ricorso al carcere come forma tipica della risposta al reato (ivi, p. 165). Sul punto, ampiamente, G. FORTI, ivi, *Introduzione*, p. 7 ss. e bibliografia citata. In particolare, F. STELLA, *Il giudice corpuscolariano*, Milano, 2005, p. 84 ss.; M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, cit., p. XI (“Le necessità reali, le vite e le morti reali ... non sopportano di essere ridotte a interpretazioni”). Sulla complessiva problematica cfr. anche G. LOSAPPIO, *La “verità vera” del giudizio tra verità “del” e “nel” processo. Frammenti di riflessione*, in V. GAROFOLI, A. INCAMPO, a cura di, *Verità e processo penale*, Milano, 2012, p. 77 ss.

¹³³ M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, cit., p. 112.

avrebbe successo se incentrata su di un agnostico *quid est veritas?*¹³⁴ Così come difficilmente darebbe buon esito se affidata all'idea che il diritto di *dire cose falsissime* trovi il suo fondamento – comprimibile solo dalla contrarietà al buon costume, all'ordine pubblico o giù di lì – nell'art. 21 Cost.¹³⁵.

La *verità*, in effetti, ci riporta al *falso* e alla sua rilevanza nel sistema ordinamentale, a quel falso il cui statuto di garanzia è a tal punto fragile da costituire un mezzo elettivo di violazione della legge penale: *aut vi aut fraude*¹³⁶, appunto.

L'elenco dei beni giuridici legittimamente aggredibili attraverso la falsificazione – verbale o fattuale – della realtà è a tal punto ampio che per ricordarli appare sufficiente il ricorso a una casistica meramente esemplificativa delle incriminazioni che ad essa fanno esplicito o implicito riferimento.

A parte i casi paradigmatici dei *delitti contro la fede pubblica* e le tante ipotesi che prevedono l'inganno tra le opzioni modali adeguate a integrare la tipicità del fatto – dalla *riduzione in schiavitù* (art. 600, co. 2, c.p.) alla *violenza sessuale per induzione* (art. 609 bis, co. 2, n. 2, c.p.), all'*attentato contro i diritti politici del cittadino* (art. 294 c.p.), e così via –, a parte i casi in cui l'inganno determina un aggravamento della pena, come nella *bigamia* (art. 556, co. 2, c.p.), a parte l'art. 48 c.p. che lo vede come strumento traslativo di responsabilità rispetto a qualsiasi tipologia di fattispecie, a parte i casi in cui è la verità a ricondurre a *ius* il fatto posto in essere – come nel comma 2 dell'art. 341 bis in tema di *oltraggio* –, citerò ipotesi meramente a campione: la *supposizione o soppressione di stato* (art. 566 c.p.), la *pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose* (art. 656 c.p.), le *manovre speculative su merci* (art. 501 c.p.), il *procurato allarme* (art. 658 c.p.), la *vendita di prodotti industriali con segni mendaci* (art. 517 c.p.), le *false comunicazioni sociali* (art. 262, co. 1 c.c.), la *manipolazione del mercato* (art. 185 tuf); tutte le ipotesi di falsità giudiziarie: dalla *falsa testimonianza* (art. 372 c.p.) alla *falsa perizia o interpretazione* (art. 373 c.p.), dalla *simulazione di reato* (art. 367 c.p.) alla *calunnia* (art. 368 c.p.) e all'*autocalunnia* (art. 369 c.p.), dal *falso giuramento della parte* (art. 371 c.p.) alle *false informazioni al pubblico ministero* (art. 371 bis c.p.) alle *false dichiarazioni al difensore* (art. 371 ter c.p.), e così via.

¹³⁴ L'affermazione “*la verità (ritenuta) assoluta, certa e irrefutabile non può essere oggetto di alcuna tutela se non si vuole, con un unico colpo di spada normativa, trafiggere il diritto di manifestazione del pensiero*” (contenuta in *Contro il reato di negazionismo. L'appello dell'Unione delle Camere Penali*, cit.), a ben vedere, appare priva di qualsiasi fondamento di, sia pur minimale, ragionevolezza.

¹³⁵ Sulla tematica relativa alla legittimità costituzionale, in una prospettiva di bilanciamento, dei limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, v., ad es., A. PIZZORUSSO, *Libertà di pensiero. Opportunità e rischi*, in M. BOVERO (a cura di), *Quale libertà*, Roma, Bari, 2004, p. 63 ss.; V. ANGIOLINI, *Manifestazione del pensiero e «libertà altrui»*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 4585 ss. Sul punto, ampiamente, M. CAPUTO, *La menzogna di Auschwitz*, cit., p. 20 ss.

¹³⁶ *Cum autem duobus modis, id est aut vi aut fraude, fit iniuria* (Marco Tullio Cicerone, *De officiis*, I, 41).

Mi viene da pensare che l'ordinamento non riconosca affatto l'esistenza di un generale diritto a manipolare la realtà o a "dire cose falsissime" - già Grozio, d'altronde, nei *Prolegomena* al *De iure belli ac pacis* valutava il dire il falso come contrastante con l'idea stessa di giustizia, costituendo l'antitesi di una libertà¹³⁷. Peraltro, quand'anche dovessimo ritenere esistente un diritto in tal senso - sulla base del rilievo che dire il falso *tout court* non è, né potrebbe legittimamente essere, oggetto di un divieto di ordine generale -, si tratterebbe comunque di un diritto a tal punto debole da risultare soccombente, in una prospettiva di bilanciamento, a fronte di un amplissimo numero di beni giuridici, anche ben più fragili, nella gerarchia costituzionale, di quella libertà di autodeterminazione aggredita dalla negazione di verità politicamente sensibili¹³⁸. Quest'ultima costituisce infatti un profilo di quel diritto alla non disinformazione, alla *non manomissione della propria coscienza*¹³⁹, all'esigenza di *prendere coscienza della verità*¹⁴⁰, connaturato all'idea stessa di democrazia perché corollario diretto delle libertà di pensiero e di autodeterminazione consapevole¹⁴¹.

¹³⁷ GROTIUS, *Prolegomeni al diritto della guerra e della pace* (1621), Bologna, 1961, p. 23 ss. Sul punto, ampiamente, T. PADOVANI, *Menzogna e diritto penale*, cit., p. 294 ss. Si tratta, in effetti, di un'acquisizione antica. Già San Tommaso (*Summa totius Theologiae*, 92-189, *quaestio* 109, *De veritate*, *articulus* 3), infatti, si era posto l'interrogativo, risolvendolo affermativamente, *utrum veritas sit pars iustitiae*. Per un'interessante, e quanto mai attuale, dibattito settecentesco, che vide contrapposti Benjamin Constant e Immanuel Kant, sulla possibile legittimità del mentire, per quanto nei limiti di situazioni assolutamente peculiari, v. I. KANT, B. CONSTANT, *Il diritto di mentire* (a cura di S. MORI CARMIGNANI), Firenze, 2008.

¹³⁸ Sul punto, ampiamente, A. PACE, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 2006, p. 88 s. Come si è notato, *non può essere sottaciuto il fatto che la comunicazione post-fattuale, attraverso la circolazione di notizie non oggettivamente vere, sia potenzialmente in grado di lasciar sviluppare ed intensificare all'interno della comunità virtuale quei discorsi d'odio che ... restano senz'altro al di fuori dei contenuti della garanzia costituzionale connessa alla libertà in parola*. Così, E. BALDINI, *Verità e libertà nell'espressione del pensiero...Prendendo spunto da casi concreti ...*, in *Dirittifondamentali.it*, 2017, n. 2, 4 settembre 2017, <http://www.dirittifondamentali.it/media/2455/baldini-verit%C3%A0-e-libert%C3%A0-nell-espressione-del-pensiero-prendendo-spunto-da-casi-concreti.pdf>.

¹³⁹ Per l'esistenza di un diritto alla non manomissione della propria coscienza, operata tramite la disinformazione relativa a questioni di pubblico interesse, v. L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia in Italia*, Roma, Bari, 2011, p. 53 ss.

¹⁴⁰ P. VIDAL-NAQUET, *Gli assassini della memoria*, cit., p. 55.

¹⁴¹ In altre parole, rispetto al negazionismo la pena è tutt'altro che *retribuzione della "memoria violata"*, e l'incriminazione ha una *ratio* totalmente estranea al *fine ... di rassicurare i consociati* (così, invece, E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., pp. 7 e 165). Nel contempo, il problema ha contorni significativamente diversi da quelli che discendono da un suo inquadramento esclusivo all'interno della stretta alternativa tra negazionismo/vilipendio e negazionismo/istigazione (come invece ritenuto da D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione*, cit., p. 983 ss.).

Da prospettiva peculiare, per il riconoscimento del rango costituzionale a un autonomo *diritto alla storia*, v. M.C. LOCCHI, *"Diritto alla storia" e stato costituzionale*, in *Historia Magistra*, 2012, n. 10, p. 51 ss. Sul rapporto tra verità e democrazia, cfr. anche G. FORTI, *Introduzione*, cit., p. 4 s.

In proposito, mi sembra di estremo interesse una recente sentenza del Tribunale Federale Svizzero – la massima autorità giudiziaria della Confederazione – con cui, per la prima volta dal 1848, vengono annullati gli esiti di un referendum popolare. La ragione dell’annullamento discende dal fatto che il governo e la stampa avevano diffuso *dati falsi* sugli effetti che sarebbero conseguiti all’eventuale approvazione del referendum. Per la Corte, ciò ha determinato una lesione del *diritto politico fondamentale* dei consociati di avere la possibilità di formarsi un’opinione libera e consapevole sul tema della consultazione: *Il corpo elettorale è stato privato di elementi importanti per formare ed esprimere la sua opinione ... (e questo) non è compatibile con la libertà di voto. L’art. 34, allegato 2, della Costituzione è stato conseguentemente violato*¹⁴².

In effetti, viene da pensare che le cose stiano in termini non soltanto diversi, ma radicalmente antitetici rispetto a come normalmente ricostruiti dalla nostra dottrina, perché *Se non c’è verità, ma calcolata e calibrata sua alterazione, finalizzata a disinformare ... il richiamo a nobili e intangibili principi di libertà è intrinsecamente offensivo per la collettività e storicamente derisorio, beffardo per coloro che, in difesa della libertà di opinione, hanno sacrificato la propria vita*¹⁴³.

L’idea della conoscenza della verità come presupposto della libertà – e penso, su tutti, agli studi di Karl Jaspers¹⁴⁴ (che non a caso ne scrive mentre si trova a Heidelberg, privato della libertà perché *sposato a donna di razza ebraica*) – si pone, evidentemente, in fortissima tensione con gli schemi su cui si fondano le contemporanee para-democrazie telematiche, il cui *milieu* socio-culturale, e di pseudo-legittimazione, è infatti un mare ideologico torbido in cui le tesi più insulse, anche eclatantemente false, appaiono perfettamente equivalenti a quelle documentate e consapevoli: la verità si disperde in un 1=1 che, razionalmente, non regge né sul piano ontologico né su quello cognitivo né su quello epistemologi-

¹⁴² Tribunale federale, sentenza 1C_338/2018 del 10 aprile 2019 consid. 3, 4. La consultazione aveva ad oggetto il tema del regime fiscale previsto dalla legislazione federale per le coppie di fatto. Il governo, attraverso un rapporto ampiamente diffuso dalla stampa, aveva comunicato che le modifiche al sistema della fiscalità avrebbero coinvolto, qualora il referendum fosse stato approvato, circa 80.000 coppie sposate, laddove la quantificazione corretta sarebbe stata, invece, di circa 454.000 coppie. Nulla si diceva, peraltro, sul fatto che i dati contenuti nel rapporto fossero il frutto soltanto di una stima tendenziale, né che la stessa fosse stata operata sulla base di dati risalenti a diversi anni addietro. Tutto ciò, per i giudici di Losanna, ha determinato l’insanabile irregolarità della consultazione, essendo stata lesa *la garantie de la libre formation et de l’expression fidèle et sûre de la volonté des citoyens*.

¹⁴³ Così, Cass., 26 settembre 2012, n. 41249.

¹⁴⁴ K.T. JASPERS, *Della verità. Logica filosofica* (1947), Milano 2015. Il libro è dedicato alla moglie, Gertrud Mayer.

co¹⁴⁵, ma che fonda nuovi modelli di controllo sociale e di manipolazione del consenso. Il recente caso di *Cambridge Analytica* ne costituisce peculiare riprova¹⁴⁶.

L'impressione è che lo sviluppo post-moderno del relativismo agnostico, così caro agli intellettuali di formazione umanistica¹⁴⁷ (perché illude di annullare il *gap* tra le nostre discipline e quelle scientifiche), ad altro non abbia condotto che alla ripresa del mito della razza, al risorgere di nazionalismi, autoritarismi, insulsi re-vanchismi, a *presidenti impresentabili*, ... *nemici dei vaccini* e ... *populismi informativi*¹⁴⁸. In sintesi, a un attacco frontale alla democrazia¹⁴⁹.

È emersa dunque una prospettiva inaspettata: la rilevanza penale attribuita al falso politicamente sensibile, nella specie al negazionismo della *Shoah*, presentato dalla nostra dottrina come indebito strumento di compressione della libertà di pensiero¹⁵⁰, ne costituisce, al contrario, un fondamentale strumento di tutela. A comprimere quella libertà, al contrario, è proprio la falsificazione della storia, perché *i fatti sgraditi possiedono un'exasperante ostinatezza che può essere scossa solo dalle ... menzogne*¹⁵¹. In effetti, quello contro cui si dovrebbe *lottare in una democrazia non*

¹⁴⁵ In un contesto in cui le cose perdono anche la loro più elementare evidenza, il responsabile genovese di *Lealtà e Azione*, gruppo di estrema destra ma vicino agli ambienti istituzionali del capoluogo ligure, ha sdegnosamente respinto le accuse di antisemitismo che gli erano state mosse dopo la pubblicazione di un post, nel maggio 2018, in cui definiva gli ebrei *una lurida razza di mercanti dal naso adunco* (https://genova.repubblica.it/cronaca/2018/05/27/news/il_leader_di_lealta_azione_amico_di_lega_e_forza_italia_ebrei_lurida_razza_dal_naso_adunco_-197494302).

¹⁴⁶ Quel che sembra emergere da recenti fatti di cronaca è che la manipolazione delle coscienze operata attraverso il web tramite l'elaborazione mirata dei dati sensibili dei singoli consociati, stia acquisendo carattere di sempre maggiore scientificità, al punto che le coordinate del discorso tendono oramai a inquadrarsi non in un generico timore che possano in tal modo indursi distorsioni nella libertà di autodeterminazione, ma nell'elevata probabilità che, agendo evidentemente sui grandi numeri, ciò sia assolutamente alla portata di chi possieda tali strumenti (e plausibilmente sia già stato fatto). Il che, evidentemente, proietta il discorso nell'alveo paradigmatico, se non del danno concretamente arrecato a un bene giuridico fondamentale, quantomeno del pericolo concreto. Sulle tecniche di persuasione di massa al tempo di internet, v. C. MELCHIOR, A. ROMOLI (a cura di), *La strategia della persuasione. Comunicazione e media nell'era della post-verità*, Milano, 2018; S. FULLER, *Post-Truth: Knowledge as a Power Game*, London, 2018; L.C. MCINTYRE, *Post-Truth*, Cambridge (MA), 2018.

¹⁴⁷ Il cui atteggiamento, a ben vedere, sembra non di rado collocarsi in quel modello di *verifobia* efficacemente delineato da A. GOLDMAN, *Knowledge in a social world*, Oxford, 1999, p. 7 ss. Sul punto, cfr., M. TARUFFO, *La verità nel processo*, in G. FORTI, G. VARRASO, M. CAPUTO, a cura di, *“Verità” del precetto*, cit., p. 181 ss.

¹⁴⁸ M. FERRARIS, *Postverità e altri enigmi*, Bologna, 2017, p. 21 s.

¹⁴⁹ Per il rapporto inscindibile tra verità e democrazia, cfr. J. NIDA-RÜMELIN, *Democrazia e verità* (2006), Milano, 2015.

¹⁵⁰ Tra i tanti, già citati, parla espressamente di *intollerabile attentato alla libertà di pensiero*, M. CASSANI, *Negazionismo*, cit. p. 283.

¹⁵¹ Così, H. ARENDT, *Verità e politica* (1967), Torino, 2003, p. 47.

è affatto la verità¹⁵², ma quella sua manipolazione sistematica che tipicamente connota i sistemi autoritari.

7. I beni giuridici normalmente richiamati: ordine pubblico, dignità e identità. Alcune osservazioni critiche

Rispetto al coinvolgimento degli altri beni giuridici normalmente richiamati in tema di negazionismo, mi sembrano necessari alcuni rilievi. L'ordine pubblico, che qui declinerei in termini di rischio di realizzazione di fatti violenti di ispirazione antisemita, ha una portata evocativa di rischi credibili, soprattutto considerando che il negazionismo ritrova il suo terreno di coltura elettivo in ideologie tutt'altro che restie all'uso della violenza¹⁵³. Ma un diritto penale democratico ha delle sue regole, e il pericolo astratto – sia pur razionalmente fondato – fatica a rispettarle, tanto più in assenza di studi empirici che dimostrino una diretta connessione tra l'oggetto dell'incriminazione e l'evento temuto¹⁵⁴, anche se è estremamente plausibile l'esistenza di una stretta connessione tra i “discorsi d'odio” e i crimini che da quell'odio vengono ispirati¹⁵⁵. Diciamo che l'ordine pubblico può giocare un ruolo – soprattutto qui, dove il piano dell'offesa ha un *bouquet* ricco e complesso –, ma un ruolo da comprimario e non da protagonista, perché da solo non riuscirebbe a conferire piena legittimità alla scelta incriminatrice¹⁵⁶.

¹⁵² M. TARUFFO, *La verità nel processo*, cit., p. 184 s. Che la rilevanza penale attribuita al negazionismo risponda alla necessità costituzionale di tutelare *i più profondi fra i valori fondanti della democrazia*, è rilevato da A. GRATTERI, *Perché negano*, cit., pp. 64, 71. Come riprova a contrario, si pensi alla rimozione “normativa” della memoria della Shoah nella recente esperienza polacca. Sul punto, S. PARISI, “Dimenticare” per legge? *La Polonia e il negazionismo dei campi di sterminio*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, f. 2, p. 500 ss.

¹⁵³ L'incriminazione del negazionismo si giustificerebbe quale strumento *di tutela delle istituzioni democratiche dal pericolo di aggressioni violente*, secondo G. INSOLERA, *Tempo, memoria e diritto penale. Quale memoria per quale diritto penale?*, in *Dir. pen. cont.*, 19 marzo 2018, p. 7.

¹⁵⁴ Sul punto, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato. Estratto dal "Novissimo digesto italiano"*, Torino, 1974, p. 86. Cfr. anche, tra gli altri, S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, f. 1, p. 368 ss.

¹⁵⁵ V. *Prosecuting Hate Crimes: A Practical Guide*, pubblicato dall'Ufficio OSCE per le Istituzioni Democratiche e i Diritti Umani (ODIHR) e dall'Associazione Internazionale dei Pubblici Ministri (IAP), Varsavia, 2014. La traduzione italiana (2016) è disponibile su <https://www.osce.org/it/node-/262261?download=true>. Cfr. anche G. FORTI, *Le tinte forti del dissenso*, cit., p. 1043 s. Come nota C. LUZZATI, *Chi parla con chi?*, cit., p. 242, *emerge un'agghiacciante continuità fra il vaniloquio negazionista e certi fatti, come per esempio la profanazione delle tombe del cimitero ebraico di Carpentras nel 1990: non ci si accontentò di disegnare svastiche sulle lapidi, ma si giunse a dissotterrare i morti*.

¹⁵⁶ Sul punto, v. gli efficaci rilievi di M. CAPUTO, *La menzogna di Auschwitz*, cit., p. 33 ss. Cfr., tuttavia, D. BIFULCO, *Negare l'evidenza*, cit., p. 45 s. V. anche R. D'ORAZIO, *La memoria doverosa. L'esperienza francese delle lois mémorielles*, in V. ZENO ZENCOVICH, a cura di, *Riparare Risarcire Ricordare*, cit., p. 428 s. In proposito, va comunque ricordato che la Corte

Ho difficoltà, nel contempo, a condividere la possibile polarizzazione dell'illecito sull'offesa arrecata alla *dignità del popolo ebraico*¹⁵⁷. Da un lato mi sembra un concetto eccessivamente volatile, forse troppo per dar corpo a un bene giuridico¹⁵⁸, dall'altro trovo il riferimento riduttivo. Pensare al negazionismo come a una fattispecie dall'offesa circoscritta alla specificità ebraica¹⁵⁹ vuol dire infatti dimenticare – e questo sì, sarebbe molto pericoloso – che dietro il negazionismo c'è molto altro, perché è lo stesso patto etico e politico su cui si fondano le democrazie moderne a nascere dalle ceneri di Auschwitz¹⁶⁰.

Costituzionale ritiene legittima la predeterminazione normativa *sia delle condotte alle quali collegare una presunzione assoluta di pericolo sia della soglia di pericolosità alla quale fare riferimento, purché ... l'una e l'altra ... non siano irrazionali o arbitrarie, ciò che si verifica allorquando esse non siano collegabili all'id quod plerumque accidit*. Così, Corte Cost., 11 luglio 1991, n. 333.

¹⁵⁷ In questo senso – il negazionismo determinerebbe *un'offesa alla dignità delle vittime, dei loro discendenti e di tutti quanti appartengano al gruppo colpito dalla menzogna storica* – M. CAPUTO, *La menzogna di Auschwitz*, cit., pp. 14, 35 ss. V. anche G. FORTI, *Le tinte forti del dissenso*, cit., p. 1055 ss. Nella dottrina giuspubblicistica, D. BIFULCO, *Negare l'evidenza*, cit., p. 89 ss. A un duplice livello di offesa – *per cui la negazione determina, contemporaneamente e necessariamente, la lesione della dignità di quella persona determinata e dell'intera umanità* – fa riferimento E. VENAFRO, *Il nuovo reato di negazionismo*, cit., p. 14. In senso analogo, G. PUGLISI, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo"*, cit., p. 24 ss. Quando si afferma che la tutela della dignità non potrebbe comunque bilanciare la libertà di manifestazione del pensiero in ragione della sostanziale omogeneità che connoterebbe tali valori – *la libertà di pensiero è parte della dignità umana, non si potrebbe limitare la libertà di pensiero per tutelare la dignità umana essendo questi due valori sovrapponibili e facenti parte dello stesso genus di diritti dell'uomo* (così, S. DE FLAMMINEIS, *Riflessioni sull'aggravante del "negazionismo": offensività della condotta e valori in campo*, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2016, p. 49) –, si esprime un concetto di cui appare molto difficile cogliere il significato.

¹⁵⁸ In questo senso, tra gli altri, G. INSOLERA, *Tempo, memoria e diritto penale*, cit., p. 7.

¹⁵⁹ Sulla stretta connessione esistente tra identità e dignità, v. i rilievi della Corte costituzionale tedesca in 1 BvR 23/94. Sul punto, ampiamente, M. CAPUTO, *La menzogna di Auschwitz*, cit., p. 35 ss.

¹⁶⁰ V. A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa*, cit., p. XXVII. Cfr. anche M. PELISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Quest. Giust.*, 2015, f. 4, p. 37 ss.; E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., p. 167 s. In effetti, è difficile non cogliere la stretta connessione che lega le fortune del neo-antisemitismo, in costante crescita anche all'interno dei Paesi occidentali (v. *supra*, § 5, nota 107) con la crisi della democrazia che stiamo vivendo in questi anni, il risorgere di populismi di ogni sorta con cui si cerca di annullare, forse con successo, quel patto etico che proprio da Auschwitz (*perché non potesse accadere mai più*) aveva tratto le sue radici legittimanti. Quel relativismo assiologico implicitamente sotteso al "surfismo" intellettuale del *tutte le idee meritano di essere sostenute* – *"un ambiguo reticolo di limiti ideologici, con il negazionismo che diviene reato, con l'omofobia che confonde la discriminazione con le libere opinioni in materia di sessualità ..."* (così, C. CARDIA, *La metamorfosi dei diritti umani. Dal nuovo Sinai di Hannah Arendt alla nuova Torre di Babele*, in *Iustitia*, 2014, f. 1, p. 28) –, più che a Rousseau rimanda a Weimar, e dunque alla teorizzazione di un pan-relativismo etico che generò la fine delle democrazie liberali, l'esaltazione del suprematismo razziale, e di lì i momenti più bui della storia dell'umanità. Sulla complessiva problematica, ancora attuali appaiono i rilievi di K. LOEWENSTEIN, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in *The American Political Science*

C'è anche questa ragione, in effetti, tra quelle che mi conducono ad essere perplesso circa l'individuazione dell'oggetto dell'offesa nell'*identità* del popolo ebraico¹⁶¹, modello fatto proprio, peraltro, anche dalla Corte Costituzionale tedesca¹⁶². Nella storia identitaria del popolo ebraico c'è indubbiamente anche la *Shoah*, ma ci sono talmente tante altre cose – di cui talune hanno segnato in modo indelebile tutta la storia del pensiero –, che quell'identità risulta a mala pena scalfita dalle menzogne negazioniste. Né credo che negare la resistenza degli ebrei a Masada del 73 d.C., e il suicidio collettivo per non cadere nelle mani dei romani¹⁶³, episodio anch'esso sicuramente identitario, potrebbe mai legittimare l'infrazione di una sanzione penale, come non sarebbe legittimo incriminare l'offesa all'identità cristiana portata da chi negasse la storicità della crocifissione.

Dietro la legittimità dell'incriminazione del negazionismo, come visto, c'è infatti ben altro. Ben lungi dall'essere innocuo, non è neanche un falso grossolano. Ne è prova la sua crescente diffusione, ma anche il carattere trasversale che oggi lo connota, fatto proprio dalla destra radicale¹⁶⁴ come dall'integralismo cattolico¹⁶⁵, dall'universo islamico¹⁶⁶ come dal terzomondismo di sinistra¹⁶⁷. Il tutto amplificato dal gran numero di siti web che ne accolgono e rilanciano le tesi. Rilievo, quest'ultimo, che si oppone anche a un'altra obiezione tradizionalmente mossa – sia pur in termini di opportunità e non di legittimità – all'attribuzione al negazionismo di rilevanza penale: ovvero il palcoscenico mediatico che in tal modo si attribuirebbe, al momento del processo, ai negazionisti¹⁶⁸.

Review, v. 31, n. 3 (giugno 1937), p. 417 ss. Per la idoneità di un certo "discorso" pubblico a erodere la stessa base etica su cui si regge la convivenza democratica e il pluralismo, v. G. FORTI, *Le tinte forti del dissenso*, cit., p. 1057. Per il rilievo – a volte stranamente dimenticato – che la nostra Costituzione trae dalla Resistenza ... origine e sostanza sempre vivente, Corte Cost., 21 maggio 1987, n. 189.

¹⁶¹ In questo senso, ad es., A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa*, cit., p. XXVII.

¹⁶² 1 BvR 23/94 – Rn. 42-43. In effetti la Corte, più che ricostruire il fatto come offensivo *tout court* dell'identità del popolo ebraico, inteso come entità super-individuale, sembra fare riferimento all'aggressione arrecata a un dato identitario di ciascun singolo ebreo.

¹⁶³ FLAVIO GIUSEPPE, *De bello Iudaico*, IV, 399 ss.

¹⁶⁴ Per una ricostruzione del fenomeno, nel nostro Paese, v. in particolare D. RANA, *Destra radicale italiana e negazionismo della Shoah*, in *InTrasformazione*, 2014, <http://www.intrasformazione.com/index.php/~intrasformazione/article/view/119/pdf>.

¹⁶⁵ V. E. MAZZINI, *L'antiebraismo cattolico dopo la Shoah*, Roma, 2012.

¹⁶⁶ Cfr., ad es., C. PANELLA, *Il "complotto ebraico". L'antisemitismo islamico da Maometto a Bin Laden*, Torino, 2005.

¹⁶⁷ Per tutti, F. GERMINARIO, *Negazionismo a sinistra. Paradigmi dell'uso e dell'abuso dell'ideologia*, Trieste, 2017; G. LUZZATTO VOGHERA, *Antisemitismo a sinistra*, Torino, 2007. Cfr. anche, come precursore e "teorico", A. BORDIGA, *Auschwitz ou le grand alibi*, in *Programme Communiste*, n. 11, aprile-giugno 1960.

¹⁶⁸ In questo senso, ad es., D. PULITANÒ, *Cura della verità*, cit., p. 95 (va nel contempo rilevato come l'A. mostri perplessità circa l'opportunità dell'incriminazione del negazionismo, e non circa la legittimità della stessa, *ivi*, p. 94 ss.); E. FRONZA, A. GAMBERINI, *Le ragioni che contrastano*, cit., p. 6.; M. CASSANO, *Negazionismo*, cit., p. 284. Cfr. anche C. ROXIN, *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur*

Il fatto è che, grazie al web, i negazionisti, malauguratamente, non hanno più bisogno di nessuna, ulteriore, cassa di risonanza¹⁶⁹.

8. *La soluzione del legislatore italiano: un compromesso assiologicamente e prammaticamente inadeguato*

Quello che crea perplessità, in effetti, è la recezione normativa del modello ampio di negazionismo¹⁷⁰, anche se il problema si ridimensiona essendo di gran lunga più rilevante, sul piano fenomenologico, la negazione dell'olocausto rispetto a quella – in realtà scarsamente plausibile – avente a oggetto le varie tipologie di crimini di guerra richiamate in fattispecie. Non c'è dubbio, tuttavia, che il confronto con molte di esse, soprattutto dove non vi sia stato un accertamento dei fatti da parte di Tribunali internazionali, potrebbe mettere il nostro giudice in seria difficoltà¹⁷¹. Lascia nel contempo perplessi la forte polarizzazione sull'ordine pubblico che caratterizza la decisione quadro, e che connota anche la soluzione italiana laddove si è scelto, disattendendo in modo evidente la direttiva¹⁷², di non prevedere un'autonoma fattispecie ma soltanto una circostanza aggravante di illeciti che all'ordine pubblico devono molto dei loro coefficienti di offesa¹⁷³. Nel contempo, la disposizione è costruita in modo tale da non potere quasi trovare applicazione¹⁷⁴, perché l'istigazione alla discriminazione ben difficilmente *si fonda*

Legitimation der Strafdrohungen, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO, a cura di, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, cit., p. 731. La peculiare attitudine del web a diffondere i discorsi d'odio è efficacemente evidenziata da G. ZICCARDI, *Il negazionismo in Internet, nel deep web e sui social network: evoluzione e strumenti di contrasto*, in *Notizie di politeia*, 2017, v. 33, p. 105 ss.; A. SPENA, *La parola(-)odio*, cit., p. 580 ss.

¹⁶⁹ Nel contempo, quando si scrive che *il dispiegamento dell'apparato penale sottrae i negazionisti alla possibilità di precipitare nel ridicolo* (così, C. DEL BÒ, *Menzogne che non si possono perdonare*, cit., p. 298), si dimentica che non a caso tale possibilità non si sia mai concretizzata. L'odio, la violenza verbale, la morte negata, la memoria oltraggiata, non sono in grado, infatti, di suscitare la benché minima sensazione di ilarità.

¹⁷⁰ Sul «discutibile» *ampliamento dei crimini oggetto di negazione*, cfr. G.M. TERUEL LOZANO, *Il reato di negazionismo nella prospettiva europea: tentativo di ricostruzione costituzionalmente orientata*, in *Rivista AIC*, 2014, f. 2, p. 20 s.

¹⁷¹ Cfr. G. DELLA MORTE, *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, in *Quaderni di SIDIBlog*, v. 3, 2016, p. 279 ss; E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso*, cit., p. 1029.

¹⁷² In questo senso, anche C. DEL BÒ, *Tollerare l'intollerabile*, cit., p. 8.

¹⁷³ Per tutti, v. E.M. AMBROSETTI, *Beni giuridici tutelati e struttura delle fattispecie: aspetti problematici della normativa contro la discriminazione razziale*, in *Ind. pen.*, 2006, n. 3, p. 1019 ss.

¹⁷⁴ Sui seri rischi di ineffettività della soluzione adottata dal legislatore italiano, v. E. FRONZA, *Prime osservazioni critiche*, cit., p. 70 s.

sulla negazione della *Sboah*¹⁷⁵, pur risultando ad essa del tutto omogenea¹⁷⁶.

Anche l'affiancamento della condotta di *apologia* a quelle di *negazione* e *minimizzazione grossolana* – quest'ultima, tra l'altro, decisamente indeterminata¹⁷⁷ –, non è immune da dubbi: si tratta di modelli che, pur accomunati dall'odio che li alimenta, sono infatti antitetici. A differenza del negazionista, infatti, l'autore di un'apologia non dice il falso ma esprime una – pur spregevole – opinione: lungi dal negare il dato storico, a ben vedere, lo riafferma.

Più ampiamente, lo stesso accostamento della *Sboah* a una tipologia di illeciti molto variegata, anche sul piano dell'offesa – ad esempio, citando a campione tra i crimini di guerra, *dirigere deliberatamente attacchi contro ... proprietà che non siano obiettivi militari*, o *costringere un prigioniero di guerra ... a prestare servizio nelle forze armate di una potenza nemica*¹⁷⁸ –, finisce per disperderne la specificità¹⁷⁹, trasmettendo un messaggio culturale ambiguo che rischia pericolosamente di somigliare, in una prospettiva valoriale, a una minimizzazione – più o meno grossolana – dell'olocausto.

Mentre attribuire rilevanza penale alla negazione della *Sboah* è perfettamente conforme al quadro dei principi generali, e quanto mai opportuno, probabilmente doveroso, sul piano politico-criminale, la qualità della soluzione apprestata dal nostro legislatore è di sconcertante modestia, e probabilmente inconsapevole di quanto, soprattutto nell'ombra scura del crepuscolo delle democrazie, sia alta la posta in gioco¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Cfr. A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità*, cit., p. 1003. È per questo motivo che, in dottrina, si è ritenuto che l'ipotesi non integrerebbe una circostanza aggravante, ma, scollegata dalla fattispecie base, un'autonoma ipotesi di illecito. Così, E. VENAFRO, *Il nuovo reato di negazionismo*, cit., p. 15 ss. Cfr. anche A.S. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche*, cit., p. 294 ss. La tesi, tuttavia, non sembra riuscire a strutturarsi su dati ermeneutici e testuali realmente in grado di sorreggerla. In questo senso, F. BELLAGAMBA, *Dalla criminalizzazione*, cit., p. 15 ss.; D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, cit., p. 7.

¹⁷⁶ V. L. DANIELE, *Negazionismo e libertà di espressione*, cit., p. 96.

¹⁷⁷ Così, ad es., C. DEL BÒ, *Menzogne che non si possono perdonare*, cit., p. 290 s.; M. CASSANO, *Negazionismo*, cit., p. 281.

¹⁷⁸ Cfr. G. DELLA MORTE, *Sulla legge che introduce la punizione*, cit., p. 278; E. FRONZA, *Prime osservazioni critiche*, cit., p. 68 s.

¹⁷⁹ V. D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione*, cit., p. 990.

¹⁸⁰ Cfr. D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo*, cit., p. 2.

FILIPPO BELLAGAMBA

DALLA CRIMINALIZZAZIONE DEI DISCORSI D'ODIO
ALL'AGGRAVANTE DEL NEGAZIONISMO: NIENT'ALTRO CHE IL
PRODOTTO DELLA LEGISLAZIONE PENALE "SIMBOLICA"?

SOMMARIO: 1. L'attuale assetto normativo in tema di *hate speech* e di negazionismo. – 2. La controvertosa individuazione del bene giuridico tutelato e le modalità di attivazione del giudizio di bilanciamento: posizione del problema. – 3. Le forme di manifestazione del negazionismo e la soluzione adottata dal legislatore italiano. – 4. La difficile "composizione" tra commissione di un delitto ed esercizio di un diritto. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *L'attuale assetto normativo in tema di hate speech e di negazionismo*

Quando ci si confronta con la criminalizzazione di discorsi propagandistici fondati sulla superiorità o sull'odio razziale o dell'istigazione a commettere, per quelle stesse motivazioni, atti di discriminazione (c.d. *hate crimes*), ci si colloca nel problematico ambito dei c.d. *reati di opinione*, dei quali si registra una incessante e progressiva proliferazione, avendo questi, negli anni, assunto modulazioni ulteriori rispetto all'assetto originario, per lo più circoscritto alla tutela di condotte propalatrici di idee razziste¹ ed antiegalitarie. Come è stato opportunamente segnalato, è sufficiente adottare una prospettiva comparatistica per rendersi conto della sempre più invalsa tendenza, negli ordinamenti europei, a ricorrere allo strumento penale per incriminare manifestazioni di pensiero, che siano in grado di impattare, con intensità variabile, in settori fortemente connotati da istanze securitarie (si pensi, per tutte, alla disciplina sulla lotta al terrorismo internazionale), in una generalizzata rincorsa a colpire la "genesi" del fenomeno criminologico mediante una consistente anticipazione della soglia di tutela penale².

¹ Si diffonde sulla nozione di razzismo contemporaneo (o *neorazzismo*), quale rifiuto, incondizionato e totale, di una categoria di uomini "anormalmente diversi", perché inutili o pericolosi e dunque socialmente non integrabili ed inassimilabili a chi rispetto ad essi si sente "superiore", L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006, p. 122.

² Così E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1018 s., ove ci si sofferma sulla recente legislazione spagnola e francese di contrasto al terrorismo internazionale.

La repressione penale di condotte diffusive di idee – mi si passi il termine volutamente generico – discriminatorie e di ‘sollecitazione’ alla commissione di atti di violenza o di provocazione alla violenza avverso determinate vittime, sol perché appartenenti ad un determinato gruppo nazionale, etnico o razziale, affonda, come noto, le proprie radici nel lontano 1975, quando, nel ratificare e dare esecuzione alla “Convenzione internazionale sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale”, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966 (L. 13 ottobre 1975, n. 654), si decise di introdurre nel sistema una fattispecie incriminatrice, poi nel tempo a più riprese manipolata, emendata, riformulata ed infine fisicamente traslata nel codice al libro secondo, titolo XII, capo III, nella neonata Sezione I *bis*, tra i delitti contro la *libertà individuale* e, più specificamente, contro l’*eguaglianza* (art. 604 *bis*³, così come inserito dall’art. 2, D.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, concernente le “Disposizione di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell’art. 1, comma 85, lett. q), della legge 23 giugno 2017, n. 103”⁴). I passaggi più salienti di questa progressiva ope-

³ Il quale testualmente recita: “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito:

a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;

b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l’incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell’assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni.

Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l’istigazione e l’incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull’apologia della *Shoah* o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l’umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale”.

⁴ Sul principio della riserva di codice si veda, in generale, L. FERRAIOLI, *Crisi della legalità penale e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in AA.VV., *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente e ipotesi del futuro*, Padova, 2001, p. 27 s.; G. FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 142; C.F. GROSSO, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in U. CURI-G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, p. 99 s.; C.E. PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 1011 s.; N. MAZZACUVA, *Intervento al dibattito su “Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla Commissione bicamerale”*, in *Crit. dir.*, 1998, p. 155 s. Per un commento al D.lgs. n. 21/2018 cfr. M. DONINI, *L’art. 3 bis in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 429 s.; S. DE FLAMMINEIS, *L’età della (apparente) codificazione: brevi riflessioni sul D.lgs. 1° marzo 2018, n. 21*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2018, n. 6, p. 27 s.; A. CISTERNA, *Un’operazione necessaria da rendere stabile*, in

ra di rivisitazione del testo originario si registrano all'art. 1, D.L. 26 aprile 1993, n. 122, convertito nella L. n. 205/1993 (c.d. Legge Mancino)⁵ ed all'art. 13, L. 24 febbraio 2006, n. 85⁶, con il quale si è ritoccata la lettera a) e modificata la lettera b), eliminando, per quanto qui soprattutto interessa, il lemma “diffusione” e sostituendolo con quello di “propaganda”, nell'evidente prospettiva di limitare la portata applicativa della norma facendo ricorso ad una nozione che si pone, rispetto all'originaria, in rapporto di *specialità per specificazione*. Infatti, siccome propaganda, nell'accezione oramai invalsa nel diritto vivente, si identifica con una divulgazione qualificata – rispetto alla diffusione – dal *quid pluris* rappresentato dalla finalità di condizionare o comunque di influenzare il comportamento o la psicologia di un vasto pubblico, risultando perciò idonea a raccogliere proseliti attorno all'idea propagandata, essa è parsa al legislatore adeguata – ma sul punto avremo modo di tornare nel prosieguo – a conseguire l'obiettivo di rimarcare la distanza tra la condotta tipizzata e la mera manifestazione del pensiero⁷.

È in questo contesto, così sommariamente tratteggiato⁸, che si colloca l'art. 1, comma 1, L. 16 giugno 2016, n. 115 – approdo finale del progetto di legge n. 2874-B a firma della senatrice Silvana Amati – con il quale si è giunti, inserendo all'art 3 sopra richiamato il comma 3 *bis*, alla criminalizzazione del fenomeno

Guida dir., 2018, n. 17, pp. 73-74; M. PAPA, *Dal codice penale “scheumorfico” alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2018, n. 5, p. 129 s.

⁵ Per il cui commento si rinvia a G.A. DE FRANCESCO, *D.L. 26 aprile 1993, n. 122, convertito con modificazioni dalla l. 25 giugno 1993, n. 205 – Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa. Commento all'art. 4 – Modifiche a disposizioni vigenti*, in *L.P.*, 1994, p. 176 s.

⁶ Ci si limita a richiamare, in materia, gli interventi di T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida dir.*, 2006, n. 14, p. 23; D. PULITANÒ, *Riforma dei reati di opinione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 745 s.; A. GAMBERINI-G. INSOLERA, *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni e altro. A proposito della riforma dei reati di opinione*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, p. 135; M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate ed incoerenze sistematiche (I-II)*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 960 s.; C. VISCONTI, *Il legislatore azzeccagarbugli: le “modifiche in materia di reati di opinione” introdotte dalla l. 24 febbraio 2006, n. 85*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 217.

⁷ Cfr., per tutte, Corte cost., 6 luglio 1966, n. 87, in *www.giurcost.org*. Nonché Sez. III, 15 settembre 2015, n. 36906, in *Dejure*; Sez. I, 22 novembre 2012, n. 47894, in *Guida dir.*, 2013, n. 4, p. 49; Sez. IV, 10 luglio 2009, n. 41819, in *C.E.D. Cass.*, n. 245168; Sez. III, 7 maggio 2008, n. 37581, *ivi*, n. 241072; Sez. III, 28 marzo 2008, n. 13234, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 737 s. Concordano sul ridimensionamento del perimetro di tipicità conseguente all'avvenuta sostituzione tra “diffusione” e “propaganda” C. VISCONTI, *Il legislatore azzeccagarbugli*, cit., c. 223; G. PAVICH-A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, in *www.penalcontemporaneo.it*, 13 ottobre 2014, pp. 21-22.

⁸ Per un quadro dettagliato dell'evoluzione nel tempo dell'assetto normativo riservato a tali fattispecie v., ancora, G. PAVICH-A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione*, cit., pp. 1-5.

da tempo noto come *negazionismo*⁹ e già da molti anni oggetto, nella maggior parte degli ordinamenti degli Stati aderenti all'Unione europea, di autonome previsioni incriminatrici¹⁰.

Nondimeno, trascorso neanche un biennio, il legislatore italiano è stato costretto a reintervenire apportando ulteriori modifiche al testo, onde ovviare agli inconvenienti da cui, a giudizio della Commissione europea¹¹, sarebbe stata afflitta la norma così come concepita dal nostro Parlamento, che avrebbe recepito in modo incompleto e scorretto la decisione quadro 2008/913/GAI sulla "lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto pena-

⁹ È espressione che compare per la prima volta nel lavoro di H. ROUSSO, *La syndrome de Vichy*, Parigi, 1987, p. 151; ID., *Le syndrome de Vichy: de 1984 à nos jours*, Parigi, 1990.

¹⁰ L'odierno panorama letterario trabocca di pregevolissimi contributi, nei quali ci si diffonde, con acribia e meticolosità, in un'analisi di diritto comparato sulla penalizzazione del dire negazionista; a chi, come il sottoscritto, intenda, sia pure sommessamente, inserirsi in un ambito di ricerca già così approfonditamente battuto, non rimane che fare riferimento, richiamandoli, a taluni di questi scritti, limitandosi qui soltanto a segnalare come Francia (art. 24 *bis* *Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*, introdotto dall'art. 9, *Loi 13 juillet 1990*, n. 615, c.d. *Loi Gayssot*), Austria (§ 3h *Verbotgesetz*, frutto della novella del 19 marzo 1992); Germania (§ 130 *StGB*, comma III, aggiunto dalla legge 28 ottobre 1994, che sanziona la c.d. *Auschwitzlüge*); Spagna (art. 607, comma 2, *codigo penal español* del 1995, sia pure dichiarato illegittimo dalla sentenza del *Tribunal Constitucional* 7 novembre 2007, n. 235, nella parte in cui esso si riferiva alla sola condotta di negazione senza richiedere che questa fosse anche idonea ad istigare alla violenza, per contrasto con l'art. 20.1 Costituzione spagnola e su cui cfr., per tutti: E. FRONZA-V. MANES, *Il reato di negazionismo nell'ordinamento spagnolo: la sentenza del Tribunal Constitucional n. 235 del 2007*, in *Ius17@unibo.it*, n. 2/2008, p. 489 s.; M. CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 gennaio 2014, pp. 11-12; S. DE FLAMMINEIS, *Riflessioni sull'aggravante del "negazionismo": offensività della condotta e valori in campo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 ottobre 2016, pp. 2-4) e Svizzera (art. 261 *bis*, comma 4, c.p., introdotto dalla L. 18 giugno 1993) annoverino nei rispettivi sistemi penali, sia pure con varietà di accenti, fattispecie di tenore analogo a quella di recente innesto nell'ordinamento italiano da circa 25 anni. Si soffermano su profili comparatistici, *ex plurimis*: E. FRONZA, *Memory and Punishment, Historical Denialism, Free Speech and the Limits of Criminal Law*, Springer, 2018; ID., *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012; G. PUGLISI, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni spreca-te e legislazione penale simbolica*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 luglio 2016, p. 9 s.; L. CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, in G. RESTA-V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012, p. 371 s.; P. LOBBA, *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo*, in *Ius17@unibo.it*, 2011, n. 3, p. 154 s.; J. LUTHER, *L'antenegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 1193 s.; G. POGGESCHI, *Diritto e memoria: fra condanna dei genocidi e rielaborazione del passato*, in F. BERTI-F. CORTESE (a cura di), *Il crimine dei crimini. Stermini di massa nel Novecento*, Milano, 2008, p. 200 s.; G. GAVAGNIN, *Il negazionismo nella legislazione penale francese, austriaca e tedesca*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso*, cit., p. 199 s.; A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa: "Eichmann di carta" e repressione penale*, *ivi*, 2006, p. XIII s.; M. MANETTI, *Libertà di pensiero e negazionismo*, in M. ANINIS (a cura di), *Informazione: libertà e potere*, Torino, 2005, p. 42 s.

¹¹ Che ha avviato, allo scopo, il caso EU Pilot 8184/15/Just.

le”¹². In particolare, le censure mosse dalla Commissione si sono appuntate sia sulla mancata incriminazione della istigazione pubblica all'odio in quanto tale, anziché, come detto, sulla *propaganda* di tale istigazione; sia sull'omessa previsione di condotte di *grave minimizzazione* e di *apologia* dei crimini internazionali, essendo stata soggetta a sanzione la sola negazione e non anche quei contegni celebrativi e di *riduzionismo*, quantitativo o qualitativo, delle aberrazioni naziste e di altri fatti di genocidio perpetrati nel mondo. Ed allora è all'art. 5, comma 1, L. 20 novembre 2017, n. 167 (Legge europea 2017), che si deve la formulazione attuale della disposizione che punisce il negazionismo, rimasta, poi, finalmente invariata nel processo di migrazione dalla Legge Mancino al codice penale.

L'obiettivo che ci si prefigge con la presente indagine è quello di rivedere criticamente la scelta di politica criminale adottata, oramai tempo addietro, dal legislatore penale in tema di condotte inneggianti all'odio razziale, dando conto, per sommi capi, delle nuove cadenze assunte dal dibattito – senz'altro rivitalizzatosi a seguito del “coinvolgimento” in questo ambito del negazionismo – e di verificare se sia il caso di esprimere un giudizio convergente, sia esso di favore o di sfavore, nei confronti della penalizzazione dei c.d. discorsi d'odio e del negazionismo o se, viceversa, sia il caso di accedere a soluzioni differenziate, per l'ipotizzata diversità del substrato disvaloriale che li connota.

Ciò che è innegabile è che si tratta di situazioni accomunate, quanto meno nella dialettica di chi mostra ferma avversione per un interessamento del diritto penale, da una macro-obiezione, che si articola nelle due varianti: a) della difficoltà, per non dire impossibilità, di individuare un oggetto giuridico ben definito e compiutamente afferrabile, che risulti pregiudicato o comunque messo in pericolo dalle condotte tipizzate, in ossequio al principio di offensività, al quale, da tempo e come noto, si riconosce dignità costituzionale sia quale canone di controllo delle opzioni legislative in materia penale¹³, sia quale strumento ermeneutico di (re)interpretazione delle norme in chiave di offesa; b) della reale fattività di

¹² Sulla decisione quadro del 28 novembre 2008, oltre agli scritti di Fronza e Lobba già citati alla nota 10, si confronti: A. AMBROSI, *La memoria collettiva e pubblica di massacri e genocidi tra dovere costituzionale di solidarietà e libertà individuali*, in S. RIONDATO (a cura di), *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia?*, Padova, 2012, p. 205 s.; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009, p. 259 s.; C. MANCUSO, *La decisione quadro 2008/913/Gai: due passi avanti e uno indietro nella lotta europea contro il razzismo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 645 s.

¹³ Sebbene non sia mancato chi (cfr. V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, p. 99 s.) ha, di recente, evidenziato come, da questo angolo prospettico, si registri, in seno alla giurisprudenza costituzionale, un impiego ancora piuttosto cauto del principio di offensività, limitandosi il sindacato alle sole ipotesi in cui le scelte legislative su contenuto e struttura delle condotte punibili si rivelino “manifestamente irragionevoli” e dunque disarmoniche rispetto al canone della ragionevolezza e ribadendosi, per il resto, una tendenziale deferenza verso la discrezionalità del legislatore.

un'opera di bilanciamento tra l'offesa arrecata e la protezione accordata all'esercizio di altri diritti fondamentali, anch'essi aventi rilievo costituzionale, tra cui, prima tra tutte, la libertà di manifestazione del pensiero.

2. *La controversa individuazione del bene giuridico tutelato e le modalità di attivazione del giudizio di bilanciamento: posizione del problema*

Tanto è stato detto e scritto sulla vaghezza ed indeterminatezza di oggettività giuridiche superindividuali, quali l'*ordine pubblico*. E ciò sia nella sua accezione *ideale*, quale tratto distintivo – soprattutto avuto riguardo al negazionismo – della comunità internazionale e di tutti i paesi liberaldemocratici, per i quali l'Olocausto è diventato una metafora del ventesimo secolo, la matrice della memoria che non arretra dinanzi all'incedere del tempo, l'emblema del male assoluto che trascende la contingenza e si proietta nell'ambito di ciò che è imperituro¹⁴; che in quella *materiale*, come sinonimo di *tranquillità* e di *sicurezza collettiva* – per la correlazione che si assume empiricamente comprovabile tra la diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale e la violenza, traducendosi la prima in un'*istigazione* alla seconda – che non sembra opportuno qui ripercorrere, neppure in via di estrema sintesi, i tratti salienti di un percorso argomentativo peraltro da più parti condiviso. Si è infatti sottolineato come l'inafferrabilità di beni giuridici così declinati, per quanto non incoerente con la crisi che sta attraversando la nozione stessa di interesse tutelato¹⁵, si rifletta inesorabilmente sulla struttura e sul contenuto della fattispecie che intenderebbe presidiarli, poiché finirebbe per essere costruita attorno ad un pericolo di lesione non già astratto, stante l'impossibilità di attuare verifiche empiriche della sua derivazione dal fatto tipico, ma addirittura *presunto*, con buona pace del principio di offensività e delle sue oramai consolidate acquisizioni.

Si è, d'altra parte, affermato – con specifico riferimento agli *hate speech* – che, quando essi assurgono a manifestazioni propagandistiche, sarebbero in grado di generare un fenomeno psicosociale noto come *Silencing Effect*¹⁶, ovvero un effet-

¹⁴ Cfr. A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa*, cit., p. XXVII. Correla il negazionismo alla lesione di beni *strumentali* all'*identità* dell'Unione europea C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 97.

¹⁵ Osserva, in proposito, G.A. DE FRANCESCO, *Crepuscolo di dogmi? Appunti sparsi su di una problematica 'moderna'*, in www.lalegislazionepenale.eu, 11.07.2017, pp. 9-10, come il bene giuridico sia oggi sottoposto ad un processo di parziale limitazione della sua originaria portata, assistendosi ad una sempre più marcata convergenza con le categorie del pericolo, dovuta alla necessità di far fronte allo sviluppo ed alla crescente articolazione delle esigenze e delle aspettative di una società in trasformazione.

¹⁶ Cfr. sul punto, CH. LAWRENCE III, *If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus*, in M. MATSUDA- CH LAWRENCE III-R. DELGADO-K. CRENSHAW, *Words That Wound. Critical Race Theory. Assaultive Speech and The First Amendment*, Westview, Boulder (CO), 1993, p.

to-bavaglio, di inibizione (da cui il “silenzio”) delle legittime istanze degli appartenenti al gruppo esposto al fuoco di fila di messaggi dispregiativi di partecipazione, quali *partner* paritari ed affidabili, ai processi di deliberazione democratica, avanzando, al pari degli altri membri della comunità, le proprie rivendicazioni politiche. Verrebbero, pertanto, a strutturarsi come *reati di danno*.

Si tratterebbe, in definitiva, di un modello di tutela che presenta significative analogie con quell'approccio teorico-ricostruttivo da ultimo elaborato dalla letteratura tedesca, che propone di concepire l'*onore* e, dunque, la reputazione individuale, in chiave *sociologico-funzionale*, consistendo cioè in una realtà psichica che assolverebbe alla funzione di *presupposto della comunicazione* e che si sostanzierebbe nella capacità di ogni uomo di soddisfare le aspettative degli altri per poter avviare rapporti comunicativi paritari¹⁷. A differenza di quanto accade nella diffamazione, il *danno* prodotto dalla propalazione di idee razziste non dovrebbe essere apprezzato in una dimensione meramente individuale, ma “si proietterebbe su scala macro-sociale”¹⁸, impedendo alla minoranza, riguardata nella sua interezza di “comunità”, di intrattenere proficue relazioni nell'ambiente sociale in cui essa risulti insediata.

Contro una simile impostazione si è criticamente osservato come ben potrebbe darsi che l'esternazione di pensieri che si nutra di un modello antropologico fondato sulla superiorità e sul disprezzo inneschi nel destinatario la reazione opposta ad una sua vittimizzazione, capovolgendo gli effetti del messaggio degradante in un processo virtuoso di riaffermazione di un'identità diversa rispetto a quella che l'autore del discorso ostile, nel suo distorto apprezzamento della realtà, intenderebbe stigmatizzare. E che, d'altra parte, non vi sarebbero basi conoscitive oggettive che consentano di stabilire, secondo canoni di eziologia causale, se effettivamente il pensiero razzista sia in grado di ingenerare quei danni potenzialmente devastanti, quali, *in primis*, l'inibizione comunicativa o la subordinazione sociale, che viceversa la “teoria critica della razza” (*Critical Race Theory*) assume come postulato, attorno a cui poi sviluppare il ragionamento¹⁹. In sintesi, l'*infalsificabilità* degli effetti finirebbe per collocare la fattispecie di propaganda

444; M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'uguaglianza e difesa dello Stato*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, p. 122 s.,

¹⁷ In questo senso K. AMELUNG, *Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung: Studien zum Wirklichkeitsbezug des Ehrbegriffs und seiner Bedeutung im Strafrecht*, Baden Baden, 2002, p. 21 s. Si diffonde sul tema A. TESAURO, *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, 2005, p. 17 s.

¹⁸ Così A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013, p. 73.

¹⁹ G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Pol. dir.*, 2008, p. 301; C. CARUSO, *Dignità degli “altri” e spazi di libertà degli “intolleranti”*. *Una rilettura dell'art. 21 Cost.*, in *Quad. cost.*, 2013, n. 4, pp. 797-798.

razzista nel novero degli illeciti fondati sul *principio di precauzione*²⁰, con le inevitabili fibrillazioni che discendono dal ricorso ad un modello di incriminazione privo di una base cognitiva *nomologico-esperienziale*, fondata su leggi scientifiche o regole di esperienza, e che si propone di scongiurare rischi frutto di supposizione, senz'altro seria ma pur sempre priva di conferme.

Ma è sul concetto di *dignità*, per lo più evocato dalla giurisprudenza quale oggetto di tutela del delitto di propaganda di idee fondate sull'odio razziale²¹ – quanto meno sino alla recente presa di posizione del legislatore in favore dell'*eguaglianza*²² – e sulla sua “capacità” di porsi quale bene giuridico di fattispecie, che si concentra il *focus* della riflessione, esprimendo questa “un valore a forte connotazione etico-emozionale”²³, tale da disvelare un'attitudine “onnivora” rispetto agli altri diritti costituzionali, “in una cadenza argomentativa alla stregua della quale si ritenga che, appartenendo alla categoria dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.), non sarebbe suscettibile di bilanciamento”²⁴.

²⁰ Su cui v. D. CASTRINUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del “penale” nella giurisprudenza della Cassazione*, in G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 611 s.

²¹ Cfr. Sez. I, 13 marzo 2012, n. 20508, in *Riv. pen.*, 2012, p. 970, ove la dignità appare riguardata come un'entità concettuale astratta, da tutelare ad oltranza e senza eccezioni, ed al cui cospetto la libertà di ricerca e di manifestazione del pensiero sono inesorabilmente destinate a cedere se con essa confliggenti; Sez. III, 7 maggio 2008, n. 37581, cit.; Sez. I, 26 novembre 1997, n. 724, in *Cass. pen.*, 1999, p. 983 s. Sembra in linea con questa impostazione anche G.A. DE FRANCESCO, *D.L. 26 aprile 1993, n. 122, convertito con modificazioni dalla l. 25 giugno 1993, n. 205*, cit., p. 179, il quale osserva come la propaganda (allora “diffusione”) di idee ispirate alla “superiorità” o all’“odio” razziale o etnico rappresenti “la più totale negazione della ‘personalità’ dell'uomo come valore in sé, come soggetto portatore di qualità ed attributi che non tollerano alcuna forma di ‘gerarchia’ o di differenziazione fondata sull'appartenenza o meno ad una determinata razza o gruppo sociale”. Aggiungendo che è la stessa Costituzione ad avere introdotto un “*limite invalicabile*” alla “possibilità di attuare comportamenti suscettibili di favorire e legittimare il perseguimento di obiettivi contrastanti con il riconoscimento di tali valori”, quali quelli della *personalità* dell'uomo (art. 2 Cost.) e della sua *pari dignità sociale* (art. 3 Cost.).

²² In questo senso anche F. GIUNTA, *I beni della persona penalmente tutelati: vecchie e nuove sfaccettature*, in *disCrimen.it*, 25 ottobre 2018, p. 18.

²³ G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale tra laicità e ‘post-secolarismo’*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 558.

²⁴ Lo segnala, non senza preoccupazione, G. RICCARDI, *Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 settembre 2013, p. 14. Parimenti critico verso l'invocazione della dignità come argomento *Knock-down*, in grado di chiudere la discussione in partenza, senza concedere spazio ad eventuali contro-interessi antagonisti A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., p. 3; C. CARUSO, *Dignità degli “altri” e spazi di libertà degli “intolleranti”*, cit., p. 812, secondo cui “il richiamo a questo ‘bene supremo’ cela, in realtà, l'irrigidimento protezionistico dell'ordinamento, che si chiude rispetto ad espressioni considerate in disaccordo rispetto alla cornice assiologica delle forze egemoni”.

Così come sul tema dei rapporti tra interessi giuridici a connotazione superindividuale e principio di offensività è parso inutile, in questa sede, indugiare, limitandosi a lapidarie osservazioni strettamente correlate al tema di indagine, allo stesso modo non sembra qui il caso di avventurarsi nella ricostruzione del concetto di dignità che, stante la sua centralità e la pluralità degli ambiti nei quali esso viene invocato, ci costringerebbe a deviare sensibilmente dal tracciato che ci siamo proposti di (ri)percorrere.

È sufficiente, ai nostri fini, segnalare come, in accordo con quanto anche di recente rilevato²⁵, sia nozione più facile da *percepire* che da *definire* ed il tentativo di delimitarne i confini potrebbe risultare fruttuoso solo declinandola *in negativo*, ovvero valorizzando il momento della sua aggressione, che si identifica con l'umiliazione, con ciò che "l'umano non può tollerare"²⁶. Infatti, i tratti qualificanti della dignità *in positivo* – che, per opinione consolidata, consistono nella universalità, nella inalienabilità e nella intangibilità – non offrono spunti apprezzabili ai fini di una sua definizione, risolvendosi, a ben vedere, nell'enunciazione di contrassegni di estremo rilievo, in grado di sottolinearne le implicazioni valoriali e giuridiche, ma non altrettanto di attenuare la vaghezza e la rarefazione del significato.

In realtà, per alcuni, il suo contenuto fluttuante ed indefinito mal si concilierebbe, da un lato, con la nozione stessa di bene giuridico, finendo per confondersi, secondo gli stilemi della concezione *metodologica*, con la *ratio legis*, con correlativa regressione a mera "sintesi categoriale" degli scopi perseguiti dal legislatore²⁷; e si presterebbe, dall'altro, ad essere sublimato in un'entità di tipo metafisico-trascendente, in un Universale Assoluto, che lo renderebbe immune da quello sforzo di concretizzazione-armonizzazione con la costellazione di interessi contrastanti, tipico del giudizio di bilanciamento²⁸. Deriva, questa, sin troppo eviden-

Lo qualifica "un valore che permea di sé il diritto positivo" anche la Corte cost., 11 luglio 2000, n. 293, in *www.giurcost.org*, a proposito della legittimità costituzionale del reato di pubblicazioni oscene, in quanto raccapriccianti o impressionanti, di cui all'art. 15 L. n. 47/1948; "un valore supremo che non conosce distinzioni e graduazioni di status personale", Corte cost., 6 novembre 1991, n. 414, a proposito della illegittimità costituzionale dell'art. 47 *ter* L. n. 354/1975, nella parte in cui non prevede che la pena detentiva della reclusione militare possa essere espiata in regime di detenzione domiciliare da persona che si trovi in condizioni di salute particolarmente gravi, da richiedere costanti contatti con i presidi sanitari territoriali.

²⁵ F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Torino, 2011, p. 109 s.; O. SCHACHTER, *Human Dignity as a Normative Concept*, in *Am. Journal Intern. Law*, 1999, p. 849; A. MARGALIT, *La società decente*, Milano, 1998, p. 52.

²⁶ Cfr., in proposito, da ultimo, la puntuale ed approfondita rivisitazione critica di A. VISCONTI, *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive politico-criminali*, Torino, 2018, p. 511 s.

²⁷ Sulla nota e complessa tematica non ci si può che limitare a rinviare ai sempre attuali A. BARRATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano, 1966, p. 68 s.; e F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1981, p. 24 s.

²⁸ Ancora A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., p. 11.

te nel delitto che ci occupa, poiché, una volta stabilito che la propaganda razzista lede la dignità umana, nel contempo e specularmente l'ambito di estensione della libertà di manifestazione del pensiero risulterebbe costretto da un *limite logico* insuperabile, in ossequio ad un ordine gerarchico di stampo assiologico precostituito, rigido ed irretrattabile.

D'altra parte, stante la già richiamata correlazione esistente tra fisionomia del bene protetto e tecniche di incriminazione, anche ad ammettere che la dignità rientri nella relativa categoria, la sua astrattezza ed imprecisione, in uno con la sua dislocazione nell'empireo dei principi supremi e dunque aprioristicamente prevalenti su ogni altro diritto-interesse concorrente²⁹, si ripercuoterebbe sull'offensività della condotta, ineluttabilmente declinata secondo lo schema dei delitti di *pericolo astratto*: la mera conformità al fatto tipico sarebbe di per sé prova del pericolo insito nella condotta incriminata.

Con più specifico riferimento al negazionismo della *Shoah* e, per l'effetto, dei crimini internazionali ad essa equiparabili (genocidio, crimini contro l'umanità, ecc), la dignità è stata evocata, poi, in una dimensione *collettiva* ed *unitaria* che, muovendo dai singoli coinvolti a titolo personale o familiare nelle atrocità di quel momento storico, si spinge sino a richiamare il *senso di umanità* originato dalla comprensione empatica dell'altrui sofferenza³⁰. Perché quel luogo di sterminio non è soltanto uno spazio geograficamente delimitato che reclama protezione per quanti, essendoci stati, si sentano defraudati della propria storia dalla maldicenza negazionista; è il *simbolo* dell'orrore e del degrado a cui può giungere l'essere umano, è il paradigma della sua compromissione e, come tale, impone ad ogni società, senza vincoli di tempo o di spazio, di farsi carico di quel dolore, che non è di qualcuno ma dell'uomo stesso, nella sua ontologica essenza.

Prima di prendere posizione sull'adeguatezza o meno della dignità umana ad assurgere ad oggettività giuridica suscettibile di legittimare una scelta di criminalizzazione e sulla conseguente difficoltà di effettuare un bilanciamento con altri diritti essenziali allo svolgimento della vita democratica di uno Stato di diritto, appare opportuno soffermarsi su quali siano le possibili manifestazioni del negazionismo e su come queste siano state poi tradotte dal legislatore in norma.

²⁹ Si parla, in proposito, di "strategia della categorizzazione", che consiste nello stabilire, una volta per tutte ed in astratto, i *limiti impliciti* alla portata applicativa di un diritto fondamentale, individuando una serie di *eccezioni permanenti* ed *insuperabili* al suo ambito di estensione, derivanti dalla tutela di un interesse contrapposto gerarchicamente sovraordinato. Si legga, in proposito, G. PINO, *Diritti ed interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, p. 156 s.; A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., pp. 22 s. e 58 s.

³⁰ In questo senso M. CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz"*, cit., pp. 40-41.

3. *Le forme di manifestazione del negazionismo e la soluzione adottata dal legislatore italiano*

Per come è strutturato l'art. 604 *bis*, comma 3, c.p., quanto meno nella parte in cui si sanzionano la propaganda, l'istigazione o l'incitamento che si fondino, in tutto o in parte, sulla negazione, sulla grave minimizzazione o sull'apologia della *Shoah*, v'è da rilevare, in prima battuta, come dette condotte si inseriscano nel paradigma di un modello di criminalizzazione altamente *consensuale*, accordandosi protezione ad una diffusa e consolidata ricostruzione di eventi storici, attorno ai quali si è formato negli anni un consenso univoco, generalizzato e trasversale. Già questa prima considerazione, sulla cui fondatezza non mi pare si possano avanzare dubbi o perplessità, è utile a qualificare il negazionismo come un *unicum* nel quadro complessivo dei c.d. *reati di opinione*, muovendosi questi ultimi lungo l'antitetica direttrice della penalizzazione di "opinioni pericolose che si innestano su un conflitto sociale"³¹, che fa da sfondo empirico-criminologico alle scelte politico-criminali. Se, dunque, essi rappresentano strumenti di lotta politica, funzionali a criminalizzare il *dissenso*, con la repressione del negazionismo solo apparentemente ci si colloca sulla medesima traiettoria punitiva, perseguendo in realtà il diverso obiettivo di irrobustire il consenso già esistente su fatti storici (lo sterminio del popolo ebraico) acclarati, indubitabilmente veri, che continuano a svolgere un ruolo essenziale nella coscienza degli uomini e delle donne di ogni tempo.

Se questo è vero, ciò che segue è che non v'è da scongiurare il rischio di arrecare un pregiudizio alla libertà di ricerca scientifica o di usurpare il mestiere dello storico, come potrebbe dirsi rispetto a vicende diverse dalla *Shoah*, che presentano o possono presentare contorni storico-politici non così nitidi e ancora in via di definizione. La negazione di ricostruzioni storiche oramai connotate dal crisma della *verità*, poiché frutto di un accertamento condotto con metodo scientifico dalla storiografia più accreditata, non può essere valutata alla stregua della manifestazione della libertà di un percorso di studio e di ricerca, che non tollera indebite restrizioni o compressioni di sorta³².

³¹ Così si esprime E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso*, cit., p. 1024.

³² Di questo avviso anche L. CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, cit., p. 371. In senso contrario M. DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Nota su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell' "offense" di Joel Feinberg, in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, 2010, p. 92. L'unicità del negazionismo dell'Olocausto, in quanto fatto storicamente *indiscutibile*, viene affermata anche dalla Corte EDU, *Perinçek c. Svizzera*, ric. n. 27510/08, 15 ottobre 2015, relativa alla condanna inflitta dalla Svizzera al ricorrente ai sensi dell'art. 261 *bis*, comma 4, c.p., per aver negato che il massacro compiuto dagli Ottomani a danno della comunità armena nel 1915 fosse qualificabile come *genocidio*. Sia i giudici della Seconda Sezione, nel dicembre 2013, che la Grande Camera, adita dal Governo svizzero ai sensi dell'art. 43 CEDU, hanno

I negazionisti sono impostori che si cibano di menzogne che, per quanto grossolane e senz'altro confutabili poiché attingono fatti da considerare come *notori* o alla stregua di *massime di esperienza*³³ (si pensi, per tutte, ai falsi storici sull'inesistenza delle camere a gas e dei forni crematori)³⁴, vengono prospettate con sottigliezza argomentativa e toni sufficientemente sobri, nel fermo, sia pure non palesato, intendimento di smascherare gli interessi sottesi al c.d. *complotto giudaico* – fatto di poteri forti ed occulti, di connivenze ed intrecci affaristici e di progetti diffamatori di un intero paese (la Germania) a fini di profitto – e di riuscire nell'intento di costruire un mondo nuovo, finalmente libero dall'egemonia sionista e dalle ingiustizie da questa patrocinate³⁵. Un vero e proprio disegno politico-ideologico, “un'impresa di ‘igiene culturale’”³⁶ la quale, passando dalla falsificazione dell'abiezione degli stermini e dalla negazione della c.d. soluzione finale (*Endlosung*) – che sarebbe consistita nell'emigrazione, volontaria, degli ebrei negli Stati Uniti e nell'ex Unione sovietica, così da far perdere le loro tracce – approda ad una ri-legittimazione del nazismo, una volta epurato dei momenti più aberranti ed improponibili della sua parabola storica e, più in generale, della storia dell'umanità.

Ciò precisato, per dare risposta all'interrogativo su quale sia stato l'approccio del legislatore italiano al tema che ci occupa, non sembra inutile richiamare la distinzione, prospettata in dottrina³⁷, tra:

concluso per la non necessità, in una società democratica, della condanna del ricorrente, che aveva espresso un'opinione non sorretta dalla volontà di istigare all'odio o all'intolleranza nei confronti del popolo armeno ed avente ad oggetto fatti attorno ai quali non si era formato un consenso storico da parte della comunità internazionale, tenuto conto della circostanza che, con le proprie affermazioni, il Perinçek non aveva inteso negare l'esistenza del massacro ma rimetterne in discussione soltanto la qualificazione giuridica. Viene, pertanto, data applicazione all'art. 10 CEDU.

Per ulteriori approfondimenti sulle varie scansioni dell'iter processuale e su come si articola la motivazione della sentenza della Grande Camera cfr. L. DANIELE, *Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza Perinçek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2017, n. 10. p. 82 s.

³³ In questi termini G. POGGESCHI, *Diritto e memoria*, cit., p. 222.

³⁴ Sugli assiomi del negazionismo enunciati, nel 1973, dall'*Institute of Historical Review* cfr. A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa*, cit., p. XVI s. Vi indugia anche M. CAPUTO, *La “menzogna di Auschwitz”*, cit., pp. 5-7.

³⁵ Si diffonde sul punto C. VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma-Bari, 2013, *passim*; vi fanno riferimento anche M. CAPUTO, *La “menzogna di Auschwitz”*, cit., p. 6 s.; G. INSOLERA, *Tempo, memoria e diritto penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 marzo 2018, pp. 6-7; S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, p. 149 s.

Più specificamente sulle tecniche argomentative utilizzate dai negazionisti si rinvia ai fondamentali lavori di V. PISANTY, *Abusi di memoria. Negare, sacralizzare, banalizzare la Shoah*, Milano, 2012; ID., *L'irritante questione delle camere a gas: logica del negazionismo*, Milano, 2014, p. 251 s.

³⁶ Così, con efficacia, ancora M. CAPUTO, *La “menzogna di Auschwitz”*, cit., p. 5.

³⁷ Mi riferisco a D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 984 s.

a) *negazionismo-vilipendio*, che, fondandosi sulla mera intangibilità morale della memoria della *Shoah*, può essere assimilato alle condotte oltraggiose delle religioni, con le quali condividerebbe la 'sacralità' di una vicenda storica che, per i valori che incarna, non potrebbe essere rimessa in discussione, confutata o banalizzata da opinioni manifestamente false e frontalmente irriguardose della tragica esperienza di morte e sofferenza di un popolo perseguitato, falciato, umiliato e defraudato della propria identità. Tanto più è grossolana la menzogna, tanto più intensa sarebbe l'offesa che ne deriva, con ciò che ne conseguirebbe in termini di incriminazione e di relativa sanzione;

b) *negazionismo-istigazione*, la cui carica offensiva non si identificerebbe nella mera divulgazione di tesi profanatrici della verità storica e, come tali, urticanti, immorali, invereconde, bensì nella capacità dei propalatori di fare proseliti, convincendo o suggestionando gli uditori della fondatezza del proprio argomentare o, comunque, della non radicale infondatezza di quanto sostenuto con il proprio messaggio eversivo e dissacrante. In questo caso l'offensività della condotta si correlerebbe alla "sottigliezza della menzogna, alla capacità di camuffarla, rendendola credibile"³⁸, alimentando così sentimenti di disprezzo verso gruppi etnici, sociali, religiosi e simili.

La norma così faticosamente licenziata dal Parlamento italiano recepisce questa seconda direttrice di incriminazione, com'è evidente, per un verso, dalla san-cita equiparazione tra (mera) negazione ed apologia; e, per l'altro, dalla riferibilità di quest'ultime al *genus* delle condotte *propagandistico-istigatorie*, nei confronti delle quali esse si atteggiavano a *speciali* varianti applicative, ma pur sempre calibrate sull'idoneità a risolversi in un incitamento alla violenza, alla discriminazione, all'intolleranza. Abbandonata, cioè, la dimensione meramente "oltraggiosa", ciò che si punisce non è la negazione della *Shoah* in quanto tale, bensì soltanto quella che ha in sé i prodromi del veicolo apologetico e dell'esortazione all'odio, con la duplice, inconciliabile, conseguenza di offrire, da un lato, un salvacondotto alla libertà di manifestazione del pensiero, alla fine preservata anche dinanzi alle fumisterie negazioniste incapaci di tramutarsi in istigazione, ancorché indiretta. Ma di relegare al di fuori del circuito penalistico, dall'altro, proprio quelle opinioni implausibili, mistificatorie, farneticanti, in breve false-conclamate, sulla cui proposta di attribuzione di rilevanza penale aveva preso avvio il dibattito, prima di registrare una significativa impennata con la ferma resistenza opposta dagli storici, concretizzatasi nella sottoscrizione congiunta di un appello apparso su diversi quotidiani nel gennaio di più di 10 anni orsono³⁹.

³⁸ Cfr. D. BRUNELLI, *Attorno alla punizione del negazionismo*, cit., p. 986.

³⁹ Si fa riferimento al Manifesto promosso da M. FLORES, S. LEVI SULLAM, E. TRAVERSO, dal titolo: *Contro il negazionismo, per la libertà della ricerca storica*, che si può leggere sul sito www.storicamente.org.

Una soluzione di (poco soddisfacente?) compromesso, senz'altro sollecitata dal Consiglio dell'Unione europea con la decisione quadro del novembre 2008⁴⁰ ed avvalorata – come avremo modo di precisare meglio tra poco – dal suo inquadramento dogmatico tra le *circostanze aggravanti* anziché tra le fattispecie autonome.

In realtà, a ben vedere, nella disposizione attualmente vigente i termini della relazione tra istigazione e negazionismo vengono addirittura capovolti, poiché non si prevede la punizione del negazionismo *se e quando istiga*, ma una sanzione più severa dell'istigazione, *se e quando nega*⁴¹.

Il che contribuisce non soltanto a tracciare un solco profondo con il c.d. *negazionismo-vilipendio*, definitivamente confinato nell'area dell'indifferente penale, ma anche a far calare la penombra sulla reale effettività di una norma che finisce per reprimere l'*istigazione-negazionismo*, trascurando che di rado l'istigazione alla discriminazione o alla violenza razziale si fonda, anche soltanto in parte, sul negazionismo, presentandosi caso mai quest'ultimo come suo corollario, "utile" ad offrire all'uditorio un quadro più esaustivo del 'nemico' da combattere.

Come si accennava, il precetto antinegazionista viene racchiuso in un involucro che, per l'opinione dominante, sembra riecheggiare emblematicamente i tratti distintivi delle fattispecie circostanziali. E ciò – una volta stabilito che tra le due ipotesi a confronto ricorre la *precondizione* della sussistenza di un rapporto di *specialità unilaterale*, sia esso *per specificazione* che *per aggiunta*⁴² – in ragione, in via di prima approssimazione, di indici di stampo *formale*, senz'altro deboli e *non probanti* ma, poiché univocamente convergenti verso la natura circostanziale, neppure del tutto trascurabili. Mi riferisco alla *collocazione topografica* all'interno del medesimo articolo che descrive le fattispecie base ed alla mancata attribuzione all'ipotesi dubbia di un apposito *nomen iuris*, tanto nel testo quanto nella rubrica.

⁴⁰ Al cui art 1, § 1, lett. c), si stabilisce che: "Ciascun Stato membro adotta le misure necessarie affinché le seguenti condotte dolose siano rese punibili: [...] c) l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, quali definiti agli articoli 6, 7, e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, quando la condotta sia realizzata *in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro*" (n.d.a.: il corsivo è nostro). Per i relativi riferimenti bibliografici cfr. *supra*, nota 12.

⁴¹ Come opportunamente rilevato da L. DANIELE, *Negazionismo e libertà di espressione*, cit., p. 96. Si duole della pochezza della tecnica legislativa anche A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1015.

⁴² Per la più corretta collocazione della specialità tra i *presupposti* essenziali ai fini della qualificazione di un elemento in termini di circostanza o di reato autonomo anziché tra i criteri solutori sia consentito rinviare al nostro *La corruzione in atti giudiziari nella teoria generale del reato*, Torino 2017, p. 23 s. ed alla bibliografia lì richiamata.

Sarebbe, tuttavia, di ostacolo a tale conclusione la *tecnica di descrizione del fatto*, che, a partire dalle Sezioni unite Fedi e non solo⁴³, rappresenta, come si sa, un indice a carattere *strutturale* dalla innegabile forza euristica e che, nel caso che ci occupa, orienterebbe, secondo una certa impostazione, per la natura autonoma e non circostanziale della fattispecie scrutinata⁴⁴. L'enunciato normativo, infatti, non sarebbe costruito *per relationem*, e cioè attraverso un rinvio alla fattispecie tipica già contenuta nella disposizione che disciplina il reato-base (art. 604 *bis*, comma 1, lett. a) e b)), ma si connoterebbe per una riformulazione integrale della stessa, attuata mediante la riproposizione "letterale" delle condotte di propaganda e di istigazione, con la sola aggiunta dell'incitamento, e la specificazione che esse debbano trovare fondamento, in via alternativa ed anche soltanto parziale, nella negazione/minimizzazione/apologia della *Sboah* e di crimini a questa equiparati. Se, infatti, mutuare la tipicità da altra disposizione o da altra norma limitrofa lascerebbe presagire che, così facendo, si sia inteso "tenere in evidenza"⁴⁵ quest'ultima, senza dar vita ad una "nuova" fattispecie di reato, ad esiti opposti dovrebbe pervenirsi quando si propenda per una ridefinizione del fatto, essendo la tipizzazione *ex novo* al contrario dimostrativa della natura *costitutiva* della fattispecie.

Ed è parimenti vero che - siccome, nel disegno di legge Amati originariamente approvato al Senato l'11 febbraio 2015, la norma era stata calibrata sul rinvio ai "fatti di cui al comma 1, lett. a) e b) ed al comma 3", rispetto ai quali si sanciva che "la pena [fosse] aumentata" - non era allora revocabile in dubbio la qualificazione come circostanza della previsione *in fieri*, avendo il legislatore fatto leva su altro criterio *strutturale*, questo sì univocamente assunto come risolutivo. Infatti, al cospetto di fattispecie in rapporto di specialità, ove si proceda alla *determina-*

⁴³ Ci si riferisce a Sez. un., 26 giugno 2002, Fedi, in *C.E.D. Cass.*, n. 221663; Sez. un., 27 ottobre 2011, n. 4694, *ivi*, n. 251270, in tema di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico posto in essere dai soggetti qualificati di cui all'art. 615 *ter*, comma 2, n. 1, c.p.; Sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941, in *www.penalecontemporaneo.it*, che, nel c.d. processo *Eternit*, qualifica come *reato aggravato dall'evento* e, quindi, come *circostanza* la fattispecie di cui all'art. 434, comma 2, c.p..

⁴⁴ È di questo avviso A.S. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2016, n. 3, pp. 294-296, che, prendendo le mosse dalle *modalità di descrizione* degli elementi costitutivi della fattispecie, giunge ad escludere che questa possa essere qualificata come circostanza, stante la *diversità* esistente tra le condotte incriminate dall'una e dall'altra ipotesi, che sarebbe sancita dalla compresenza della *negazione* e del *concreto pericolo di diffusione*. Parimenti E. VENAFRO, *Il nuovo reato di negazionismo: luci ed ombre*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 8 febbraio 2018, pp. 17-18, secondo la quale, mentre il delitto di riferimento si farebbe carico di punire l'istigazione a commettere atti di violenza o di discriminazione, il reato di negazionismo avrebbe ad oggetto l'istigazione (o la propaganda) che sia idonea alla *diffusione*. L'oggettiva alterità e non sovrapponibilità delle condotte sarebbe tale da escludere la sussistenza di un rapporto di specialità, di talché non residuerebbe per l'interprete altra opzione esegetica possibile, se non quella di concludere che si tratti di un titolo autonomo di reato.

⁴⁵ È espressione alquanto evocativa, sebbene risalente, utilizzata da A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1959, p. 66.

zione della pena attraverso il ricorso ad una “variazione indeterminata” della stessa – di cui si hanno chiare esemplificazioni nell’utilizzo, per l’appunto, di espressioni quali “la pena è aumentata” o “la pena è diminuita” o nel rinvio esplicito all’art. 69 c.p. – non si profilano alternative esegetiche validamente percorribili se non quella di considerare la disposizione che le contenga una circostanza, dal momento che nulla si dice sulle modalità con le quali il giudice debba procedere alla quantificazione della pena, con la conseguente necessità per quest’ultimo di dare applicazione ai principi generali stabiliti dagli artt. 64 e 65 c.p.⁴⁶

Tuttavia, nell’ulteriore passaggio al Senato successivo alle modifiche approvate alla Camera nell’ottobre di quell’anno⁴⁷, il testo di legge viene integralmente sostituito, avendo trovato consenso parlamentare l’emendamento 1.401⁴⁸, promosso dall’allora Presidente della Commissione giustizia Vincenzo D’Ascola che, per quanto qui interessa⁴⁹, si è tradotto nella soppressione, come detto, del richiamo alla fattispecie base e nella proposizione, sul versante del trattamento sanzionatorio, di una nuova cornice edittale. Venuto meno, dunque, l’indice strutturale ad efficacia *vincolante*, l’interrogativo su quale sia il più corretto inquadramento dogmatico da riservare alla disposizione vigente ritorna prepotentemente attuale, giacché il terreno su cui ci si muove è quello scandito dal flebile confine che separa i titoli autonomi di reato dalle circostanze aggravanti *indipendenti* (ad effetto speciale).

⁴⁶ Ed in questo senso avevano, condivisibilmente, concluso G.L. GATTA, *Dal Senato un passo avanti verso la rilevanza penale del negazionismo (come circostanza aggravante)*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 febbraio 2015; D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d’odio*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, n. 4, p. 325 s. D’altra parte la stessa Presidente della Commissione giustizia alla Camera, onorevole Ferranti, nel fare il resoconto dello stato degli atti relativi al provvedimento, in data 16 aprile 2015 si era espressa in senso favorevole alla nuova formulazione del testo, segnalando la necessità di ovviare alle perplessità e criticità emerse nel corso del dibattito sul rischio di introdurre un (nuovo) reato di opinione, tenuto conto del temperamento tra le esigenze, a più riprese rimarcate dalle fonti internazionali ed europee, di contrasto del negazionismo con quelle di tutela della libertà di manifestazione del pensiero di cui all’art. 21 Cost.

⁴⁷ Per una ricognizione puntuale delle variazioni, sia per aggiunta che per eliminazione, “subite” dal testo, una volta approdato alla Camera, si legga A.S. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo “reato” di negazionismo*, cit., p. 290.

⁴⁸ Definito dal senatore Palma come emendamento *canguro* (dalla prassi ricorrente nel Parlamento britannico e nota come *Kangaroo closure*), a sottolineare l’effetto decadenziale che si abbatte su tutti gli emendamenti sin lì presentati allorquando venga proposta una modifica essenzialmente sostitutiva dell’intero testo che, dunque, risulta nuovo e diverso rispetto a quello a cui essi avrebbero dovuto riferirsi.

⁴⁹ La più significativa novità afferente all’assetto tipologico della norma consiste nella sostituzione del riferimento, in essa originariamente contenuto, alla *pubblicità* della condotta con la necessità che da essa derivi un *concreto pericolo di diffusione*, da cui senz’altro discende una dilatazione dell’ambito di prensione punitiva della fattispecie.

A mio avviso, l'idea, sostenuta da taluni⁵⁰, secondo cui la diversità dell'oggetto dell'istigazione tra le ipotesi di cui alle lett. a) e b) e quella di cui al terzo comma dell'art. 604 *bis* c.p. sarebbe evocativa dell'*alterità* delle condotte e, per l'effetto, della loro *non sovrapponibilità*, di talché, difettando un rapporto di specialità tra le stesse, non si potrebbe che optare per la natura di fattispecie autonoma della previsione in esame, non coglie nel segno e deve essere respinta.

Secondo questa impostazione, mentre i delitti di propaganda ed istigazione per motivi razziali affonderebbero la loro sostanza regolativa nel pericolo che quel messaggio di odio possa trasformarsi in concreti atti di discriminazione o di violenza, in una progressione disvaloriale a cui si deve il contemperamento con le antagonistiche istanze provenienti dal diritto alla libera manifestazione del pensiero, il delitto di negazionismo farebbe perno, invece, su condotte istigatorie *non* collegate a detta capacità, bensì al "*concreto pericolo di diffusione*". Dunque, in sintesi e semplificando: istigazione a commettere atti discriminatori o violenti, da un lato; istigazione alla diffusione delle idee negazioniste, dall'altro.

Ma, per quanto la trama normativa non si segnali certo per fluidità del costruito e rigore semantico, non poco artificiosa appare una sua lettura che disancori le condotte di propaganda, istigazione o incitamento dall'odio razziale o dagli atti di discriminazione o di provocazione alla violenza per motivi razziali, facendole coincidere con la negazione stessa, che sarebbe quindi punibile in quanto tale, seppur *non qualificata*⁵¹.

In realtà, con il chiaro obiettivo di liberare la norma dalla *presunzione di pericolosità* insita nell'avverbio "pubblicamente" o nell'aggettivo "pubblico" che, nella formulazione originaria, contrassegnavano le condotte propagandistico-istigatorie, si è ritenuto di ancorarne la punibilità ad un requisito di maggiore concretezza del pericolo, peraltro misurato sulla diffusività anziché sulla pubblicità, che rappresenta un *quid pluris* specializzante rispetto alla norma generale, nella quale esso non compare. Il che non significa affatto che la diffusione diventi l'*oggetto* dell'istigazione e che la negazione della Shoah e degli altri crimini di genocidio, contro l'umanità e di guerra si autonomizzi al punto da divenire essa stessa condotta in luogo di una *speciale* forma di manifestazione della propaganda/istigazione/incitamento sorretta da un movente di odio o di discriminazione razziale.

Assumendo le condotte ivi sanzionate un significato compiuto soltanto rinviando all'oggetto declinato alle lett. a) e b), la tecnica normativa di riproporre, in parte, le condotte costitutive del fatto "base", senz'altro infelice ed insolita, non

⁵⁰ Cfr. autori citati *supra*, nota 44.

⁵¹ Considera tale ricostruzione alla stregua di un'implicita analogia *in malam partem* L. DANIELE, *Negazionismo e libertà di espressione*, cit., p. 95, che incisivamente qualifica le condotte di propaganda, istigazione o incitamento che non si riferiscano all'odio razziale o a motivi discriminatori di cui alle lett. a) e b) come "fluttuanti".

potrebbe essere intesa come “ridescrizione dell’intero fatto tipico”⁵² e dunque *probante* della qualificazione come fattispecie autonoma di reato⁵³, non ottenendo un risultato diverso da quello che avrebbe prodotto un rinvio *per relationem*, a cui è nella sostanza equiparabile⁵⁴.

Pertanto, trattandosi di una tipizzazione *ex novo* meramente *apparente*, che in realtà è in tutto e per tutto assimilabile ad una tipizzazione *derivata* ed *eterointegrata*, è senz’altro preferibile ricondurla al novero delle circostanze aggravanti, con la conseguenza, direttamente derivante dalla “sintassi logica del sistema”⁵⁵, di mantenere immutata l’area del penalmente vietato rispetto alla fattispecie che ha fatto ingresso nell’ordinamento penale a metà degli anni 70. Al netto di quanto diremo tra poco su quale possa essere l’assetto più armonico con la protezione che deve essere accordata alla libertà di manifestazione del pensiero, non è mancato chi ha osservato come relegare il negazionismo a mero “amplificatore” di pena, senza elevarlo a tipo autonomo di reato, equivarrebbe, da un lato, ad una sorta di tradimento dell’intento di valorizzazione della tutela, rimanendo il disvalore che esprime incentrato sulla fattispecie base⁵⁶. Rilievo, a parere di chi scrive, affatto condivisibile, ma, nel contempo, precipitato di quella fisiologica porzione di incompiutezza che alberga in ogni soluzione di compromesso.

E renderebbe concreto, dall’altro, il rischio di *ineffettività*⁵⁷ che si annida in ogni figura circostanziale a cui il legislatore non abbia riservato quel particolare trattamento noto come *blindatura*, sia essa a *base totale* (che si ha quando si accorda alla singola aggravante il privilegio di essere già astrattamente riconosciuta come *prevalente* sulle circostanze di segno contrario), sia essa a *base parziale* (che si ha quando detto privilegio sia circoscritto alla sola preclusione che essa risulti

⁵² F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Torino, 2016, p. 521 (il corsivo è nostro).

⁵³ Di questo avviso anche L. CONCAS, *Circostanze del reato ed elementi specializzanti costituitivi*, in *Arch. pen.*, 1974, p. 378; R. BARTOLI, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 308.

⁵⁴ Negli stessi esatti termini si esprimono le Sez. un., 21 giugno 2018, n. 40982, in *www.giurisprudenzapenale.com*, che concludono per la natura *circostanziale* delle previsioni contenute all’art. 12, comma 3, D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (c.d. T.U. sull’immigrazione) nonostante la *integrale* riformulazione del fatto tipico, proprio in ragione del fatto che, con tale tecnica legislativa, non si sarebbe determinato un effetto diverso da quello che sarebbe stato se si fosse scelto di procedere con un rinvio *per relationem*. Soluzione che, tuttavia, lascia perplessi, perché, se si invoca un criterio di tipo *strutturale* che fa leva sulle modalità di descrizione del precetto, una *pedissequa* *riproposizione* di quest’ultimo impone una valutazione che si muova su un piano rigorosamente formale, senza deviare sugli effetti *sostanziali* che da essa discendono o potrebbero discendere.

⁵⁵ Così, testualmente, D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d’odio*, cit., p. 332.

⁵⁶ Cfr. E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso*, cit., p. 1028.

⁵⁷ Ancora E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso*, cit., p. 1027; G. PUGLISI, *A margine della c.d. “aggravante di negazionismo”*, cit., p. 34 s.

soccombente)⁵⁸. Non essendo la circostanza del negazionismo sottratta *ex lege* alla logica del bilanciamento, non potrebbe escludersi una sua *sterilizzazione* quale esito di un giudizio di equivalenza o di subvalenza rispetto a concorrenti attenuanti, anche generiche.

Osservazione che, di nuovo, non presenta margini di opinabilità, fatta eccezione – come evidenzieremo meglio tra breve – per la parte in cui si condanna la norma ad inutile (ed ulteriore) manifesto di quella legislazione penale *simbolica*, nella quale le *funzioni latenti* del controllo penale, e cioè le rassicurazioni verso l'opinione pubblica, fanno premio sulle *funzioni manifeste*, e cioè sugli obiettivi di tutela dichiarati⁵⁹.

4. La difficile “composizione” tra commissione di un delitto ed esercizio di un diritto

Da quanto finora detto non è difficile intuire come la fattispecie oggetto di indagine, tanto nella figura di base quanto – e non potrebbe essere altrimenti – nell'ipotesi aggravata, mostri obliquità che potrebbero dare l'idea di una pericolosa inclinazione verso paradigmi di tutela più vicini ad una concezione *ideocratica* del diritto penale⁶⁰, incarnata da un *sentimentalismo* sociale, che ad un principio *laico* di una penalità secolarizzata e utilitaristico-razionale⁶¹. Ma non si

⁵⁸ Per tali distinzioni ed i relativi approfondimenti si veda, per tutti, A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010, p. 68 s.

⁵⁹ Per tale efficace distinzione v. W. HASSEMER, *Symbolische Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, NSTZ, 1989, p. 553 s. Nella letteratura penalistica italiana, nella materia che ci occupa, cfr. L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit. dir.*, 1994, p. 14.

⁶⁰ Secondo la definizione di C.E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del “secolo delle paure”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1154 s.

⁶¹ In questi termini, nell'ambito di una riflessione di carattere generale sul progressivo avanzamento del “sentimentalismo sociale” e sulla sempre più diffusa tendenza del diritto penale a farsi strumento al servizio delle “attese emotive della c.d. coscienza sociale”, di recente anche F. PALAZZO-F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, pp. 101-103. È talmente ampia la bibliografia sulla laicità nel diritto penale che non ci si può che limitare, a titolo esemplificativo, a segnalare, oltre a quello già citato alla nota che precede, i contributi che figurano all'interno del cap. II di A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, cit., p. 103 s. Nonché di F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia “sostanziale”*, in *Quad. cost.*, 2010, n. 2, p. 437 s.; G. L. RISICATO-E. LA ROSA (a cura di), *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, Torino, 2009; E. DOLCINI, *Laicità, “sana laicità” e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1017 s.; G. FIANDACA-G. FRANCOLINI, *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008; L. RISICATO, *Dal “diritto di vivere” al “diritto di morire”. Riflessi sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008; G. FORTI, *Alla ricerca di un luogo per la “laicità”: il “potenziale di verità” di una democrazia liberale*, in *Jus*, 2007, p. 297 s.; G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e “postsecolarismo”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 55 s.; ID., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi*

tratta, a mio avviso, di avventurarsi nell'affascinante (ed ostica) tematica se sia ammissibile o meno che una moderna teoria della criminalizzazione assicuri un presidio penalistico ad entità incorporee ed immateriali, quali i *sentimenti*, individuali o collettivi che siano⁶². Come è stato acutamente rilevato⁶³, qui sono in gioco interessi che hanno a che fare con l'universo etico-politico colpito dalle condotte incriminate; qui si arriva a negare l'identità e le qualità intrinseche proprie di ogni essere umano in ragione della sua diversa origine o appartenenza, finendo per escluderlo dalla stessa dimensione essenziale propria "dell'altro" e per cancellarlo dai rapporti sociali ed interpersonali⁶⁴. E, dunque, per quanto sia indubbio che la dignità, nei molteplici settori nella quale viene evocata, presenti una carica ideale di particolare intensità, tale da renderne più sfumati i contorni di "bene giuridico" per assumere i connotati di una "sintesi categoriale"⁶⁵, di grandezza dal contenuto "assoluto" ma poco definito, dinanzi a fenomeni che attingono l'uomo nella sua stessa *dimensione ontologica* non ci si deve chiedere se il diritto penale debba occuparsene o meno⁶⁶, come invero da più parti è stato revocato in dubbio, né se il bene tutelato (la dignità o, se si preferisce seguendo il lessico del legislatore codicistico, l'eguaglianza) sia troppo evanescente o fumoso per accordargli protezione⁶⁷.

in onore di Pietro Nuvolone, I, Milano, 1991, p. 180 s.; S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, I, cit., p. 139 s.; M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 477 s.

⁶² Su cui, da ultimo, F. BACCO, *Tutela penale dei "sentimenti". Manifestazioni espressive, sensibilità individuali, eguale rispetto*, Torino, 2018. Nonché G. FIANDACA, *Sul ruolo delle emozioni e dei sentimenti nella genesi e nell'applicazione delle leggi penali*, in O. DI GIOVINE (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, Padova, 2013, p. 223 s.; M. DONINI, *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., p. 41 s.

⁶³ D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, cit., p. 326.

⁶⁴ G.A. DE FRANCESCO, *Una sfida da raccogliere: la codificazione delle fattispecie a tutela della persona*, in L. PICOTTI (a cura di), *Tutela penale delle persone e nuove tecnologie*, Padova, 2013, p. 13.

⁶⁵ Ancora G.A. DE FRANCESCO, *Una sfida da raccogliere*, cit., pp. 11-12. Si spinge oltre A. VI-SCONTI, *Reputazione, dignità, onore*, cit., pp. 541-542: ad avviso dell'Autrice, la dignità, riferendosi ad un valore *assoluto e globale* dell'essere umano, sarebbe incapace di orientare *specifiche e puntuali* scelte di politica criminale e dunque di atteggiarsi a *bene giuridico* nel senso proprio del termine. In quanto qualità *intrinseca, coesenziale dell'essere umano*, sarebbe alla *radice* di tutti i diritti fondamentali della persona, non coincidendo con nessuno di essi.

⁶⁶ Dello stesso avviso G.A. DE FRANCESCO, *Una sfida da raccogliere*, cit., p. 13, che fa notare come sarebbe singolare che l'ordinamento si preoccupasse, come fa, di tutelare l'onore di fronte ad addebiti senz'altro infondati ma che non privano l'interlocutore dell'attributo di "umano" e poi non riconoscesse rilevanza penale a quelle offese che, viceversa, neghino lo stesso essere "qualcuno" a colui al quale sono rivolte, rendendolo immeritevole della considerazione e del rispetto che si debbono alla persona in quanto tale.

⁶⁷ Così anche D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, cit., p. 326 che, con specifico riferimento al negazionismo, esclude che l'oggetto di tutela si riduca alla generica *memoria storica*, affermando che esso, piuttosto, ha a che vedere con la dignità di popoli che sono state vit-

Neppure, infine, si deve temere che, una volta dato corso all'opzione favorevole alla penalizzazione, si consumi il tradimento della *laicità*, poiché l'ordinamento si mantiene laico fintanto che non pretenda di imporre il proprio punto di vista ideologico, informandosi al principio del pari rispetto dovuto ad ogni uomo in quanto tale. Quando, viceversa, venga meno il presupposto del *riconoscimento reciproco dell'altro* sol perché essere umano, ecco che diventa impraticabile l'idea, altrimenti "inviolabile", dell'assoluta equidistanza rispetto a diverse concezioni morali partecolari, mancando quella pre-"condizione strutturale di dialogicità"⁶⁸, che legittima l'interazione comunicativa su qualsiasi espressione del pensiero⁶⁹.

Ciò che, viceversa, merita attenta riflessione sono le modalità attraverso le quali si è dato corpo, nel nostro sistema, alla fattispecie incriminatrice attualmente vigente, per saggiarne la tenuta rispetto al principio di offensività e per renderla compatibile, se del caso, con la libertà, costituzionalmente tutelata, di esprimersi.

Quanto sopra precisato, va ribadito come il legislatore nazionale abbia preso le distanze dalla punibilità di mere manifestazioni del pensiero, incentrando l'offesa attorno a condotte propagandistico-istigatorie, e non già meramente diffuse, che presentino connotati di pericolosità in termini di effettiva induzione ad atti di discriminazione o di violenza.

Saremmo, dunque, dinanzi ad un bilanciamento, per così dire, *interno* alla norma⁷⁰, che sarebbe già stata costruita per conciliare dignità personale e libertà di parola, riconducendo nell'alveo della tipicità le sole espressioni di pensiero razzista causalmente idonee, secondo un giudizio prognostico *ex ante*, a determinare effetti dannosi, identificati in prassi discriminatorie o comportamenti violenti⁷¹.

time di genocidi e concludendo: "La posta in gioco è altissima. Altro che inesistenza di un bene giuridico!"; G. FORTI, *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell'ipercomunicazione pulviscolare. Quale compito per il diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 1057-1058, il quale, in tema, così si esprime: "Verrebbe anzi da dire: se la categoria del bene giuridico cui la dottrina penalistica resta così affezionata...non riesce a dar conto di questi valori e delle sofferenze che il loro spregio produce nelle persone, forse sarebbe il caso di pensare ad una sua dismissione o, quanto meno, a un sostanzioso *restyling*, che passi attraverso un ulteriore sviluppo di quella lettura 'situazionale', strettamente connessa a una sana immissione di *realismo* vittimologico".

⁶⁸ In questi termini F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale*, cit. p. 446.

⁶⁹ Più diffusamente, sul punto, M. CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz"*, cit., pp. 30-31.

⁷⁰ Parla di bilanciamento *effect based* A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., p. 99. Sembra seguire questo approccio L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale*, cit., p. 130 s.

⁷¹ La stessa giurisprudenza convenzionale ha fatto ampio ricorso all'art. 17 CEDU, che è la norma che mira ad escludere dal sistema di protezione assicurato dalla Convenzione l'esercizio di un diritto, se questo si concretizzi in atti finalizzati alla distruzione delle libertà che essa stessa riconosce (c.d. *abuse clause*). E, dunque, le opinioni che si dirigono contro i valori fondamentali sottesi alla Convenzione, quali la negazione di fatti storici acclarati, la giustificazione di crimini di massa, la glorificazione di crimini di guerra, contro l'umanità o di genocidio, possono essere soggette a sanzioni penali. Così, tra le altre, Corte EDU, *Lehideux e Isorni c. Francia*, ric. n. 24662/94, 23 settembre 1998, § 47; *Jano-*

A tale impostazione si è, tuttavia, obiettato, anzitutto, che, andando di questo avviso, la distinzione tra propaganda ed istigazione, pur presente nel corpo della norma, finirebbe per assottigliarsi sino a sfumare, giacché la prima tenderebbe a convertirsi, nel momento applicativo, nella seconda, assumendo rilievo come “istigazione ‘oggettiva’ ed ‘indiretta’ al compimento di atti di discriminazione e violenza”⁷².

E si è segnalato, in secondo luogo, come, in mancanza di affidabili strumenti socio-prasseologici di indagine, il richiamo al pericolo concreto altro non sarebbe se non una formula vuota, meramente declamatoria, che troverebbe sostanza in giudizi di valore rimessi all'interprete, che farebbe sentire il peso del proprio orientamento ideologico a favore dell'uno o dell'altro interesse costituzionalmente tutelato⁷³. Con l'inevitabile conseguenza di dover qualificare come *astratto* o addirittura *presunto* quel pericolo asseritamente concreto, perché ciò che il giudice, in ultima analisi, sarebbe tenuto a verificare è “la creazione di uno stato d'animo incline alla disobbedienza, come *eventuale* presupposto di futuri *probabili* comportamenti violenti e/o illegali”⁷⁴.

Per ovviare a tali considerevoli inconvenienti, si è suggerito di mutare radicalmente approccio, avvalendosi di una regola di “collisione” grosso modo strutturata sulla falsa riga di quanto avviene nel confronto tra *diritto di critica* e *diffamazione* e dunque calibrata sul trinomio *verità-pertinenza-continenza*, che consentirebbe di distinguere tra forme di intolleranza *gratuita ed ingiustificata*, penal-

wiec e altri c. Russia, ric. n. 29520/09, 16 aprile 2012, § 165; *Garaudy c. Francia*, ric. n. 65831/01, 24 giugno 2003, § 1; *Orban e altri c. Francia*, ric. n. 20985/05, 15 gennaio 2005, § 35; *Fáber c. Ungheria*, ric. n. 40721/08, 24 luglio 2012, § 58. In particolare, con riferimento al negazionismo dell'Olocausto, la Corte ha per lo più dichiarato i ricorsi promossi dai condannati *inammissibili*, escludendo dunque il bilanciamento con la libertà di espressione previsto dall'art. 10, comma 2, CEDU e facendo così scattare quello che è stato definito il *guillotine effect*. In tema, si leggano, tra le molte, Corte EDU, *F. P. c. Germania*, ric. n. 19459/92, 29 marzo 1993; *Walendy c. Germania*, ric. n. 21128/92, 11 gennaio 1995; *Remer c. Germania*, ric. n. 25096/1994, 6 settembre 1995; *Partito Nazionaldemocratico Tedesco c. Germania*, ric. n. 25992/94, 29 novembre 1995; *Rebhandl c. Austria*, ric. n. 24398/94, 16 gennaio 1996; *Henricke c. Germania*, ric. n. 34889/97, 21 maggio 1997; *Nachtmann c. Austria*, ric. n. 36773/97, 9 settembre 1998. Opta, come già visto (cfr. *supra*, nota 32) per il *bilanciamento* e per la conseguente prevalenza del diritto alla libera manifestazione del pensiero in una vicenda diversa dalla negazione della Shoah, Corte EDU, *Perinçek c. Svizzera*, cit.

Per una ricognizione puntuale della giurisprudenza di Strasburgo in tema di discorsi d'odio e di negazionismo si legga C. CARUSO, *L'hate speech a Strasburgo: il pluralismo militante del sistema convenzionale*, in *Quad. cost.*, 2017, n. 4, p. 963 s., secondo cui la manifesta propensione mostrata dalla Corte EDU per la risoluzione delle controversie tramite il prisma dell'art. 17 troverebbe causa nella stessa origine storica della CEDU, sorta come risposta al dominio in Europa del nazifascismo e, pertanto, inevitabilmente sensibile nei confronti di espressioni intrise di risentimento ed intolleranza.

⁷² Per tale rilievo critico v. A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., p. 123.

⁷³ Ancora A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., p. 124 s.

⁷⁴ M. MANETTI, *Sub art. 21, Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA-A. PIZZORUSSO, *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 2006, p. 256.

mente sanzionabili, e forme di dissenso critico *motivato e ragionato*, perché argomentato e documentato, non punibili perché esercizio di un diritto⁷⁵.

Un modello di bilanciamento che, ruotando attorno alla differenza che passa tra “discriminazione per l'altrui diversità” e “discriminazione per l'altrui comportamento”, non sarebbe capace, al pari del criterio solutorio che intenderebbe sostituire, di sottrarsi ad un duplice, e speculare, rilievo critico.

Infatti, se, per un verso, quello che abbiamo qualificato come bilanciamento “interno” avrebbe l'effetto di accomunare propaganda ed istigazione, rendendole *un unicum* in fase applicativa a dispetto delle diverse intenzioni del legislatore tradottesi in norma, allo stesso modo il recupero, per via analogica, delle acquisizioni provenienti dal diverso settore della tutela penale dell'onore individuale annichirebbe, dal canto suo, la distinzione tra *critica e propaganda*⁷⁶ (e tra *negazionismo-vilipendio* e *negazionismo-istigazione*), trascurando la circostanza che il transito dai *discorsi di odio* ai *crimini di odio* può aversi soltanto a fronte di una condotta che, contribuendo alla costruzione ed all'alimentazione dei pregiudizi, sia in grado di influenzare in modo significativo la percezione sociale di un determinato gruppo appartenente ad una comunità⁷⁷.

⁷⁵ Emblematica del ricorso a tale meccanismo solutorio è Sez. I, 22 novembre 2012, n. 47894, cit., chiamata a decidere sul comportamento di un consigliere comunale della (allora) *Lega Nord* che, nel corso di un intervento in aula sulla proposta di concedere agevolazioni per l'accesso ai servizi socio-assistenziali per la prima infanzia a chi versasse in condizioni di disagio economico e sociale, aveva stigmatizzato il fatto che, in base al regolamento comunale, potessero essere riconosciuti sussidi in denaro anche agli zingari residenti nel territorio. Essendo questi ultimi “canaglie”, “assassini”, “pigri”, “vanitosi” e “aguzzini”, la sua proposta era quella di sottrarre di autorità i figli dei *rom* alle loro famiglie di origine – operando un vero e proprio “sequestro di Stato” – per spezzare la catena generazionale che avrebbe dato continuità alla loro “sedicente cultura” ed alle loro “discutibili tradizioni” e di affidarli a istituzioni pubbliche di sostegno all'infanzia abbandonata.

Dopo essere stato assolto in primo grado e condannato in appello, la Suprema Corte ha escluso che, nel caso in esame, ricorresse la scriminante della critica politica, essendo agevole cogliere nelle parole del consigliere la presenza di sentimenti di avversione e di tratti discriminatori. Infatti, le condotte criminose evocate erano sprovviste della benché minima prova e pertanto, difettando il requisito della *verità fattuale* dell'addebito, dovevano intendersi quali manifestazioni tangibili di un pregiudizio, consistente nel fatto che tutti gli zingari siano criminali e che facciano dunque parte di un'etnia inferiore, da allontanare.

Pur osteggiando il ricorso allo strumento penalistico, si mostra favorevole ad un meccanismo di bilanciamento *ad hoc* affidato al giudice in sede applicativa, anche A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, n. 3, p. 81.

⁷⁶ Di diverso avviso M. MANETTI, in A. PACE-M. MANETTI, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Bologna-Roma, 2006, p. 289, secondo la quale la condotta di chi diffonda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale, seppur limitata dalla L. n. 85/2006 alla propaganda, consiste pur sempre in una *semplice manifestazione del pensiero*, incriminata a titolo di pericolo presunto.

⁷⁷ Così, ancora, A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre?*, cit. p. 73, che, tuttavia, rigetta la teoria della parola che si trasforma in azione (da cui il titolo sotto forma di interrogativo: le parole sono pietre?) e, come già accennato, mostra chiara avversione rispetto a quella che ritiene sia un'eccedenza della risposta penalistica dinanzi a fenomeni quali il razzismo, l'antisemitismo, il sessi-

D'altra parte, anche assumendo questa prospettiva, non sembra impresa meno proibitiva quella di fissare coordinate precise e di sicuro affidamento affinché, in sede di accertamento processuale, si riesca a tenere distinti i *fatti* dai *pregiudizi*, senza attingere a fattori extragiuridici di stampo ideologico-culturale, coincidenti con le personali inclinazioni di colui che è chiamato a valutarli.

Dinanzi a tale groviglio di difficoltà – ferma restando, nonostante una nutrita frangia di “oppositori”⁷⁸, la rilevanza penale di tali condotte – sarebbe opportuno che il legislatore apportasse un nuovo *restyling* al testo di legge, con l'obiettivo di definire più compiutamente i rapporti tra propaganda ed istigazione, anche alla luce delle indicazioni tratte dal diritto vivente che, come rilevato, polarizza l'offesa attorno al momento istigatorio, anche ove si tratti di “sola” propaganda⁷⁹. E che la giurisprudenza, in base a procedimenti di generalizzazione induttiva, riuscisse ad enucleare sotto classi di casi di pericolo concreto⁸⁰, parametrize sulla qualifica del soggetto agente, sul luogo e sul modo con cui quel messaggio viene proiettato all'esterno nonché sullo strumento di comunicazione prescelto.

5. Considerazioni conclusive

Giunti all'esito della nostra indagine, non rimane che farsi carico di quello che potremmo definire, per usare un lessico processualistico che proietti metaforicamente l'art. 604 *bis* c.p. sul banco degli imputati, l'“addebito di sintesi” che viene mosso alla scelta di penalizzazione dei discorsi d'odio ed al più recente innesto dell'aggravante del negazionismo: saremmo dinanzi all'ennesimo prodotto della c.d.

smo, la xenofobia, l'omofobia, ravvisandovi il rischio tangibile di un ulteriore limite all'esercizio della libertà di manifestazione del proprio pensiero.

⁷⁸ Si unisce, da ultimo, al composito gruppo di “resistenti” rispetto all'opportunità di trattare tali comportamenti con lo strumento del diritto penale anche C. DEL BÒ, *Tollerare l'intollerabile. Il negazionismo tra etica e diritto*, in *www.disCrimen.it*, 28 luglio 2018, p. 8, il quale segnala come la conseguenza di tale scelta sarebbe quella di prendere sul serio gli autori, impedendo loro di scendere nel ridicolo, poiché il diritto di difesa dalla relativa imputazione verrebbe ben presto tramutato in un diritto di tribuna, per il cui tramite costoro avrebbero buon gioco a spacciarsi come martiri della libertà di espressione ed a servirsene come palcoscenico per dare risalto alle loro tesi farlocche. Se, in effetti, non si può negare che tale rischio vi sia, sembra, tuttavia, di poter dire che l'argomento prova troppo, trattandosi di eventualità insita in ogni reato di opinione e nello stesso delitto di diffamazione, ove la condotta si realizzi attraverso la parola. E ciò, come si sa, non ha impedito al diritto penale, a certe condizioni, di farsene carico.

⁷⁹ Considera, peraltro, l'omogeneità della risposta punitiva tra *dicere* (propaganda ed istigazione) e *facere* (commissione di atti di discriminazione) irragionevole e, dunque, in contrasto con l'art. 3 Cost., C. CARUSO, *Dignità degli “altri” e spazi di libertà degli “intolleranti”*, cit., pp. 809-810.

⁸⁰ Vi fa riferimento anche A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana*, cit., p. 157 s., il quale, tuttavia, non fa mistero di un certo scetticismo nel potere taumaturgico di tipologie casistiche che, per quanto costruite per *universalizzazione*, troverebbero comunque fondamento, essenzialmente, in giudizi valoriali, senza essere sorrette da verifiche empiriche.

legislazione penale *simbolica*, che si identifica, sia pure nella estrema variabilità degli accenti, con quella pletora di norme *superflue*, deputate ad assolvere a funzioni *espressivo-dimostrative* ed aventi uno scopo *meramente placativo* di allarmi sociali che andrebbero in altro modo contenuti, per cui ad un messaggio rassicurante di effettività della tutela corrisponderebbe, in realtà, la sua sostanziale *ineffettività*⁸¹.

Come è noto, tutt'altro che univoca si presenta la nozione di norma penale simbolica, che rivela una natura spiccatamente "*molteplice, cangiante* e dunque più che mai *polisensa*"⁸².

Ma, in questo specifico ambito, il "capo di imputazione" sembra riferirsi al carattere meramente *evocativo-emozionale* della norma incriminata (oltre che incriminatrice), a cui si coniugherebbe un'endemica *inadeguatezza* della sanzione a conseguire l'obiettivo di tutela e, dunque, una sua sostanziale inutilità. Da identiche manchevolezze sarebbe afflitta, per intuitive ragioni strutturali, anche la previsione di contrasto al negazionismo, benché la sua configurazione come circostanza aggravante, anziché come autonomo titolo di reato, varrebbe a mitigarne l'impatto.

Ed una "contestazione unitaria", che accorpa discorsi d'odio e negazionismo, merita una replica altrettanto indifferenziata, stante il comune sostrato disvaloriale che avvince i relativi fenomeni criminologici, anche a prescindere dal profilo attinente al loro inquadramento dogmatico.

Ebbene, al di là di una questione puramente terminologica, non debbono esservi, a mio parere, resistenze nel riconoscere alla disposizione in oggetto una dimensione *simbolica*, a condizione di non rinunciare ad una declinazione del simbolismo quale componente *fisiologica* della c.d. *prevenzione generale positiva*, in forza della quale il precetto penale sarebbe chiamato a svolgere, come è stato efficacemente

⁸¹ Così, con estrema efficacia, C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 891. Registrandosi posizioni critiche nei confronti del diritto penale simbolico a partire dalla fine degli anni 80 del secolo scorso non ci si può che limitare a talune indicazioni bibliografiche di massima, tra cui: S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, 2018; E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in E. D'ORLANDO-L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008*, Torino, 2009, p. 201 s.; ID., *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 491 s.; J.L. DIEZ RIPOLLES, *Il diritto penale simbolico e gli effetti della pena*, in L. STORTONI-L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, Milano, 2004, p. 149 s.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, p. 54 s.; C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 489 s.; A. MANNA, *Legislazione "simbolica" e diritto penale: a proposito del recente d.d.l. governativo, ormai definitivamente approvato, sugli stupefacenti*, in *Pol. dir.*, 1990, p. 217 s.; W. HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in B. SCHÜNE-MANN-H. ACHENBACH-W. BOTTKE-B. HAFKE-H.J. RUDOLPHI (a cura di), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin-New York, 2001, p. 1001 s.

⁸² S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, cit., p. 39, il quale dedica 35 pagine (che constano di ben 512 aggettivi) della sua monografia alla sola enumerazione delle possibili accezioni con cui può essere ricostruito il significato del concetto di "simbolico".

precisato⁸³, una funzione di *accreditamento* di regole sociali condivise, di diffusione di un messaggio “persuasivo”⁸⁴, funzionale a coltivare obiettivi di orientamento culturale ed a conferire all’aggregazione sociale, di cui tutti e ciascuno sono nel contempo beneficiari e responsabili, una propria identità collettiva.

Assumendo questa prospettiva, non si vede come il diritto penale non debba far sentire la propria voce “stigmatizzante” di fatti che annichiliscono la dimensione stessa dell’essere umano, suscitando disapprovazione sociale e richiamando nel contempo l’attenzione dei consociati sull’*orizzonte assiologico* al quale il nostro ordinamento si conforma. Se *simbolo*, dunque, equivale ad assunzione, da parte dello Stato, di un impegno di tutela di valori che attingono l’ontologia della persona, esso va accolto di buon grado⁸⁵, perché è soltanto accendendo i riflettori sull’*in sé* su cui si fonda la nostra democrazia (da questo punto di vista “protetta”⁸⁶ o “militante”⁸⁷) che l’ordinamento può preservare “la propria dignità”⁸⁸, veicolando un messaggio di calibrata sintesi tra diritti di libertà e doveri di rispetto dell’Altro, in quanto essere vivente⁸⁹.

⁸³ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 18. Sul tema, tra i molti, cfr. V. DE FRANCESCO, *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in *Scritti in onore di A. Stile*, Napoli, 2013, p. 15 s.; G. FORTI, *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell’ipercomunicazione pulviscolare*, cit., p. 1046 (che cita C. MÖLLERS, *Die Möglichkeit der Normen*, Berlin, 2015, p. 172, sulla funzione svolta dalla pena quale *promemoria*, per la comunità sociale, dell’esistenza e del valore del precetto); ID., *L’immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 75; G. DE VERO, *Prevenzione generale e “condanna dell’innocente”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1001 s.; ID., *L’incerto percorso e le prospettive di approdo dell’idea di prevenzione generale positiva*, *ivi*, 2002, p. 439 s.; W. HASSEMER, *Variationen der positiven Generalprävention*, in W. HASSEMER, *Strafen im Rechtsstaat*, Baden Baden, 2000, p. 199 s.; F. GIUNTA, *Quale giustificazione per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincanti scienziati*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 265 s.; L. EUSEBI, *La pena “in crisi”. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990.

⁸⁴ G. DE VERO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Torino, 2012, p. 193.

⁸⁵ Così, anche, A. PAGLIARO, *Verso un nuovo codice penale: itinerari, problemi, prospettive*, in *Il diritto penale tra norma e società. Scritti 1956-2008*, III, *Altri Scritti*, I, Milano, 2009, pp. 13 s. e 20. Coglie soltanto l’aspetto negativo del simbolismo, non essendovi, a suo parere, né necessità né utilità della pena sul piano della prevenzione generale e non potendosi ravvisare, sul piano della prevenzione speciale, alcun finalismo rieducativo, A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo*, cit., pp. 1014-1015.

⁸⁶ A. DI GIOVINE-G.F. FERRARI-N. OLIVETTI RASON, *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005.

⁸⁷ Formula che risale a K. LOEWENSTEIN, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in *Am. Polit. Sci. Rev.*, 1937, vol. 31, n. 3, pp. 417-432.

⁸⁸ G. FORTI, *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell’ipercomunicazione pulviscolare*, cit., p. 1059.

⁸⁹ Parla della necessità di dotarsi di “occhi interni” e, cioè, di uno sguardo in grado di cogliere l’individualità altrui e, quindi, di rispettarla M.C. NUSSEBAUM, *La nuova intolleranza. Superare la paura dell’Islam e vivere in una società più libera*, Milano, 2012, p. 69. Nello stesso senso, anche con riferimento alla “non inopportunità” di un presidio penalistico per far fronte ad un rinnovato, latente “neoidentitarismo” razzista, avente sapore di rivalsa, che si palesa sia nei comportamenti dei privati che in talune rozze ed irresponsabili manifestazioni di pensiero di figure istituzionali, F. BACCO, *Dalla dignità all’eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in *Quad. cost.*, 2013, n. 4, pp. 841 e 843.

CORRADO DEL BÒ

TOLLERARE L'INTOLLERABILE.
IL NEGAZIONISMO TRA ETICA E DIRITTO ^(*)

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le evoluzioni normative in Italia – 3. Due problemi per gli antinegazionisti: la contestualizzazione e il negazionismo in buona fede – 4. Il negazionismo come problema culturale – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Nel 2008 il Consiglio dell'Unione europea approvò una Decisione Quadro¹ con la quale gli Stati si sarebbero impegnati a rendere punibile con "sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive", che prevedano da uno a tre anni di reclusione, "l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, quali definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale", nonché "l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini definiti all'articolo 6 dello statuto del Tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945" (cioè i delitti contro la pace, i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità)².

A prima vista questa richiesta poteva, e può, apparire ragionevole: come recita infatti il punto 5 del Preambolo, "il razzismo e la xenofobia costituiscono una minaccia per i gruppi di persone che sono bersaglio di tale comportamento", ed è per questo, così continua il Preambolo, che "è necessario definire nei confronti di tale fenomeno un'impostazione penale che sia comune all'Unione europea, per fare in modo che gli stessi comportamenti costituiscano reati in tutti gli Stati membri e che siano previste pene efficaci, proporzionate e dissuasive per le persone fisiche e giuridiche che hanno commesso simili reati o ne sono responsabili".

^(*) Il presente lavoro costituisce il testo, riveduto e ampliato, della relazione tenuta il giorno 6 aprile 2018 presso l'Università degli Studi di Firenze nell'ambito del Corso di perfezionamento in diritto e procedura penale "*La recente legislazione penale*".

¹ Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale.

² Sempre in base alla Decisione Quadro, questi atti devono anche essere pubblici, non devono comunque essere in contrasto con la libertà di stampa e di espressione e possono essere aganciati a una decisione di un tribunale nazionale o internazionale passata in giudicato.

Da questo punto di vista, il negazionismo olocaustico³ è particolarmente preoccupante perché è utilizzato molto spesso da gruppi neonazisti quale infido mezzo di diffusione dell'antisemitismo. Anche per questo non stupisce che, prima ancora dell'approvazione della Decisione Quadro, la scelta di criminalizzare il negazionismo fosse già stata compiuta da tredici ordinamenti europei⁴, secondo una molteplicità di soluzioni, che andavano dalla penalizzazione della negazione sola Shoah (in quanto tale o in presenza di condizioni ulteriori)⁵ alla penalizzazione di altri negazionismi⁶. Allo stesso tempo, il tipo particolare di "europeizzazione" determinato dalla Decisione Quadro – che per inciso non comprende la negazione dei crimini dei regimi comunisti⁷ – ha comunque sollecitato un ampliamento considerevole della platea dei Paesi che sanzionano il negazionismo⁸: ora siamo a quota ventuno, tra cui l'Italia, che è stata appunto a lungo priva di una normativa specifica e che infine è giunta nel 2016 ad adeguarsi alle richieste della Decisione Quadro, anche se con un ritardo di più di cinque anni rispetto alla scadenza prevista e in maniera quantomeno originale (ne dirò più nel dettaglio nel paragrafo 2).

Ma al di là della specifica scelta italiana, quel che proverò a sviluppare qui è un ragionamento più ampio sull'uso del diritto penale per sanzionare il negazio-

³ Si intende con questa espressione l'affermazione della tesi per cui non sarebbe esistito alcun progetto di sistematica e deliberata eliminazione degli ebrei da parte del regime nazista, né sarebbero esistite campi di sterminio e camere a gas per il raggiungimento di questo obiettivo. Per un quadro generale del negazionismo olocaustico, cfr. V. PISANTY, *L'irritante questione delle camere a gas*, Milano, 2014 (seconda edizione), e C. VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma-Bari, 2013. D'ora innanzi, salvo diversa precisazione, con "negazionismo" mi riferirò sempre al negazionismo olocaustico.

⁴ G. DELLA MORTE, *Le problematiche giuridiche emergenti nella punizione delle condotte di negazionismo*, "Notizie di Politeia", CXXV, 2017, p. 18.

⁵ Per esempio, la Germania, che ha inserito la fattispecie di negazionismo al comma 3 del § 130 della legge del 28 ottobre 1994, con la quale il legislatore tedesco prendeva una serie di misure di carattere penale e amministrative per far fronte alle nuove forme di razzismo. Il primo paese europeo che ha introdotto una criminalizzazione ad hoc del negazionismo fu però la Francia, con la cosiddetta Loi Gayssot del 1990 (*Loi n°90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe*).

⁶ Si pensi alla Svizzera, dove infatti l'attivista turco Perinçek fu riconosciuto colpevole dai tribunali elvetici, ai sensi dell'art. 261-bis del codice penale, per aver negato il genocidio armeno. La vicenda si è conclusa davanti alla Corte Edu, di fronte alla quale la Svizzera è stata condannata per violazione della libertà di espressione di Perinçek, protetta dall'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Per una discussione della vicenda, cfr. G. DELLA MORTE, *Bilanciamento tra libertà d'espressione e tutela della dignità del popolo armeno nella sentenza Perinçek contro Svizzera della Corte europea dei diritti umani*, "Rivista di diritto internazionale", XLII, 2016, pp. 183-90.

⁷ Per una breve ricostruzione di questo dibattito in sede di Unione europea, cfr. P. LOBBA, *Punishing Denialism Beyond Holocaust Denial: EU Framework Decision 2008/913/JHA and Other Expansive Trends*, in "New Journal of European Criminal Law", V, 2014, pp. 63-64.

⁸ Per un quadro d'insieme, oltre al pionieristico E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012, cfr. G. PUGLISI, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, "Diritto penale contemporaneo", 15 luglio 2016, pp. 1-36.

nismo (lo farò nel paragrafo 3), e cercare di capire quale sia il punto filosofico più generale che il negazionismo pone in essere (sarà questo il tema del paragrafo 4). La mia idea generale è che il negazionismo vada preso molto sul serio come problema sociale e culturale, ma che la soluzione di questo problema consista in ultima analisi nel non prenderlo sul serio nel modo in cui finisce per fare la sanzione penale, a costo di dover tollerare quel che per la nostra sensibilità civile è intollerabile.

2. *Le evoluzioni normative in Italia*

Dal 6 aprile 2018, con l'entrata in vigore del d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, *Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'art. 1, co. 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103*⁹, l'aggravante di negazionismo è inserita direttamente nel Codice penale italiano: l'ultimo comma dell'art. 604-bis prevede infatti “la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento [come definiti e disciplinati dai precedenti commi¹⁰], commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale”.

Si tratta di una formulazione che riproduce quella generata dalla Legge 20 novembre 2017, n. 167, *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2017*, il cui art. 5

⁹ La grande novità del d.lgs. 21/2018 riguarda l'introduzione nell'ordinamento penale italiano del principio di riserva di codice, in base al quale “nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia” (è questo il testo dell'art. 3-bis del Codice penale, rubricato appunto come “Principio di riserva di codice”, e introdotto dal predetto d.lgs.).

¹⁰ “Art. 604-bis (Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa). – Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito:

a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaga idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;

b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni”.

ha modificato l'art. 3 della legge n. 654/1975, *Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966*, in quella parte – il comma 3-bis – che era stata introdotta poco più di un anno prima dalla Legge 6 giugno 2016, n. 115, *Modifiche all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale* e che così recitava: “Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232”.

In sostanza, dunque, il d.lgs. 21/2018 inserisce ora nel Codice penale l'aggravante di negazionismo, che già la legge 115/2016 aveva introdotto nell'ordinamento italiano, ma nella formulazione “rivista” della legge 167/2017. L'ampliamento della portata applicativa della disposizione originaria, che non si limita più a individuare l'aggravante nella “negazione”, come appunto faceva la legge 115/2016, ma vi include adesso anche la “minimizzazione grave” e l'“apologia”, fa sì che la normativa italiana arrivi su questo punto¹¹ a riprodurre quasi alla lettera i contenuti della celebre Decisione Quadro del 2008, la quale, come si ricordava all'inizio, richiedeva l'adozione di misure punitive per “l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana”¹².

In questo modo sembrerebbe che l'Italia si sia finalmente conformata a un obbligo che le deriva dall'appartenere all'Unione europea e che con la legge del 2016 si può ben dire non avesse correttamente adempiuto¹³; e ciò anche a costo di creare qualche tensione con altre disposizioni di legge, basti solamente pensare alla legge 9 ottobre 1967, n. 962, *Prevenzione e repressione del delitto di genocidio*, sanziona, con una pena compresa tra i 3 e i 12 anni di reclusione, l'apologia del – e la pubblica istigazione al – genocidio.

In realtà, però, il modo in cui è stato costruito il dispositivo di legge suggerisce

¹¹ Ma non su altri, basti pensare al riferimento alla Shoah, che la Decisione Quadro invece non contemplava in questa forma.

¹² Come del resto osserva P. LOBBA, *Punishing Denialism Beyond Holocaust Denial: EU Framework Decision 2008/913/JHA and Other Expansive Trends*, cit., p. 68, “la Decisione standardizza la definizione di negazionismo attorno ai tre atti dell'apologia, della negazione e della minimizzazione grossolana. Gli Stati devono dunque emendare la propria legislazione per riflettere questa descrizione della condotta illecita”.

¹³ M. SPATTI, *Il reato di negazionismo recentemente introdotto in Italia. Una lettura alla luce del diritto internazionale e dell'Unione europea*, “Diritto pubblico comparato ed europeo”, XIX, pp. 232-233.

altro: non solo infatti “rimane priva di rilevanza penale la condotta di mero negazionismo della Shoah o di altro crimine di internazionale, fintantoché non sia correlata ad una propaganda o istigazione alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi”¹⁴, ma anche la stessa logica punitiva poggia su un’impostazione per cui è prevista “non la punizione del negazionismo *se e quando istiga*, ma la punizione più severa dell’istigazione *se e quando nega*”¹⁵. L’impressione complessiva che si ricava da tutto questo è che la Decisione Quadro venga in buona misura sterilizzata nei suoi propositi punitivi del negazionismo, con le sue raccomandazioni che vengono sì inserite lessicalmente nel tessuto normativo, ma con modalità che le spogliano di qualsiasi specifica utilità a fini repressivi.

3. *Due problemi per gli antinegazionisti: la contestualizzazione e il negazionismo in buona fede*

Non è chiaro quanto questa sterilizzazione sia un esito voluto o sia semplicemente un effetto preterintenzionale di un’eccessiva disinvoltura nella redazione del testo di legge, ma è difficile negare che esso consenta di evitare alcune conseguenze problematiche, in termini perlomeno di giustificazione filosofica, che si sarebbero determinate con una scelta repressiva più aderente alle richieste della Decisione Quadro.

Mi riferisco in modo particolare a due situazioni. La prima riguarda le “contestualizzazioni” del genocidio olocaustico. Le tesi dello storico tedesco Ernst Nolte, per esempio, possono probabilmente condurre a una relativizzazione della Shoah¹⁶; e se da un lato queste tesi sono il frutto di un lavoro scientifico di uno storico con tutti i crismi, e dunque non possono ovviamente essere liquidate come una “minimizzazione grave”; dall’altro, viene naturale domandarsi se non siano proprio lavori di questo tipo che rischiano di alimentare l’antisemitismo, discendendo da opere di autori seri e accreditati, incomparabilmente più autorevoli di quanti minimizzano l’Olocausto senza avere alcuna competenza storico-scientifica.

¹⁴ L. DANIELE, *Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza Perinçek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell’ordinamento italiano*, “Diritto penale contemporaneo”, V, 2017, p. 96.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ La tesi di Nolte è che il nazionalsocialismo e le sue politiche di sterminio fossero una risposta all’azione bolscevica, nel quadro di una lotta per l’egemonia nell’Est Europa (cfr. E. NOLTE, *Streitpunkte*, Berlin, 1993, tr. it. *Controversie*, Milano, 1999). Le tesi di Nolte, non era naturalmente mosso da intenti giustificazionisti, sono comunque state oggetto di forti critiche sul piano storiografico (cfr., al riguardo, P. VIDAL-NAQUET, *Les assassins de la mémoire*, Paris, 2005, pp. 204-6, tr. it. *Gli assassini della memoria. Saggi sul revisionismo e la Shoah*, Roma, 2008, e C. VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, cit., pp. 174-82).

Era questa del resto la preoccupazione di Günther Anders, che infatti, nella sua seconda lettera al figlio di Adolf Eichmann, Klaus, lamentava il rischio della rimozione che il desiderio di dimenticare favorisce. Secondo Anders,

qui in Europa sono in migliaia quelli che, stufi della parola «Auschwitz», con impazienza pretendono e ribadiscono il loro diritto a che il nostro «sguardo rivolto all'ira» abbia finalmente fine. E tra quelli che pretendono ciò, come Le ho già detto all'inizio, ci sono anche intellettuali e studiosi: storici universitari che [...] trasformano l'orribile – ciò che è stato messo in movimento o perlomeno è stato diretto dalla scrivania di Suo padre – in un *caso tra molti casi*. E in verità lo fanno nella misura in cui ci informano ripetutamente, anzi programmaticamente, dei massacri di massa avvenuti nei tempi passati. E non solo sottolineano che massacri del genere ci sono sempre stati, anche se tecnicamente non così perfetti; ma sottolineano anche il fatto che senza tali uccisioni di massa la storia dell'umanità non sarebbe stata affatto la nostra storia dell'umanità – una versione, questa, che quasi fa di tali assassini un'immancabile componente del passato. Ma sottolineano soprattutto il fatto che per Hitler (e quindi anche per Suo padre) ci sono stati dei *modelli* nel recente passato, delle carneficine di masse di uomini, riferendosi con ciò soprattutto ai milioni di morti e di uccisi sotto Stalin¹⁷.

Ma la stessa controversia sul revisionismo, si potrebbe aggiungere, è in certa misura figlia della medesima preoccupazione.

Come è noto, in senso proprio, il revisionismo è la normale tendenza della ricerca storica a rivedere le conoscenze acquisite alla luce di nuove scoperte; tuttavia, con specifico riferimento alle dittature nazifasciste e alle vicende della seconda guerra mondiale, il termine ha assunto, nel dibattito pubblico, un senso traslato, con il quale si indica una ricostruzione storica che tende a sminuire le colpe del regime nazista. Questo slittamento è allo stesso tempo significativo e inquietante: come opportunamente ricorda Claudio Vercelli, “benché revisionismo e negazionismo si articolino su coordinate distinte, e sulla base di motivazioni non coincidenti, essi si trovano a svolgere discorsi non concorrenziali. In alcuni casi scivolano nella complementarità”¹⁸. Non a caso, quasi a chiudere il cerchio, i negazionisti si definiscono revisionisti.

Ma allora, se le contestualizzazioni e le relativizzazioni dei crimini nazisti che derivano da certe interpretazioni storiograficamente accreditate sono ancora più pericolose delle minimizzazioni gravi, che cosa osta a estendere la vigilanza penale anche a quelle? La “non concorrenzialità” e la complementarità di (certo) revisionismo e negazionismo non dovrebbe spingere a situare più in alto ancora

¹⁷ G. ANDERS, *Wir Eichmannsöhne: offener brief an Klaus Eichmann*, München, 1988, tr. it. *Noi figli di Eichmann. Lettera aperta a Klaus Eichmann*, Firenze, 1995, p. 91 (corsivi nel testo).

¹⁸ C. VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, cit., p. 171.

l'asticella di ciò che non si può dire? Ovviamente l'idea di cristallizzare la verità storica e di vincolare l'attività storiografica¹⁹ mette i brividi, soprattutto perché la mente corre immediatamente ai regimi autoritari che, proprio in nome della verità (pensiamo alla *Pravda*, "verità" appunto, per fare un esempio scontato), hanno consumato le peggiori nefandezze in termini di libertà d'espressione e non solo; tuttavia, questa sembra la via, se non obbligata, comunque possibile, nel momento in cui si temono i pericoli non solo della minimizzazione ma anche della contestualizzazione.

La seconda situazione rispetto alla quale la scelta di criminalizzare il negazionismo appare problematica concerne invece i "negazionisti in buona fede"²⁰, quanti cioè si adoperano per sostenere e diffondere una "teoria" falsa²¹, credendola vera. Da un lato, sussistono varie questioni di tecnica processuale²², che conducono o al giudice che si fa storico, e dimostra l'inconsistenza delle tesi negazioniste, oppure alla predisposizione (da parte di chi, però?) di una lista di fatti storici "innegabili". Nessuna di queste due opzioni sembra però davvero persuasiva: i mestieri del giudice e dello storico sono radicalmente diversi, nel metodo e negli scopi, per poter pensare che il primo sappia svolgere adeguatamente il lavoro del secondo, mentre l'elaborazione di una lista di fatti storici innegabili sconfinava pericolosamente nella produzione di "verità di Stato", anticamera della limitazione della libertà di ricerca storica²³.

Dall'altro, e direi soprattutto, c'è quella questione di efficacia della scelta criminalizzatrice che lo storico Pierre Vidal-Naquet aveva sin dall'inizio colto: "punirli non servirebbe ad altro che a moltiplicarne la specie"²⁴. Come ho argomentato altrove²⁵, criminalizzare il negazionismo significa dover necessariamente prendere i negazionisti sul serio e al contempo impedire loro di precipitare nel ridicolo, per una duplice ragione: innanzitutto, se li incriminiamo, dobbiamo dare loro il diritto alla difesa, ma questo si trasforma rapidamente in un diritto di

¹⁹ Giuridificare la storia e giuridificare la storiografia, per usare la distinzione di N. PALAZZO, *Bugie di carta: un argine penale al negazionismo*, in "Nomos: le attualità del diritto", 2017, pp. 10-1.

²⁰ È questa l'espressione che ho utilizzato in C. DEL BÒ, *Menzogne che non si possono punire, ma nemmeno perdonare*, in questa *Rivista*, 2013, pp. 285-98, per identificare quanti sostengono idee negazioniste senza secondi fini, come invece fanno molte frange neonaziste contemporanee. In quell'articolo, precedente all'intervento del legislatore del 2016, mi ponevo la questione generale se fosse auspicabile l'introduzione di un "reato di negazionismo", rispondendo negativamente.

²¹ Le virgolette, qui ma anche più avanti, stanno a indicare che il negazionismo non è veramente una teoria, se per teoria intendiamo un insieme articolato, sistematico e argomentato di enunciati. Sul punto, cfr., per esempio, C. VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, cit., p. 4, che parla infatti di "un insieme di affermazioni".

²² N. PALAZZO, *Bugie di carta: un argine penale al negazionismo*, cit., pp. 11-13.

²³ M. FLORES, *Sulla legge contro il negazionismo: un excursus storico*, "Notizie di Politeia", CXXV, 2017, pp. 7-15.

²⁴ P. VIDAL-NAQUET, *Les assassins de la mémoire*, tr. it. cit., p. 218.

²⁵ C. DEL BÒ, *Menzogne che non si possono punire, ma nemmeno perdonare*, cit.

tribuna, dalla quale i negazionisti hanno gioco facile a farsi passare come martiri della libertà d'espressione; in secondo luogo, processarli implica entrare almeno indirettamente nel merito delle tesi che sostengono, ma allora il processo, prendendo sul serio il ridicolo, rischia di acquisirne i tratti, secondo il noto adagio *solventur risu tabulae* ("Le risate dissolvono l'accusa").

Alla luce di questi rischi, si potrebbe allora salutare con favore il fatto che il legislatore italiano abbia evitato la criminalizzazione del negazionismo in sé; agire diversamente avrebbe probabilmente significato produrre alcuni effetti indesiderati, nel senso che ho appena provato a spiegare. E tuttavia non dobbiamo nasconderci che per questo esito paghiamo un prezzo, che è quello che segnalavo già in conclusione del precedente paragrafo: un sostanziale aggiramento della Decisione Quadro, per cui si è in qualche modo finto di penalizzare comportamenti che invece, in sé considerati, sembrano rimanere al di fuori delle possibilità della repressione penale del nostro ordinamento.

4. *Il negazionismo come problema culturale*

In tempi di recrudescenze razziste, xenofobe e addirittura neonaziste, siamo sicuri di voler rinunciare al diritto penale per combattere il negazionismo? Insistere sulla necessità del lavoro culturale, spostando in definitiva la contesa sul piano della battaglia delle idee, non rischia di risultare *naïf* nel migliore dei casi o prova dell'incapacità di affrontare il problema nel peggiore? Comprendo questo genere di preoccupazioni, ma mi pare che sussista pure un problema opposto, di delegare troppo al diritto penale. Cerco di spiegarmi.

Il negazionismo non è un fenomeno nuovo: esso è sorto pressoché istantaneamente con la fine della seconda guerra mondiale. Quel che è (relativamente) nuova è la sua visibilità mediatica: è questo un fatto all'incirca degli ultimi quarant'anni²⁶, con il quale oggi dobbiamo misurarci con particolare accortezza, per le nuove e più rapide modalità di circolazione delle informazioni (e dunque anche delle menzogne)²⁷. I negazionisti, come dato di fatto, sono alla fine riusciti a ritagliarsi una nicchia nel "libero mercato delle idee"; c'è dunque il fondato rischio che riescano ad affermarsi come portatori di un'"opinione tra le tante" e il negazionismo smetta di essere considerato un cumulo di sciocchezze, per diventare una "teoria": radicale, eretica e di minoranza, ma comunque "teoria".

Così, si è venuta a creare una situazione estremamente delicata: da un lato la storiografia non può ignorare i negazionisti, poiché rinunciare a confutarli signi-

²⁶ Cfr. C. VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, cit., cap. 2.

²⁷ Cfr. G. ZICCARDI, *Il negazionismo in Internet, nel deep web e sui social network: evoluzione e strumenti di contrasto*, "Notizie di Politeia", CXXV, 2017, pp. 105-16.

ficherebbe lasciare campo libero al loro radicamento; dall'altro, non può nemmeno permettersi di accettare un dibattito con loro, dal momento che questo comporterebbe legittimarli come interlocutori. La scelta di dialogare tra storici e accademici di altre discipline *sui* negazionisti, ma non *con* i negazionisti²⁸, è il modo attraverso il quale nel concreto si sono contemperate queste due diverse esigenze.

Naturalmente non si può pensare che il dialogo tra gli accademici risolva il problema di come le società liberali e democratiche possano sviluppare gli anticorpi culturali per evitare che il negazionismo attecchisca e si diffonda al di fuori di quelle cerchie che lo utilizzano in chiave antisemita e razzista, diventando in questo modo una specie di luogo comune. Questo dialogo non può allora che essere soltanto un pezzo di quel lavoro più ampio di cui si parlava poc'anzi e che deve spiegare in maniera persuasiva e capillare due cose: che cosa è il negazionismo e perché è sbagliato sul piano *morale*.

Relativamente al primo punto, occorre appunto impedire che il negazionismo diventi un'opinione come le altre o possa addirittura essere fatta passare per una teoria vera e propria. Per questo occorre che siano smascherati non soltanto gli errori metodologici, le ricostruzioni storiche arbitrarie e la selezione maldestra o disonesta delle fonti che lo caratterizzano, ma anche il suo essere "dispositivo retorico" e "provocazione", che funziona fin quando si fa il suo gioco (anche con la repressione penale) e non ci si adopera invece per disinnescarlo sul piano semiotico e mediatico²⁹; e avendo bene in mente che "l'odio trova [...] sempre nuove astuzie del linguaggio per celarsi agli occhi dei più"³⁰.

Quanto invece al secondo punto, occorre trovare il modo per rendere il negazionismo meritevole di biasimo e allo stesso tempo approntare strumenti che gli levino *appeal* e lo caratterizzino come qualcosa per cui ci si *vergogna*. Da questo punto di vista, più che insistere sul fatto che il negazionismo offende la memoria collettiva³¹ o il patto etico sui cui si fondano le democrazie contemporanee³², pare più opportuno spostare l'accento sulle vittime del negazionismo e individuare su questo piano del discorso il suo male morale: la negazione del fatto che ci siano state milioni di persone che sono state sterminate dai nazisti secondo un pro-

²⁸ C. LUZZATI, *Due parole sul negazionismo e sulle "regole del dialogo"*, "Notizie di Politeia", CXXV, 2017, pp. 58-63.

²⁹ V. PISANTY, *Negare e punire*, "Notizie di Politeia", CXXV, 2017, pp. 64-77.

³⁰ A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in "Diritto penale contemporaneo", 15 luglio 2013, p. 4.

³¹ Cfr. J. LUTHER, *Costituzione, memoria e garanzie di innegabilità*, in F. R. Recchia Luciani, L. Palumbo (a cura di), *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, Genova, 2013, p. 86.

³² Cfr. E. FRONZA, *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, "Ragion pratica", XX, 2008, p. 53.

gramma genocidiario consiste nel fatto che ciò costituisce “profanazione di cadaveri mediante negazione di cadaveri”³³ e realizza la definitiva consumazione del genocidio, con l’occultamento delle prove e la negazione dello status di vittima per chi è stato ucciso, e in ultima analisi anche della loro dignità³⁴.

Se poi questo specifico male morale sia sufficiente a giustificare la criminalizzazione del negazionismo è naturalmente questione altra e aperta; si può dopotutto sostenere che un intervento del diritto penale su queste basi potrebbe essere una strada quantomeno da approfondire, se è vero che “la negazione di Auschwitz e di tutto ciò che Auschwitz significa, reca con sé, come prima e immediata forma di offesa, un attacco alla dignità di quelle persone che da Auschwitz sono state indelebilmente segnate nella loro biografia esistenziale”³⁵. Ma questo ci segnala quello che alla fine sembra essere il vero punto filosofico del negazionismo: se possa oppure no essere considerato una questione di *tolleranza*.

La tolleranza, infatti, copre quello spazio semantico e normativo definito dalla scelta di rinunciare a esercitare il potere di cui si dispone per interferire con ciò che si disapprova. Più analiticamente, essa dipende dalla presenza della condizione fattuale di disporre di un potere di interferenza (la “condizione di potere”) e dalla rinuncia a esercitarlo per una buona ragione (la “componente accettazione”) che sovrasta la ragione che militerebbe per la repressione (la “componente obiezione”)³⁶. La tolleranza opera quindi in una terra di mezzo compresa tra il moralmente indifferente e l’ingiustizia o il male categorico; ed è in questo spazio – e soltanto in esso – che può essere considerata una virtù per gli ordinamenti liberali e democratici³⁷.

Il moralmente indifferente non può essere oggetto di tolleranza poiché, per definizione, non può generare controversia morale e dunque manca la componente obiezione che la componente accettazione deve superare. L’ingiustizia o il male categorico, a loro volta, non possono essere oggetto di tolleranza (sono, appunto, *intollerabili*) perché non ci può essere alcuna accettazione possibile di ciò che è ingiusto o categoricamente sbagliato, dal momento che in questo caso manca la componente accettazione che possa vincere la resistenza della componente obiezione.

Naturalmente è estremamente controverso stabilire che cosa sia moralmente indifferente, che cosa ingiusto o categoricamente sbagliato e che cosa si situi in-

³³ G. ANDERS, *Noi figli di Eichmann*, tr. it. cit., p. 90.

³⁴ Cfr. D. BIFULCO, *Negare l’evidenza. Diritto e storia di fronte alla “menzogna di Auschwitz”*, Milano, 2012, pp. 13-4, nonché S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2013, p. 212, 230-1.

³⁵ M. CAPUTO, *La “menzogna di Auschwitz”, le “verità” del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, “Diritto penale contemporaneo”, 14 gennaio 2014, p. 38.

³⁶ P. KING, *Toleration*, New York, 1976, pp. 44-54.

³⁷ A.E. GALEOTTI, *Varianti della tolleranza: teoria e pratica*, in A. Besussi e A. E. Galeotti (a cura di), *Ragione, giustizia e filosofia. Scritti in onore di Salvatore Veca*, Milano, 2013, pp. 89-90.

vece nella terra di mezzo: per esempio, cibarsi di animali per alcuni è moralmente indifferente, per altri un'ingiustizia e per altri ancora un comportamento sbagliato ma da tollerare. Lo stesso tipo di disaccordo si riproduce, con poche differenze, in relazione al negazionismo, sicché rimane oggetto di divergenza se il diritto penale, che sviluppa quel potere di interferenza nel modo più vigoroso, come potere di repressione, debba oppure no tollerare il negazionismo. La risposta affermativa è senza dubbio divenuta più difficile, in tempi di "populismo penale"³⁸ nei quali a volte il diritto penale surroga l'etica pubblica³⁹ e diventa una facile "scorciatoia"⁴⁰, ma serve a ricordarci che, da Cesare Beccaria in poi, il diritto penale è impresa laica e non "ideocratica", in cui dunque condizione necessaria è la danosità di un comportamento e la concreta offensività per un qualche bene giuridico, non il suo essere moralmente riprovevole o anche rivoltante⁴¹.

Guardare la questione dentro la cornice definita dalla nozione di tolleranza credo possa aiutare a ribadire questo punto e spingerci a lavorare per mantenere in piedi la distinzione tra ciò che consideriamo odioso dal punto di vista morale e ciò che invece, in quanto ingiustizia o male categorico, giudichiamo meritevole della sanzione penale.

5. Conclusioni

"Il genocidio è errore politico ed etico perché è vincente il tipo di società che lo rifiuta"⁴². Capito di leggere anche di queste frasi, nella metà degli anni Ottanta del XX secolo, quando alcuni studiosi italiani cercarono di difendere Heidegger e la sua filosofia dall'accusa di antisemitismo, dopo le polemiche che erano sorte a seguito della pubblicazione del libro di Victor Farias *Heidegger e il nazismo*⁴³. Ma

³⁸ Cfr., al riguardo, G. FIANDACA, *Populismo pitico e populismo giudiziario*, in questa *Rivista*, 2013, pp. 95-121; D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in questa *Rivista*, 2014, pp. 123-46; S. ANASTASIA, M. ANSELMINI, D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015.

³⁹ M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014.

⁴⁰ E. FRONZA, *The Punishment of Negationism: The Difficult Dialogue between Law and Memory*, "Vermont Law Review", XXX, 2005, p. 699.

⁴¹ C.E. PALIERO, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", LIX, 2016, 1154-91. Cfr. anche A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, "Rivista italiana di diritto e procedura penale", LIX, 2016, pp. 999-1015.

⁴² La frase, con relativo rimando bibliografico, è riportata in P. ROSSI, *Avvocati in provincia*, in Id., *Paragone degli ingegni moderni e postmoderni*, Bologna, 1989, p. 172, un delizioso saggio in cui l'autore racconta e discute l'affannarsi di alcuni noti studiosi italiani nel difendere il filosofo tedesco dalle accuse di antisemitismo e di filonazismo.

⁴³ V. FARIAS, *Heidegger et le nazisme*, Paris, 1987, tr. it. *Heidegger e il nazismo*, Torino, 1988.

nessuno all'epoca pensò di portare in giudizio chi le pronunciò.

Evidentemente oggi la temperie culturale è cambiata. Razzismo, antisemitismo, xenofobia fanno più paura e l'avvelenamento irrimediabile dei pozzi della verità, nell'epoca delle *fake news*, ci pare un pericolo assai più concreto di quanto non fosse in passato. Se questo spiega la tentazione del ricorso alla criminalizzazione, tuttavia non necessariamente lo giustifica: come ho cercato di mostrare, l'urgenza di nominare i reati non è detto che sia il modo migliore per contenerne gli effetti, soprattutto se per farlo estendiamo i compiti del diritto penale oltre i limiti che gli sono o gli dovrebbero essere propri; e provare a impostare la questione del negazionismo come questione di tolleranza può rendere più chiaro tutto questo, non per risparmiare il sacrosanto biasimo che il negazionismo merita, ma per evitare di perdere di vista la funzione e il valore dei limiti della sanzione penale all'intento degli ordinamenti liberali e democratici.

I grandi temi
Tortura

GIOVANNI CANZIO

I CRIMINI DI GUERRA NAZISTI IN ITALIA (1943-1945)
NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE (*)

SOMMARIO: I. I processi penali per le stragi di civili durante l'occupazione tedesca. – 1. I processi penali per i crimini di guerra nazisti. – 2. La strage delle Fosse Ardeatine. – 3. L'eccidio di S. Anna di Stazzema. – 4. Le questioni giuridiche controverse e i principi di diritto affermati dalla Suprema Corte. – 4.1. Le imputazioni e la giurisdizione militare. – 4.2. L'ordine criminoso e il dovere di obbedienza. – 4.3. Lo stato di necessità. – 4.4. La premeditazione e la crudeltà verso le persone. – 4.5. La legittimazione dell'ente esponenziale a costituirsi parte civile. – 4.6. L'estinzione dei reati per la morte sopravvenuta degli imputati. – II. La responsabilità civile della Repubblica Federale di Germania per i crimini di guerra nazisti. – 1. L'immunità funzionale degli Stati. – 2. Crimini internazionali, diritto umanitario bellico e *jus cogens*. – 3. La sentenza 3 febbraio 2012 della CIG e la legge 14 gennaio 2013, n. 5. – 4. Corte costituzionale, sent. n. 238 del 2014: i "controlimiti". – 5. Ritorno al futuro: la più recente giurisprudenza di legittimità (e di merito).

I. I PROCESSI PENALI PER LE STRAGI DI CIVILI DURANTE L'OCCUPAZIONE TEDESCA

1. *I processi penali per i crimini di guerra nazisti*

Lo sterminio della popolazione civile (compresi donne, bambini e anziani) era annoverato, fin dall'inizio, fra le operazioni militari dei Comandi delle Forze Armate di occupazione tedesca in Italia negli anni 1943-1945, qualora fosse stato ritenuto necessario per fare "terra bruciata" attorno alle colonne dei partigiani, costituendo esso un terribile monito contro ogni forma di assistenza materiale e morale, ovvero per eseguire una "rappresaglia", feroce e indiscriminata, in risposta agli episodi di violenza e resistenza dei ribelli. Nel giudizio dei Comandi delle SS, in particolare, non era consentito distinguere i partigiani dalla popolazione civile, di cui si predicava la totale assimilazione ai fini di una, pure asimmetrica, soluzione militare¹.

(*) È il testo, rielaborato e corredato di note, della relazione svolta a Roma il 30 maggio 2018 nel corso del convegno organizzato dall'Unione delle Comunità ebraiche italiane sul tema "Luci e ombre nei processi per crimini di guerra in Italia. Dal processo Kappler (1948) a quello di Cefalonia (2013)".

¹ Per un'attenta ricostruzione storica dei crimini di guerra perpetrati contro i partigiani e la popolazione civile dalle unità della Wehrmacht, delle Waffen-SS e della polizia tedesche nell'Italia

L'estate del 1994 è stata segnata dalla scoperta a Palazzo Cesi in Roma, sede degli uffici giudiziari militari di appello e di legittimità, del c.d. "armadio della vergogna" – così definito nella relazione della Commissione giustizia della Camera dei deputati all'esito dell'indagine conoscitiva deliberata il 18 gennaio 2001 – e dalla riapertura delle relative investigazioni in 695 procedimenti per crimini nazifascisti commessi nel periodo 1943-1945, riguardanti circa 15.000 vittime, che erano stati oggetto di "archiviazione provvisoria" in data 14 gennaio 1960 da parte dell'allora Procuratore generale presso il Tribunale supremo militare (organo soppresso nel 1981 col trasferimento delle sue funzioni al Procuratore generale militare presso la Corte di cassazione)².

Di talché, la Corte di cassazione, a partire dalla seconda metà degli anni '90 del secolo scorso, è stata impegnata a definire non pochi processi penali per crimini di guerra nazisti, in termini di responsabilità penale e civile degli autori delle stragi, oltre – come si dirà appresso – i processi civili per la responsabilità aquiliana e il risarcimento dei danni a carico della Repubblica Federale di Germania.

Numerose e complesse sono state le questioni giuridiche controverse sottoposte al sindacato del giudice di legittimità, risolvendo le quali la Suprema Corte, nell'esercizio della funzione nomofilattica, ha affermato una serie di importanti principi di diritto e formato autorevoli e paradigmatici "precedenti", in una materia – quella della tutela dei diritti fondamentali e inviolabili della persona umana –, che a un'analisi strettamente storica dei fatti sembra appartenere al passato remoto, ma che, a ben vedere, risente di una persistente e drammatica attualità.

Fra i processi penali meritano una speciale considerazione quelli per le stragi delle Fosse Ardeatine e di S. Anna di Stazzema.

occupata, nel biennio 1943-1945, cons. l'importante opera di C. GENTILE (il quale ha anche svolto il ruolo di perito storico in numerosi processi per le stragi nazi-fasciste in Italia), *I crimini di guerra tedeschi in Italia 1943-1945*, Torino, Einaudi, 2015.

² Per un'utile ricostruzione della vicenda, cons. M. DE PAOLIS, P. PEZZINO, *La difficile giustizia. I processi per crimini di guerra tedeschi in Italia (1943-2013)*, Roma, Viella, 2016. V. anche App. Milano, decreto 31 gennaio 2002, Gasparini e altri c. Ministero della difesa – cassato per motivi procedurali da Cass., sez. I civ., n. 13889 del 2003 –, con riferimento alle domande di equa ripara-zione dei danni subiti dai familiari delle vittime, per la violazione del principio di ragionevole durata del processo penale contro Theodor Saevecke, comandante della Sicherheitpolizei-SD in Milano, responsabile della fucilazione di 15 partigiani in Piazzale Loreto il 10 agosto 1944. Il processo venne celebrato solo nel 1999 e si concluse con sentenza del Tribunale militare di Torino in data 9 giugno 1999 (diventa irrevocabile il 14 dicembre 1999) di condanna, in contumacia, dell'imputato alla pena dell'ergastolo, con un ritardo di oltre 50 anni ascrivibile all'abnorme stasi della fase che aveva preceduto l'esercizio dell'azione penale, nonostante il fascicolo risultasse già formato nel 1945/46 con le prove sulla responsabilità del Saevecke raccolte dalle autorità inglesi di occupazione.

2. *La strage delle Fosse Ardeatine*

I tragici eventi, tradizionalmente definiti come la “strage delle Fosse Ardeatine”, sono stati ricostruiti nei diversi giudizi di merito e di legittimità, celebrati dal dopoguerra ad oggi, secondo percorsi di lettura sostanzialmente omogenei in linea di fatto³.

Alle ore 15 del 23 marzo 1944 a Roma, in via Rasella, al passaggio di una compagnia del battaglione Bozen avveniva lo scoppio di una carica di esplosivo accompagnato dal lancio di bombe a mano. All’esito dell’attentato, opera di una squadra di partigiani appartenente all’organizzazione clandestina di resistenza contro le forze militari occupanti, perdevano la vita trentadue soldati tedeschi. Il ten. col. delle SS Herbert Kappler, comandante dell’Aussenkommando e del servizio di sicurezza di via Tasso, ebbe incarico dal gen. Maeltzer, comandante tedesco della città di Roma, di occuparsi dell’attentato. Nel corso di una conversazione svoltasi fra Maeltzer e Kappler, interrotta da colloqui telefonici con il gen. von Mackensen, comandante della 14^a armata, si discusse delle misure di rappresaglia da adottare mediante fucilazione di un non ancora definito numero di persone – fra i condannati a morte o all’ergastolo o arrestati per reati punibili con la morte –, fino al limite di dieci di esse per ogni militare deceduto. Kappler fu incaricato di preparare l’elenco. Appreso che dal m.llo Kesserling era giunto l’ordine – impartito “da molto più in alto”, forse addirittura da Hitler – di fucilare entro 24 ore un numero di cittadini italiani decuplo di quello dei soldati morti, Kappler ebbe una conversazione telefonica col gen. Harster, conclusasi con la determinazione di integrare l’ancora insufficiente numero dei destinati a morte con 57 ebrei detenuti in base a un precedente rastrellamento e in attesa di avviamento ai campi di concentramento. Kappler compilò una lista di 270 persone e fece richiesta alla polizia italiana di preparare una seconda lista – denominata “Caruso” dal nome del questore dell’epoca – di altre 50 persone, scelte fra i detenuti a disposizione di quella polizia, onde raggiungere il numero di 320 fissato per la rappresaglia.

Nel corso di un incontro svoltosi il 24 marzo nell’ufficio del gen. Maeltzer, a seguito delle difficoltà frapposte dal magg. Dobrik del battaglione Bozen e dal col. Hanser del comando della 14^a armata all’esecuzione della rappresaglia con i propri uomini, fu ordinato a Kappler di provvedere ad essa nel numero di 320 persone indicate nelle liste. Kappler dispose che tutti gli uomini del suo comando partecipassero all’esecuzione agli ordini del cap. Schutz, mediante l’esplosione di un solo colpo di pistola alla testa di ciascuna vittima, mentre il cap. Priebke fu in-

³ P. PEZZINO, G. SCHWARZ, *From Kappler to Priebke: Holocaust Trials and the Seasons of Memory in Italy*, in “*Holocaust and Justice*”, a cura di D. Bankier e D. Michman, Jerusalem, Yad Vashem, 2010, pp. 299-328.

caricato del controllo del numero delle persone via via fucilate e il cap. Kochler di trovare una cava idonea per l'esecuzione. Ciascuno degli ufficiali avrebbe dovuto eseguire personalmente almeno un'uccisione a fini d'esemplarità per la truppa. Informato poco dopo del sopravvenuto decesso di un altro soldato tedesco, Kappler propose d'includere nell'elenco altri 10 ebrei arrestati quella mattina.

L'eccidio ebbe luogo a partire dal pomeriggio fino alla sera del 24 marzo all'interno delle cave Ardeatine. Nell'antistante piazzale giungevano gli autocarri con le vittime, provenienti – quelle della lista tedesca – dal carcere di via Tasso e – quelle della lista “Caruso” – dal carcere di Regina Coeli. Le operazioni erano dirette dal cap. Schutz; cinque soldati tedeschi prendevano in consegna cinque vittime, le accompagnavano in fondo alla cava debolmente illuminata da torce, le costringevano a inginocchiarsi – col passare delle ore anche sopra i cadaveri accatastati di coloro che le avevano precedute – con la testa inclinata in avanti e ciascuno di essi sparava un colpo di pistola alla nuca della persona in consegna; i cadaveri, trasportati da alcuni soldati, venivano ammucchiati fino all'altezza di un metro, in fondo alla cava, alla vista di coloro che entravano subito dopo avere sentito le grida e gli spari. Ciascuno degli ufficiali partecipò personalmente almeno ad un'esecuzione; il soldato Amons, inorridito dallo spettacolo, non ebbe la forza di sparare e svenne; i nomi delle vittime venivano cancellati di volta in volta dall'elenco tenuto dal cap. Priebe, rimasto sul posto fino a quando ebbe termine l'eccidio; subito dopo, alcune mine fatte brillare chiusero l'accesso alla cava.

I morti furono complessivamente 335, quindici in più rispetto ai 320 corrispondenti al fissato parametro di dieci a uno; 5 di essi, condotti sul luogo dell'eccidio insieme con gli altri 330, vennero individuati e collocati in disparte. Il giorno successivo Schutz e Priebe riferirono a Kappler che erano state fucilate cinque persone in più, sostenendo che la lista “Caruso” comprendeva cinquanta-cinque anziché cinquanta persone; ma ciò non corrispondeva al vero perché, in base al successivo riconoscimento delle salme, il numero dei detenuti a disposizione della polizia italiana risultò esattamente di cinquanta, sì che le cinque persone in più dovevano essere a disposizione del comando tedesco. In quello stesso giorno i giornali italiani pubblicarono il comunicato relativo all'attentato di via Rasella ed alla fucilazione di dieci “comunisti badogliani” per ciascuno dei trentadue soldati tedeschi morti. Solo a seguito del successivo dissotterramento si scoprì il reale numero delle persone uccise, 335 anziché 320.

Nell'immediato dopoguerra venne disposto il rinvio a giudizio del ten. col. *Herbert Kappler* e degli ufficiali di grado inferiore Domiziuff, Clemens, Quapp, Schutze e Wiedner per rispondere del reato di concorso in violenza con omicidio continuato in danno di cittadini italiani di cui agli artt. 13 e 185, commi primo e secondo, cod. pen. mil. guerra., in relazione agli artt. 81, 110, 112 n. 1, 575, 577, nn. 3 e 4, 61 n. 4 e 5 c.p., e per il Kappler con le ulteriori aggravanti previste

dall'art. 112 nn. 2 e 3 c.p., “perché, quali appartenenti alle forze armate tedesche, nemiche dello Stato italiano, in concorso tra loro e con circa 40-50 militari delle SS tedesche, con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso, senza necessità né giustificato motivo, per cause non estranee alla guerra e in esecuzione di sanzioni collettive stabilite per un attentato commesso il 23 marzo 1944 in via Rasella a Roma, cagionavano, mediante colpi d'arma da fuoco esplosi con premeditazione, cinque per volta, alla nuca di ogni vittima, la morte di 335 persone, in grandissima maggioranza cittadini italiani, militari e civili, che non prendevano parte alle operazioni belliche, e precisamente n. 154 persone a disposizione dell'Aussenkommando sotto inchiesta di polizia, n. 43 persone a disposizione del tribunale militare tedesco – 1 assolta, 23 in attesa di giudizio, 16 condannate a pene detentive temporanee e 3 alla pena di morte –, n. 50 persone a disposizione della questura fermate per motivi politici o di p.s., n. 10 persone arrestate nei pressi di via Rasella, n. 3 persone non identificate e n. 75 ebrei, in Roma località Cave Ardeatine, il 24 marzo 1944”.

Il Tribunale militare territoriale di Roma, qualificato illegittimo il ricorso alla rappresaglia per l'enorme sproporzione fra le conseguenze dell'attentato e il numero delle vittime, in assenza altresì di necessità bellica o di giustificato motivo, effettuava (quanto alla posizione di Kappler e all'esito della “indagine sul dolo”) una distinzione tra la fucilazione di 320 persone, corrispondenti all'ordine dato dal gen. Maeltzer di uccidere dieci italiani per ogni soldato tedesco ucciso – trentadue al momento dell'ordine –, quella di ulteriori 10 persone, ordinata direttamente da Kappler dopo essere stato informato del sopravvenuto decesso di un soldato tedesco, e quella infine di altre 5 persone eccedenti l'originaria lista delle vittime. “... L'ordine di uccidere trecentoventi persone in relazione a trentadue morti, pur essendo illegittimo in quanto quelle fucilazioni costituivano degli omicidi, non può affermarsi con sicura coscienza che tale sia apparso al Kappler...”, ovvero che questi “... abbia avuto coscienza e volontà di obbedire a un ordine illegittimo...”, in considerazione dello “stato d'animo di solidarietà verso i tedeschi morti”, dell’“abito mentale portato all'obbedienza pronta formato nell'organizzazione delle SS dalla disciplina rigidissima”, delle circostanze che ordini analoghi in precedenza erano stati eseguiti in varie zone d'operazione e che il comando, proveniente dal gen. Maeltzer, potesse risalire addirittura a un ordine del Fuehrer. Piena era invece la responsabilità di Kappler per la fucilazione di altri dieci ebrei – costituenti dieci omicidi volontari continuati – da lui autonomamente disposta dopo avere appreso della sopravvenuta morte di un soldato tedesco senza avere ricevuto alcun ordine in proposito. Egli agì “arbitrariamente e illegalmente nell'intento di porre in rilievo la sua personalità come quello di chi adotta pronte, energiche e spregiudicate misure”, onde accrescere “il suo prestigio davanti ai capi nazisti”, rinvenendosi la causa nella “sfrenata e aberrante ambizione dell'uomo... permeato fino

all'exasperazione di nazismo". La fucilazione delle altre cinque persone, prelevate in più del numero stabilito fra i detenuti a disposizione dei tedeschi, fu dovuta invece ad un "errore", perché il cap. Schutz e il cap. Priecke, preposti alla direzione dell'esecuzione e al controllo delle vittime, "nella frenetica foga di effettuare l'esecuzione con la massima rapidità, non s'accorsero che esse erano estranee alle liste fatte in precedenza..."; sì che "la loro uccisione si riporta alle insufficienti ed inopportune direttive date da Kappler per un'esecuzione in grande massa e alla straordinaria negligenza di quei due capitani". Kappler, oltre che dei dieci omicidi volontari suindicati, fu dichiarato responsabile anche di questi cinque omicidi a titolo di *aberratio ictus* e condannato, con sentenza di data 20 luglio 1948, alla pena dell'ergastolo⁴.

Il Tribunale supremo militare confermava la ricostruzione fattuale e le valutazioni del primo giudice, in punto sia di "dubbio circa la coscienza e la volontà dell'imputato di obbedire ad un ordine criminoso per quanto ha tratto alla fucilazione dei trecentoventi", sia di responsabilità per l'uccisione delle altre quindici persone, e respingeva il ricorso di Kappler con sentenza del 25 ottobre 1952, divenuta irrevocabile il 19 dicembre 1953 a seguito di declaratoria d'inammissibilità del ricorso per cassazione.

Nella seconda metà degli anni '90 *Herbert Hass* e *Erich Priecke* – maggiore e, rispettivamente, capitano delle SS – sono stati, a loro volta, chiamati a rispondere davanti al Tribunale militare di Roma degli stessi reati contestati a Kappler e agli altri cinque ufficiali del comando tedesco, già giudicati nel 1948.

Il Tribunale, ribadita l'illegittimità della rappresaglia, escludeva in premessa l'effetto preclusivo della *res judicata* formatasi in quel diverso giudizio, in considerazione dell'autonomia di ciascuna posizione concorsuale "in punto di dolo". Identificati quindi i ruoli svolti da Hass e Priecke all'interno del Comando militare tedesco e nella realizzazione della strage⁵, il Tribunale affermava che

⁴ Quanto alla posizione degli altri cinque imputati, che avevano ricevuto ordine da Kappler di partecipare all'esecuzione collettiva, osservava il tribunale che: taluni, sebbene avessero presentato alle prime indagini come Domziaff e Clemens, ovvero avessero collaborato nella compilazione delle liste come Quapp, "non erano a conoscenza di tutti gli elementi di fatto noti al loro superiore"; altri, come Schutze e Wiedner, "erano stati riuniti qualche ora prima dell'esecuzione e non sapevano che dieci persone venivano fatte fucilare al di fuori dell'ordine ricevuto né intervenivano in quell'attività che doveva determinare per errore la morte di cinque persone". Tenuto conto dell'appartenenza ad un'organizzazione dalla disciplina rigidissima, dell'abito mentale portato alla pronta obbedienza, del timore di una denuncia al tribunale militare delle SS, e considerato che questi imputati "erano ignari dell'esatta situazione che portava alla fucilazione", il tribunale riteneva dovesse escludersi che loro "avessero coscienza e volontà di eseguire un ordine illegittimo" e li assolveva "per avere agito nell'esecuzione di un ordine di un superiore".

⁵ Hass era dirigente del 6° reparto delle SS cui era demandato il servizio informazioni politiche; Priecke operava alle dipendenze del ten. col. Kappler e del cap. Schutz nell'ambito del 4° reparto dell'Aussenkommando della polizia politica e del servizio di sicurezza del carcere di via Tas-

l'uccisione delle cinque persone eccedenti il numero dei trecentotrenta fu posta in essere al fine di "eliminare testimoni pericolosi" e non "lasciare tracce", perciò con piena consapevolezza, ed, escluse le cause di giustificazione dell'adempimento di un ordine e dello stato di necessità, dichiarava con sentenza in data 22 luglio 1997 gli imputati colpevoli di concorso nel delitto di violenza con omicidio continuato e pluriaggravato dalla crudeltà e dalla premeditazione. Ritenute sussistenti per entrambi gli imputati le attenuanti generiche e l'attenuante dell'art. 59 n. 1 cod. pen. mil. pace per essere stati determinati da Kappler, superiore gerarchico, a concorrere nella commissione del reato, nonché per il solo Hass anche quella della minima importanza nella partecipazione al reato di cui all'art. 59 n. 2, Hass veniva condannato alla pena di anni 10 e mesi 8 di reclusione e Priebke a quella di anni 15 di reclusione, pene condonate nella misura di anni 10, oltre al risarcimento dei danni patiti dalle parti civili.

La Corte militare d'appello, in accoglimento del gravame della pubblica accusa e in parziale riforma della decisione di primo grado, escluse le attenuanti concesse dal primo giudice, condannava gli imputati alla pena dell'ergastolo, la cui comminatoria per il reato contestato ostava in radice all'intervento della prescrizione.

La Corte di cassazione, con sentenza del 16 novembre 1998 n. 12595, rigettava i ricorsi degli imputati Hass e Priebke.

3. *L'eccidio di S. Anna di Stazzema*

Con sentenza del 22 giugno 2005 il Tribunale militare della Spezia dichiarava *Sommer Gerhard, Rauch Georg, Concina Alfred, Gropler Karl e Richter Hotst*, unitamente ai coimputati *Schoneberg Alfred, Bruss Werner, Schendel Heinrich, Sonntag Ludwig Heinrich e Goring Ludwig*, colpevoli di concorso in violenza con omicidio contro privati nemici, pluriaggravata e continuata, "perché, durante lo stato di guerra tra l'Italia e la Germania, essendo in servizio nelle forze armate tedesche – nemiche dello Stato italiano – con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso, operando in concorso con altri militari del 2° battaglione - SS Panzer-grenadier Regiment 35 - 16ª Division Reichsfuhrer SS, il mattino del 12 agosto 1944 in Sant'Anna di Stazzema, nell'ambito di un'ampia operazione di rastrella-

so, uomo di massima fiducia di Kappler nell'organizzazione romana delle SS, partecipe personalmente di operazioni di polizia repressiva, arresti, interrogatori, torture di coloro che venivano imprigionati nel carcere di via Tasso. Hass partecipò alla riunione operativa del 24 marzo, presenziò alla fase dell'esecuzione, dall'inizio alla fine, mediante la personale uccisione di almeno due prigionieri per dare l'esempio alla truppa; Priebke collaborò alla preparazione dell'eccidio, mediante la formazione e la tenuta degli elenchi dei prigionieri, e alla loro uccisione, in posizione di preminenza organizzativa.

mento, pianificata e condotta contro i partigiani e contro la popolazione civile che a quelli si mostrava solidale, cagionavano la morte di numerose persone (calcolate fra le 457 e le 560 circa), tra le quali in prevalenza anziani, donne e bambini, che non prendevano parte alle operazioni militari”. In particolare, nell’imputazione era specificato che: a) in località Vaccareccia, circa cento persone, dopo essere state riunite in tre stalle e in un cortile, anche a seguito del rastrellamento operato poco prima nelle borgate di Moriconi e Argentiera, venivano uccise mediante lancio di bombe a mano ed esplosione di colpi di mitragliatrice e fucili; b) in località Franchi un numero imprecisato di persone, previamente riunite all’interno di una stanza, veniva ucciso mediante esplosione di colpi d’arma da fuoco; c) in località Colle un numero imprecisato di persone, dapprima concentrate in un fosso, veniva ucciso mediante l’esplosione di colpi di mitragliatrice; d) nella piazza antistante la chiesa di Sant’Anna di Stazzema oltre un centinaio di persone – ivi condotte dalle case circostanti e dalla borgata Pero – erano state uccise mediante l’esplosione di colpi di mitragliatrice e i loro corpi erano stati dati alle fiamme; e) in località Coletti, verso le ore 11, un numero imprecisato di abitanti veniva allineato contro il muro di una delle case e veniva ucciso a colpi di mitragliatrice; f) altre persone, in numero imprecisato, erano state uccise con modalità simili a quelle sopra descritte, in zone limitrofe e in località Mulini, presso la borgata Alle Case e lungo la strada per Valdicastello.

Le operazioni furono eseguite, pressoché contemporaneamente, in più luoghi, seguendo una tecnica analoga, consistente nel rastrellare le persone e nel riunirle in uno stesso posto per poi ucciderle tutte a colpi di mitragliatrice; le operazioni erano state preventivate e prevedevano sin dall’inizio lo sterminio della popolazione civile, come può inferirsi dalla contestualità, dal coordinamento e dalla sostanziale omogeneità delle modalità esecutive (concentrazione di più persone inermi e successiva uccisione), pur nella distanza e nella molteplicità dei luoghi delle stragi; tenuto conto della complessità della situazione orografica e logistica, la pianificazione delle operazioni era avvenuta a livello di Battaglione; la finalità militare dell’operazione era quella di fare “terra bruciata” attorno ai partigiani e di scoraggiare, oltre agli aiuti da parte della popolazione di altri centri, anche il loro ritorno in quella zona. Sicché lo sterminio di civili inermi doveva ingenerare terrore tra gli abitanti dei centri vicini e costituire un terribile monito volto ad impedire ogni forma di sostegno e di consenso alle bande di ribelli. Invero, agli occhi dei militari delle SS, la frazione di Sant’Anna costituiva un’attivissima base partigiana e, attesa l’equiparazione compiuta dai nazisti tra partigiani e popolazione che dava loro in qualche modo assistenza, nei rapporti rinvenuti negli archivi tedeschi l’operazione era descritta come “azione contro le bande”, nel corso della quale erano stati uccisi “270 banditi”, ed era precisato che Sant’Anna era stata “ridotta in cenere” perché considerata “la prima base dei banditi”.

Il Tribunale militare, ritenendo provato che gli imputati avevano fornito un consapevole e decisivo contributo nell'organizzazione e nella realizzazione degli eventi criminosi nella loro qualità di comandanti di squadra o di compagnia delle forze impegnate nel massacro, li condannava alla pena dell'ergastolo, oltre al risarcimento del danno a favore delle parti civili. La Corte militare di appello confermava la sentenza di primo grado e la Corte di cassazione, con sentenza in data 8 novembre 2007 n. 4060/08, rigettava i ricorsi degli imputati.

4. *Le questioni giuridiche controverse e i principi di diritto affermati dalla Suprema Corte*

4.1. *Le imputazioni e la giurisdizione militare*

I fatti sopra descritti sono stati inquadrati nella norma incriminatrice risultante dal combinato disposto degli artt. 185 e 13 c.p.m.g., per la ragione che gli eccidi dei militari nazisti in Italia durante l'ultimo conflitto bellico sono stati commessi per cause non estranee alla guerra, senza necessità o giustificato motivo, contro privati nemici, che non prendevano parte alle operazioni militari, da parte delle truppe tedesche di occupazione, da considerarsi forze armate nemiche. Si è ribadita l'attinenza dei massacri alle vicende belliche, per la ragione che le operazioni erano direttamente correlate all'esigenza di sradicare dal territorio le sacche di resistenza partigiana e di eliminare la rete di assistenza nella popolazione civile.

La fattispecie prevista dal codice militare di guerra, in applicazione del principio di specialità rispetto al delitto comune di omicidio, dal quale si differenzia in virtù degli elementi specializzanti costituiti dalla qualità di militare del soggetto attivo e dal compimento del fatto per cause non estranee alla guerra, è compresa fra i reati contro le leggi e gli usi della guerra, la cui principale connotazione è identificabile nell'operatività di regole dettate dagli Stati per disciplinare la violenza nei conflitti armati (*jus in bello*), in vista della salvaguardia degli interessi protetti dalla normativa internazionale e della tutela della persona umana come bene assoluto.

Di talché, le norme incriminatrici in esame, oltre ad essere strettamente collegate al diritto umanitario bellico garantito da convenzioni e consuetudini internazionali, hanno come referente le disposizioni costituzionali dettate dagli artt. 10 e 11 della Costituzione per la tutela di valori fondamentali riconosciuti in ogni società civile.

Va infine rimarcato che il conflitto di giurisdizione tra il giudice ordinario e il giudice militare in materia è stato costantemente risolto dalla Suprema Corte a favore dei tribunali militari. A base delle pronunce regolatrici del conflitto è stato

rilevato che l'art. 6 d.lgs.lgt. 12 marzo 1946 n. 144, contenente norme dirette a regolare il passaggio dall'applicazione della legge penale militare di guerra a quella di pace, non può ritenersi implicitamente abrogato dall'art. 103, comma terzo, Cost., né appare incompatibile con esso. Con la conseguenza che al giudice militare va riconosciuto il carattere di giudice naturale precostituito per legge anche in relazione ai reati contro le leggi e gli usi di guerra, commessi dagli appartenenti alle Forze armate nemiche, secondo quanto previsto dagli artt. 13 e 185 c.p.m.g. La conclusione è avvalorata dall'esplicita previsione dell'art. 13, secondo cui le disposizioni relative ai reati contro le leggi e gli usi della guerra si applicano anche ai militari e a ogni altra persona appartenente alle forze armate nemiche, quando alcuno di tali reati sia commesso a danno dello Stato italiano o di un cittadino italiano, ovvero di uno Stato alleato o di un suddito di questo. E, poiché il corpo delle SS naziste era organizzato secondo gli schemi delle vere e proprie formazioni militari, al comando tattico dell'esercito tedesco, avuto riguardo ai criteri di identificazione delle persone soggette alla legge penale militare dettati negli artt. 1 e 2 c.p.m.p., gli appartenenti a detto corpo devono ritenersi ricompresi nella denominazione di "militari" e sono, pertanto, sottoposti alla giurisdizione militare. D'altra parte, la Repubblica Sociale Italiana, alleata con la Germania nazista, per le modalità di formazione, per la breve durata e per la costante soggezione politica al Terzo Reich, non ha mai acquisito i caratteri di rappresentatività effettiva propri di un'organizzazione statale, neppure provvisoria, con la conseguente irrilevanza della coincidenza degli interessi delle forze armate della potenza nemica occupante con quelli della RSI.

4.2. *L'ordine criminoso e il dovere di obbedienza*

Alla fattispecie omicidiaria è stata ritenuta applicabile la disciplina di settore dell'art. 40 c.p.m.p.: norma di natura sostanziale, questa, abrogata dall'art. 22 legge n. 382 del 1978 ma più favorevole, in considerazione della più ristretta efficacia dell'esimente generale di cui all'art. 51 c.p.

Infatti, secondo l'art. 40 c.p.m.p., per i reati militari, se un fatto costituente reato è commesso per ordine del superiore, di esso risponde, oltre colui che lo ha dato (terzo comma), anche il militare che ha eseguito l'ordine "quando l'esecuzione di questo costituisce manifestamente reato" (quarto comma): il limite di esigibilità del dovere di disobbedienza è dunque costituito dalla manifesta criminalità dell'ordine emanato dal superiore gerarchico.

Pertanto, per escludere la pure invocata causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere, la Corte di cassazione, in entrambe le citate decisioni n. 12595/98 e n. 4060/08, riguardanti rispettivamente le stragi delle Fosse Ardeatine e di S. Anna di Stazzema, ha stabilito che fosse da considerare come

manifestamente criminoso, con conseguente obbligo di non darvi esecuzione, l'ordine di effettuare uno sterminio di massa, di cui era *ictu oculi* riconoscibile la contrarietà ai più elementari principi di umanità.

Un ordine siffatto, avente ad oggetto l'esecuzione di un barbaro eccidio in danno di prigionieri inermi, in violazione sia del diritto bellico che dei più elementari principi umanitari dello *jus gentium* (nel pure inadeguato quadro normativo di riferimento all'epoca dei fatti, attesa l'irretroattività delle regole inderogabili del diritto umanitario bellico, recepite solo successivamente dalle quattro Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 e dai due Protocolli addizionali dell'8 giugno 1977, ratificati dallo Stato italiano rispettivamente con l. n. 1739 del 1951 e l. n. 762 del 1985, e di quelle sul genocidio di cui agli artt. 1, secondo comma, e 3 l. n. 962 del 1967), ad avviso della Suprema Corte, "recava intrinsecamente ed ontologicamente, per la cinica selezione e sproporzione del numero delle vittime e per le efferate modalità di esecuzione collettiva delle uccisioni, le stimmate della manifesta, macroscopica, clamorosa e *ictu oculi* riconoscibile criminalità dello sterminio di massa. Di talché, agli ufficiali destinatari di quell'ordine, obiettivamente connotato dall'incommensurabile ed incontrovertibile disvalore proprio di un orribile delitto contro l'umanità, non era consentito spazio alcuno per dubbi o incertezze interpretative e s'impondeva (pena l'accusa di concorso nell'esecuzione del disumano ordine, che la coscienza collettiva e ogni legislatore escludono categoricamente dal novero delle cause di giustificazione) il dovere di disobbedienza gerarchica. I convincimenti ideologici, di natura politico-militare, religiosa o razziale, e gli atteggiamenti psicologici d'indifferenza o addirittura di adesione alla manifesta criminalità dell'ordine, lungi dal giustificare i comportamenti delittuosi dei subordinati, costituivano anzi segnali inequivocabili e certi della cosciente rappresentazione da parte dell'agente del carattere palesemente delittuoso dell'azione imposta".

4.3. *Lo stato di necessità*

Parimenti infondata è stata ritenuta dalla Suprema Corte, nelle sentenze n. 12595/98 e n. 4060/08 citt., l'evocazione difensiva di un preteso stato di necessità nell'esecuzione dell'ordine criminoso.

In linea di diritto, un limite ulteriore alla fisiologica applicazione del principio di responsabilità conseguente all'esecuzione di un ordine intrinsecamente delittuoso, rispetto al già indicato limite della manifesta criminalità, è dato indubbiamente dallo stato di necessità, determinato dalla incombente minaccia di un modulo coercitivo in grado di punire il subordinato per il suo eventuale rifiuto di obbedienza gerarchica: questi sarebbe indotto all'esecuzione dell'ordine, pur manifestamente criminoso, per il timore di gravi conseguenze pregiudizievoli.

Occorre tuttavia valutare, attraverso il noto meccanismo della comparazione dei beni giuridici protetti, il rapporto fra l'entità lesiva dei fatti commessi e l'entità del pregiudizio minacciato all'agente in caso di disobbedienza, escludendosi comunque dall'area della scriminante di cui all'art. 54, terzo comma, c.p. quelle fattispecie gravemente lesive che il subordinato abbia commesso, nell'eseguire l'ordine superiore, per salvarsi da pericoli di minore rilievo.

Nel caso concreto in esame, è stata rilevata la mancanza di apprezzabili elementi probatori per affermare che il rifiuto di partecipare al singolo eccidio da parte di appartenenti alle milizie delle SS avrebbe avuto come inevitabile conseguenza l'uccisione di chi non avesse obbedito all'ordine. Non vi è alcuna prova in atti, neppure sotto il profilo putativo della coazione psichica, di una minaccia tale da porre in pericolo, attuale ed immediato, la vita delle persone degli ufficiali, che si fossero rifiutati di partecipare alla strage, essendo ipotizzabili tutto al più conseguenze pregiudizievoli per l'onore e il *cursus* militare o il deferimento al tribunale speciale delle SS. "E però – osserva la S.C. – punizioni disciplinari o anche misure coercitive, meramente eventuali, sembrano davvero poca e irriverente cosa a fronte della perpetrata strage di persone innocenti. Nel rapporto di misura tra i beni in conflitto difetta *ictu oculi* il requisito della proporzionalità fra l'effettivo pericolo prospettato (ma non attuale) e i fatti omicidiari che gli imputati sarebbero stati costretti a commettere".

4.4. *La premeditazione e la crudeltà verso le persone*

Per quanto concerne l'affermata sussistenza dell'aggravante della premeditazione⁶, sia sotto il profilo psicologico che sotto quello cronologico, la Suprema Corte (Cass., n. 12595/98 e n. 4060/08 citt.), nel verificare la ricostruzione fattuale delle tragiche vicende, ha assegnato, in proposito, un ruolo centrale ai fattori sintomatici della programmata pianificazione delle concrete modalità dell'eccidio, della precisa distribuzione dei ruoli, dell'estrema organizzazione di uomini e mezzi, della previa conoscenza e della concordata deliberazione dello specifico disegno criminoso da parte dei comandanti dei reparti impiegati nelle singole operazioni, cui seguì, dopo un non irrilevante intervallo temporale, la fase esecutiva.

In ordine all'ulteriore aggravante di natura soggettiva della crudeltà verso le persone di cui all'art. 61 n. 4 c.p.⁷, il giudice di legittimità (Cass., n. 12595/98

⁶ Secondo l'ormai consolidata giurisprudenza di legittimità l'aggravante della premeditazione attiene all'intensità del dolo per il perdurare nel tempo, nell'animo dell'agente, di una risoluzione criminosa irrevocabile.

⁷ L'aggravante della crudeltà, a sua volta, è intesa come assenza, nel comportamento dell'autore dell'illecito, di ogni sentimento di pietà e di umanità propri dell'uomo civile, rivelata dal *modus agendi* consistente in un *quid pluris* rispetto all'ordinaria produzione dell'evento, tale da giustificare la maggiore riprovevolezza sotto il profilo, anch'essa, dell'intensità del dolo.

cit.) ne ha ritenuto configurabili gli estremi nella stessa materialità del fatto e nelle concrete modalità di esecuzione dell'eccidio di massa, caratterizzato da una incommensurabile spietatezza, efferatezza e insensibilità morale di macroscopica evidenza da parte dei suoi autori, ai quali non poteva certo giovare, neppure sotto questo profilo, la circostanza che il delitto fosse stato commesso per ordine del superiore, laddove questo era – come si è già dimostrato – manifestamente criminoso e comportava anzi l'obbligo di disobbedienza.

La stessa Corte (Cass., n. 12595/98 cit.) ha condiviso, infine, il giudizio decisamente negativo espresso dal giudice di merito quanto al diniego delle attenuanti generiche, in considerazione del “peso marginale e trascurabile” del tempo trascorso dai fatti senza la commissione di ulteriori reati e dell'età avanzatissima degli imputati: elementi ritenuti subvalenti se collocati a contrasto con i connotati oggettivi di “inaudita gravità” e di “manifesta disumanità” del barbaro eccidio di cui essi si resero protagonisti, indice di “ineguagliabile malvagità”, anche sotto il profilo della capacità a delinquere e della tendenza criminosa.

4.5. *La legittimazione dell'ente esponenziale a costituirsi parte civile*

Alla stregua dei medesimi rilievi in punto di individuazione del crimine di guerra e di violazione del diritto umanitario bellico, con riguardo al reato di cui all'art. 185 c.p.m.g., incluso tra i reati contro le leggi e gli usi di guerra, si è sottolineato da parte della Corte di cassazione (sent. n. 4060/08 cit.) che il fatto di reato è stato commesso con lo sterminio della popolazione civile, composta anche da vecchi, donne e bambini, ed è stato attuato con modalità efferate, in totale dispregio del più elementare senso di umanità e dei valori comunemente accolti in ogni società civile, anche in tempo di guerra. Sicché, avendo il crimine di guerra provocato dolore e sofferenze nella collettività, “creando nella memoria collettiva – per l'inimmaginabile livello di spietatezza e di crudeltà – una ferita non rimarginata, che ancora oggi è fonte di indelebile turbamento ed è produttiva di danno non patrimoniale risarcibile”, ben può ravvisarsi la base giustificativa alla *legitmatio ad causam* degli enti esponenziali della medesima collettività (Regione, Comune ecc.).

4.6. *L'estinzione dei reati per la morte sopravvenuta degli imputati*

A causa del (troppo) lungo tempo trascorso dagli eventi criminosi e dell'improvvida sospensione dell'esercizio dell'azione penale disposta il 15 gennaio 1960 dal Procuratore generale presso il Tribunale supremo militare, mediante l'“archiviazione provvisoria” dei relativi procedimenti, questi, una volta riaperti a metà degli anni '90, in non pochi casi si sono conclusi innanzi alle Corti di

merito o di legittimità con la declaratoria di estinzione dei reati per essere stata accertata la sopravvenuta morte degli imputati.

Ex plurimis, mette conto di segnalare che, con sentenza del 14 gennaio 2010 n. 2921, la Corte di cassazione, pronunciando sul ricorso proposto dall'imputato *Paul Albers* avverso la sentenza 7/5/2008 della Corte militare di appello – con la quale era stata confermata quella 13/1/2007 del Tribunale militare della Spezia, che lo aveva condannato alla pena dell'ergastolo –, acquisito agli atti il certificato di morte del ricorrente, annullava senza rinvio la sentenza impugnata essendo il reato estinto per morte dello stesso. Albers, giudicato in contumacia e ritenuto responsabile, insieme ad altri nove militari della XVI Panzergrenadier Division Reichsfuhrer SS (sotto il comando del maggiore *Walter Reder*, già condannato dal Tribunale militare di Bologna per lo stesso crimine di guerra all'ergastolo nel 1951 e liberato il 23 gennaio 1985), dell'eccidio di 775 persone – uomini, donne, bambini – della popolazione civile dei comuni di Marzabotto, Monzuno e Grizzana Morandi, alle pendici del Monte Sole, fra il 29 settembre e il 5 ottobre 1944, era stato l'unico fra i dieci imputati ad avere presentato ricorso per cassazione.

Come pure merita di essere rammentata la vicenda del criminale di guerra nazista *Michael “Misha” Seifert*, il quale, caporale delle SS addetto alla sorveglianza del campo di transito di Bolzano e di quello di concentramento di Fossoli dal dicembre 1944 all'aprile 1945, si era reso responsabile della tortura e della uccisione senza giustificato motivo di numerosi prigionieri civili. Il procedimento penale a suo carico, archiviato nel 1960 e riaperto nel 1999 dalla Procura militare, si è concluso nel novembre del 2000 con sentenza irrevocabile del Tribunale militare di Verona di condanna dell'imputato, in contumacia, alla pena dell'ergastolo per essere stato riconosciuto colpevole di undici omicidi. Identificato a Vancouver ed estradato dal Canada nel febbraio 2008, Seifert è stato rinchiuso nel carcere militare di S. Maria Capua Vetere ove è poi deceduto il 6 novembre 2010 all'età di 86 anni.

II. LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA REPUBBLICA FEDERALE DI GERMANIA PER I CRIMINI DI GUERRA NAZISTI

1. *L'immunità funzionale degli Stati*

La Repubblica Federale di Germania è stata più volte citata in giudizio innanzi ai giudici italiani dalle vittime – o dai loro parenti – dei crimini di guerra commessi dal Terzo Reich nel periodo dell'occupazione militare nazista (1943-1945), per rispondere civilmente, ai sensi dell'art. 2043 c.c., dei danni cagionati a cittadini italiani da condotte illecite o criminose eseguite dai suoi organi, quali ucci-

sioni, lesioni, deportazione, internamento, riduzione in schiavitù, lavori forzati, tortura.

Orbene, costituisce principio di fonte internazionale consuetudinaria, recepito nell'ordinamento giuridico italiano siccome norma di diritto internazionale generale in forza dell'adeguamento automatico disposto dall'art. 10, primo comma, Cost. (Corte cost., n. 48 del 1979), preesistente e prevalente sui criteri di collegamento delineati dalle norme penali, quello per cui sono sottratti alla giurisdizione civile (o penale) di uno Stato estero i fatti e gli atti eseguiti *jure imperii* dagli individui-organi di un altro Stato nell'esercizio dei compiti e delle funzioni pubbliche ad essi attribuiti.

Il principio della immunità funzionale dalla giurisdizione civile, pure nella nozione "*ristretta*" o "*relativa*", limitata cioè alle sole attività che, a differenza di quelle *jure gestionis*, sono espressione diretta e immediata della funzione sovrana degli Stati, tra le quali ontologicamente rientrano le attività eseguite nel corso di operazioni militari, ha trovato ampio riconoscimento sia nella dottrina che nella giurisprudenza, interna e internazionale. La regola costituisce il naturale corollario del principio consuetudinario sull'immunità "*ristretta*" degli Stati dalla giurisdizione straniera per la responsabilità civile derivante da attività di natura ufficiale, *jure imperii*, materialmente eseguite dai suoi organi.

Ogni Stato, indipendente e sovrano, è libero di stabilire la propria organizzazione interna e individuare le persone autorizzate ad agire per suo conto. Sicché le relative condotte esprimono l'esercizio di una funzione pubblica e sono imputabili allo Stato, comportandone, senza indebite interferenze da parte dei tribunali di un altro Stato, solo la responsabilità per l'eventuale illecito internazionale da far valere nei rapporti fra lo Stato leso e lo Stato responsabile, nel rispetto delle reciproche sovranità: "*par in parem non habet imperium vel jurisdictionem*"⁸.

2. Crimini internazionali, diritto umanitario bellico e jus cogens

Pur dandosi atto della prevalenza dell'opposta tesi, che al più ammette deroghe solo di fonte convenzionale, come per il genocidio o la tortura, alla dottrina

⁸ L'immunità, quale regola generale nei procedimenti civili, è inoltre enunciata sia nella Convenzione europea sull'immunità degli Stati del 16 maggio 1972, sia nella Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 2 dicembre 2004, redatte secondo il metodo della "lista" delle *commercial exceptions* con riguardo ad attività di tipo privatistico. Restano comunque escluse dalla c.d. *tort exception*, e perciò dalla sfera di applicazione convenzionale, le azioni o le omissioni produttive di lesioni personali e danni, imputabili alle forze armate di uno Stato straniero stanziate sul territorio di altro Stato, vieppiù in situazioni di conflitto armato, che continuano ad essere regolate da "*the rules of customary international law*" (art. 12 della Convenzione di New York).

dell'immunità dello Stato, “*as the current rule of public international law*”, in alcune decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo (Cedu, 21/11/2001, *Al Adsani* e 12/12/2002, *Kalogeropoulou*) si è avvertito, tuttavia, che ciò “*does not preclude a development in customary international law in the future*”.

Ed invero, alla stregua delle lucide argomentazioni sviluppate negli anni 2004-2011 dalle sezioni unite civili della Suprema Corte, a partire dalla nota sentenza *Ferrini*⁹, condivise dalla giurisprudenza penale di legittimità formatasi negli stessi anni circa la posizione dello Stato tedesco, citato in giudizio in qualità di responsabile civile nei processi per crimini di guerra nazisti (caso *Milde*)¹⁰, si è inaugurata una tendenza evolutiva, diretta a contrastare l'assolutezza della regola consuetudinaria sull'immunità dello Stato estero, relativamente alla responsabilità civile derivante dall'attività illecita compiuta *jure imperii* da un suo organo, oltre che sull'immunità dalla giurisdizione penale dell'individuo-organo autore del medesimo illecito. Di essa se ne è, infatti, prospettata la cedevolezza, laddove gli atti siano stati eseguiti in violazione di norme di diritto internazionale cogente, come in tema di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, per essersi l'individuo-organo reso colpevole di “crimini internazionali”, a garanzia di valori fondanti la comunità internazionale nel suo insieme.

Si è pertanto ritenuta “in via di formazione” una consuetudine internazionale la quale, in considerazione del carattere cogente e imperativo delle norme di diritto internazionale umanitario (“*peremptory norms of general international law*”, nella dizione dell'art. 53 della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati), che impongono il rispetto dei diritti umani fondamentali, e della concreta lesività di “valori universali che trascendono gli interessi delle singole comunità statali”, è diretta a limitare l'immunità dalla responsabilità civile dello Stato estero, il cui organo, pur nell'esercizio di un'attività *jure imperii*, come in situazioni belliche, si sia tuttavia reso autore di atti di gravità tale da “minare le fondamenta stesse della coesistenza tra i popoli”, configurabili perciò come “crimini internazionali”.

Dalla parallela e antinomica coesistenza nell'ordinamento internazionale dei due principi, entrambi di portata generale, consegua, come logico corollario,

⁹ Cass., sez. un. civ., n. 5044 del 2004; sez. un. civ., nn. 14199 e 14201 del 2008; cui *adde* sez. I civ., n. 11163 del 2011.

¹⁰ Cass., sez. I pen., 21 ottobre 2008 n. 1072/09, *Milde*. La Corte militare d'appello aveva pronunciato sentenza definitiva di condanna dell'imputato – ritenute non configurabili le scriminanti dell'adempimento di un dovere e dello stato di necessità e non applicabili le attenuanti generiche – alla pena dell'ergastolo per il reato di cui all'art. 185 c.p.m.g., per avere lo stesso partecipato, in qualità di sergente della Divisione paracadutisti corazzata “Hermann Goring”, al rastrellamento e al massacro di 244 civili, fra cui donne, bambini e anziani, perpetrati il 29 giugno 1944 nei comuni di Civitella, Cornia e San Pancrazio in Val di Chiana, a titolo di rappresaglia per l'uccisione di tre soldati tedeschi da parte di partigiani operanti nella zona.

che l'eventuale conflitto, laddove essi vengano contemporaneamente in rilievo, debba risolversi sul piano sistematico del coordinamento e sulla base del criterio del bilanciamento degli interessi, dandosi prevalenza al principio di rango più elevato e di *jus cogens*.

Riveste quindi primario rilievo la garanzia che non resteranno impuniti i più gravi crimini lesivi dei diritti inviolabili di libertà e dignità della persona umana, "per il suo contenuto assiologico di meta-valore" nella comunità internazionale, rispetto agli interessi degli Stati all'uguaglianza sovrana e alla non interferenza, rappresentando la violazione di quei diritti fondamentali "il punto di rottura dell'esercizio tollerabile della sovranità", in altre parole l'"abuso di sovranità" dello Stato¹¹.

D'altra parte, sul diverso piano del regime della responsabilità penale individuale per talune fattispecie di crimini contro l'umanità, crimini di guerra o atti di genocidio commessi dall'individuo-organo di uno Stato estero, pure nell'esercizio di funzioni ufficiali, la Corte di cassazione italiana, in armonia con le decisioni pronunziate nei confronti di criminali nazisti dai Tribunali militari internazionali di Norimberga e Tokyo, dalla Corte suprema israeliana il 29 maggio 1962 nel caso *Eichmann* e da altre Corti supreme nazionali, ha affermato l'imprescrittibilità dei reati e, in considerazione del criterio di collegamento della nazionalità delle vittime o del luogo di commissione del delitto ovvero in forza della universalità della giurisdizione *ex art. 7 n. 5 c.p.*, ha ritenuto pacificamente sussistente la giurisdizione passiva o per taluni versi universale.

E ciò – come si è già detto – sull'assorbente rilievo che l'esecuzione di un barbaro eccidio di prigionieri inermi, in violazione del diritto bellico e dei più elementari principi umanitari dello *jus gentium*, nel pur inadeguato quadro di riferimento vigente all'epoca dei fatti (Convenzioni dell'Aja del 1899 e del 1907 sulle leggi e gli usi di guerra terrestre e marittima), anteriore al regime delle regole del diritto umanitario bellico di cui alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 e ai due Protocolli addizionali del 1977, reca ontologicamente "le stimate" della riconoscibile contrarietà ai più elementari principi di umanità e della clamorosa criminosità dello sterminio di massa¹².

¹¹ Cfr., esattamente in termini, Cass., sez. I pen., n. 31171 del 2008, P.G. in proc. *Lozano*, che ha tuttavia ritenuto *ex adverso* il difetto di giurisdizione penale dello Stato italiano per l'uccisione e il ferimento di cittadini italiani da parte di personale militare statunitense partecipante alla Forza Multinazionale in Iraq, essendo stata esclusa nel caso concreto la configurabilità di un crimine contro l'umanità o di un crimine di guerra.

¹² Così Cass., n. 12595/98 e n. 4060/08 citt., rispettivamente per le stragi delle Fosse Ardeatine e di Sant'Anna di Stazzema.

3. La sentenza 3 febbraio 2012 della CIG e la legge 14 gennaio 2013, n. 5

E però, la Corte internazionale di giustizia dell'Aja (con 12 voti contro 3), chiamata a dirimere la controversia fra Germania e Italia originata dal menzionato orientamento evolutivo dei giudici italiani, ha ritenuto con sentenza del 3 febbraio 2012 che l'Italia, attraverso le suddette pronunce, avesse violato il principio di diritto internazionale consuetudinario della immunità funzionale dalla giurisdizione civile degli Stati esteri, ancorché si trattasse di giudizi risarcitori conseguenti alla commissione di crimini di guerra o contro l'umanità, così smentendo l'opposto indirizzo giurisprudenziale inaugurato nel 2004 dalla sentenza "Ferrini" delle sezioni unite civili.

Di talché la Corte di cassazione, preso atto della sentenza della CIG, non recepiva ulteriori applicazioni della tesi che non era stata convalidata in sede di giustizia internazionale, dichiarando conseguentemente il difetto di giurisdizione del giudice italiano relativamente ad analoghe pretese risarcitorie avanzate nei confronti della Repubblica Federale di Germania, sia in sede civile¹³ che penale¹⁴.

E poiché la CIG, con la richiamata sentenza, ammoniva che "la Repubblica italiana, promulgando l'opportuna legislazione o facendo ricorso ad altro metodo a sua scelta, dovrà fare in modo che le decisioni dei suoi giudici e quelle di altre autorità giudiziarie che violano l'immunità riconosciuta alla Repubblica Federale di Germania dal diritto internazionale siano rese inefficaci", il Parlamento italiano, al fine di garantire il rispetto di tale sentenza, emanava la legge 14 gennaio 2013, n. 5 (Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, firmata a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno). Questa stabilisce, al primo comma dell'art. 3, che "Ai fini di cui all'articolo 94, paragrafo 1, dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945 e reso esecutivo dalla legge 17 agosto 1957 n. 848, quando la Corte

¹³ Cass., sez. un. civ., n. 4284 del 2013, nella causa di risarcimento dei danni conseguenti alla detenzione ed alle torture subite dal padre dell'attore nel carcere di via Tasso in Roma, tra il 27 gennaio e il 24 marzo 1944, ed alla successiva uccisione avvenuta alle Fosse Ardeatine il 24 marzo; sez. un. civ., n. 1136 del 2014, nella causa promossa da un cittadino italiano che lamentava di essere stato catturato a seguito dell'occupazione nazista e deportato in Germania.

¹⁴ Cass., sez. I pen., n. 32139 del 2012, ricorrente la Repubblica Federale di Germania, in qualità di responsabile civile, in proc. *Albers, Bauman e altri*. Gli imputati, ex combattenti della XVI Panzergrenadier Division Reichsführer SS sotto il comando del maggiore Walter Reder, erano stati ritenuti dal giudice di merito responsabili dell'eccidio di 350 civili inermi (la "strage di San Terenzo - Vinca"), avvenuta tra il 19 ed il 27 agosto 1944 nel territorio del comune di Fivizzano in Lunigiana. La Corte militare d'appello, con sentenza irrevocabile dell'aprile 2011, aveva confermato per alcuni di essi la condanna alla pena dell'ergastolo pronunciata dal Tribunale militare di Roma il 26 giugno 2009, mentre per altri aveva dichiarato l'estinzione del reato per la sopravvenuta morte degli imputati.

internazionale di giustizia, con sentenza che ha definito un procedimento di cui è stato parte lo Stato italiano, ha escluso l'assoggettamento di specifiche condotte di altro Stato alla giurisdizione civile, il giudice davanti al quale pende controversia relativa alle stesse condotte rileva, d'ufficio e anche quando ha già emesso sentenza non definitiva passata in giudicato che ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione, il difetto di giurisdizione in qualunque stato e grado del processo"; e, al secondo comma del medesimo art. 3, che "Le sentenze passate in giudicato in contrasto con la sentenza della CIG di cui al comma 1, anche se successivamente emessa, possono essere impugnate per revocazione, oltre che nei casi previsti dall'art. 395 c.p.c., anche per difetto di giurisdizione civile e in tale caso non si applica l'art. 396 del citato c.p.c."

4. Corte costituzionale, sent. n. 238 del 2014: i "controlimiti"

Ma non era stato ancora scritto l'ultimo capitolo della vicenda riguardante l'immunità giurisdizionale dello Stato estero nei giudizi risarcitori per i danni subiti dalle vittime dei crimini di guerra e contro l'umanità.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 238 del 22 ottobre 2014, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per insanabile contrasto con gli artt. 2 e 24 Cost., del citato art. 3 l. n. 5 del 2013 e dell'art. 1 l. n. 848 del 1957, limitatamente all'esecuzione data all'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della CIG del 3 febbraio 2012, che gli impone di negare la giurisdizione ("senza che sia prevista alcuna forma di riparazione giudiziaria dei diritti fondamentali violati"), in riferimento agli atti commessi *jure imperii* da uno Stato straniero sul territorio italiano, qualificati come crimini di guerra e contro l'umanità. Questi, eseguiti nell'"esercizio illegittimo della potestà di governo", si configurano come lesione della dignità e dei diritti inviolabili della persona, i quali, siccome metavalori di primario rilievo costituzionale, si frappongono da "controlimiti" al rinvio di cui all'art. 10 Cost. quanto all'ingresso nell'ordinamento interno delle norme internazionali consuetudinarie generalmente riconosciute.

5. Ritorno al futuro: la più recente giurisprudenza di legittimità (e di merito)

Il radicale cambiamento del quadro normativo determinato dall'intervento demolitorio della Corte costituzionale ha imposto una rivalutazione della questione di giurisdizione da parte delle sezioni unite civili della Corte di cassazione. Nel senso

che l'immunità dalla giurisdizione civile degli Stati esteri per atti *jure imperii* costituisce una prerogativa (e non un diritto) riconosciuta da norme consuetudinarie internazionali, la cui operatività è preclusa nel nostro ordinamento, a seguito della sentenza della Corte cost. n. 238 del 2014, per i *delicta imperii*, per quei crimini, cioè, compiuti in violazione di norme internazionali di *jus cogens*, in quanto tali lesivi di valori universali che trascendono gli interessi delle singole comunità statali¹⁵.

Con la più recente sentenza – la n. 762 del 2017 –, la Suprema Corte ha ritenuto sussistente la giurisdizione italiana in relazione alla domanda risarcitoria promossa, nei confronti della Repubblica Federale di Germania, da un cittadino italiano che lamentava di essere stato catturato a seguito dell'occupazione nazista durante la seconda guerra mondiale e deportato in Germania per essere utilizzato quale mano d'opera non volontaria al servizio di imprese tedesche, atteso che sia la deportazione che l'assoggettamento ai lavori forzati devono essere annoverati tra i crimini di guerra di diritto internazionale.

Secondo la Corte di legittimità, la norma consuetudinaria di diritto internazionale generalmente riconosciuta, che impone agli Stati l'obbligo di astenersi dall'esercitare il potere giurisdizionale nei confronti degli Stati stranieri per gli atti *jure imperii*, "non ha carattere incondizionato", ma, quando venga in contrapposizione con il parallelo principio del primato assoluto dei valori fondamentali della libertà e dignità della persona, "ne rimane conformata". Con la conseguenza che allo Stato straniero non è accordata un'immunità totale dalla giurisdizione civile dello Stato territoriale, in presenza di comportamenti di tale gravità da configurarsi quali crimini contro l'umanità, che, in quanto lesivi di quei valori universali di rispetto della libertà e della dignità della persona che trascendono gli interessi delle singole comunità statali, segnano "il punto di rottura dell'esercizio tollerabile della sovranità".

Il nuovo orientamento, che ha trovato puntuale conferma anche fra i giudici di merito¹⁶, si riporta, in sostanza confermandolo, al precedente indirizzo ermeneutico, inaugurato dalla sentenza *Ferrini* del 2004 ed espresso in analoghe fattispecie prima della sentenza della CIG del 2012 e della riforma legislativa di cui all'art. 3 l. n. 5 del 2013, secondo il quale il rispetto dei diritti inviolabili della persona umana assume, anche nell'ordinamento internazionale, il valore di principio fondamentale, tale da ridurre la portata e l'ambito di altri principi cui lo stesso ordinamento si è tradizionalmente ispirato, quale quello del rispetto delle reciproche sovranità e del riconoscimento dell'immunità statale dalla giurisdizione civile straniera.

¹⁵ Cass., sez. un. civ., nn. 21946 del 2015, 15812 del 2016 e 762 del 2017.

¹⁶ Da ultimo v., in senso conforme, Trib. Sulmona, ord. 2 novembre 2017, in relazione all'eccidio commesso fra il 16 e il 21 novembre 1943 da soldati appartenenti alla I Divisione paracadutisti del LXXXVI Corpo d'armata tedesco di stanza sulla linea Gustav, ai danni di 128 abitanti – per la maggior parte anziani, donne e bambini – della frazione di Pietransieri nel comune di Roccaraso.

STEFANIA CARNEVALE

TORTURA E MALTRATTAMENTI IN CARCERE:
I PRESIDI DI DIRITTO PROCESSUALE E PENITENZIARIO
A SUPPORTO DEGLI STRUMENTI SOSTANZIALI

A M. che si cucì la bocca

SOMMARIO: 1. Prospettive capovolte: la tortura da mezzo di accertamento e punizione a problema di accertamento e punizione. – 2. Il ruolo del personale medico: il referto come primario strumento di conoscenza e prova. – 3. Il ruolo del garante dei diritti dei detenuti: l'incerto statuto penale e processuale di una figura in evoluzione. – 4. Il ruolo degli inquirenti: la prontezza e l'effettività delle indagini, la vulnerabilità della vittima. – 5. I pungoli alle procure: (ancora) sul ruolo dei garanti e su quello della magistratura di sorveglianza. – 6. La riforma dell'ordinamento penitenziario: frammenti sopravvissuti e garanzie smarrite.

1. *Prospettive capovolte: la tortura da mezzo di accertamento e punizione a problema di accertamento e punizione*

È un susseguirsi di ribaltamenti a contraddistinguere il fenomeno della tortura. Le questioni giuridiche di cui è disseminata la sua storia costringono a continui capovolgimenti di visione, come se per addentrarvisi fosse necessario assumere la postura rovesciata di chi in passato subiva il rigore dei tormenti e da lì assistere al disorientante sovvertimento di categorie e prospettive: il reo che diventa vittima, i tutori della legge penale che la profanano, le forze dell'ordine che si convertono in forza disordinata, tramutando Dike, violenza domata dalla ragione, in Hybris, sopraffazione priva di misura.

Un'autentica inversione ha d'altro canto connotato anche l'approccio dei moderni ordinamenti alla materia. Per secoli, le sevizie perpetrate ai danni delle persone private della libertà dai loro custodi sono state strumenti elettivi di accertamento dei reati e punizione dei colpevoli: per il loro tramite, si mirava all'ottenimento di apporti dichiarativi in grado di dissipare i dubbi sulla condotta criminosa e condurre alla certa individuazione degli autori¹. Nel tempo presente, in cui analoghi comportamenti sono banditi ai più alti livelli delle fonti del diritto-

¹ A riguardo si veda la fondamentale ricostruzione di P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Milano, 1953. Più di recente, M. SBRICCOLI, "Tormentum id est torquere mentem". *Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell'Italia comunale*, in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, II, Milano, Giuffrè, 2009, p. 110 ss. e 120 ss.; T. PADOVANI, *Giustizia criminale*, vol. 3, *Tortura*, Pisa University Press, 2015, p. 40 ss.

to² e finalmente stigmatizzati dalla legge penale³, esigenza primaria è piuttosto giungere al *loro* accertamento e alla sanzione dei responsabili. I maltrattamenti inflitti nei luoghi di detenzione da *mezzo di ricerca della prova* sono oggi diventati difficoltoso *oggetto di prova*, fatti la cui dimostrazione è irta di ostacoli per le condizioni di tetra separatezza in cui vengono consumati.

All'indubbia trasmutazione assiologica non ha invero corrisposto, sul versante empirico, un effettivo contrasto ai trattamenti inumani o degradanti intenzionalmente inferti da chi esercita funzioni di vigilanza e cura sulle persone ristrette. I manuali del passato, come il *De maleficis* o il *Malleus maleficarum*, che disciplinavano con minuzioso sadismo la pratica dei tormenti sul corpo dell'accusato e del condannato⁴, hanno così ceduto il posto ai prontuari del presente su come perseguire efficacemente chi si macchi di queste ignominiose condotte⁵. Sono numerosi i testi varati dagli organismi internazionali che si prefiggono come obiettivo «la lotta contro l'impunità», assurta a impellenza dei

² Dalla Costituzione (art. 13 comma 4), dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo (art. 3), dal Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 7) e dagli altri strumenti internazionali appositamente varati: la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, conclusa a New York il 10 dicembre 1984 e ratificata dall'Italia con l. 3 novembre 1988, n. 498 (d'ora innanzi CAT); il relativo Protocollo opzionale, adottato il 18 dicembre 2002 e ratificato con l. 2 novembre 2012 n. 195 (d'ora innanzi OPCAT); la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, adottata il 26 gennaio 1987 e ratificata dall'Italia con l. 2 gennaio 1989, n. 7. Un'attenzione insistente a torture e maltrattamenti è dedicata dalle Mandela Rules (United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, adottate dall'Assemblea generale dell'ONU il 17 dicembre 2015): la questione ricorre ripetutamente alle regole 1, 7 lett. d), 8 lett. d), 30 lett. b), 32 lett. d), 34, 43, 57 § 3, 71, 76.

³ L. 14 luglio 2017, n. 110 che ha introdotto nel codice penale gli artt. 613-*bis* e 613-*ter*. Sul lungo percorso che ha preceduto la riforma, v., fra i molti, A. COLELLA, *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, in *Dir. pen. cont.*, 22 luglio 2014; A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2/2014, p. 129 ss.; G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo*, in *Dir. pen. cont.*, 28 febbraio 2016. M. PASSIONE, *Fatti e misfatti. Un commento al DDL sul reato di tortura*, in *Giur. pen.*, 1 giugno 2017.

⁴ Il disciplinamento della tortura occupa larga parte delle prime trattatistiche di procedura criminale. Uno spazio consistente vi è riservato nel *De maleficiis* di Alberto Gandino (1287), nel *Directorium Inquisitorum* (1376) di Nicholas Eymerich e nel *Malleus maleficarum* (1486) di Iacopo Sprenger e Heinric Kramer. Sul punto, v. P. FIORELLI, *op. cit.*, vol. I, p. 132 ss. e 168 ss.; E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, vol. II, Roma, 1995, 277 ss.; D. QUAGLIONI, *Alberto Gandino e le origini della trattatistica penale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 29, 1999, p. 49 ss.

⁵ V. ad es. C. GRIFFARD, *The Torture Reporting Handbook. How to document and respond to allegations of torture within the international system for the protection of human rights*, Human Rights Centre, University of Essex, 2000; C. FOLEY, *Combating Torture. A Manual for Judges and Prosecutors*, Human Rights Centre, University of Essex, 2003; E. SVANIDZE, *Effective Investigation of Ill-Treatment. Guidelines on European standards*, 2nd ed., Council of Europe, 2014.

nostri tempi⁶. Emblematico di questa copiosa e singolare produzione è l'*Istanbul Protocol*, stilato dall'ufficio dell'Alto Commissario per i diritti umani delle Nazioni Unite con l'intento di offrire puntuali istruzioni per la proficuità delle indagini e l'acquisizione di prove in caso di violenze patite dalle persone ristrette⁷. Analoghi crucci animano gli interventi dei diversi organismi del Consiglio d'Europa: dal Commissario per i diritti umani⁸, al Comitato europeo per la prevenzione della tortura⁹, sino alla Corte europea dei diritti dell'uomo, che con la sua feconda giurisprudenza offre il più risoluto sprone ad inerzie e inettitudini degli Stati membri.

Sotto questo profilo, il 2017 è stato per l'Italia un anno nero: sono state ben cinque le condanne collezionate per violazioni intenzionali dell'art. 3 della Convenzione, che hanno segnato un disonorevole record per un paese dalle tradizioni giuridiche nobili e dai precetti costituzionali limpidi¹⁰. Alcuni di questi casi (*Bartesaghi Gallo*, *Blair*, *Azzolina*) sono il dolente epilogo dei procedi-

⁶ *Combating Impunity* è il capitolo qualificante di European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (d'ora innanzi CPT), *14th General Report. 1 August 2003-31 July 2004*, Strasbourg, 2004 (disponibile in <https://rm.coe.int/1680696a80>). Vi si evidenzia (p. 14, § 25) come in assenza di azioni tempestive ed efficaci a fronte di segnalazioni di *ill-treatment* «tutti coloro che sono propensi a maltrattare le persone private della libertà giungeranno rapidamente alla conclusione, a ragione, che possono farlo in assoluta impunità» così da vanificare tutti gli sforzi diretti a favorire serie politiche di promozione dei diritti dell'uomo. In caso di inerzia giudiziaria «i colleghi, i superiori, le autorità incaricate dell'inchiesta – contribuiscono in definitiva alla disgregazione di quei valori che costituiscono la base stessa di una società democratica».

⁷ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Istanbul Protocol. Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, United Nations, New York and Geneva, 2004, submitted to the United Nations High Commissioner for Human Rights on the 9th of August 1999 (disponibile in <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/training8Rev1en.pdf>). Il documento raccomanda, fra l'altro, specifiche tecniche di raccolta d'informazioni, l'accuratezza dei referti e di altre forme di documentazione, la predisposizione di indispensabili sistemi di tutela per i dichiaranti.

⁸ V. *Opinion of The Commissioner for Human Rights Concerning Independent and Effective Determination of Complaints against the Police* del 12 marzo 2009 (disponibile in <https://rm.coe.int/opinion-of-the-commissioner-for-human-rights-thomas-hammarberg-concern/16806daa54>).

⁹ Così il già citato quattordicesimo rapporto del CPT, a cui devono aggiungersi, CPT, *23rd General Report. 1 August 2012 - 31 July 2013*, Council of Europe, Strasbourg, 2013 (disponibile in <https://rm.coe.int/1680696a9b>), recante come parte speciale indicazioni per la formazione di prove mediche dei maltrattamenti (§ 71 ss.); e il più recente CPT, *27th General Report. 1 January - 31 December 2017*, Council of Europe, Strasbourg, 2018 (disponibile in <https://rm.coe.int/16807bc1cf>), dove una sezione è dedicata ai requisiti che dovrebbero contraddistinguere i meccanismi di garanzia nazionali a tutela delle persone ristrette (§ 68 ss.).

¹⁰ Secondo le tabelle statistiche fornite dalla Corte europea per i diritti dell'uomo (disponibili in https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2017_ENG.pdf) nel 2017 sono state rese 13 decisioni per violazione dell'art. 3 sotto il profilo della proibizione della tortura: di queste, 8 hanno riguardato la Russia, 1 la Georgia e 4 l'Italia.

menti seguiti ai fatti di Genova, che potrebbero considerarsi eccezionali¹¹. Altri (*Cirino e Renne, Tiziana Pennino*), tuttavia, concernono vicende emerse dalle viscere di un comune istituto detentivo¹² o di un ordinario comando di polizia¹³. Capovolgendo la prospettiva, com'è proficuo in questo campo, si è trattato perciò di un anno fulgido, perché ha registrato l'ampiezza di un fenomeno, squarciando un velo di estesa noncuranza.

Del resto l'Italia era stata già raggiunta nel recente passato da altre condanne, per violazioni sostanziali o procedurali, che tratteggiavano scenari foschi: i casi *Cestaro* (2015)¹⁴, *Saba e Alberti* (2014)¹⁵, *Labita* (2000) e *Indelicato* (2002)¹⁶ compongono un puzzle dove si mescolano violenze praticate trasversalmente su singoli o su gruppi di persone, in istituti di pena o in luoghi di temporanea custodia, nella vigenza di regimi di restrizione ordinari o speciali. Dall'ultimo rapporto del Comitato europeo per la prevenzione della tortura si apprende che presso tutti gli istituti penitenziari italiani visitati (tranne uno) sono stati segnalati episodi, reputati credibili, di sopraffazioni fisiche¹⁷. Anche il volume che raccoglie le raccomandazioni del Garante nazionale delle persone private della libertà personale dedica una sezione a questo scomodo argomento¹⁸. Se a questi autorevoli pronunciamenti si aggiunge il proliferare di episodi segnalati dalle cronache degli ul-

¹¹ Corte EDU, *Bartesaghi Gallo e altri c. Italia*, 22 giugno 2017 (ric. n. 12131/13 e 43390/13). Corte EDU, *Blair e altri c. Italia*, 26 ottobre 2017 (ric. n. 1442/14, 21319/14 e 21911/14); Corte EDU, *Azzolina ed altri c. Italia* (ric. n. 28923/09 e 67599/10).

¹² Corte EDU, *Cirino e Renne c. Italia*, 26 ottobre 2017 (ric. n. 2539/13 e 4705/13). Una lucida e approfondita analisi sulla vicenda che ha condotto alla pronuncia della Corte europea è offerta da P. BUFFA, *Tortura e detenzione: alcune considerazioni in tema di abusi, maltrattamenti e violenze in ambito detentivo*, in *Rass. penit. crim.*, 2013, p. 125 ss.

¹³ Corte EDU, *Tiziana Pennino c. Italia*, 12 ottobre 2017 (ric. n. 21759/15).

¹⁴ Corte EDU, *Cestaro c. Italia*, 7 aprile 2015 (ric. n. 6884/11).

¹⁵ Condanne per maltrattamenti inflitti rispettivamente in carcere e in una camera di sicurezza: Corte EDU, *Alberti c. Italia*, 24 giugno 2014 (ric. n. 15397/11); *Saba c. Italia*, 1° luglio 2014 (ric. n. 36629/10).

¹⁶ Relativi a denunce di sevizie e angherie praticate a Pianosa sui ristretti soggetti al regime speciale di cui all'art. 41 *bis* ord. pen., seguite da indagini negligenti e lacunose: Corte EDU, *Labita c. Italia*, 6 aprile 2000 (ric. n. 26772/95); *Indelicato c. Italia*, 18 ottobre 2001 (ric. n. 31143/96).

¹⁷ CPT, *Report to the Italian Government on the visit to Italy (8-21 April 2016)*, Strasbourg, 2017 (disponibile in <https://rm.coe.int/pdf/16807412c2>), § 30 ss. Le segnalazioni riguardano in particolare maltrattamenti fisici consistenti in schiaffi, pugni e calci inflitti da personale di custodia solitamente dopo alterchi verbali o a fronte di detenuti in stato di agitazione. Fra i contesti di emersione della violenza vengono inclusi (sic) casi di tentati suicidi o atti di autolesionismo. A questo allarmante rilievo segue la descrizione, indicata come puramente esemplificativa, di cinque episodi.

¹⁸ Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Norme e normalità. Standard per l'esecuzione penale detentiva degli adulti. Raccolta delle Raccomandazioni 2016-2017*, p. 108 ss. V. anche, della medesima Autorità, la *Relazione al Parlamento 2018*, p. 137 ss. Entrambi i documenti sono disponibili in http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/it/pub_-rel_par.page.

timi mesi e degli ultimi anni¹⁹, non sembra fuori luogo diagnosticare un inquietante quadro di diffuse pratiche di maltrattamento delle persone tenute in custodia. Si tratta, come è evidente, di condotte episodiche e minoritarie²⁰ ma che non paiono iscriversi nell'area dell'assoluta eccezionalità²¹. Anche perché in questo ambito, come tutti i moniti espressi dagli organismi internazionali lasciano intendere, la cifra oscura dei comportamenti non denunciati o neppure trapelati è da reputare consistente. L'affiorare di segnali non sporadici, di sintomi ripetuti, di informazioni frammentarie ma persistenti disvela una porzione sotterranea e largamente sottovalutata – o peggio accettata – di *ill-treatment* o *degrading treatment* delle persone private della libertà, la cui dimensione non si riesce a calcolare ma soltanto a intuire. Ricomponendo i tasselli tratti dai procedimenti giudiziari avviati o conclusi si evince che le torture o i maltrattamenti, secondo le cupe gradazioni in cui possono declinarsi le violazioni dell'art. 3 della Convenzione euro-

¹⁹ Una puntuale ricostruzione dei casi più gravi si trova in L. MANCONI, V. CALDERONE, *Quando hanno aperto la cella, Stefano Cucchi e gli altri*, Milano, Il Saggiatore, 2011. L'orribile catalogo è aggiornato da A. COLELLA, *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, in *Dir. pen. cont.*, 22 luglio 2014, p. 1-4. Le cronache hanno portato in seguito alla luce numerose altre vicende oggetto di accertamento giudiziale: diverse testate giornalistiche hanno dato conto, ad esempio, delle denunce di un detenuto per il trattamento subito durante le detenzioni a Parma e Piacenza, del caso della "cella 0" di Poggioreale e della "squadretta" di Regina Coeli, della vicenda che ha coinvolto una persona ristretta nel carcere di Genova, di una nuova condanna per maltrattamenti perpetrati nell'istituto di Asti, degli esposti del garante regionale dei detenuti sul carcere di Viterbo. Su alcuni di questi casi, v. V. MANCA, *Lezioni di vita carceraria: "Galera, botte ed omertà". Parte seconda*, in *Giur. pen.*, 23 aprile 2016; R. DE VITO, *Carcere e tortura: la "lezione" di Parma*, in *Quest. giust.*, 8 aprile 2016; L. MANCONI, *La violenza nelle carceri, una vergogna che deve finire*, in *Corriere della Sera*, 29 dicembre 2018.

²⁰ Lo stesso CPT, *Report to the Italian Government*, cit., esordisce puntualizzando che molti detenuti durante le visite hanno espresso giudizi positivi sul modo con cui erano stati trattati dal personale operante negli istituti visitati. Grazie agli interventi della polizia penitenziaria ogni anno si sventano migliaia di suicidi (nel 2017 1.135) e si evita che atti di autolesionismo (9.510 nello stesso anno) sfocino nell'irreparabile. Non è quindi da porre in dubbio che i comportamenti maggioritari siano – com'è ovvio e doveroso – corretti.

²¹ Sotto questo profilo sembrano particolarmente significative le vicende alla base della sentenza *Saba c. Italia*, cit., che ha visto sottoposti a giudizio una settantina di agenti di polizia penitenziaria per episodi di violenza definita «inumana» dalla nostra magistratura (§ 13 e 45); nonché quelle sottese alla condanna *Cirino e Renne c. Italia*, dove la Corte europea, basandosi sulle ricostruzioni giudiziali interne, ha richiamato pratiche «generalizzate» di maltrattamenti, inflitti «sistematicamente» a persone recluse mediante misure prese in via «rutinaria» (§ 29, 83 e 84). La Cassazione, in quest'ultimo caso, aveva perciò sussunto le condotte nella fattispecie di cui all'art. 572 c.p. previa modifica del *nomen iuris* attribuito dal giudice di merito, orientatosi per il meno grave reato di abuso di autorità contro arrestati o detenuti (art. 608 c.p.). Il delitto di maltrattamenti, difatti, «sanziona comportamenti abituali caratterizzati da una serie indeterminata di atti di vessazione e umiliazione» (Cass., Sez. VI, 21 maggio 2012, n. 30780, Bucci e a., in *C.e.d. rv.* 253291 e *Foro it.*, 2014, II, c. 260, che però dichiarerà prescritta anche questa più grave fattispecie).

pea²², non sono tanto tesi a ottenere contributi collaborativi destinati al processo penale, ma hanno piuttosto, e più di frequente, scopi «punitivi e di rappresaglia volti a provocare l'umiliazione e la sofferenza fisica e morale delle vittime»²³, o funzioni di supposta deterrenza rispetto a comportamenti scorretti e mal tollerati²⁴. Il primo e più tradizionale intento dei patimenti inflitti dai custodi ai custoditi, ottenere confessioni, sembra perciò essere arretrato – almeno in Italia – a favore delle altre finalità enumerate nella definizione internazionale di tortura²⁵.

Le vessazioni fisiche e psicologiche perpetrate, in particolare, nei luoghi di detenzione ben si inscrivono nella categoria concettuale del diritto penale del nemico²⁶. La figura, calata nella realtà carceraria, si rivela obliquamente calzante, assumendo una coloritura esistenzialista, riferita non agli orizzonti di politica criminale, ma ai bassifondi delle prassi quotidiane. L'intento di distruzione del nemico, come si è tante volte osservato, passa per la sua de-umanizzazione²⁷. Non può non rilevarsi allora come l'ambiente e le condizioni di vita giochino un ruolo considerevole in questo processo di svilimento del detenuto da soggetto di diritti a oggetto di violenze: più il carcere è inumano in senso «oggettivo» e non intenzionale, per il suo endemico affollamento, per il suo degrado o le sue sacche di opprimente segregazione, più è facile che trattamenti deliberatamente vessatori possano prendere piede, perché il contesto sembra tacitamente legittimarli. Il primo antidoto a questa piaga dovrebbe pertanto ricercarsi in un miglioramento degli spazi e dei tempi della pena, la cui normalizzazione e appressamento agli stili di vita esterni è in grado di produrre benefici effetti preventivi.

Sul piano repressivo, l'aver finalmente previsto una norma penale *ad hoc* non basta. Con la legge 14 luglio 2017 n. 110 si è almeno colmato, pur con molte per-

²² M. ORLANDI, *Detenzione (principi CEDU in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VII, 2013, § 4; F. CASSIBBA, A. COLELLA, *Art. 3*, in G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 66 ss.; A. ESPOSITO, *La sentenza Labita era inevitabile? Riflessioni sulla titolarità delle garanzie dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 226 ss. e 234 s.

²³ Così, richiamando le conclusioni dei giudici interni, Corte EDU *Bartasaghi Gallo c. Italia*, cit., § 114.

²⁴ V. ancora Corte EDU, *Cirino e Renne c. Italia*, cit., § 29, dove le torture vengono ricondotte allo scopo di «punire o intimidire detenuti problematici e fungere da deterrente per possibili disordini».

²⁵ «*Punishing the victim*», «*intimidating or coercing the victim or a third person*», «*any reason based on discrimination of any kind*», che seguono a «*obtaining information or a confession*» (art. 1 CAT).

²⁶ Lo evidenzia con dovizia di argomenti anche P. BUFFA, *op. cit.*, p. 133 ss., p. 142, 155. Sulla tendenza a considerare le persone detenute come un nemico assoluto, v. altresì M. PALMA, *Considerazioni a margine*, in S. Buzzelli (a cura di), *I giorni scontati*, Roma, Sandro Teti editore, 2012, p. 16.

²⁷ Ormai celeberrimo il percorso tracciato da G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni di giuridicità*, in A. Gamberini, R. Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi Editore, Bologna, 2007, p. 109 ss., contestato coralmemente dalla dottrina penalistica italiana (*ibidem, passim*).

sistenti zone d'ombra, un vuoto giuridico scandaloso²⁸. Ma sembra miope continuare a concentrare l'attenzione, convogliare le critiche e indirizzare le proposte di riforma sui soli profili di costruzione della fattispecie penale. Se è indubitabile che un delitto comune contribuisca a distrarre dall'aspetto qualificante la tortura, che i requisiti addossati su condotta ed evento possano intralciare l'accertamento precludendo a temi di prova sfocati o d'impervia verifica, che il regime della prescrizione possa a sua volta contribuire alla mancata sanzione dei responsabili, l'ampio clima di impunità, accettazione o connivenza²⁹ non può osteggiarsi con il solo diritto sostanziale. Il neo introdotto art. 613 *bis* c.p. è un seme che va piantato in un terreno fertile, nutrito da altre previsioni capaci di formare un *humus* favorevole perché possa attecchire e metter radici. La disposizione penale non deve cadere su un suolo cosparso dai sassi dell'omertà, o sulla crosta poco profonda d'indagini superficiali e tardive, altrimenti qualunque tentativo di accertamento che ne germinerà è destinato a rinsecchire in archiviazioni quasi scontate. E qualora il procedimento superi la soglia delle indagini, quel germoglio non deve soffocare fra i rovi delle complicità, delle falsificazioni o dei depistaggi, come è accaduto in non pochi casi giudiziari. Occorre allora preparare il terreno buono, così da accompagnare le norme penali – di nuovo e vecchio conio³⁰ – con una rete di sostegno e di rinforzo, agendo sugli strumenti circostanti e corroboranti. Per farlo, le ripetute esortazioni degli organismi internazionali ad indagini pronte ed effettive, alla accurata raccolta di prove, all'indipendenza degli inquirenti vanno calate nell'ordito della disciplina processuale e penitenziaria interna. Su questo reticolo di previsioni di contorno, in grado di fornire idoneo supporto alla nuova fattispecie e farne da placenta, non è sinora stata avviata una riflessione paragonabile a quella sviluppata sul versante sostanziale. Eppure, la coltre d'immunità

²⁸ Ampiamente critiche le reazioni alla norma di nuovo conio. Cfr., *ex multis*, T. PADOVANI, *Tortura: adempimento apparentemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, in *questa rivista*, 2016, p. 27 ss.; G. FLORA, *Abuso di pubblici poteri e tutela dei diritti del cittadino: dagli abusi dei torturatori agli abusi del legislatore. Note a margine dell'introduzione di un'esangue fattispecie di tortura*, in *Indice pen.*, 3/2017, p. 980 ss.; P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 10/2017, p. 224 ss.; A. PUGIOTTO, *Una legge "sulla" tortura, non "contro" la tortura. Riflessioni costituzionali suggerite dalla l. n. 110 del 2017*, in *Quad. cost.*, 2/2018, p. 389 ss.; C. PEZZIMENTI, *Tortura e diritto penale simbolico: un binomio indissolubile?*, in *Dir. pen. processo*, 2018, p. 153; C. FIORIO, F. URBINATI, *La codificazione della fattispecie di tortura: profili processuali*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 95 ss.; S. AMATO, M. PASSIONE, *La legge italiana: un profilo giuridico*, in *Studi quest. crim.*, 2/2018, p. 51 ss.

²⁹ Evidenziato limpidamente nel caso di Asti dalla magistratura italiana e, *de relato*, dalla Corte europea: v. Corte EDU, *Cirino e Renne c. Italia*, cit., § 31, dove si dà atto delle numerose prove del clima d'impunità in cui ha potuto agire il personale penitenziario, dovuto all'acquiescenza delle cariche amministrative di alto livello e alla complicità dei colleghi.

³⁰ Possono in questi casi venire in rilievo fattispecie come quelle previste dagli artt. 572, 608, 610, 612, 582 c.p.

che ammantata la materia va osservata anche da questa diversa angolatura. Con questo intento le considerazioni che seguono si concentreranno sul contesto carcerario³¹, prendendo partitamente in esame l'apporto delle diverse figure in grado d'intervenire nei casi di violenze ai danni dei detenuti.

2. *Il ruolo del personale medico: il referto come primario strumento di conoscenza e prova*

Il primo profilo da arare è quello che attiene alla emersione e alla trasmissione della notizia di reato, poiché non è facile farle valicare le mura del carcere. Per le violenze che lasciano segni sul corpo un ruolo centrale assume il personale medico, che con la sua capillare presenza nei luoghi di reclusione dovrebbe incarnare il più efficace presidio per l'incolumità delle persone detenute. Questa è una delle ragioni, seppur non molto enfaticizzata, per cui dieci anni fa l'assistenza dei ristretti è stata affidata al Servizio sanitario nazionale³². Con lo spostamento di competenze si puntava non solo a trattamenti più simili a quelli di cui godono le persone libere, a una gestione più trasparente dell'accesso alle cure e a una maggiore permeabilità degli istituti al territorio d'appartenenza, ma anche al superamento del rapporto di stretta colleganza fra i sanitari operanti in carcere e i dipendenti dall'amministrazione penitenziaria, che facilita reciproche coperture.

Non sembra tuttavia che la riforma abbia tracciato, quanto all'ultimo profilo, uno spartiacque significativo: le vicende emerse prima e dopo il suo varo sono accomunate da omissioni o vaghezze nella refertazione dei maltrattamenti. Eppure il personale medico è tenuto a visite frequenti e interviene prontamente in caso di eventi critici³³; quello infermieristico, cui spetta la distribuzione dei farmaci nelle sezioni, entra in contatto quotidiano con gran parte della popolazione detenuta. Chiunque presti la sua assistenza (anche) in carcere è poi per

³¹ Sottolinea i nessi genetici e storici fra tortura e carcere R. DE VITO, *La tortura in carcere*, in *Studi quest. crim.*, 2/2018, p. 97 ss.

³² Art. 2 commi 283 e 284 della l. 24 dicembre 2007, n. 244 e d.p.c.m. 1° aprile 2008, recante «modalità e criteri per il trasferimento al Servizio sanitario nazionale delle funzioni sanitarie, dei rapporti di lavoro, delle risorse finanziarie e delle attrezzature e beni strumentali in materia di sanità penitenziaria». Sulle modalità organizzative precedenti alla riforma, v. C. FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, Cedam, 2002, p. 98 ss. Sulle tappe e le ragioni del passaggio, v. A. BERNASCONI, *Art. 11*, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 5ª ed., Padova, Cedam, 2015, p. 125; G. STARNINI, *Il passaggio della sanità penitenziaria al Servizio sanitario nazionale*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 1/2009, p. 3 ss.; C. CANTONE, *La riforma della sanità penitenziaria: problemi e percorsi possibili*, in *Riforma della sanità penitenziaria*, Quaderni dell'Istituto superiore di studi penitenziari, 11/2012, p. 12 ss.

³³ Sotto questa dizione il gergo penitenziario include tentativi di suicidio, atti di autolesionismo, colluttazioni fra detenuti o fra questi e il personale.

legge vincolato (artt. 365 c.p. e 334 c.p.p.) a segnalare comportamenti aventi possibile rilevanza penale: all'obbligo di tempestivo referto si affida il cruciale compito di documentare le circostanze del fatto, i mezzi con cui è stato commesso e gli effetti che ne discendono.

Per questa ragione i *Medical registers* e *reports* sono le pietre angolari su cui si ergono le sentenze della Corte europea su torture e abusi. Una corretta e completa refertazione medica è infatti indispensabile per decretare violazioni dell'art. 3 della Convenzione confacenti al canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio³⁴. Sin dai primi casi decisi in materia dalla Commissione, *the medical findings* venivano qualificati come «*the most important objective evidences*»³⁵, per la loro attitudine a catturare segni e tracce con immediatezza e spiccata capacità dimostrativa. A partire dagli anni 90, con le condanne *Tomasi* e *Selmouni* c. Francia, la giurisprudenza di Strasburgo ha tuttavia introdotto, per alleggerire i ricorrenti da uno standard probatorio troppo gravoso, un criterio presuntivo a favore di chi lamenta *ill-treatments* in costanza di detenzione: il mero raffronto fra la condizione di integrità fisica prima della restrizione e la successiva presenza di lesioni è elemento sufficiente a fondare la responsabilità statale, a meno che le autorità nazionali non siano in grado di offrire convincenti spiegazioni capaci di escludere soprusi ai danni del custodito³⁶. Il rovesciamento dell'onere dimostrativo implica che giustificazioni poco persuasive bastano per provocare una condanna europea. Se perciò sul piano interno non si fosse dato corso alla trasmissione della *notitia criminis*, la descrizione di ferite o ecchimosi nella cartella del detenuto potrebbe essere una base probatoria sufficiente per ottenere ristoro dalla Corte dei diritti dell'uomo. Nessun dubbio ragionevole può nondimeno sussistere sull'esistenza di segni corporei lasciati dalle supposte violenze, che devono risultare da certificazioni mediche: la presunzione elaborata dalla giurisprudenza di Strasburgo copre solo la genesi delle tracce, ascritta alle condotte di chi aveva in custodia il ricorrente, ma non la loro presenza.

Stando ai repertori giudiziari, domestici ed europei, nemmeno questo requisito viene sovente integrato e la documentazione sanitaria nei casi di maltrattamenti risulta con sorprendente frequenza sciatta, contraddittoria o del tutto mancante³⁷. Per compensare le lacune sistematicamente riscontrate, i giudici di Strasbur-

³⁴ Corte EDU, *Ireland v. the United Kingdom*, 18 gennaio 1978 (ric. n. 5310/71), § 161.

³⁵ Se ne dà conto ancora nel caso *Ireland v. United Kingdom*, cit., § 93.

³⁶ Corte EDU, *Tomasi v. France*, 27 agosto 1992 (ric. n. 12850/87), § 108-111; *Ribitsch v. Austria*, 4 dicembre 1995 (ric. n. 18896/91), § 34; *Selmouni v. France*, 28 luglio 1999 (ric. n. 25803/94) § 87; da ultimo, *Tiziana Pennino c. Italia*, cit., § 41. Si veda a riguardo A. ESPOSITO, *La sentenza Labita*, cit., p. 234 ss.; A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 1/2011, p. 226 ss.

³⁷ Con questa amara constatazione si apre la sezione del rapporto del CPT dedicata alla raccolta e trasmissione degli elementi di prova risultanti dagli accertamenti medici in caso di maltrat-

go hanno ulteriormente ammorbidito la loro posizione sino a considerare eloquenti anche referti smaccatamente approssimativi, e a ritenerli anzi – proprio per questa ragione – argomento a supporto di possibili torture³⁸. L'approdo è senza dubbio ardito e naturalmente applicabile al solo piano internazionale, dove non è in gioco la responsabilità penale di un individuo ma quella convenzionale di uno Stato: i canoni fondanti i procedimenti interni non potrebbero tollerare prove legali o regole di giudizio sfavorevoli all'imputato³⁹.

Ciò nondimeno, gli arresti giurisprudenziali sulla soglia di *fumus* necessaria perché scatti l'obbligo di trasmettere una notizia di reato qualificata richiamano per altra via il personale sanitario ai suoi doveri. Proprio in ragione della natura insostituibile di questi contributi per le indagini e l'azione, non occorrono, come si richiede per la denuncia del pubblico ufficiale, elementi che inducano ragionevolmente a ritenere *probabile* la commissione di un reato⁴⁰. L'obbligo, penalmen-

tamento (CPT, 23rd General Report, cit., § 72). Paradigmatici, fra i ricorsi italiani giunti alla Corte europea, i casi *Labita*, cit. e *Indelicato*, cit., sfociati in condanne per violazioni non sostanziali dell'art. 3 Cedu, bensì procedurali, proprio a causa della totale assenza di refertazioni sanitarie. Il clima di diffuse violenze e fisiche e psicologiche era stato tuttavia descritto non solo dai detenuti, ma anche dal magistrato di sorveglianza di Livorno nella sua relazione al Ministero della Giustizia del 2 settembre 1992. Anche le gravi vicende occorse nel carcere di Asti, che hanno portato alla condanna dell'Italia nel più recente caso *Cirino e Renne*, cit. non sono trapelate grazie alla trasmissione di notizie di reato, ma risultano emerse accidentalmente da intercettazioni telefoniche (lo sottolinea P. BUFFA, *op. cit.*, p. 19). Nei più noti casi giudiziari interni si sono sovente aperte dolorose parentesi dedicate all'accertamento di sospette alterazioni di referti.

³⁸ Nel 2009, con la sentenza *Volkán Özdemir v. Turkey*, 20 ottobre 2009 (ric. n. 29105/03), anticipata da una significativa *dissenting opinion* nel caso italiano *Labita*, cit.

³⁹ Cfr. tuttavia l'orientamento che dilata la nozione di dolo omissivo così da configurare la responsabilità per maltrattamenti anche in assenza di intenti programmatici. In materia di sofferenze durevoli patite da persone soggiornanti in una struttura di assistenza pubblica, v. ad es. Cass., sez. VI, 17 ottobre 1994, n. 3965, Fiorillo, in *Cass. pen.*, 1996, p. 511, secondo cui chi ha oneri di protezione, come il responsabile del servizio, può risponderne penalmente quando tolleri la situazione o non si attivi in modo efficiente pur essendo in condizione di impedire l'evento. A commento, R. BLAIOTTA, *Maltrattamenti nelle istituzioni assistenziali e dovere costituzionale di solidarietà*, *ivi*, p. 514 ss. Più di recente, v. Cass., sez. VI, 1° febbraio 2018, n. 10763, P.C., in *C.e.d. rv.* 273372-01.

⁴⁰ E che giustificano approfondimenti preliminari per verificare la presenza degli ingredienti della supposta fattispecie. Così Cass., Sez. VI, 6 febbraio 2014, n. 12021, Kutufà e a., in *C.e.d. rv.* 258339. Per la pacifica necessità «di individuare gli estremi di un reato con sicurezza di dati obiettivi e di raccogliere quanto necessario per la denuncia», G. FUMU, *Art. 332*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, IV, 1990, p. 50 ss. Cfr., per la nozione di notizia di reato come informazione «nuda», R. APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, Jovene, 2010, p. 16, che tuttavia, con riguardo agli obblighi penalmente sanzionati del pubblico ufficiale, ritiene debbano sussistere con sicurezza gli estremi della fattispecie (p. 24). Sulle carenze definitorie del concetto di notizia di reato, v. A. ZAPPULLA, *La formazione della notizia di reato: condizioni, poteri ed effetti*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 147 e 201. Sul grado di fondatezza atto a sorreggere attività investigative incidenti sui diritti fondamentali, D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 88 ss.

te presidiato, di informare tempestivamente gli inquirenti sorgerebbe a un livello molto più basso, quello della mera *possibilità* che un delitto perseguibile d'ufficio sia configurabile⁴¹. Il sanitario può pertanto esserne esentato solo quando abbia la certezza tecnica dell'insussistenza di un fatto avente rilevanza penale, secondo un canone più stringente degli standard ricavabili dalle fonti internazionali, dove l'avvio delle indagini è ancorato alla sussistenza di «motivi ragionevoli»⁴².

La sola altra circostanza in cui la legge solleva dall'onere informativo il personale medico è legata alla tutela della persona soccorsa, che potrebbe trovarsi a sua volta esposta al rischio di un procedimento penale se il fatto fosse portato a conoscenza dell'autorità giudiziaria (art. 365 comma 2 c.p.). La valutazione sul punto è senz'altro delicata: da un lato può essere evenienza non infrequente che l'assistito abbia avuto un ruolo attivo nel provocare colluttazioni con il personale di custodia; dall'altro questa versione dei fatti è la via più semplice e calcata per mascherare abusi ai danni dei ristretti⁴³ e impedire così la trasmissione della notizia di reato. Se gli «eventi critici» in cui il legittimo uso contenitivo della forza tracima in eccessi non paiono sporadici, la conformità all'art. 41 ord. pen. è difficile da diagnosticare e da quel sottile crinale dipendono sovente le future e opposte qualifiche di imputato o persona offesa dal reato. Deve però osservarsi come l'art. 334 c.p.p., innovando rispetto al codice previgente, non annoveri più fra i contenuti del referto l'indicazione delle «cause del delitto» (art. 4 c.p.p. abr.),

⁴¹ V., seppur non rese in materia di maltrattamenti, Cass., 9 luglio 1998, n. 9721, Branchi, in *C.e.d. rv.* 213040 e, più diffusamente, Cass., Sez. VI, 29 ottobre 2013, n. 51780, Cerasoli e altri, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 678 con nota di M. LAMANUZZI, *Omissione di referto, presupposti di fatto, discrezionalità del sanitario*, p. 682 ss. La Corte valorizza la lettera dell'art. 365 c.p., ove allude ai casi «che possono presentare i caratteri di un delitto perseguibile d'ufficio», con un'espressione più sfumata rispetto a quella figurante nell'art. 361 c.p., fattispecie da ritenere assorbita nella prima, speciale, in caso di qualifiche cumulate. Sul punto, G. VIDONI, *Denuncia o referto? Promemoria al legislatore*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, p. 491. La differenza sembra del resto trovare conferma nella disciplina processuale, che gradua diversamente i termini per la trasmissione della denuncia (senza ritardo) e del referto (immediatamente o entro quarantotto ore). L'ultima pronuncia citata, con puntualizzazione preziosa per la materia qui in esame, sottolinea come «l'inconveniente pratico determinato dal rischio di un eccesso di referti» e «l'evenienza di una certa quantità di referti inutili» soccombe rispetto all'obbligo costituzionalmente sancito di esercizio dell'azione penale, a cui la trasmissione di informazioni tempestive è funzionale.

⁴² Secondo l'art. 12 CAT le autorità competenti devono avviare immediatamente un'inchiesta imparziale «ogniquale volta vi siano ragionevoli motivi di credere che un atto di tortura sia stato commesso». V. anche *Opinion of the Commissioner for Human Rights*, cit., § 69, dove, per l'avvio di inchieste contro sospetti abusi da parte delle forze di polizia si richiedono «*grounds of reasonable suspicion*» e Mandela Rules, regola 71 § 2, che pure affida alla clausola dei «*reasonable grounds*» obblighi di informazione all'autorità giudiziaria.

⁴³ Si vedano ad es. le giustificazioni addotte dal governo italiano nel caso *Tiziana Pennino c. Italia*, cit., § 41 e 42, giudicate non convincenti dalla Corte EDU.

soppressione che dovrebbe indurre i destinatari dell'obbligo ad astenersi il più possibile da ricostruzioni di esclusiva spettanza della magistratura⁴⁴.

Manca probabilmente nel personale medico impegnato in carcere una piena consapevolezza di questo quadro, che andrebbe nutrita con una adeguata e continuativa formazione. Su questo aspetto insistono instancabilmente tutte le fonti internazionali⁴⁵, mentre nel dicembre scorso il Comitato ONU ci ha mosso a riguardo severi rilievi⁴⁶. In effetti non risulta che in Italia i sanitari operanti nei luoghi di detenzione vengano istruiti sui connotati garantistici del diritto penale, della procedura penale e del diritto penitenziario, sul significato costituzionale della pena e sugli obblighi internazionali in materia di tortura.

Sembra doversene trarre conferma dalla poco commendevole vicenda che ha accompagnato le ultime concitate tappe della riforma dell'ordinamento penitenziario. Nella versione dell'articolo sopravvissuta al cambio di esecutivo la riscrittura dell'art. 11 ord. pen., dedicato all'assistenza sanitaria, apportava due rilevanti innovazioni: veniva esplicitato l'obbligo per il medico di certificare eventuali tracce di violenza riscontrate durante la visita di primo ingresso in carcere e di accompagnarne l'annotazione con documentazione fotografica. La prima disposizione – tanto apparentemente pleonastica quanto in concreto essenziale proprio in ragione delle sistematiche carenze emerse dalle prassi penitenziarie – è confluita nel decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 123, entrato di recente in vigore. La seconda, tesa a corroborare l'altra dotandola di più solida capacità dimostrativa e caldeggiata dalle fonti internazionali⁴⁷, è stata sorprendentemente soppressa proprio su richiesta della Conferenza delle regioni, enti a cui fanno capo i servizi sanitari. Le scarse giustificazioni addotte a sostegno del deprecabile emendamento alludono a compiti «impropri» e «incongrui» per il personale medico⁴⁸, come se non fosse nota l'importanza vitale del materiale fotografico per

⁴⁴ Rimarca la natura di atto meramente informativo del referto G. FUMU, *Art. 334*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 56.

⁴⁵ Art. 10 CAT. Il già richiamato *Istanbul Protocol* è per larga parte dedicato proprio al personale medico (v. in particolare la parte V). Si veda anche CPT, *23rd General Report*, cit., § 82.

⁴⁶ Committee against Torture, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Italy*, 18 dicembre 2017, § 31.

⁴⁷ V. ancora *Istanbul Protocol*, cit., § 106: «colour photographs should be taken of the injuries of persons alleging that they have been tortured, of the premises where torture has allegedly occurred (interior and exterior) and of any other physical evidence found there. A measuring tape or some other means of showing scale on the photograph is essential. Photographs must be taken as soon as possible, even with a basic camera, because some physical signs fade rapidly and locations can be interfered with». Seguono istruzioni tecniche e raccomandazioni sulla tracciabilità della catena di custodia. Similari inviti sono avanzati in CPT, *23rd General Report*, cit., § 74.

⁴⁸ «Appare improprio e incongruo il compito assegnato al sanitario di documentare con fotografie eventuali lesioni sospette, sussistendo già l'obbligo di legge dell'obbligo di referto che deve essere completo ed esaustivo circa la descrizione dello stato di fatto del paziente» (*Documento con-*

l'accertamento di questi reati, o fosse denigrante, in un'epoca ad altissimo tasso di tecnologia che trabocca di immagini fotografiche, espletare questo elementare compito invece di affidarsi all'eshaustività della scrittura⁴⁹.

3. *Il ruolo del garante dei diritti dei detenuti: l'incerto statuto penale e processuale di una figura in evoluzione*

Entrano fisiologicamente in contatto con possibili vittime di maltrattamenti anche le diverse categorie di garanti dei diritti dei detenuti e delle persone private della libertà personale. Questi organismi, ormai usciti dall'infanzia giuridica⁵⁰, presentano una fisionomia ancora piuttosto asciutta e conseguentemente ambigua⁵¹, condizionata dalla genesi spontanea e dalla loro peculiare doppia ascendenza: quella degli strumenti internazionali contro la tortura o i trattamenti inumani e degradanti, che hanno prospettato l'esigenza di autorità indipendenti di vigilanza sui luoghi di restrizione della libertà; e quella degli statuti o dei regolamenti locali, che le hanno effettivamente date alla luce.

Le convenzioni internazionali sono state le prime, almeno in Italia, a prevedere meccanismi di garanzia non giurisdizionali aventi la specifica funzione di visitare i luoghi di detenzione e controllare il rispetto dei diritti fondamentali di chi vi è ristretto, con particolare riguardo all'integrità fisica e psichica. Antesignani

segnato dalla conferenza delle Regioni e delle Province autonome nella seduta del 6 settembre 2018 della Conferenza unificata, in Commissione Giustizia della Camera, Resoconto della seduta del 18 settembre 2018 sullo Schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario. Atto del Governo n. 39. Allegato 3, p. 29 s.).

⁴⁹ Peraltro, le stesse regole sugli obblighi di conservazione delle cartelle cliniche ospedaliere (elaborate a partire dal Decreto del Ministero della Sanità del 14 febbraio 1997) alludono espressamente anche a «fotografie e filmati», includendole da decenni fra il materiale utilizzabile a fini diagnostici.

⁵⁰ È a cavallo del nuovo millennio che l'esigenza di introdurre un organo non giurisdizionale a tutela dei diritti dei detenuti, in origine concepito come difensore civico penitenziario, si affaccia: v. F. DELLA CASA, *Per un più fluido (ed esteso) «monitoraggio» delle situazioni detentive: il difensore civico della libertà personale*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 71 ss. ID., *Suggerimenti, influenze e standards europei quali fattori di evoluzione del sistema penitenziario italiano*, in *Cass. pen.* 2004, p. 3487; M. GEMELLI, *Il Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*, in *Giust. pen.*, 2007, p. 530.

⁵¹ Ancora sulle origini e sull'inquadramento delle diverse figure di garanzia fra le autorità indipendenti, v. G. FANCI, *Il Garante nazionale delle persone private della libertà personale*, in *Rass. penit. crim.*, 2012, p. 10 ss.; M. CERESA GASTALDO, *Un'authority di cartapesta*, in *Leg. pen.*, 2014, p. 416 ss. Sull'ambiguità del ruolo cfr. anche P. BUFFA, *Riflessioni su una banale e strisciante controriforma*, in *Quest. giust.*, 2/2015, p. 40; F. FIORENTIN, *Al debutto il Garante dei diritti dei detenuti*, in *Guida dir.* 2009, dossier n. 2, p. 107 ss. Sulle conseguenze più recenti dei nodi irrisolti, v. L. CESARIS, *Quali garanzie per il garante dei detenuti ?*, in *Arch. pen.*, 2016, p. 564 ss.

delle figure interne, il Comitato (contro la tortura) delle Nazioni Unite⁵², insieme al Comitato europeo (per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti) del Consiglio d'Europa ne configurano l'ideale paradigma di azione⁵³, fondato sui poteri di ingresso nelle strutture detentive, di raccolta di informazioni e di formulazione di raccomandazioni alle amministrazioni coinvolte. Tuttavia, i garanti territoriali dei diritti dei detenuti nascono come emanazioni degli enti locali e i loro atti istitutivi s'impennano su funzioni meno scomode, quelle che coinvolgono più direttamente le amministrazioni del territorio: favorire il diritto alla salute, allo studio o alla formazione professionale dei ristretti, seguirne i progetti di reinserimento sociale, assicurare loro la fruizione di servizi, sensibilizzare l'opinione pubblica sul mondo della privazione della libertà.

Si è al cospetto di una genealogia ibrida e di una singolare commistura di compiti, che può disorientare e in certi casi indebolire l'azione di queste figure. È però indubitabile che la legge statale, quando finalmente è intervenuta a regolare i poteri, abbia inclinato in modo netto verso la prima matrice: non serve visitare a sorpresa il carcere (art. 67 ord. pen.) o le camere di sicurezza della polizia (art. 67 *bis* ord. pen.), né parlare riservatamente con i detenuti (art. 18 comma 1 ord. pen.) o riceverne la corrispondenza senza margini di controllo (artt. 18 *ter* comma 2 e 35 ord. pen.) per seguire progetti e attività risocializzative⁵⁴. Per questo i garanti vengono già guardati – seppur non ancora formalmente riconosciuti – dalle Nazioni Unite come meccanismi di prevenzione della tortura⁵⁵. La qualifica spetta ufficialmente al solo garante nazionale⁵⁶, la cui fisionomia è smaccata-

⁵² Cui si è aggiunto nel 2007 il Sottocomitato per la prevenzione della tortura e degli altri trattamenti inumani o degradanti.

⁵³ È soprattutto il secondo, per le sue funzioni preventive, a rappresentare il calco con cui sono stati forgiati gli *ombudsman* interni. Sulle origini internazionali degli organismi domestici, L. CESARIS, *op. cit.*, p. 565 ss.

⁵⁴ È noto infatti come l'apporto dei garanti sia stato, sin dalle origini, invocato e avvertito nel mondo penitenziario come completamento o surrogato delle mansioni di vigilanza e tutela dei diritti intramurari dei detenuti, assegnate dalla legge alla magistratura di sorveglianza, che (per scarsità di risorse ed eccesso di compiti) non era sempre in grado di farvi fronte. Sul punto, F. DELLA CASA, *Per un più fluido*, cit., p. 72 ss.; ID., *Suggerzioni*, cit., p. 3488.

⁵⁵ Committee against Torture, *Concluding observations*, cit., § 5 lett. a) dove si annoverano fra gli aspetti positivi riscontrati nel sistema italiano, «*the existing preventive mechanisms at the regional and city levels*». Con questa qualifica del resto l'Italia ha presentato la rete dei garanti territoriali all'ufficio dell'Alto commissario per i diritti umani e al Sottocomitato per la prevenzione della tortura, con nota del 25 aprile 2014.

⁵⁶ Sulla istituzione dell'organo, v. C. FIORIO, *Art. 7 d.l. 23 dicembre 2013 n. 146 conv. l. 21 febbraio 2014 n. 10. Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale* in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 1232 ss.; G. DI ROSA, *Il garante dei diritti dei detenuti e dei soggetti privati della libertà personale*, in C. Conti, A. Marandola, G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, Cedam, 2014, p. 130 ss.; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 155 ss.; L.

mente ricalcata sui paradigmi sovranazionali, e che proprio grazie a questo crisma è dotato di poteri direttamente scaturenti dalle convenzioni in materia⁵⁷.

Mancano nondimeno previsioni che definiscano con chiarezza lo statuto penale e processuale di questi organi, quale che sia l'estensione territoriale delle rispettive competenze o l'ampiezza delle loro facoltà: ogni garante può imbattersi in sospetti episodi di tortura, violenza o sopraffazione. La lacuna è da colmare al più presto, poiché le possibilità assegnate dalla legge di ordinamento penitenziario espongono facilmente chi assuma questo ruolo all'incontro con fatti dotati di rilevanza penale.

Va stabilito anzitutto se sussista un obbligo inderogabile di denunciarli, atteso che non è stato sinora chiarito se i garanti siano da annoverare, o con quali limiti, fra i pubblici ufficiali, gli incaricati di pubblico servizio o gli esercenti un servizio di pubblica necessità⁵⁸.

Poiché nessuna abilitazione è prevista per ottenere la carica, né le persone private della libertà sono tenute a valersi di chi la riveste, è sicuramente da scartare la ricorrenza della prima ipotesi configurata dall'art. 359 c.p. Alla seconda, assai nebulosa, potrebbe al più giungersi escludendo la sussistenza delle altre qualifiche⁵⁹.

Se è indubitabile che la funzione di garanzia assuma rilievo pubblico, essa non sembra definibile «amministrativa» in senso tecnico, o almeno non in tutti gli ambiti di intervento di chi la esercita. Il garante non esprime il volere dell'autorità di promanazione, da cui anzi si distingue per autonomia di operato e orientamento. Nemmeno è facile riconoscere nei margini e nelle modalità del suo agire quell'esercizio di poteri autoritativi o certificativi che connota la pubblica funzione: anche quando destinatario di segnalazioni o reclami generici, l'organo non ha il potere di imporre comportamenti, autenticare atti, rilasciare certificati,

SCOMPARIN, *Il garante nazionale*, in F. Caprioli, L. Scomparin (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 283 ss.; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 155 ss.

⁵⁷ E in particolare da quelli discendenti dalla ratifica dell'OPCAT. Il garante nazionale è stato infatti riconosciuto come meccanismo di prevenzione pochi mesi dopo la sua istituzione, dovuta alla l. 21 febbraio 2014, n. 10.

⁵⁸ Per l'ambito delle qualifiche, v., fra i molti, A. FIORELLA, *Ufficiale pubblico, incaricato di pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, in *Enc. dir.*, XLV, 1992, p. 556 ss.; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Commento agli artt. 357 e 358 c.p.*, in T. Padovani (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, Utet, 1995, p. 448 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 4ª ed., Bologna, Zanichelli, 2007, p. 167 ss.; G. BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, Lavis (TN), Wolters Kluwer, CEDAM, 2016, p. 18 ss.

⁵⁹ Certo è che non sono solo atti amministrativi a chiamare i garanti ai loro compiti, come la norma penale parrebbe richiedere. Si danno comunque casi in cui alla categoria in questione sono stati ascritti anche soggetti la cui attività è prevista per legge (v. Cass., Sez. Un., 24 aprile 2002, Pannarelli e altro, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3002).

ma solo di chiedere informazioni o spiegazioni e sollecitare soluzioni, mentre le relazioni sulle attività svolte hanno contenuto illustrativo, più che attestativo. Pare d'altro canto piuttosto scontato che il carattere di servizio di pubblica utilità ammantando le sue mansioni, stante l'ampiezza del concetto ricompreso fra l'esercizio di poteri e le mere prestazioni d'opera materiali. Il vero nodo da sciogliere è se la qualifica contrassegni l'espletamento di tutte le funzioni di garanzia. La connotazione pubblicistica dovrebbe senz'altro accompagnare le visite para-ispettive e la trattazione di formali reclami, anche oralmente esposti. Più problematica appare la veste con cui si interloquisce in via riservata con i detenuti nelle forme del colloquio, che naturalmente può preludere o essere già in origine teso a ufficiali richieste di intervento, ma potrebbe anche essere vissuto altrimenti. Non a caso, le altre figure enumerate agli artt. 35 e 67 ord. pen. ricoprono tutte un *munus publicum*⁶⁰, mentre quelle considerate dall'art. 18 ord. pen. sembrano spostare il piano su contatti di natura più complessa o equivocabile.

Se infatti anche i garanti risultassero sottoposti a stringenti obblighi di trasmissione delle notizie di reato apprese durante l'intero arco di esercizio delle funzioni (artt. 362 c.p. e 331 c.p.p.), si porrebbe il problema del rapporto, delicatissimo, con la volontà dei loro interlocutori che fanno assegnamento su una confidenzialità fiduciaria non dissimile da quella caratterizzante i colloqui con il difensore. La vittima di violenze è spesso spaventata da non improbabili ritorsioni e può comprensibilmente chiedere – almeno in prima battuta – che quanto rivela, o accenna, in via riservata non venga riportato ad altri⁶¹. È raro che i garanti, per la (necessitata) saltuarietà dei loro interventi, riscontrino segni visibili di abusi, ricevendo con più frequenza esitanti allusioni, racconti di vicende passate, casomai lontane nel tempo, il cui livello di plausibilità in assenza di qualsivoglia strumento di verifica può risultare difficile da valutare. Può essere perciò complicato raggiungere il grado di *fumus* che deve sorreggere le denunce obbligatorie dei pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio⁶². Anche e soprattutto in questo caso può poi concretizzarsi il tangibile rischio di esporre il detenuto a nuove incriminazioni, specie quando l'andamento dei fatti risulti nebuloso.

⁶⁰ Salvo, per il diritto di visita, le cariche interne alla confessione cattolica, ovvero l'ordinario diocesano e l'ispettore dei cappellani, incaricati comunque di compiti di governo e coordinamento.

⁶¹ L'*Istanbul Protocol*, al § 97, sottolinea come i detenuti si trovino in situazioni di pericolo potenziale molto più elevato rispetto alle persone non tenute in custodia. Per questa ragione è comune imbattersi in rifiuti di parlare o di parlare pubblicamente, «*as prisoners are far too intimidated to trust anyone, even when offered talks in private*». La natura e lo scopo del colloquio andrebbero perciò preliminarmente chiariti e acconci strumenti di protezione attivati. V. anche CPT, *14 th General Report*, 2004, § 28: «*it is also not uncommon for persons to allege that they had been frightened to complain about ill-treatment*».

⁶² V. *supra*, nota 40.

In assenza di chiare indicazioni normative, il codice di autoregolamentazione e il codice etico adottati dal garante nazionale prevedono l'immediata comunicazione delle notizie di reato all'autorità giudiziaria⁶³, ma al contempo pongono l'accento sulla necessaria protezione dei dati raccolti e sul consenso espresso dell'interessato alla loro ostensione⁶⁴. Il punto di equilibrio fra la tutela dell'interlocutore privato della libertà e l'obbligo di denuncia non può del resto essere affidato a fonti secondarie, ma va stabilito dalla legge come già opportunamente accade per tutti gli altri soggetti incaricati di salvaguardare i diritti fondamentali delle persone assistite: esercenti professioni sanitarie (art. 365 comma 2 c.p.), responsabili di comunità terapeutiche (art. 362 comma 2 c.p.), difensori (art. 334 *bis* c.p.p.).

Andrebbe regolato conseguentemente anche il contributo conoscitivo dei garanti nei procedimenti penali che da quelle⁶⁵ o altre notizie prendano l'abbrivio, sotto il profilo di eventuali segreti collegati all'ufficio e all'esercizio delle funzioni. Una volta assegnata all'organo la veste di incaricato di pubblico servizio si enterebbe nell'incerta orbita di tutela dell'art. 201 c.p.p., presidio dai tratti opachi⁶⁶ e che mal si attaglia ai casi in esame, dove non è in gioco l'interesse dell'amministrazione statale ma quello dei ristretti⁶⁷, e mancano fonti da cui trarre vincoli di non rivelare i fatti appresi⁶⁸. Se fossimo al cospetto di stretti obblighi di denuncia e di parola, i detenuti andrebbero subito avvisati di queste conseguenze giuridiche non appena il colloquio piegasse verso fatti di possibile rilevanza penale, con la verosimile conseguenza che nessuno ne verrebbe più messo a parte. Del resto il segreto d'ufficio comprime il titolare fra il netto dovere di deporre e quello, altrettanto rigido, di tacere, entrambi portatori di possibili controindicazioni per i soggetti da tutelare. Il legame di affidamento che si instaura con le persone

⁶³ Art. 3 comma 3 e art. 4 lett. e) del Codice di autoregolamentazione, adottato con delibera del 31 maggio 2016 e aggiornato con le delibere del 20 settembre 2016 e 10 maggio 2017; art. 11 del Codice etico, adottato con delibera del 31 ottobre 2017.

⁶⁴ Art. 4. lett. b) del Codice di autoregolamentazione e art. 8 del Codice etico.

⁶⁵ Ma sugli episodi che ricadono entro i confini dell'obbligo di denuncia, si ritiene che la successiva opposizione del segreto sia da escludere: v. M. T. STURLA, voce *Prova testimoniale*, in *Dig. pen.*, 1999, X, p. 426.

⁶⁶ Sulla indeterminatezza dell'istituto, sui margini di discrezionalità che sottende e sulla difficoltà di individuarne fonti e ragion d'essere, v. R. ORLANDI, *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 94 ss.

⁶⁷ Seppure il segreto d'ufficio possa anche essere «strumento volto alla tutela di diritti individuali». Così R. ORLANDI, *op. cit.*, p. 103.

⁶⁸ Gli atti istitutivi di regola non prevedono disposizioni sul punto, né ordini superiori o istruzioni di servizio sono qui ravvisabili, salvo non voler dar risalto a mere prassi dell'ufficio (sulle fonti del segreto v. L. SCOMPARIN, *Testimonianza*, in *I singoli mezzi di prova e di ricerca della prova*, coord. da E. Marzaduri, II, Torino, Utet, 1999, p. 58; V. anche R. ORLANDI, *op. cit.*, p. 96, nota 4). Per il Garante nazionale potrebbero valere, come fonte legittimante, le disposizioni richiamate in nota 64.

private della libertà dovrebbe condurre più opportunamente ad avvicinare il garante, con un'apposita previsione ritagliata sulle peculiarità del caso, alle figure di cui all'art. 200 c.p.p., la cui disciplina si estende già praticamente a tutti gli altri profili che instaurano rapporti di assistenza con i detenuti: oltre a sanitari, difensori e ministri di culto, il segreto professionale copre anche i dipendenti del SERT⁶⁹ e gli assistenti sociali⁷⁰.

4. *Il ruolo degli inquirenti: la prontezza e l'effettività delle indagini, la vulnerabilità della vittima*

Nonostante le difficoltà, numerose notizie di reato giungono agli inquirenti, il cui intervento – per sortire effetti utili – dovrebbe essere tempestivo se non immediato: la prontezza delle attività investigative è il chiodo su cui regolarmente battono tutte le convenzioni e le raccomandazioni in materia, come principale arma contro l'impunità della tortura⁷¹.

Si registra invece una tendenziale riluttanza ad avviare procedimenti così indigesti. Le indagini si risolvono, non di rado, in timidi atti intrapresi dopo mesi o anni dai fatti e che irrimediabilmente preludono ad archiviazioni o prescrizioni. Le molte condanne che ha subito l'Italia sotto questo profilo⁷² imprimono un marchio singolare a un paese che ha fra i suoi principi costituzionali l'obbligatorietà dell'azione e ne vanta un rafforzativo specifico proprio per i casi di violenze in carcere.

È d'altra parte difficile giustificare la violazione degli obblighi procedurali con l'oggettiva difficoltà degli accertamenti da compiere, dato che molti fattori distintivi smentiscono l'assunto e portano piuttosto a conclusioni di segno inverso: la scena del crimine è circoscritta, impenetrabile a persone non autorizzate, non esposta ad intemperie che possano cancellare tracce; nei luoghi di reclusione dovrebbero essere capillarmente presenti impianti di videosorveglianza; il personale

⁶⁹ Art. 120 comma 2 t.u. stup. Sull'importanza di questa estensione, anche per via dei più stretti confini entro cui il giudice potrebbe ordinare la deposizione rispetto alle ipotesi di segreto d'ufficio, R. ORLANDI, *op. cit.*, p. 104 ss.

⁷⁰ Art. 1 l. 3 aprile 2001, n. 119.

⁷¹ V. ad es. ancora CPT, 14th *General report*, 2004, § 35; Mandela Rules, regola 71; M. PALMA, *op. cit.*, p. 25. Il controllo su questo parametro è sempre compiuto dalla Corte di Strasburgo per valutare il rispetto degli obblighi procedurali.

⁷² Dalle tabelle elaborate dalla Corte europea per i diritti dell'uomo (in https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2017_ENG.pdf) si ricava che sono 13 i procedimenti in cui l'Italia è stata giudicata per mancanza di indagini effettive sulle violazioni dell'art. 3 CEDU nel periodo 1959-2017. Nessuna violazione, nello stesso periodo, risulta a carico di Regno Unito, Francia, Finlandia, Danimarca, Austria, Irlanda. Sono 11 i casi registrati per Spagna e Croazia, 7 per la Grecia, uno per Germania e Albania.

che vi opera ha, a vario titolo, obblighi di referto e di denuncia, nonché consuetudine alle attività di documentazione; molti degli astanti possono assumere prontamente funzioni di polizia giudiziaria; l'offeso non può recarsi altrove o rendersi irreperibile e così pure i sospettati e i testimoni, tutti riuniti in un piccolo spazio, agevolmente accessibile, senza bisogno di ricerche, rogatorie, scambi di atti e informazioni, complicati coordinamenti.

Si tratterebbe quindi di indagini apparentemente semplici, se condotte con la necessaria tempestività. A questo scopo basterebbe ricorrere agli strumenti che il codice di rito offre, anche per la indispensabile tutela del personale che potrebbe essere ingiustamente sospettato di azioni illecite e ha perciò tutto l'interesse a una pronta verifica dell'accaduto. Sarebbero da valorizzare soprattutto gli accertamenti tecnici irripetibili, corredati di documentazione video-fotografica in grado di fissare gli scenari così come si presentano, e gli incidenti probatori condotti con il necessario tempismo. Vi sono qui tutti i requisiti che sorreggono questi istituti, come il rischio di dispersione dei segni, specie sui corpi, il pericolo imminente di violenze o minacce sulle fonti dichiarative, cui si aggiungono oggi le previsioni dedicate alla vittima vulnerabile.

Il doppio binario recentemente tracciato per questi ultimi casi presenta molteplici profili discutibili, o addirittura sovversivi del sistema⁷³. Ma non v'è dubbio che la vittima di tortura o trattamenti inumani dovrebbe essere figura archetipica di vulnerabilità, una volta conferita rilevanza giuridica a questo stato. Nel caso Asti la Cassazione ha ravvisato una fattispecie, l'art. 572 c.p.⁷⁴, che rientrerebbe oggi nello speciale regime processuale dell'art. 392 comma 1 *bis* c.p.p. Sotto questo profilo, il ricorso all'art. 613 *bis* c.p. potrebbe addirittura rivelarsi controproducente, poiché la nuova figura non è stata ancora inclusa in nessuna lista di reati connotati dalla fragilità della vittima. Le ipotesi di sospetta tortura ricadrebbero comunque appieno nelle condizioni tratteggiate in via generale dall'art. 90 *quater* c.p.p., per tipologia delittuosa, modalità e circostanze del fatto, ricorso alla violenza e finanche posizione di dipendenza dell'offeso custodito in un luogo di detenzione. Del resto vulnerabilità e soggezione sono condizioni evocate insisten-

⁷³ Per tutti, v. O. MAZZA, *Il contraddittorio attuato di fronte ai testimoni vulnerabili*, in D. Negri, R. Orlandi (a cura di), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 119 ss.

⁷⁴ Cass., Sez. VI, 21 maggio 2012, Bucci e a., cit., valorizzando il contesto di «natura para-familiare, in quanto caratterizzato da relazioni intense ed abituali, da consuetudini di vita tra i soggetti, dalla soggezione di una parte nei confronti dell'altra, dalla fiducia riposta dal soggetto più debole del rapporto in quello che ricopre la posizione di supremazia». Non condivide la qualificazione giuridica G. LEINER, *Quale inquadramento giuridico per la tortura subita in carcere? Maltrattamenti in famiglia o abuso di autorità contro arrestati o detenuti?*, in *Foro it.*, 204, II, c. 260. V. altresì, C. FIORIO, F. URBINATI, *op. cit.*, p. 99.

temente dai testi internazionali⁷⁵, e così pure dalla nostra Corte costituzionale⁷⁶ e da quella europea⁷⁷, per le persone private della libertà.

Si affaccia qui un altro paradosso: la legge processuale è congegnata per dar credito alla vittima vulnerabile, mentre la parola del detenuto è marchiata dal discredito. Il torturato è ancora, come in passato, contrassegnato da *mala fama*. Purgare l'infamia, sanare la cattiva reputazione o l'ombra dei sospetti – sino alle confutazioni di Beccaria – era uno degli scopi della tortura⁷⁸. Nel gioco di specchi deformanti e realtà capovolte che contraddistinguono questo fenomeno, il problema del torturato è ancora il marchio di disonore e inattendibilità: la *mala fama*, da presupposto della tortura come metodo di accertamento, è divenuta ostacolo all'accertamento della tortura, perché le dichiarazioni del detenuto tendono ad essere percepite come intrinsecamente inattendibili⁷⁹.

Alla soggezione del detenuto s'aggiunge spesso l'omertà di chi lo circonda⁸⁰, con inquietanti assonanze con il clima in cui operano le associazioni di stampo mafioso e che legittima, proprio per questi peculiari connotati ambientali, strumenti di contrasto fuori dall'ordinario. Nei casi di maltrattamenti, invece, sottomissione e reticenze delle possibili fonti dichiarative sembrano combinarsi a una sorta di resistenza passiva di chi investiga⁸¹ cui fanno da contraltare le esortazioni dei giudici di

⁷⁵ V. *Istanbul Protocol*, § 97, dove si raccomandano speciali misure di protezione, non dissimili da quelle previste dal nostro binario speciale per la vittima vulnerabile, nel caso in cui la persona che lamenti di aver subito abusi e violenze debba deporre in un procedimento penale. V. anche Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Rapporto al Parlamento 2018*, cit., p. 179 ss.

⁷⁶ Per la Corte costituzionale lo stato di detenzione «il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile» impone oneri di speciale protezione della dignità e dei diritti (Corte cost., sent. 11 febbraio 1999, n. 26, § 3.1).

⁷⁷ Corte Edu, *Bouyid v. Belgium*, 28 settembre 2015 (ric. n. 23380/09), § 107 e *Tiziana Pennino c. Italia*, cit., § 45.

⁷⁸ V. sul punto, M. VALLERANI, *Il giudice e le sue fonti. Note su inquisitio e fama nel Tractatus de maleficiis di Alberto da Gandino*, in *Rechtsgeschichte*, 14/2009, p. 48 ss; F. COLAO, "Post tenebras spero lucem". *La giustizia criminale senese nell'età della riforma leopoldina*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 173 ss. Per un commento alle obiezioni levate da Beccaria nel cap. XVI *Dei delitti e delle pene*, si veda, volendo, S. CARNEVALE, *I fatali inconvenienti della tortura giudiziaria. L'insegnamento di Beccaria come antidoto contro i ritorni alle fredde atrocità*, in *Dir. pen. XXI secolo*, 2/2014, p. 313 ss.

⁷⁹ Nel caso *Alberti c. Italia*, cit., la Corte di Strasburgo ha rimproverato la grande importanza attribuita ai precedenti e alla personalità del ricorrente (§ 31), che ha portato a ritenere l'interessato e le sue doglianze di maltrattamento «come poco credibili a priori» (§ 67). Si veda anche *Opinion of the Commissioner for Human Rights*, cit., dove si raccomanda di non trascurare le prove a supporto di una denuncia e di non accettare acriticamente «evidence, particularly police testimonies, against a complaint» (§ 69).

⁸⁰ R. DE VITO, *La tortura*, cit., p. 101 ss.

⁸¹ Emblematico il caso *Tiziana Pennino c. Italia*, cit., dove la Corte EDU ha rilevato l'assenza di sforzi investigativi, la scarsità delle fonti interrogate, l'avanzamento di una richiesta di archivia-

Strasburgo ad assicurare l'effettiva indipendenza dei soggetti incaricati delle indagini⁸². Per prassi, si tende ad avvalersi di appartenenti a corpi diversi da quello dei sospettati, anche se per la Corte dei diritti non si tratta di accorgimento inderogabile, la cui mancanza, specie se riferita a singoli atti, comporta un'automatica violazione degli obblighi procedurali. Resta ferma però la regola generale che richiederebbe l'assenza di qualsiasi legame gerarchico o istituzionale fra investigatori e inquisiti, unita ad una autonomia d'azione effettiva e non formale⁸³.

Il necessario distacco potrebbe allora essere più opportunamente presidiato da una diversa provenienza degli inquirenti, ottenibile o con il ricorso a nuclei centrali e specializzati⁸⁴, o con lo sradicamento dell'inchiesta dal *locus delicti*. La distanza geografica è da sempre la soluzione individuata dalla legge per salvaguardare serenità investigativa e di giudizio, dapprima con la rimessione obbligatoria (art. 60 c.p.p. abr.), poi grazie a criteri speciali di attribuzione della competenza (artt. 11 c.p.p. e 41 *bis* c.p.p. abr.)⁸⁵. Il rimedio è allo stato adottabile esclusivamente per procedimenti che coinvolgano magistrati, anche nella veste di persone sottoposte alle indagini o imputati. E tuttavia, il "legittimo sospetto" canonizzato dal criterio normativo per il *dominus* dell'azione dovrebbe opportunamente estendersi alle sue braccia operative, altrimenti la *ratio* della previsione rischia di essere del tutto vanificata dal persistere di comprensibili inibizioni a procedere contro collaboratori o colleghi⁸⁶. Allontanare il procedimento dal luogo di

zione stereotipata cui è seguita una risposta giudiziale laconica (§ 50-52). P. BUFFA, *op. cit.*, p. 168, richiamando le chiose di Zimbaro all'esperienza di Stanford, evoca «il male dell'inerzia che consente la persistenza di tali comportamenti da parte degli altri».

⁸² V. ad es. Corte EDU, *Mikheev v. Russia*, 26 gennaio 2006 (ric. n. 77617/01), § 116; *Ramsabai and others v. the Netherlands*, 15 maggio 2007 (ric. n. 52391/9), § 62 e 63. V. anche Istanbul Protocol, § 74 e 79; sulla selezione e preparazione degli inquirenti necessaria per affrontare casi di torture indugia il § 90 dello stesso testo.

⁸³ Così Corte EDU, Grande Camera, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, 24 marzo 2011 (ricorso n. 23458/02), § 300 e 322. Per l'enunciazione della regola, v. Corte EDU, Grande Camera, *Oğur v. Turkey*, 20 maggio 1999 (ric. n. 21594/93), § 91 e 92.

⁸⁴ Alcuni corpi di polizia già prevedono soluzioni simili: è il caso del Nucleo investigativo centrale della polizia penitenziaria.

⁸⁵ Per le origini e la ragion d'essere della soluzione adottata, v. GIUS. SABATINI, *La competenza surrogatoria ed il principio del giudice naturale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 961, dove si ricostruisce l'«antica e salda tradizione» fondata sulla necessità di «conservare (...) al procedimento le condizioni essenziali al suo normale svolgimento»; M. SCAPARONE, *L. 22/12/1989 n. 879. Norme sulla connessione e sulla competenza nei procedimenti relativi a magistrati e nei casi di rimessione. Premessa*, in *Leg. pen.*, 1981, p. 323 ss.; E. RUBIOLA, *La nuova disciplina della competenza nei procedimenti relativi a magistrati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 644 ss.

⁸⁶ Su come la polizia giudiziaria, godendo di ampi spazi di autonomia specie nelle prime fasi dell'indagine, sia in grado di condizionarne gli esiti in maniera significativa e di filtrare gli elementi destinati a sorreggere l'azione, v. G. TRANCHINA, *I rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria*, in AA.VV., *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2006, p.

consumazione dei fatti da accertare anche quando le condotte sono ascritte ad appartenenti alla polizia sembra il più efficace antidoto a omertà, inerzie e indugi, da arginare per via legislativa. Se valicare il distretto fosse eccessivo, basterebbe prevedere per questi casi uno slittamento verso territori più prossimi, purché sufficienti a spezzare il rapporto di familiarità che potrebbe impedire l'effettività delle indagini.

5. *I pungoli alle procure: (ancora) sul ruolo dei garanti e su quello della magistratura di sorveglianza*

Per evitare stalli investigativi si potrebbe anche puntare su alcuni stimoli alle procure, valorizzando istituti esistenti.

I garanti dei detenuti, se non scontassero assenza di mezzi economici, sarebbero in grado di giocare un ruolo importante anche sotto questo profilo. Si potrebbe infatti ipotizzarne l'intervento nel procedimento penale quali enti rappresentativi degli interessi lesi dal reato⁸⁷, figura ormai oscurata dalla proliferazione delle parti civili⁸⁸, ma più idonea a soddisfare gli obiettivi qui considerati. Come noto, il danno statutario o d'immagine è l'escamotage giurisprudenziale alla base della proliferazione di attori privati nell'agone penale. È un dialelle che andrebbe tuttavia evitato: gli organi di garanzia non ricevono un nocumento dai torti patiti dai detenuti, ma proprio da questo rischio traggono la loro ragion d'essere. Sarebbe bene perciò che non entrassero in concorrenza con le persone tutelate per ottenere ristori monetari dai dubbi fondamenti, come accade per molti dei soggetti oramai disinvoltamente legittimati ad avanzare pretese risarcitorie. L'ente rappresentativo instaura rapporti più limpidi: garantisce un rinforzo simbolico e fattivo all'accertamento penale, necessita di consenso all'intervento, non chiede denaro. E seppure dotato di facoltà decisamente minori nella fase processuale, vanta poteri surrogatori dell'offeso anche prima dell'azione (art. 91 c.p.p.): prerogativa preziosa nei casi di tortura o maltrattamenti, dove è proprio la fase investigativa che va maggiormente sorvegliata e spronata.

157 e 159. Sulla «inazione tacita della polizia giudiziaria», v. C. SCACCIANOCE, *L'inazione del pubblico ministero*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 203 ss.

⁸⁷ Soggetto processuale introdotto dopo una «lunga e tormentata strada», densa di contrasti in sede dottrinale, giurisprudenziale e legislativa, che «ha portato il nuovo codice di procedura penale ad optare, tra azione penale privata ed azione civile risarcitoria, per una terza via completamente nuova» (G. BARONE, *Enti collettivi e processo penale*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 1 e 10 ss.).

⁸⁸ Lo rimarca D. CHINNICI, *Gli «enti esponenziali di interessi lesi dal reato»: figli legittimi del «nuovo» codice, ma ancora eredi del «vecchio» status di parti civili. Una delle (tante) questioni irrisolte*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 446 ss.

A questo scopo potrebbe indirettamente concorrere anche la magistratura di sorveglianza, a cui la legge affida rilevanti poteri in materia di accertamento di eventuali trattamenti inumani e degradanti. I tradizionali compiti di vigilanza, relazione al Ministro della Giustizia (art. 69 comma 1 e 2 ord. pen.) e raccolta di doglianze (art. 35 ord. pen.) possono sortire effetti deterrenti e propulsivi, oggi rafforzati dai nuovi rimedi giurisdizionali. In caso di vessazioni in corso, il reclamo teso a bloccare gravi e attuali pregiudizi inferti ai diritti dei detenuti (art. 35 *bis* ord. pen.) è strumento prezioso, perché in grado non solo di sfociare in ordini cogenti per l'amministrazione penitenziaria ma anche di fare da ponte con il procedimento penale (art. 331 c.p.p.). È d'altra parte possibile che i pronti interventi dei direttori degli istituti facciano cessare più rapidamente le sospette violazioni⁸⁹, se sussunte nella categoria degli eventi critici che impongono immediati trasferimenti del detenuto.

A quel punto ipotetiche stagnazioni investigative potrebbero essere osteggiate anche grazie alla proposizione del reclamo compensativo di cui all'art. 35 *ter* ord. pen., imperniato proprio su condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 della Convenzione europea. Lo strumento viene principalmente utilizzato per questioni legate al sovraffollamento, o comunque per riparare a situazioni ambientali oggettivamente inumane o degradanti⁹⁰. Eppure, il presupposto che ne legittima l'attivazione è sufficientemente ampio per abbracciare ipotesi di afflizioni, fisiche o psicologiche, volontariamente inferte, specie se continuative. Il confine fra contesto detentivo di per sé pregiudizievole per la dignità o la salute e intenzionalità del trattamento umiliante può risultare sottile e sbiadito: basti pensare a soggiorni prolungati in reparti di isolamento con celle lisce, magari al freddo e senza indumenti o soffrendo altre restrizioni intense e pervasive⁹¹. Sono frangenti in cui è difficile tracciare ferme linee di demarcazione fra obiettive carenze strutturali, o legittime necessità di prevenire gesti autolesionistici, e volontà di infliggere punizioni *ultra legem*.

⁸⁹ Anche in considerazione dei possibili esiti discordanti dei tre gradi in cui si articola il reclamo giurisdizionale, nonché della subordinazione del giudizio di ottemperanza all'esaurimento delle impugnazioni (art. 35 *bis* comma 5 ord. pen.). Il difetto di tempestività è la critica più frequente che viene mossa all'istituto: v. fra gli altri E. VALENTINI, *Il reclamo: casi e forme*, in *Sovraffollamento carcerario*, cit., p. 241 ss.; M. BORTOLATO, *Art. 35-bis*, in *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 412. C. FIORIO, F. URBINATI, *op. cit.*, p. 108; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri*, cit., p. 142.

⁹⁰ Ma per l'ampiezza del rinvio, v. A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 13 ottobre 2014, § 10; D. GALLIANI, *Le briciole di pane, i giudici, il senso di umanità. Una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 35, 35-bis e 35-ter ord. penit.*, *ivi*, 12/2018, p. 81.

⁹¹ Il rimedio risarcitorio è già stato fruttuosamente attivato in casi di condizioni disumane legate alla sorveglianza particolare (Mag. Sorv. di Udine, ord. 19 maggio 2016, G.G., in *Arch. pen. web*, 2/2016). Fra i fattori soppesati dalla magistratura di sorveglianza per diagnosticare la violazione dell'art. 3 Cedu cominciano ad affacciarsi anche le mancate cure (v. Mag. Sorv. di Spoleto, ord. 25 agosto 2015, M.L., inedita). A riguardo, R. BRACCIALINI, *Art. 35 ter. Ordinamento Penitenziario: risarcimento o tassa fissa?*, in *Quest. giust.*, 11 marzo 2015.

I limitati strumenti a disposizione della magistratura di sorveglianza non consentono di accertare la sussistenza dell'elemento soggettivo di torture, abusi o maltrattamenti, né la natura di mero indennizzo del rimedio compensativo impone di soffermarsi su questo profilo. Ma nei casi-limite in cui privazioni deumanizzanti lambiscono la soglia della rilevanza penale, il rimedio penitenziario potrebbe trovarsi a convivere con le fasi iniziali del procedimento scaturito da una *notitia criminis*. La legge omette di disciplinare nessi di pregiudizialità fra i due ambiti. Si ritiene solo che il buon esito del reclamo, refrattario all'esatta quantificazione del danno, non precluda l'avanzamento di ulteriori pretese risarcitorie nelle sedi a ciò deputate⁹². È legittimo però supporre che nei primi e cruciali stadi dell'inchiesta penale il magistrato di sorveglianza, sollecitato *ex art. 35 ter* ord. pen., sarebbe portato a interloquire con il titolare delle indagini, se l'oggetto delle due attività cognitive risultasse parzialmente collimante. Si otterrebbe così uno stimolo istituzionale che potrebbe contribuire a evitare tentennamenti e imprimere un passo più deciso all'investigazione.

6. *La riforma dell'ordinamento penitenziario: frammenti sopravvissuti e garanzie smarrite*

L'imponente disegno riformatore dell'ordinamento penitenziario germinato dai lavori degli Stati generali dell'esecuzione penale e dalla legge delega n. 103 del 2017 apportava numerose novità per la prevenzione e la repressione dei maltrattamenti dei detenuti. Le proposte avanzate intervenivano chirurgicamente su una serie di istituti chiave, così da intessere una vera e propria rete di supporto per gli strumenti sinora considerati⁹³. Parte di queste manipolazioni è fortunatamente sopravvissuta al prolungato travaglio della novella, intercorso a cavallo fra

⁹² Per G. GIOSTRA, *Art. 35-ter*, in *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 417, la pretesa compensativa «in tanto potrà avere qualche possibilità di sopravvivere ai prevedibili rilievi di incostituzionalità, in quanto le si riconosca natura "additiva" rispetto ai rimedi tradizionali». Adduce argomenti a conforto F. FIORENTIN, *Il condannato. Il danno da esecuzione della pena detentiva*, in G. Spangher (a cura di), *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 481 ss.; ID., *Art. 35-ter*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 5^a ed., Milano, 2017, III, p. 2379. Sulla possibilità di qualificare il ristoro fisso accordato come un «mero indennizzo anticipatorio», o «acconto risarcitorio standardizzato», cfr. anche R. BRACCIALINI, *Art. 35 ter*, cit., che non esclude almeno la piena risarcibilità dei danni arrecati alla salute. In termini più problematici, C. MASIERI, *La natura dei rimedi di cui all'art. 35-ter ord. pen.*, in *Dir. pen. cont.*, 22 giugno 2015, p. 14 ss.

⁹³ Le proposte elaborate dalla Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso, sono consultabili in *Dir. pen. cont.*, 9 febbraio 2018, *sub Riforma dell'ordinamento penitenziario: la proposta della Commissione Giostra, lo schema del decreto legislativo approvato dal Governo e i pareri delle Commissioni parlamentari*.

due legislature e in un montante clima di insofferenza verso i diritti delle persone private della libertà⁹⁴. Altre porzioni del progetto, pure in grado d'incidere sul fenomeno in esame, sono andate perdute, lasciando l'amarezza di un'occasione mancata e difficilmente ripetibile.

Nell'art. 1 comma 3 della legge di ordinamento penitenziario si trova oggi incastonata la solenne proclamazione del divieto di ogni violenza fisica e morale sui detenuti, richiamo esplicito al monito costituzionale e che segna un impegno a garantirne l'attuazione nei luoghi dove le sopraffazioni sono più diffuse e recondate. La norma manifesto marca una discontinuità da tolleranze passate con l'intento di inaugurare un nuovo corso. La proibizione netta viene a sua volta assistita e fortificata da altre importanti previsioni, capaci di incidere sui contesti che facilitano i soprusi: le prime fasi della cattura, la distanza dai familiari, la perdita di contatti con il difensore, l'isolamento disciplinare e giudiziario.

Quanto al primo profilo, la riforma – come già osservato – dedica attenzione alla visita medica d'ingresso in carcere, con particolare accento proprio sulla necessità di documentare tempestivamente possibili tracce di violenza (art. 11 comma 7 ord. pen.), benché la garanzia sia stata sfregiata dall'asportazione della clausola sulla documentazione fotografica⁹⁵. Viene poi suggellato il diritto di interpellare sin dall'inizio della detenzione i difensori e i garanti dei diritti dei detenuti, per la prima volta accostati dalla legge così da smarcare i secondi dalle “persone diverse dai congiunti”, dispensarli dalle relative autorizzazioni e sottolinearne il precipuo ruolo (art. 18 comma 2 ord. pen.).

I contatti con l'esterno risultano rinsaldati anche dall'insistenza sul criterio di territorialità, che impone all'amministrazione penitenziaria di destinare i detenuti a luoghi prossimi alla dimora o al nucleo di riferimento sociale e di motivare con-

⁹⁴ Sull'iter della riforma, E. DOLCINI, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2018, p. 175 ss.; G. GIOSTRA, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, *ivi*, 4/2018, p. 119 ss.; F. GIANFILIPPI, “Tendono alla chiarezza le cose oscure”: il carcere e l'esecuzione penale nello schema di decreto legislativo di riforma dell'ordinamento penitenziario, in *Quest. giust.*, 14 febbraio 2018; F. DELLA CASA, *L'urgenza della riforma penitenziaria: un malinconico anacronismo nell'era della riscoperta centralità del carcere*, in *Dir. pen. cont.*, 25 giugno 2018; E. N. LA ROCCA, *Lo schema di decreto legislativo per la riforma penitenziaria*, in *La giustizia penale riformata*. Supplemento a *Arch. pen.*, 1/2018, p. 763; EAD., *Il progetto “estivo” di riforma dell'ordinamento penitenziario tra l'inutile e il fantomatico*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 207 ss. Fra i primi commenti dei decreti approvati (D.Lgs. 123 e 124 del 2018), v. A. DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2018; M. BORTOLATO, *Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Quest. giust.*, 3/2018, p. 119 ss.; F. GIANFILIPPI, *La riforma povera di mondo: una prima lettura dei decreti legislativi 123 e 124/2018 in materia di ordinamento penitenziario*, in *www.giustiziainsieme.it*, 28 Novembre 2018; L. CESARIS, *Quel che resta della riforma penitenziaria*, in *Giur. pen.*, 9 dicembre 2018; F. FIORENTIN, *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Milano, Giuffrè, 2018.

⁹⁵ V. *supra*, § 2.

gruamente sia le deroghe sia i dinieghi alle istanze di avvicinamento (artt. 14 e 42 ord. pen). Per le persone maggiormente isolate, come gli stranieri o gli allocati in istituti lontani dal contesto di appartenenza, si contemplavano inoltre colloqui a distanza mediante connessione internet. L'innovazione puntava a tutelare gli affetti, ma sarebbe stata in grado anche d'innalzare il livello di protezione dei più emarginati evitando vuoti di notizie e consentendo il riscontro di segni di violenza. Si tratta di un altro segmento non recepito dai decreti attuativi della delega e perciò rimesso alle buone prassi delle singole amministrazioni.

Fra gli scampoli approvati della riforma si annoverano invece propizie rivisitazioni dell'isolamento giudiziario e disciplinare (art. 33 ord. pen.). Il distacco dalla ordinaria vita comunitaria è la pre-condizione tipica in cui s'innescano trattamenti inumani o degradanti, aventi non di rado l'obiettivo di intensificare sanzioni, avvertite come troppo lievi, a inosservanze delle regole che scandiscono la quotidianità detentiva⁹⁶. In passato il supplizio poteva configurarsi quale castigo accessorio alla pena capitale⁹⁷. Oggi tende piuttosto a prendere le forme della punizione disciplinare aggiuntiva: un *surplus* di sofferenza, inflitto con una sorta di *autodichia* del personale di sorveglianza, che travalica i limiti di legge. La previsione di nuove garanzie che attorniano l'isolamento (art. 33 ord. pen.), quali la possibilità di effettuare colloqui visivi, il diritto di mantenere condizioni di vita normali e di proseguire il percorso di recupero (art. 36 ord. pen.), possono allora contribuire al contenimento di questi rischi. Obiettivo conseguibile anche grazie alla rivisitata composizione del consiglio di disciplina, con l'espunzione dal collegio del medico, che riguadagna funzioni di sola cura e quella neutralità necessaria a sorvegliare le modalità esecutive della sanzione irrogata da altri soggetti (art. 40 comma 2 ord. pen.). È stata invece scartata la facoltà per i garanti dei detenuti di presenziare ai giudizi disciplinari e di accedere ai relativi atti, così come si è rinunciato alla minuziosa regolamentazione delle perquisizioni mediante denudamento, pratica invasiva e umiliante, in cui possono annidarsi occasioni di *ill-treatment*⁹⁸. Nonostante queste abrasioni e impoverimenti, della riforma rimangono lacerti preziosi per risaldare le norme sostanziali e far sì che la *violenza punitiva* resti un'efficace iperbole e non la fotografia di un'intollerabile realtà.

⁹⁶ Significativamente, la regola 60 delle Regole penitenziarie europee (Racc. 11 gennaio 2006 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa) e la regola 43 delle Mandela Rules accostano la materia disciplinare al rischio di tortura.

⁹⁷ Per una ricostruzione storica, v. E. CANTARELLA, *I supplizi capitali. Origine e funzioni delle pene di morte in Grecia e a Roma*, Rizzoli, 1991.

⁹⁸ Le Mandela Rules riservano infatti all'argomento un'intera sezione (regola 50 e ss.). Minuziose indicazioni si rinvencono anche nella regola 54 delle Regole penitenziarie europee.

LUCIA RISICATO

L'AMBIGUA CONSISTENZA DELLA TORTURA TRA MILITARIZZAZIONE
DEL DIRITTO PENALE E CRIMINI CONTRO L'UMANITÀ

SOMMARIO: 1. La tortura come perno del processo di militarizzazione del diritto penale. – 2. *Segue*: tentativi di legittimazione *versus* obblighi internazionali di criminalizzazione. – 3. La definizione di tortura accolta dalla Convenzione di New York e le sue caratteristiche strutturali. – 4. *Segue*: gli obblighi di tutela penale imposti dalla CAT. – 5. Tortura e trattamenti inumani o degradanti nella giurisprudenza CEDU: storia di un confine difficile. – 6. *Segue*: *Cestaro v. Italy* e gli obblighi discendenti dall'art. 3 CEDU. – 7. La tortura nello statuto della Corte penale internazionale. – 8. Esistono ancora obblighi di criminalizzazione inattuati? – 9. La lentezza del legislatore italiano e la sua resistenza culturale: brevi note critiche sugli artt. 613 *bis* e *ter* c.p. – 10. Il cedimento del garantismo penale e la perdita di tassatività delle fattispecie incriminatrici.

*Nello stato di emergenza mondiale in cui viviamo,
l'omicidio extragiudiziale, la tortura e la detenzione segreta
non si attirano più le condanne della maggioranza,
non provocano ribrezzo e vergogna.
Tanto la cultura popolare quanto le politiche degli Stati
li hanno fatti sembrare normali*

P. MISHRA, *L'età della rabbia. Una storia del presente*, Milano, 2018

1. *La tortura come perno del processo di militarizzazione del diritto penale*

L'incriminazione della tortura¹ implica il riconoscimento, auspicabilmente globale, dell'eguale dignità di ogni essere umano, come ribadito dall'art. 1 della

¹ In argomento, solo tra i contributi più recenti (e senza alcuna pretesa di completezza), E. SCARROINA, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Bari, 2018; G. BORGNA, *Il sistema di prevenzione istituito dal Protocollo opzionale alla Convenzione ONU sulla tortura: tassello mancante o inutile duplicazione?*, in *Dir. umani e dir. internazionale*, fasc. 3/2013, 705 e ss.; A. CHIESSI – G. SCARDOVI, *Argomenti contro la tortura. Garantismo penale e difetti dell'utilitarismo*, in *Riv. fil. dir.*, fasc. 2/2015, 314; A. COSTANTINI, *Il nuovo delitto di tortura*, in *Studium Iuris*, 2018, 5 e ss.; P. GONNELLA, *Storia, natura e contraddizioni del dibattito istituzionale che ha condotto alla nuova legge che criminalizza la tortura*, in *Politica dir.*, fasc. 3/2017, 415 e ss.; M. LA TORRE, *Amicizie pericolose. Tortura e diritto*, in *Riv. fil. dir.*, fasc. 2/2015, 271 e ss.; F. LATTANZI, *La nozione di tortura nel codice penale italiano a confronto con le norme internazionali in materia*, in *Riv. dir. int.*, 2018, 151 e ss.; P. LOBBA, *Punire la tortu-*

Dichiarazione universale dei diritti umani. La modernità giuridica «passa attraverso l'abolizione della tortura come pena, come strumento di prova e come pratica di polizia», segnando l'ascesa dello Stato di diritto².

Tuttavia, la pubblicazione nel 2004 delle sconvolgenti immagini che mostravano il brutale trattamento riservato ai prigionieri iracheni da parte degli americani ha rimesso in questione il carattere universale di questo divieto. In nome del pragmatismo, la guerra al terrorismo sembra porre di nuovo in discussione la valutazione sovrana, da parte di ogni Stato, dei mezzi *accettabili* di contrasto, anche a costo della violazione dei diritti umani: è il tramonto del *Rechtsstaat*?

Certo è che la lotta al terrorismo rappresenta uno degli ambiti privilegiati del processo di *militarizzazione del diritto penale*: «metamorfosi di un'inquietudine democratica», l'uso di metodi e indagini che richiamino uno stato di eccezione è spesso accompagnato da argomenti empatici verso le vittime e da richiami alla tolleranza zero verso crimini e criminali³.

Esteso, nel corso del tempo, alla maggior parte degli Stati (democratici e non), questo paradigma rischia troppo facilmente di far degenerare l'offensiva al crimine in guerra ai diritti umani: attraverso una sorta di "legittima difesa anticipata" si giunge all'investitura legale di ogni mezzo efficace, anche se inumano. La decostruzione del sistema penale dilata progressivamente la figura del nemico (de-individualizzato e de-umanizzato), escludendo sia le garanzie del diritto penale che quelle del diritto internazionale per creare una sorta di "buco nero" nella le-

ra in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale, in *Dir. pen. cont.*, n. 10/2017, 181 e ss.; A. MARCHESI, *Delitto di tortura e obblighi internazionali di punizione*, in *Riv. dir. int.*, 2018, 131 e ss.; M. MONTAGUT, *Cos'è la tortura?*, in *Riv. fil. dir.*, fasc. 2/2015, 323 e ss.; C. PEZZIMENTI, *Tortura e diritto penale simbolico: un binomio indissolubile?*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 158 e ss.; A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, in *Quaderni cost.*, fasc. 2/2018, 389 e ss.; G. SERGES, *L'introduzione dei reati di tortura in Italia ed in Europa quale corollario della tutela "fisica e morale" della persona umana "sottoposta a restrizioni di libertà"*, in *www.costituzionalismo.it*, fasc. 2/2015, 3 e ss.; ID., *Il diritto a non subire tortura ovvero: il diritto di libertà dalla tortura*, in AA. VV., *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, a cura di M. Ruotolo e S. Talini, Napoli, 2017, 335 e ss.; ID., *La tortura giudiziaria. Evoluzione e fortuna di uno strumento d'imperio*, in AA. VV., *Momenti di storia della giustizia*, a cura di L. Pace, S. Santucci, G. Serges, 2011, Roma, 213 e ss.

² M. LALATTA COSTERBOSA, in M. LA TORRE – M. LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Bologna, 2013, 85.

³ M. DELMAS-MARTY, *Il paradigma della guerra contro il crimine: legittimare l'umano?*, in *Studi sulla questione criminale*, fasc. 2/2007, 21 e ss. Dopo gli attentati dell'undici settembre 2001, negli Stati Uniti la *war on terror* mutava lessico e categorie garantistiche: un processo di de-giurisdizionalizzazione delegava l'accertamento dei reati a commissioni amministrative militari, mentre lo scandalo del carcere di Abu Ghraib costringeva il *Military Commission Act* dell'ottobre 2006 a limitare il divieto di tortura "ai casi più gravi", autorizzando il Presidente degli Stati Uniti a interpretare le Convenzioni di Ginevra secondo la sua peculiare sensibilità politico-istituzionale.

galità, spettro di Banquo della tortura giudiziaria, contro il quale le Corti sovranazionali, con esiti alterni, combattono⁴.

Questa premessa può essere utile a chiarire:

a) il rapporto tra tortura e diritto penale del nemico. L'invadenza delle recenti scelte di incriminazione in materia di lotta al terrorismo rivela, da un lato, la connessione cruciale tra opzioni di politica criminale e modelli di democrazia e, dall'altro, la crescente atrofizzazione di fondamentali diritti di libertà: del "cittadino" come del "nemico". Il primo accetta una restrizione delle sue libertà in nome della "sicurezza"⁵; il secondo viene per contro privato di ogni *status*: non solo di *civis*, ma persino di essere umano (si pensi alle involuzioni arretrate - a livello internazionale - da vicende come quelle di Guantanamo e di Abu Ghraib sul piano della tenuta elementare dei diritti umani⁶).

b) La formidabile lentezza del legislatore italiano, turbato da ondate non innocue di populismo penale, nell'introdurre il reato di tortura, nonostante le numerose condanne della Corte europea dei diritti dell'uomo⁷.

c) L'altrettanto formidabile reticenza del Parlamento a configurare la tortura come reato proprio tradendo lo spirito delle Convenzioni internazionali, che la considerano come un delitto che gravita intorno al rapporto tra autorità ed individuo, di cui esprime una delle più odiose forme di perversione⁸.

d) L'incongruenza tra l'oggetto delle pronunce CEDU richiamabili in materia e la formulazione del delitto di cui all'art. 613 *bis* c.p.⁹.

⁴ Il paradigma della guerra contro il crimine condivide con il crimine di guerra l'inversione del rapporto tra criminale e norme. M. DELMAS-MARTY, *loc. ult. cit.*, ricollegandosi a quanto scritto da Hannah Arendt sulla banalità di Eichmann (molto più terrificante di tutte le atrocità naziste considerate nel loro insieme) e citando alcuni studi della penalista quebecchiana Hélène Dumont, sottolinea che i criminali di guerra "sono degli obbedienti e non dei devianti" (definizione che viene solitamente utilizzata per rappresentare i criminali). Degli obbedienti, e talvolta degli eroi agli occhi dei loro compatrioti.

⁵ Si veda il fondamentale studio criminologico di D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine ed ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, 2004. A livello *lato sensu* penalistico, cfr. tra gli altri F. MANTOVANI, *Insicurezza e controllo della criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1003 e ss.; E. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. Pen.*, 2006, I, 181 e ss. e D. SCATOLERO, *Vittime, insicurezza e territorio: prospettive d'azione*, in *Dei delitti e delle pene*, fasc. 2/1992, 179 e ss.

⁶ In argomento, tra gli altri, M. DELMAS-MARTY, *Il paradigma della guerra contro il crimine: legittimare l'inumano?*, cit., 21 e ss.; G. FLETCHER, *Black Hole in Guantanamo Bay*, in *Journal of International Criminal Justice*, II, 1, 2004, 121 e ss.; M. LA TORRE, *Amicizie pericolose. Tortura e diritto*, cit., 273 e ss.

⁷ *Infra*, § 9.

⁸ Così T. PADOVANI, *Tortura: adempimento palesemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, in questa *Rivista*, 2013, 28-29. In argomento, efficacemente, A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, cit., 396 e ss.

⁹ *Infra*, § 6.

e) L'oscura formulazione delle fattispecie di nuovo conio, del tutto inidonea a ricomprendere proprio i casi per cui la CEDU ci ha condannati¹⁰.

2. Segue: tentativi di legittimazione versus obblighi internazionali di criminalizzazione

L'ambivalenza della considerazione culturale e politico-criminale della tortura è oggi impressionante. Assai indicativa, sotto questo punto di vista, è l'imbarazzante vicenda dei c.d. *Torture Memos*¹¹: dopo gli attacchi dell'11 settembre 2001, l'amministrazione Bush ha avviato un azzardato percorso ermeneutico volto a definire minuziosamente i confini *giuridici* della tortura, impartendo direttive documentali sulla soglia di dolore "sostenibile" da sospetti terroristi durante gli interrogatori¹². Adottando un'accezione a dir poco restrittiva del concetto di "grave sofferenza", i *Memos* l'hanno definita come un dolore qualitativamente equivalente a quello che accompagna lesioni del calibro della perdita di un organo, del danneggiamento *irreparabile* di organi vitali o persino del rischio di morte. Anche il dolo (specifico) richiesto per gli atti di tortura *stricto sensu* intesi contribuiva a delimitare concettualmente questa nozione alle sole ipotesi in cui l'inflizione di estremo dolore fosse l'obiettivo perseguito *in via diretta* dal soggetto attivo¹³, con conseguente esclusione della punibilità in tutti i casi in cui, invece, lo scopo principale del torturatore fosse quello di ottenere informazioni.

Nel 2009, comprensibilmente, l'amministrazione Obama revocò i *Memos* ripristinando – non senza qualche esitazione¹⁴ – il rispetto degli obblighi internazionali gravanti sugli USA. L'eco negativa dei documenti in parola ha tuttavia ingenerato il sospetto di una crescente "normalizzazione" della tortura come strumento giuridico legittimo, a dispetto della sua unanime condanna.

Quella che ci accingiamo a svolgere è un'*actio finium regundorum* del concetto, dei suoi rapporti con i trattamenti inumani o degradanti e dell'effettiva – e certo tardiva – ricezione, da parte dell'Italia, degli obblighi internazionali di cri-

¹⁰ *Infra*, §§ 9 e 10.

¹¹ Su cui v. ampiamente P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 215 e ss.

¹² Tra le "tecniche d'interrogatorio rinforzate" ritenute legittime rientravano la privazione prolungata del sonno, l'assunzione coattiva di posizioni vessatorie e il c.d. *waterboarding*: tutte pratiche che, come meglio vedremo nei paragrafi successivi, in base alle convenzioni internazionali di riferimento rientrano o nel *genus* tortura o in quello, parallelo e affine, dei trattamenti inumani o degradanti. Sulla questione v. diffusamente M. MONTAGUT, *Cos'è la tortura?*, cit., 323 e ss.

¹³ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 216.

¹⁴ V. le amare considerazioni critiche di M. MONTAGUT, *Cos'è la tortura?*, cit., 323., secondo la quale anche col cambio di linea politica Bush-Obama la definizione di tortura «presenta delle crepe nelle quali è sempre possibile cadere e impantanarsi».

minalizzazione cui pure ha da tempo aderito. È un delitto antico, declinato nel corso dei secoli in nuove inquietanti forme di manifestazione e mai scomparso.

Esso si colloca naturalmente nell'intersezione tra il diritto internazionale dei diritti umani, il diritto umanitario e il diritto penale internazionale. Le principali Convenzioni in materia di diritti dell'uomo sanciscono, come vedremo, un divieto *assoluto* di tortura¹⁵.

La tortura costituisce anche violazione del diritto umanitario, sia ove avvenuta nell'ambito di conflitti armati a carattere internazionale, sia in caso di conflitti interni. Ma il diritto umanitario viene in considerazione pure in un altro contesto. Oggi, infatti, l'epurazione dello straniero-nemico comincia con i respingimenti in alto mare, denominati anestetivamente – con eloquente impostura linguistica – operazioni di *push back*. Da anni, in special modo, l'Italia stipula accordi variamente denominati con la Libia per i respingimenti, sebbene la Grande Camera, con sentenza 23 febbraio 2012, abbia già condannato il nostro Paese per violazione degli artt. 3 e 13 CEDU e 4 del Protocollo 4 CEDU, a causa di un respingimento avvenuto il 6 maggio 2009¹⁶.

¹⁵ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 187.

¹⁶ In quella data tre imbarcazioni con circa duecento persone a bordo, provenienti dalla Libia, furono intercettate nelle acque internazionali a sud di Lampedusa mentre cercavano di raggiungere clandestinamente le coste italiane. Le autorità di frontiera italiane trasferivano gli stranieri sulle proprie imbarcazioni per poi ricondurli immediatamente a Tripoli, senza fare parola del rimpatrio agli interessati e consegnandoli alle forze dell'ordine libiche in palese violazione dei loro diritti. I giudici di Strasburgo, dopo aver rilevato che il respingimento si era svolto sotto la giurisdizione dello Stato italiano, in base ai principi del diritto internazionale e all'unanimità hanno accolto il ricorso presentato da tredici cittadini eritrei e da undici somali: cfr. *Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 23.2.2012, Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, in www.rivistaaic.it con nota di S. ZIRULIA, *I respingimenti nel Mediterraneo tra diritto del mare e diritti fondamentali*. Particolarmente pregnanti, per la Corte europea dei diritti dell'uomo, sono i profili di contrasto tra l'operazione di respingimento in alto mare e il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti sancito dall'art. 3 CEDU: alla stregua di tale norma è proibito eseguire estradizioni, espulsioni o altre misure di allontanamento quando vi sia il fondato motivo di ritenere che, giunto nel Paese di destinazione, lo straniero vada incontro a un rischio effettivo di torture o trattamenti inumani o degradanti. Sin dal 2009 era già ben noto alla comunità internazionale, grazie al Comitato contro la tortura, a *Human Rights Watch* e ad *Amnesty International*, che gli stranieri illegalmente presenti in Libia, compresi i potenziali richiedenti asilo, fossero sistematicamente arrestati e detenuti in condizioni igienico-sanitarie allarmanti, e non di rado torturati. Del resto, anche al di fuori dei centri di detenzione gli immigrati irregolari erano soggetti marginali perennemente esposti al rischio di atti di razzismo e xenofobia.

Anche il rimpatrio libico degli stranieri nei Paesi d'origine si pone in contrasto palese con l'art. 3 CEDU, essendo assai concreto il rischio dei fuggitivi rimpatriati di essere esposti a maltrattamenti e torture (monitorate e denunciate, del resto, da organizzazioni internazionali).

La Grande Camera ha poi evidenziato il contrasto tra le massive operazioni di respingimento e il divieto di espulsioni collettive sancito dall'art. 4 del Protocollo 4 CEDU, chiarendo oltretutto che il divieto si applica anche nel caso di allontanamenti in alto mare: ciascuno degli espulsi deve avere la possibilità di avanzare alle autorità competenti argomenti contro il proprio allontanamento, cosa che nei *refoulements* in mare è stata e continua ad essere negata.

Da ultimo, trattandosi di una *grave violazione* ai sensi delle Convenzioni di Ginevra del 1949, chiunque commette tortura può essere chiamato a rispondere di crimini di guerra e finanche di crimini contro l'umanità¹⁷.

In considerazione della sua poliedricità, anche gli elementi costitutivi di questa fattispecie – che ora dovranno essere ricostruiti e analizzati – risultano “elastici” e forse intrinsecamente poco tassativi, dando adito a dubbi ermeneutici che non sono stati certo risolti o attenuati dal “nostro” art. 613 *bis* c.p.

3. *La definizione di tortura accolta dalla Convenzione di New York e le sue caratteristiche strutturali*

Fondamentale, nella materia qui discussa, è il riferimento alla Convenzione ONU *contro la tortura o altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti* (c.d. CAT o UNCAT), approvata a New York il 10 dicembre 1984, divenuta efficace il 26 giugno 1987 (dopo l'adesione del ventesimo Stato membro) e ratificata dall'Italia con l. 3 novembre 1998, n. 498¹⁸. Questo documento, sottoscritto da ben 162 Paesi, definisce formalmente la tortura all'art. 1 come «*qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o mentali, per propositi quali ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata aver commesso, intimidirla o far pressione su di lei o intimidire o far pressione su una terza persona, o per qualsiasi motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o sofferenze siano inflitti da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito*». Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime, inerenti a tali sanzioni o da esse cagionate. La CAT esclude altresì la rilevanza esimente sia dell'adempimento di un ordine illegittimo vincolante, sia dell'evenienza di situazioni eccezionali, quali guerre o instabilità politica interna.

La fattispecie di tortura così delineata si contraddistingue:

Il contrasto con l'art. 13 CEDU è, infine, strettamente legato ai profili già esaminati: nei respingimenti in alto mare i migranti non vengono informati né del rimpatrio né dell'esistenza di rimedi giurisdizionali per evitare il *push back*.

¹⁷ Cfr., in special modo, F. LATTANZI, *La nozione di tortura nel codice penale italiano a confronto con le norme internazionali in materia*, cit., 155 e ss.

¹⁸ V., da ultimo, E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., 48 e ss. L'A. rammenta che l'idea di un atto di fonte sovranazionale focalizzato sulla tutela degli individui rispetto a qualsiasi specie di tortura nacque nel 1977, a Siracusa, dall'iniziativa assunta da un comitato di esperti in seno all'Associazione Internazionale di Diritto penale: la bozza elaborata in quella sede costituirà, appunto, il nucleo del documento approvato nel 1984.

- a) per il *forte dolore* provocato alla vittima, in qualsiasi modo;
- b) per il *dolo specifico* di ottenere confessioni o informazioni, punire, intimorire, far pressione o discriminare;
- c) per la natura *propria* dell'illecito, tipico – come ribadito dal nostro art. 13 Cost. – delle situazioni in cui il privato si trovi, per qualsiasi ragione, in minorata difesa rispetto a un pubblico agente o a chiunque agisca su sua istigazione o col suo consenso espresso o tacito;
- d) per la controversa *lawful sanctions clause*, alla cui stregua non rappresentano tortura le sofferenze legate all'irrogazione e all'esecuzione di sanzioni *legittime*.

A) Il riferimento espresso al carattere “forte”, “acuto”, “grave” della sofferenza serve – come meglio si vedrà in seguito¹⁹ – a tracciare una virtuale linea di confine tra tortura e trattamenti inumani o degradanti. In una prospettiva di omogenea progressione lesiva, i trattamenti inumani o degradanti rappresenterebbero un livello “basico” di sofferenza ingiustificata non necessariamente acuta, mentre la tortura consisterebbe in un'ipotesi peculiare di maltrattamento o lesioni qualificata dall'intensità del dolore.

Questa distinzione, impostata sulla crescente percezione soggettiva della sofferenza, fisica o psichica²⁰, si presta a consistenti dubbi sul piano logico ed assiologico. Non manca, del resto, chi imposta la linea di confine tra tortura e trattamenti inumani o degradanti sulla condizione di maggiore o minore impotenza della vittima, che solo nella tortura vera e propria resterebbe nella sfera di controllo dell'aggressore. Così procedendo, in verità, si rischia di “assorbire” i secondi nel *genus* della prima, di cui del resto costituiscono categoria ontologicamente affine e prodromica. Beninteso, la sovrapposizione tra i due concetti, un tempo negata, è oggi emersa dalla più recente giurisprudenza CEDU, che ha finalmente riconosciuto la difficoltà, se non la conclamata impossibilità, di distinguere le fattispecie in questione in modo nitido e con differenti conseguenze sul piano sanzionatorio. Il legislatore italiano del 2017 si è poi spinto (troppo) oltre, configurando la tortura *stricto sensu* intesa come reato *abituale* e il trattamento inumano o degradante come reato *istantaneo*, con tutte le perplessità che siffatta diversa qualificazione finisce con l'implicare²¹.

B) La CAT prevede la natura *intenzionale* della tortura, ma nessuno ha mai inteso, per evidenti ragioni, limitare il delitto di tortura ai soli casi di dolo intenzio-

¹⁹ *Infra*, § 6.

²⁰ La definizione contenuta nell'art. 1 CAT non consente di circoscrivere la fattispecie ai soli casi di lesioni o danni all'integrità fisio-psichica. Il Comitato per la prevenzione della tortura ha infatti qualificato come tortura la c.d. *tortura bianca*, concepita per non lasciare alcuna traccia sul corpo della vittima. Sono parimenti ascrivibili alla tortura quelle condotte omissive gravemente pregiudizievoli per l'incolumità fisio-psichica del soggetto passivo: si pensi alla privazione prolungata del cibo o del sonno. Sul punto, tra gli altri, P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 191 e ss.

²¹ *Infra*, § 9.

nale: la *ratio* sottesa all'art. 1 CAT è, semmai, quella di escludere dal perimetro applicativo del fenomeno le condotte colpose (che tuttavia possono senz'altro integrare trattamenti inumani o degradanti).

È semmai il dolo *specifico*, peraltro assente nell'art. 613 *bis* c.p.²², a qualificare le condotte di tortura: la causazione di forte dolore deve essere finalizzata a ottenere informazioni o confessioni, a intimidire, punire o discriminare. Il quadro teleologico, seppur ampio, tracciato dall'art. 1 CAT non deve ritenersi tassativo, ben potendo spaziare fino a ricomprendere tutti i casi di minorata difesa della vittima ad esso assimilabili in via interpretativa.

C) La Convenzione di New York riconduce la tortura alla sua dimensione etimologica di *distorsione* dei rapporti tra cittadino e autorità²³, causata da abusi di pubblici funzionari con la probabile connivenza, espressa o tacita, delle gerarchie statali. La c.d. tortura privata rileva, in tale contesto, solo se il privato agisca su istigazione del pubblico agente. Il *Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti* (CPT), organo del Consiglio d'Europa istituito dall'art. 17 CAT, ha precisato come il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti riguardi tutti gli atti compiuti in contesti di custodia o controllo (carceri, ospedali, scuole, gerarchie militari, istituti minorili, psichiatrici e geriatrici *anche privati*, purché le mansioni svolte abbiano connotazione pubblicistica)²⁴. Incerta è la rilevanza delle azioni commesse da privati nell'indifferenza delle autorità pubbliche: sotto questo punto di vista la scelta del legislatore italiano, che ha configurato – nella sua ipotesi base – la tortura come reato *comune*, può probabilmente definirsi *felix culpa*.

D) La nozione di tortura delineata dall'art. 1 CAT non ricomprende, come già accennato, le sofferenze derivanti *unicamente* da sanzioni legittime, ad esse inerenti o da esse provocate. La clausola *de qua*, assai discussa già in sede di lavori preparatori, aveva in origine l'intento – non commendevole – di escludere che le pene corporali applicate in ossequio alla legge islamica ricadessero nella nozione giuridica di tortura. Tuttavia, il CPT ha giustamente incluso queste ultime nell'ambito applicativo della Convenzione, onde prevenire il rischio che ripugnanti punizioni siano qualificate dagli Stati firmatari come “legittime” a fini elusivi del divieto²⁵.

Dalla definizione convenzionale di tortura emergono i primi, irrisolti problemi ermeneutici legati alla configurazione di una fattispecie incriminatrice che non ab-

²² *Infra*, § 9.

²³ Per una breve ma efficace sintesi storica del fenomeno v., da ultimo, E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., 30 e ss.

²⁴ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 192.

²⁵ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 194. La dottrina, da sempre discorde sul significato della *lawful sanctions clause*, è divisa tra chi ritiene – come accade in Italia – che sanzioni *legittime* siano unicamente quelle rispettose degli standard internazionali minimi e chi, invece, priva la clausola in esame di qualunque significato precettivo.

bia carattere meramente simbolico: l'abuso dei pubblici funzionari deve essere strumentale all'ottenimento di confessioni o informazioni e causare una *forte* sofferenza fisio-psichica, la cui entità non pare tuttavia graduabile con parametri efficaci sia riguardo ai trattamenti inumani o degradanti, sia rispetto alle fattispecie di maltrattamenti e di lesioni personali gravi o gravissime. Non è un caso che sul dato asseritamente qualificante del livello di sofferenza si sia avviluppata, e solo in tempi recenti sviluppata, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo²⁶.

4. Segue: *gli obblighi di tutela penale imposti dalla CAT*

L'adesione alla Convenzione contro la tortura determina una serie vincolante di impegni: l'art. 4 CAT prevede uno specifico *obbligo di incriminazione* degli atti costituenti tortura con sanzioni penali *adeguate* alla gravità del fatto: obbligo adempiuto dall'Italia solo nel 2017, dopo due richiami nel 1999 e nel 2007 per le carenze dell'apparato normativo sia dal punto di vista della tipicità delle condotte punibili, sia da quello – invero deprimente – della prescrizione²⁷. Gli artt. 2 e 16 impongono agli Stati firmatari un parallelo *obbligo di prevenzione* della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti. Curiosamente, i trattamenti inumani o degradanti non vengono coperti da omologo vincolo.

La lettera dell'art. 4, beninteso, non impone la creazione di una fattispecie incriminatrice *ad hoc*, ma intende assicurare la punibilità delle condotte descritte dall'art. 1 CAT attraverso congrue disposizioni penali preesistenti. Tuttavia è indiscutibile che il rischio di pene inadeguate e di volatili termini di prescrizione *possa* essere scongiurato solo attraverso un'autonoma fattispecie di reato, che evidenzii la gravità dei fatti in essa ricompresi e ne permetta il monitoraggio a livello internazionale. Ciò non è probabilmente accaduto nel nostro Paese nemmeno con l'art. 613 *bis* c.p.

5. *Tortura e trattamenti inumani o degradanti nella giurisprudenza CEDU: storia di un confine difficile*

Nella CEDU il divieto di tortura e delle pene o trattamenti inumani o degra-

²⁶ *Infra*, § 5.

²⁷ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 197. Il profilo sostanziale non esaurisce gli interventi reclamati dalla CAT. Il trattato prevede, infatti, altri divieti ed obblighi volti a prevenire e a punire gli atti di tortura: si pensi al principio di *non refoulement*, all'inutilizzabilità delle prove ottenute a mezzo di tortura, alla necessità di intraprendere – anche d'ufficio – indagini rapide per accertare l'avvenuta commissione di atti di tortura.

danti discende, nitido, dall'art. 3, in combinato disposto con gli artt. 1 e 8 della stessa Carta: in tale prospettiva, esso ha carattere assoluto, universale ed è in capo a *chiunque* (non solo, quindi, ai pubblici funzionari).

La copiosissima giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia deve nondimeno dividersi idealmente in due fasi. In un primo, e più risalente, momento, la Corte EDU si è occupata del confine assiologico tra tortura e trattamenti inumani o degradanti, con esiti – come ora vedremo – assai insoddisfacenti. In tempi più recenti, grazie soprattutto a una serie di pronunce contro l'Italia²⁸, l'obbligo di incriminazione della tortura e gli strumenti per realizzare tale obiettivo da parte degli Stati inadempienti sono stati, invece, tracciati in modo particolarmente efficace.

Il primo criterio discretivo tra tortura e trattamenti inumani o degradanti delineato dalla Corte EDU faceva leva sull'esistenza di una serie progressiva di soglie di sofferenza, il cui livello minimo era rappresentato dai trattamenti *degradanti*, seguito a uno stadio intermedio dai trattamenti *inumani* fino a culminare nella *tortura* propriamente intesa, consistente nell'infliczione di sofferenze forti e crudeli: un maltrattamento insensato e brutale, tale da meritare autonoma considerazione²⁹.

L'accertamento dell'intensità del dolore, che ha natura fatalmente soggettiva dovendo il giudice valutare la sofferenza *percepita*, non può che prendere in considerazione le circostanze del caso concreto e le caratteristiche fisiche della vittima (età, sesso, condizioni generali e mentali, etc.).

L'applicazione di questa soglia di gravità ha tuttavia prodotto esiti contraddittori sin dai primi arresti significativi degli anni Settanta. Paradigmatica la vicenda *Ireland vs United Kingdom*³⁰. Quattordici prigionieri irlandesi, arrestati nel 1971 dal Regno Unito come sospetti terroristi, subirono in una base militare britannica la combinazione di “cinque tecniche d'interrogatorio” (simili a quelle descritte, parecchi decenni dopo, nei *Torture Memos*) utilizzate dalla polizia britannica: furono incappucciati, tenuti in piedi contro un muro, esposti a un rumore assordante e persistente ed infine privati di sonno, cibo ed acqua. Nel 1976, la Commissione europea dei diritti dell'uomo qualificò unanime l'interrogatorio “rinforzato” qui descritto come un'ipotesi di tortura. Tuttavia, nel 1978, la Corte EDU, a larga maggioranza (13 voti favorevoli contro 4), espresse avviso contrario, pro-

²⁸ Cfr. Corte Edu, sez. IV, *Cestaro c. Italia*, 7 aprile 2015, ric. n. 6884/11; Corte Edu, sez. I, *Bartegghi Gallo e altri c. Italia*, 22 giugno 2017, ric. nn. 12131/13 e 43390/13; Corte Edu, sez. I, *Azzolina e altri c. Italia*, 26 ottobre 2017, ric. nn. 28923/09 e 67599/10; Corte Edu, sez. I, *Blair e altri c. Italia*, 26 ottobre 2017, ric. nn. 1442/14 e altri; Corte Edu, sez. V, *Cirino e Renne c. Italia*, 26 ottobre 2017, ric. nn. 2539/13 e 4705/13; Corte Edu, sez. IV, *Nasr e Ghali c. Italia*, 23 febbraio 2016, ric. n. 44883/09 (contro le c.d. *extraordinary renditions*, in merito alla nota vicenda Abu Omar), su cui v. ampiamente, tra gli altri, A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, cit., 392-393.

²⁹ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 200.

³⁰ Corte Edu, *Ireland v. United Kingdom*, 18 gennaio 1978, ric. n. 5310/71.

nunciandosi nel senso dei trattamenti inumani o degradanti: nonostante l'elemento finalistico coincidesse con uno di quelli tradizionalmente tipici della tortura, tali sistemi di coercizione, pur avendo causato intensa sofferenza fisica e mentale, non avrebbero provocato un dolore *di gravità sufficiente*.

Più di recente, il Comitato per la prevenzione della tortura ha affermato che l'imposizione di una condizione di privazione sensoriale e l'interdizione assoluta di comunicare provocano in chi le subisce una sofferenza in tutto assimilabile alla tortura³¹.

I repertori di Strasburgo offrono un ricco, indesiderabile ventaglio di atroci maltrattamenti qualificati come tortura, e tuttavia in alcuni casi i giudici non hanno ritenuto *abbastanza elevata* la soglia di dolore inflitta. Incerti, allo stesso modo, gli esiti applicativi dei due criteri supplementari della *durevolezza* degli effetti della sofferenza e della *finalità* perseguita dall'agente. Beninteso, tanto più è intenso il patimento, tanto meno rilevante sarà l'obiettivo prefissato dal torturatore³².

L'unico criterio discretivo – ancora troppo generico – utile a distinguere tortura e trattamenti inumani o degradanti sarebbe costituito dal carattere prettamente intenzionale della prima: i secondi, per contro, non sarebbero necessariamente dolosi.

La giurisprudenza di Strasburgo più recente adotta indirizzi più flessibili, confermando come il confine (forse impossibile) tra tortura e trattamenti inumani o degradanti non sia comunque per nulla netto. A riguardo, la Grande Camera³³ ha precisato che l'asticella della soglia del dolore è necessariamente dinamica, essendo legata agli standard europei di tutela dei diritti fondamentali: aderendo a questa impostazione, oggi la tortura abbraccia anche i trattamenti inumani o degradanti, specie quando le operazioni dei corpi di polizia (e qui ritorniamo naturalmente alla configurazione della tortura come reato proprio) siano caratterizzati da atti di violenza del tutto *gratuiti*, privi di alcun nesso con le iniziative in corso o vistosamente sproporzionati: è, tra gli altri, il caso dell'importante sentenza *Cestaro contro Italia*, su cui è utile formulare riflessioni più accurate.

6. Segue: *Cestaro v. Italy e gli obblighi discendenti dall'art. 3 CEDU*

Secondo la sentenza *Cestaro*³⁴, che ha condannato l'Italia per l'insensato atro-

³¹ M. MONTAGUT, *Cos'è la tortura?*, cit., 326: «a oggi, una riapertura del dossier da parte della Commissione europea dei diritti dell'uomo è stata richiesta dal governo irlandese, in quanto gli elementi informativi che gli furono forniti in occasione del primo giudizio erano falsati, a causa del volontario occultamento di ulteriori elementi cruciali da parte del governo britannico in occasione dell'udienza».

³² P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 201.

³³ Corte Edu, Grande Camera, *Selmouni v. France*, 28 luglio 1999, ric. n. 25803/94.

³⁴ Corte Edu, *Cestaro c. Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, con nota di C. PEZZIMENTI, *Nella scuola Diaz-Pertini fu tortura: la Corte europea dei diritti umani condanna l'Italia nel caso Cestaro*, 1709 e

ce pestaggio di cittadini inermi avvenuto durante il G8 del 2001 a Genova nei locali della scuola Diaz-Pertini, per determinare se un abuso possa essere qualificato come tortura occorre – ancora una volta – valutare «l'inumanità dello stesso e la capacità di arrecare sofferenze molto gravi e crudeli. Tale specificità dipende da una serie di elementi, come la durata del trattamento e dei suoi effetti fisici o mentali, e, a volte, il sesso, l'età, lo stato di salute della vittima etc.». In questo caso, tuttavia, l'inflizione di una crudele sofferenza è del tutto *arbitraria*, non potendo trovare alcun tipo di giustificazione né in esigenze legate all'ordine pubblico, né, tantomeno, in eventuali tentativi di invocare una presunta “sospensione dei diritti civili” legata all'evenienza del vertice internazionale in corso. Tanto basta, per i giudici di Strasburgo, a ritenere violato il divieto di tortura sancito dall'art. 3 CEDU.

Dopo aver precisato che la competenza della Corte europea dei diritti umani non si estende alla verifica della corretta applicazione del diritto penale da parte degli organi giudiziari interni, la sentenza ribadisce che compito del Collegio è quello di valutare le responsabilità internazionali degli Stati, in cui incorreranno i Paesi che non abbiano apprestato efficace protezione contro l'inosservanza dell'art. 3 CEDU. Ciò non ingenera necessariamente l'obbligo, per i singoli ordinamenti, di coniare una fattispecie incriminatrice *ad hoc*, ma quello di far sì che il sistema penale *nel suo complesso* fornisca reale protezione contro tortura e trattamenti inumani o degradanti, assicurando che i fatti in causa siano acclarati tramite un'indagine ufficiale e che i responsabili, se individuati, siano puniti con sanzioni *adeguate* (a prescindere dalle concrete modalità della penalizzazione)³⁵.

Il nucleo dell'incompatibilità convenzionale è rappresentato proprio dall'inadeguatezza delle sanzioni comminate per gli atti di tortura e dall'esiguità dei termini di prescrizione correlati alle singole fattispecie delittuose di volta in volta in questione. Nel caso *Cestaro*, la Corte EDU ha denunciato, quale peculiare problema *strutturale* italiano, la lacunosità delle ipotesi criminose applicabili ai casi di tortura, lesioni e maltrattamenti, paventando quasi esplicitamente la possibilità che tra gli obblighi procedurali imposti dall'art. 3 CEDU vi sia quello di introdurre fattispecie criminose apposite. L'analisi delle previsioni di nuovo co-

ss. Nello stesso senso cfr. Corte Edu, sez. III, 17 marzo 2015, Pres. Casadevall, *Chinez c. Romania*, ric. n. 2040/12; Corte Edu, sez. II, 24 giugno 2014, Pres. Karakaş, *Alberti c. Italia*, ric. n. 15397/11; Corte Edu, sez. XII, 1 luglio 2014, Pres. Karakaş, *Saba c. Italia*, ric. n. 36629/10; Corte Edu, Grande Camera, 24 marzo 2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, ric. n. 23458/02, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 643; Corte Edu, Grande Camera, 1 giugno 2010, Pres. Costa, *Gäfgen c. Germania*, ric. n. 22978/05; Corte Edu, sez. I, 28 luglio 2008, Pres. Rozakis, *Vladimir Romanov c. Russia*, ric. n. 41461/02; Corte Edu, Grande Camera, 28 luglio 1999, Pres. Wildhaber, *Selmouni c. Francia*, ric. n. 25803/94; Corte Edu, 18 dicembre 1996, Pres. Ryssadal, *Aksoy c. Turchia*, ric. n. 21987/93; Cass. sez. V, 5 luglio 2012, n. 38085, in *DeJure/Juris Data*.

³⁵ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 205.

nio ci consentirà, nondimeno, di verificare come questo particolare adempimento sia stato di fatto aggirato³⁶.

7. La tortura nello Statuto della Corte penale internazionale

Lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale³⁷, come già ricordato, prevede la tortura sia come crimine di guerra, sia come crimine contro l'umanità, accogliendone *prima facie* una nozione assai ampia che tuttavia si affina attraverso il riferimento ai rapporti particolari tra agente e vittima, per il crimine contro l'umanità, e al dolo specifico perseguito dal soggetto attivo, per il crimine di guerra³⁸. L'art. 7, § 2, lett. e dello Statuto definisce la tortura come crimine contro l'umanità in questi termini: «*Tortura* è l'inflizione intenzionale di un dolore o di una sofferenza gravi, fisici o mentali, su una persona in custodia o sotto il controllo dell'accusato». La nozione in questione, applicata al territorio dei crimini di guerra, si arricchisce, all'art. 8 [§ 2, lett. a ii 1) e lett. c i 4)] del ventaglio dei fini già contemplati dalla Convenzione di New York sulla tortura di Stato: «*ottenere informazioni o confessioni, punizioni, intimidazioni o coercizioni per qualsiasi motivo fondato su intenti discriminatori*». Ritorna quindi la classica configurazione di reato proprio (commesso da un soggetto che pure è genericamente definito *perpetrator* dallo Statuto) alla luce delle caratteristiche intrinseche dei crimini di guerra, dove i gruppi armati sono pubblici agenti. Quest'impostazione non riguarda la più ampia nozione della tortura come crimine contro l'umanità, anche qualora essa avvenga in un conflitto armato.

In questo contesto, non manca chi ritiene che le definizioni di tortura e di trattamenti inumani contenute nello Statuto di Roma deporrebbero a favore del superamento della concezione elaborata dalla giurisprudenza CEDU, che vede la prima come forma "aggravata" dei secondi, consentendo l'emancipazione dal problema annoso e ambiguo della fissazione di soglie eterogenee – percepite co-

³⁶ *Infra*, § 9.

³⁷ Lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale, stipulato il 17 luglio del 1988 ed entrato in vigore il primo luglio 2002, qualifica la Corte come organo indipendente, dotato di personalità internazionale e permanente, competente a giudicare i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra e i crimini di aggressione definiti dagli artt. 6-8 dello Statuto, cui si aggiungono i reati contro l'amministrazione della giustizia previsti dall'art. 70. Sul punto v., tra gli altri, G. VASSALLI, *Cinquant'anni dopo. Dichiarazione dei diritti dell'uomo e "Statuto di Roma"*, in AA. VV., *Studi in onore di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Milano, 2002, 534 e ss.; E. AMATI – M. COSTI – E. FRONZA – P. LOBBA – E. MACULAN – A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, 3ª ed., Torino, 2016, 18 e ss. Da ultimo, ampiamente, E. SCAROINA, *Il delitto di tortura*, cit., 63 e ss., cui si rinvia per un'analisi dettagliata di tutte le carte internazionali che fanno menzione espressa della tortura.

³⁸ F. LATTANZI, *La nozione di tortura nel codice penale italiano a confronto con le norme internazionali in materia*, cit., 166 e ss.

me tali dalla vittima – d'intensità del dolore³⁹. Rimane invece costante la configurazione qualificata della tortura come reato proprio, unitamente alla valorizzazione del dolo specifico del soggetto attivo.

8. *Esistono ancora obblighi di criminalizzazione inattuati?*

Vedremo tra breve quale sia l'eco – in verità distorta e debole – delle Convenzioni internazionali e della giurisprudenza CEDU nelle fattispecie introdotte con la legge n. 110/2017⁴⁰.

Al di là del dato normativo di nuovo conio, tuttavia, il divieto di tortura dà vita a tutta una serie di obblighi strumentali collaterali ma non certo accessori, espressi tramite raccomandazioni ripetutamente rivolte – spesso invano – all'Italia: «l'imprescrittibilità del reato; l'impossibilità di invocare l'ordine superiore come scriminante; la non concedibilità di attenuanti o di provvedimenti di clemenza individuale e collettiva; l'inutilizzabilità probatoria; il divieto di allontanamento verso paesi che torturano; la procedibilità d'ufficio del reato; la giurisdizione universale e l'obbligo di svolgere indagini tempestive ed efficaci; la sospensione in caso di rinvio a giudizio del pubblico ufficiale imputato di tortura e la sua destituzione in caso di condanna definitiva; finanche – secondo le raccomandazioni del CPT – il numero di matricola sul casco degli agenti impegnati in operazioni di ordine pubblico e il divieto di tortura come parte integrante nella formazione professionale delle forze dell'ordine»⁴¹.

Molti di questi obblighi sono colpevolmente assenti nella legge 110 del 2017⁴², ingenerando la sensazione che dietro le numerose omissioni del legislatore italiano si celi, con una certa chiarezza, l'intento di non inibire l'operato delle forze dell'ordine in un'epoca in cui la militarizzazione del diritto penale allenta la tenuta delle garanzie fondamentali della nostra materia. Si è puntato al ribasso, nella convinzione che una cattiva legge sia meglio di una legge assente: il varo faticoso di una norma su un delitto impronunciabile è stata presentata, al contrario, come

³⁹ P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia*, cit., 215.

⁴⁰ *Infra*, § 9.

⁴¹ A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura*, cit., 403. Da ultimo, F. CASSIBBA, *Brevi riflessioni sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte con tortura ai sensi del nuovo art. 191 comma 2-bis c.p.p.*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 4/2018, 109 e ss., evidenzia acutamente la discrasia tra debolezza sostanziale e vigore processuale della l. n. 110/2017.

⁴² A. PUGIOTTO, *loc. ult. cit.* Assente dalla versione definitiva del testo è, del resto, persino l'originaria previsione dell'istituzione di un fondo di sostegno per le vittime di tortura (in applicazione dell'art. 14 della Convenzione ONU del 1984).

una conquista di civiltà, correggibile negli esiti infelici tramite un'accorta opera – già iniziata durante i lavori preparatori⁴³ – di ortopedia ermeneutica.

Il punto è che una cattiva legge non è meglio di nulla⁴⁴. La struttura dell'art. 613 *bis* e il singolare ambito di operatività dell'art. 613 *ter* c.p. relegano, prevedibilmente, la tortura e la sua istigazione nell'alveo del diritto penale simbolico, senza grossi margini per interventi correttivi di portata, per dir così, puntuale e limitata.

9. *La lentezza del legislatore italiano e la sua resistenza culturale: brevi note critiche sugli artt. 613 bis e ter c.p.*

Con un imbarazzante ritardo di trentatré anni sulla Convenzione di New York del 1984, l'Italia ha introdotto due distinte fattispecie incriminatrici in tema di tortura: l'art. 613 *bis* c.p., che tipizza faticosamente una sorta di reato abituale *comune* (nella sua forma base) e a dolo generico, e l'ancora più improbabile art. 613 *ter* sull'istigazione *del pubblico ufficiale* a commettere tortura.

La tipicità traballante della fattispecie di cui all'art. 613 *bis* c.p. describe, al primo comma, la condotta di chi, «con violenze o minacce *gravi* ovvero agendo con *crudeltà*, cagioni *acute* sofferenze fisiche o un *verificabile trauma psichico* a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, cura o assistenza, ovvero che si trovi in minorata difesa». Il fatto è però punibile solo «se commesso *mediante più condotte* ovvero *se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona*».

⁴³ V. tra gli altri, A. COLELLA, *La repressione penale della tortura. Riflessioni de iure condendo*, in *Dir. pen. cont.*, 22 luglio 2014; I. MARCHI, *Luci ed ombre del nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa?*, in *Dir. pen. cont.*, 26 maggio 2014; T. PADOVANI, *Tortura: adempimento palesemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, cit., 27 e ss.; F. VIGANÒ, *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei Deputati* (parere reso nel corso dell'audizione svoltasi presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati il 24 settembre 2014), in *Dir. pen. cont.*, 25 settembre 2014.

⁴⁴ Al quesito, oggi sterile, se una cattiva legge sia meglio di nulla risponde assai efficacemente A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura*, cit., 404: «domandarselo oggi, significa formulare un interrogativo esclusivamente retrospettivo. E tuttavia, andrà pur detto che – in chiave di politica del diritto – una cattiva legge è come aria in vena: uccide l'argomento principe di un insostenibile *horror vacui* normativo. Complica il futuro, perché ci sono più probabilità di scrivere una buona normativa *ex novo* che modificarne una esistente, tanto più se approvata a fatica. Regala un argomento facile facile, ma di sicura presa, a chi volesse opporsi ad una sua pur necessaria futura novella: “Che cosa volete ancora?”. Comporta uno slittamento di tutela penale, dalla certezza di un'adeguata previsione legislativa alle incerte capacità taumaturgiche di un'eventuale sua interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata: come se il diritto vivente giurisprudenziale potesse davvero soddisfare, in egual misura, le esigenze presidiate dal principio costituzionale di stretta legalità penale».

Il testo eredita, se possibile, i lati peggiori della versione precedente⁴⁵, rappresentandone nel contempo un'ulteriore degenerazione. La tortura diventa un reato *comune*, già punibile se commesso da chiunque, tradendo sostanzialmente lo spirito della Convenzione di New York ma abbracciando gli orientamenti emersi dalla giurisprudenza CEDU. Tuttavia, la peculiare relazione tra autore e vittima richiesta dal testo riporta inevitabilmente l'alveo applicativo della fattispecie, anche nell'ipotesi di cui al primo comma, agli abusi commessi su soggetti sottoposti a restrizioni della libertà personale o in condizioni di minorata difesa.

Sul piano strutturale, il problema più evidente resta però un altro: gli elementi della *gravità* della violenza o della minaccia, unitamente al dato surreale della *verificabilità* del trauma psichico⁴⁶, aggravano la prova della commissione di un fatto che assume qui l'incredibile veste di un reato abituale proprio, in cui i singoli episodi criminosi *non* costituiscono reato salvo che integrino gli estremi del trattamento disumano o degradante. Il rapporto di omogeneità di progressione lesiva che caratterizzerebbe il crescendo tra trattamenti inumani o degradanti e tortura viene così invertito: il singolo trattamento inumano o degradante è punibile, mentre per la configurazione – assai più grave – della tortura sarà necessario accertare la reiterazione di sofferenze *acute* o di traumi psichici *verificabili* prolungata nel tempo⁴⁷.

Il secondo comma della fattispecie contempla invece quella che sembra *prima facie* una (mera) circostanza aggravante «se i fatti di cui al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio». L'aggravante restituisce la tortura alla sua dimensione peculiare di reato proprio, ma in modo assai ambiguo. Non è mancato chi, valutando l'assetto complessivo della fattispecie, che al terzo comma prevede una causa di non punibilità per i fatti previsti dall'ipotesi aggravata (configurando acrobaticamente...l'esimente di un'aggravante speciale), ha tentato di qualificare la tortura aggravata come una

⁴⁵ Il testo in precedenza approvato dalla Camera dei deputati puniva «chiunque, con violenza o minaccia, ovvero con violazione dei propri obblighi di protezione, cura o assistenza, intenzionalmente cagiona ad una persona a lui affidata, o comunque sottoposta alla sua autorità, vigilanza o custodia, acute sofferenze fisiche o psichiche a causa dell'appartenenza etnica, dell'orientamento sessuale o delle opinioni politiche o religiose o al fine di ottenere da essa, o da un terzo, informazioni o dichiarazioni o infliggere una punizione o vincere una resistenza».

⁴⁶ T. PADOVANI, *Tortura: adempimento palesemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente*, cit., 30, non esita a definire assurda l'aggiunta dell'aggettivo *verificabile*: Ogni requisito della fattispecie tipica deve poter essere, prima ancora che verificabile, *verificato*. Diversamente, sarebbe impossibile giustificare una sentenza di condanna.

⁴⁷ La contraddizione è rilevata, tra gli altri, da A. PUGIOTTO, *Una legge sulla tortura*, cit., 406: l'esito paradossale è quello di elevare alla soglia di tortura ciò che convenzionalmente tortura non è, «creando altresì le condizioni per punire con livelli sanzionatori dolomitici condotte anche di gravità decisamente inferiore».

fattispecie autonoma di reato⁴⁸. Neanche l'interpretazione ortopedica qui suggerita, tuttavia, sfugge a un rilievo dirimente: considerando la tortura commessa dal pubblico ufficiale come fattispecie delittuosa autonoma piuttosto che circostanza aggravante, si giungerebbe alla conclusione paradossale di ritenere inapplicabili proprio al delitto più grave i consistenti aumenti di pena previsti dai commi 4 e 5 dell'art. 613 *ter* c.p. se dalla tortura derivano lesioni personali, anche gravi o gravissime, o la morte del soggetto torturato. La tortura di Stato assumerebbe, così, la veste di un reato meno pesantemente sanzionato rispetto alla c.d. tortura privata, con tutto ciò che ne consegue.

Tracce evidenti della *lawful sanctions clause* infelicemente prevista dalla Convenzione di New York sono presenti nel terzo comma dell'art. 613 *bis* c.p., alla cui stregua la tortura aggravata di cui al secondo comma non sarebbe applicabile «nel caso di sofferenze risultanti *unicamente* dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti». La specificazione in esame, certamente superflua stante la generale operatività dell'art. 51 c.p., ripropone tutti i problemi di opportunità già esaminati a proposito della *lawful sanctions clause*: come può essere *legittima* l'inflizione reiterata di sofferenze acute da cui derivino lesioni personali, verificabili traumi psichici o morte? Siamo certamente al di fuori del bilanciamento di interessi tipico delle cause di giustificazione. La questione rinvia, semmai, al problema dei limiti scusanti di un ordine illegittimo vincolante che tuttavia risulti, nel caso di specie, manifestamente criminoso, parendo arduo – in base ai principi generali del nostro ordinamento – qualificare legittima l'inflizione *reiterata* di sofferenze acute.

Come indicato in apertura, la scelta del legislatore italiano di riprodurre la discussa esimente in esame rinvia al *favor* culturale recentemente manifestato verso il ritorno a tecniche d'interrogatorio “rinforzate” nell'ambito della crescente militarizzazione del diritto penale verso i nuovi nemici, variamente individuati, della società. E l'ambivalente considerazione giuridica della tortura *lato sensu* giudiziaria si ripropone, ora cristallizzata in un testo di legge che, da un lato, reprime gli abusi di privati e pubblici ufficiali nei confronti di soggetti sottoposti a restrizioni della libertà personale e, dall'altro, esclude la punibilità degli abusi *legittimi* (se è concesso l'eclatante ossimoro) dei pubblici ufficiali.

Le insidie di un testo così strutturato, soggetto a termini di prescrizione *ordinari* a dispetto delle reiterate raccomandazioni della Corte di Strasburgo, sono talmente numerose che una loro avvilente esemplificazione non riesce a renderle tutte visibili: giusto per citare i casi più evidenti, il fatto non sarà punibile se commesso con violenza o minaccia non grave (come se il nostro codice penale distinguesse violenze o minacce serie e facete), se il trauma psichico non sia “verifi-

⁴⁸ Si veda ancora una volta A. PUGIOTTO, *loc. ult. cit.*

cabile”, ovvero eziologicamente riconducibile in via esclusiva alla tortura, o se la sofferenza della vittima non dovesse essere ritenuta “acuta” in base ai labili standard soggettivi di percezione del dolore su cui si è invano cimentata la Corte di Strasburgo.

Non meno discutibile è l'ipotesi criminosa di cui all'art. 613 *ter* c.p., che contempla un'eccezione al principio generale di cui all'art. 115 c.p. (in tema di non punibilità del tentativo di concorso) qualora «il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, istighi *in modo concretamente idoneo* altro pubblico ufficiale o altro incaricato di pubblico servizio a commettere il delitto di tortura». Questa disposizione, che pure appare coerente con le Convenzioni internazionali in materia, subordina la rilevanza penale della condotta istigatoria al dato opinabile dell'*idoneità concreta* della genesi o del rafforzamento del proposito criminoso nell'ambito dei rapporti di subordinazione gerarchica di diritto pubblico. E tuttavia, a parte la questione della dubbia *vis* istigatoria di un semplice incaricato di un pubblico servizio, a suscitare enormi perplessità è l'individuazione dei destinatari della condotta istigatoria nei soli pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio, con l'esito grottesco che, se un pubblico ufficiale istiga *in modo concreto* alla tortura un privato cittadino (possibile soggetto attivo del reato di cui all'art. 613 *bis* c.p.), il fatto risulterà non punibile alla stregua dell'art. 115 c.p.

10. *Il cedimento del garantismo penale e la perdita di tassatività delle fattispecie incriminatrici*

A prescindere dallo spettro della militarizzazione del diritto penale e del surretto *revirement* della tortura *legittima*, è impossibile leggere le nuove norme penali senza malinconiche considerazioni sulla loro tortuosa e inafferrabile tassatività. Beninteso, il fenomeno non è nuovo e riguarda una sorta di regressione concettuale e linguistica (inarrestabile?) nella tecnica di formulazione delle fattispecie incriminatrici.

Il crollo della legalità penale è stato determinato, secondo un'autorevole chiave di lettura, da «una patologica inflazione legislativa, in forza della quale le leggi penali speciali e le figure di reato si contano ormai in migliaia. All'inflazione legislativa si è aggiunto il dissesto del linguaggio legale, che si manifesta in leggi formulate in termini oscuri, equivoci e polisemi, talora articolate in innumerevoli articoli e commi che danno luogo, con continui rinvii a norme che a loro volta rinviano ad altre norme, a intricati e tortuosi labirinti normativi e a complicati sistemi di scatole cinesi. Ne è seguito il collasso del principio di legalità e una regressione del nostro sistema penale all'incertezza e all'arbitrarietà che furono proprie

del diritto giurisprudenziale premoderno»⁴⁹. La prevedibile conseguenza di questo dissesto legislativo è un diritto penale “massimo”, che si espande magmaticamente fuori da ogni disegno razionale e in sostanziale violazione di tutti i suoi classici principi garantistici. O, per contro, un diritto penale “simbolico”, che si traduce in norme-manifesto palesemente inapplicabili⁵⁰. Come gli artt. 613 *bis* e *ter* c.p.⁵¹.

⁴⁹ Sono le lucide, terribili parole di L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Per una risposta razionale ai problemi della sicurezza e del terrorismo*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, Napoli, 2017, 140.

⁵⁰ Sul simbolismo penale v., per tutti, C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430 e ss., spec. 537 ss. e, nella letteratura più recente, S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, 2018.

⁵¹ La tassatività impalpabile delle nuove fattispecie vanifica, di fatto, anche gli effetti indiscutibilmente positivi eventualmente discendenti dall'esistenza di un vincolo di rubrica (su cui, proprio in merito alla tortura, v. C. SOTIS, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1346 e ss., spec. 1386-1389).

Il punto su...
La nuova disciplina dell'art. 162-ter c.p.

GIAN PAOLO DEMURO

L'ESTINZIONE DEL REATO MEDIANTE RIPARAZIONE ^(*)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La riparazione come pena. – 3. La riparazione come sanzione mista civile-penale. – 4. Un primo commento critico: i problematici limiti della riparazione in campo penale, anche dal punto di vista costituzionale. – 5. La riparazione nella pena. – 6. La riparazione senza giudizio. – 7. La riparazione come causa di estinzione del reato.

1. *Premessa*

Iniziamo anticipando concisamente ciò che dirò.

La riparazione del danno ha seguito nel sistema penale una parabola incerta, tra spinte, deviazioni e arresti. Pensata nella prospettiva della tutela della vittima – dimenticata o trascurata nel sistema penale – essa trova le sue espressioni più forti nella "riparazione come pena", imponendo però un non semplice ripensamento delle finalità della pena, e nella "riparazione senza pena", ponendo in discussione così il ruolo stesso del diritto penale. Con le formule della "riparazione come sanzione mista civile-penale" e della "riparazione nella pena" si ottiene una conciliazione tra opposte esigenze ma con meccanismi operativi di non facile realizzabilità. La "riparazione senza giudizio" rappresenta invece un paradigma alternativo, con necessità di adattamento nel diritto penale sostanziale e processuale. Il sistema penale italiano ha dimostrato finora di non essere in grado di accogliere tali postulati e ha preferito ripiegare nel più generico ambito delle cause di estinzione del reato, con una soluzione, la "riparazione estintiva", con chiara finalità deflattiva.

Prima di arrivare alla riparazione estintiva, analizziamo il difficile rapporto della riparazione del danno col diritto penale.

La riparazione del danno, nel suo rapporto con la pena e con lo stesso diritto penale, può proporsi *come pena, senza pena (o addirittura senza diritto penale), nella pena e con la pena*. Già questo dimostra come la riparazione del danno sia in diritto penale un concetto relazionale, che non si autogiustifica ma ha sempre bisogno di un accompagnamento.

^(*) È il testo della relazione tenuta al Convegno dell'AIPDP, dal titolo "Il diritto penale tra recenti modifiche e progetti di riforma", svoltosi a Torino, nei giorni 9 e 10 novembre 2018

2. *La riparazione come pena*

L'ingresso a pieno titolo del risarcimento del danno tra le sanzioni penali è la posizione più discussa perché prevede il superamento di diversi postulati della teoria della pena e in fondo del ruolo stesso del diritto penale. Un tale ingresso metterebbe a rischio la separazione tra diritto penale e diritto civile, messa a punto soprattutto da Binding, ma al di là di questa "invasione di campo" sono proprio le caratteristiche del risarcimento del danno che, confrontate con quelle della pena, appaiono lontanissime e quasi l'esatto contrario: la pena deve essere subito dal colpevole, il risarcimento può essere effettuato (o comunque può contribuirvi) da un estraneo; la pena non viene eseguita a favore di un privato, come invece il risarcimento; la pena infligge una ferita, il risarcimento ne deve sanare un'altra; inoltre la pena è proporzionata al grado di colpevolezza dell'agente, grado invece indifferente ai fini del risarcimento. Al di là di studi e progetti alternativi, è rimasta senza impatto sul piano normativo.

3. *La riparazione come sanzione mista civile-penale*

Una posizione più cauta e realista, che non tocca la distinzione tra diritto penale e diritto civile e non aggiunge nuove finalità alla pena, è quella di Claus Roxin.

Nelle premesse l'impostazione di Roxin è comunque simile a quella di chi propone il risarcimento come pena: la differenza sta invece nella soluzione tecnica. L'idea è cioè quella di una *sanzione autonoma nella quale convivano elementi civilistici e penalistici*: l'aspetto civilistico consisterebbe nella funzione di compensazione del danno; il profilo penalistico si manifesterebbe nel dare rilievo anche a sforzi riparativi seriamente intrapresi, nell'accettare per determinate tipologie di reati a tutela di beni universali o collettivi anche il lavoro prestato a favore della comunità, e magari nel consentire, quando vi sia impossibilità di pagare, un lavoro socialmente utile e retribuito il cui ricavato sia destinato alla vittima. Sul piano procedimentale – lo riconosce lo stesso Roxin – il percorso di questa nuova sanzione mista non sarebbe peraltro agevole. Non dissimili (almeno nei presupposti) sono le impostazioni della nostra dottrina che propongono sul piano operativo una serie di proposte, che vanno dall'ampliamento delle ipotesi di mediazione all'introduzione di forme di *probation* giudiziali a contenuto risarcitorio-riparativo, come poi effettivamente avvenuto con il recente art. 168-bis c.p. (sull'esempio della giustizia minorile).

4. *Un primo commento critico: i problematici limiti della riparazione in campo penale, anche dal punto di vista costituzionale*

Nonostante le misure risarcitorie e riparatorie possano in concreto presentare momenti afflittivo-repressivi anche più intensi di una sanzione penale, così come essere vissuti dall'autore come occasione di sofferenza e di espiazione, è stato sempre opponibile un argomento di fondo, derivante dall'essenza stessa del risarcimento, alla sua configurazione come pena, o come partecipe della pena. Non risulta infatti mai superato l'argomento solito (ma solido) del limite stesso del risarcimento: espresso o tacito che sia, dichiarato o solo pensato dalla legge, tale limite è sempre e comunque il «quanto perduto o non guadagnato», ancora cioè il *quantum mihi abest* e il *quantum lucrari potui* del celebre frammento pauliano. Tutto ruota attorno alla vittima: nella misura del danno non rientrano l'autore, la sua soggettività, la sua personalità, la sua colpevolezza. Dunque una pena che non tenga in considerazione il reo appare una contraddizione in termini.

La conclusione è che il rimedio si rivela peggio del male, dato che una commistione tra diritto civile e diritto penale non solo contraddice l'evoluzione storica degli ordinamenti moderni, ma rischia anche di provocare pericolose confusioni, e ciò varrebbe sia che il risarcimento sia previsto in via esclusiva che alternativa. Proprio perché in uno Stato democratico «punire è operazione triste ma nobile», giacché necessaria per salvaguardare la civile convivenza, la via preferibile – e anticipo già una conclusione – è agire sul piano del principio di *ultima ratio*, e dunque riservare la scelta penale ai casi di stretta residualità, che siano cioè di speciale evidenza dal punto di vista della condotta o dell'evento dannoso. Mi vengono in mente le incredibilmente numerose ipotesi di truffe e diffamazioni *on line*: ci sarebbe da discutere, lo so, ma se vogliamo depenalizzare con qualche effetto lo dobbiamo fare anche dove ci indicano i numeri (è inutile che depenalizziamo l'appropriazione del tesoro: quanti tesori saranno stati mai ritrovati?).

5. *La riparazione nella pena*

Un recente studio tenta di conciliare l'idea di giustizia riparativa – «la novità politico-criminale più importante degli ultimi lustri» – con alcuni dei limiti appena accennati, in particolare con quello della predeterminazione legale.

La forma tecnica di questa ingegnosa impostazione si realizza in due fasi. La prima è data dalla creazione di una nuova regola di parte generale: il delitto riparato, un titolo autonomo che si pone a fianco del delitto tentato, con una cornice edittale fortemente ridotta. La seconda fase è data da una riforma delle cornici edittali di parte speciale pensate a partire dal conflitto: la misura non è data dalla

(sola) proporzione col fatto lesivo ma dall'esigenza di motivare alla risoluzione del conflitto e per questo si rapporta alla figura del delitto riparato.

La tesi – basata sulla considerazione del bisogno effettivo di pena quando a essa si affianca la riparazione – ha il pregio di tener conto della riparazione già a livello di pena edittale e dunque rispettando il principio di legalità, così come il suo affiancarsi alla pena retributiva consente di continuare a guardare anche al reo e non solo alla vittima (vizio principale della riparazione come pena nelle versioni più rigide); d'altro canto presuppone un intervento normativo impegnativo, sia a livello di parte generale che di parte speciale, pensabile però in una nuova codificazione, con i necessari raccordi con la legislazione complementare.

6. *La riparazione senza giudizio*

Abbiamo volutamente trascurato «l'utopia regressiva» propria dei *movimenti abolizionisti* del diritto penale, che propugnano modelli diversi di società e nelle cui teorizzazioni il risarcimento del danno fa parte di strategie alternative di risoluzione del conflitto, una sorta di «*riparazione senza diritto penale*». Hanno invece fornito un contributo non solo critico le *teorie riduzioniste* del diritto penale, che auspicano appunto un contenimento della sfera giuridico-penale, sulla base dei principi del «*primato della vittima*» e della «*privatizzazione dei conflitti*». Funzionale alla proposta è dunque una strategia di riappropriazione dei conflitti da parte dei privati, attraverso l'uso dello strumento privato-risarcitorio, da intendere non solo nella forma pecuniaria.

Nella prospettiva della riparazione senza giudizio è in grado di svolgere un compito fondamentale la *mediazione penale*. La mediazione esclude il giudizio (lo *ius dicere*) cercando di risolvere il conflitto attraverso un accordo tra le parti coinvolte, a seguito di un procedimento (informale) al quale partecipano uno o più soggetti terzi e imparziali, definiti appunto 'mediatori': la responsabilità pertanto deriva non da un giudizio esterno ma si costruisce attraverso un percorso e comprende una serie di significati che includono la cura per la vittima del reato, la riparazione del danno e la ricomposizione di equilibri sociali attraverso l'attiva partecipazione delle persone coinvolte nel reato.

L'alternatività del paradigma – con la sua rinuncia al profilo punitivo – imporrebbe però un generale ripensamento della teoria generale del diritto penale, il che spinge pertanto a posizioni più "caute". Una prima via è includere la mediazione tra le forme di "*diversion*", le quali evitano cioè il ricorso al processo "deviando" la gestione del conflitto verso altri strumenti di reazione all'illecito. La posizione più comune è però quella di configurare sì quello riparativo come un autonomo modello di giustizia, però non alternativo al sistema penale attuale ma

complementare a esso. Inoltre, come subito vedremo, la scelta normativa di dare ingresso alla mediazione penale è tarata nel nostro sistema sulla gravità dell'illecito, mentre la mediazione, la composizione del conflitto attraverso la giustizia riparativa, per rispondere davvero alla sua essenza, dovrebbe esprimere un'istanza dipendente dalla natura del contrasto e dunque valevole per tutti i reati, il che non è realisticamente possibile.

7. La riparazione come causa di estinzione del reato

Il suo avvento

Lo strumento scelto dal nostro Legislatore per dare ingresso nel sistema penale alle istanze risarcitorie è la c.d. *riparazione estintiva*. In un ambito particolarmente ampio ("casi di procedibilità a querela soggetta a remissione") si attribuisce al giudice un generale potere di dichiarare estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato abbia, prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, riparato interamente il danno cagionato dal reato mediante le restituzioni o il risarcimento, e abbia eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato.

La disposizione dell'art. 35 del D.Lgs. 274/2000 sulla competenza penale del giudice di pace rappresenta il precedente di riferimento del recente art. 162-ter del codice penale, la cui proposta è stata elaborata dalla Commissione Fiorella. Rispetto alla precedente causa estintiva nel procedimento di competenza del giudice di pace, la modifica più rilevante è la mancata considerazione – accanto a quella sull'idoneità delle attività risarcitorie e riparatorie – delle esigenze di riprovaione del reato e di prevenzione. Si tratta di una esclusione consapevole e voluta, giacché la Commissione afferma che «subordinare l'estinzione del reato alla congruità ed all'effettività delle attività risarcitorie e riparatorie in realtà non vanifica gli interessi tutelati dalla norma penale ma, al contrario, ne riafferma e rafforza il valore, promuovendone la reintegrazione». In altre parole un risarcimento congruo ed effettivo è in grado *di per se* di conseguire sia la finalità retributiva che quella preventiva.

La Commissione Fiorella aveva anche identificato un ideale settore applicativo della causa di estinzione: per i reati contro il patrimonio, proprio per la natura patrimoniale degli interessi offesi, si era prevista l'operatività del nuovo art. 162-ter anche per i delitti procedibili d'ufficio, con l'eccezione di quelli caratterizzati da violenza; la previsione (art. 649-bis) non è stata però confermata nel successivo provvedimento legislativo che ha introdotto la nuova causa estintiva.

Confermati i postulati di fondo della proposta della Commissione Fiorella, la disposizione approvata favorisce ancor di più la possibilità di estinzione.

I suoi problemi

Ai primi commentatori è apparsa subito chiara l'assenza di discrezionalità del giudice rispetto al riconoscimento della causa estintiva. In tal senso decisivo viene infatti ritenuto l'utilizzo dell'indicativo «*il giudice dichiara*». Questa sorta di automatismo porta a ritenere che la prevista audizione delle parti e della persona offesa rappresenti un mero adempimento volto ad accertare semplicemente che l'imputato abbia effettivamente riparato il danno: all'esito di tale accertamento consegue immancabilmente la dichiarazione di estinzione del reato. Più cautamente da parte di altri si dà maggiore spessore al ruolo della vittima, assegnandogli in questa fase la possibilità di rappresentare al P.M. e al Giudice gli aspetti che potrebbero ostare al riconoscimento della natura riparatoria della condotta dell'autore successiva alla consumazione del reato, senza peraltro un vero e proprio potere di veto. La possibile applicazione dell'attenuante dell'art. 62 n. 6 c.p., come di altre cause estintive subordinate a restituzioni o risarcimento, si indirizza conseguentemente verso i delitti procedibili d'ufficio o per i quali non è ammessa remissione di querela.

Questo primo quadro riassuntivo applicativo già contribuisce a chiarire contenuti e finalità dell'estinzione del reato per condotte riparatorie. Innanzitutto la limitazione ai casi di procedibilità a querela soggetta a remissione significa un preciso indirizzo verso delitti a tutela di beni giuridici dei quali il soggetto disponga nel suo esclusivo interesse. Sennonché, proprio per beni siffatti, di così stretta inerenza al titolare, a lui è preclusa la possibilità di intervenire effettivamente, con poteri propri, nel procedimento estintivo, vista l'automaticità del riconoscimento da parte del giudice. Insomma all'esito finale non si arriva mediante un progetto partecipato, con un rapporto tra le parti: dunque nessuna finalità di mediazione e di conciliazione, o meglio una presunzione almeno della seconda da parte del giudice. Tale presunzione si trascina poi sulle finalità sia di retribuzione che di prevenzione: infatti rispetto alla disposizione dell'art. 35 del D.Lgs. 274/2000 manca la valutazione circa l'idoneità delle attività risarcitorie e riparatorie a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione. Si tratta di un taglio di non poco conto: proprio la "idoneità" consentiva al giudice di pace di valutare la congruità della riparazione rispetto alla gravità e al disvalore complessivo dell'illecito, tenendo conto cioè «del contesto nel quale si inseriscono le condotte criminose, del grado di colpa, del significato di concreto ravvedimento, dell'offerta effettiva, dell'efficacia preventiva e dell'attività riparatoria posta in essere». La nuova disposizione lascia invece incerto a cosa debba riferirsi l'integralità della riparazione. Se riferito a ciò che varrebbe dal punto di vista civilistico, si graverebbe il giudice penale dell'onere di quantificare interamente il danno civile; inoltre, mancherebbe la previsione di una preclusione per la vittima, integralmente risarcita, ad agire nell'eventuale giudizio civile; infine, prevedendo

una riparazione omnicomprensiva di tutti i danni (compreso il lucro cessante e il mancato guadagno) si correrebbe il concreto pericolo di aver creato un istituto premiale per il solo imputato benestante. Ecco perché è forse bene condividere la propensione per una riparazione c.d. penalistica, che tenga conto – nonostante l'assenza di espressa previsione – delle esigenze di prevenzione e riprovazione nel reato. Se poi guardiamo alla pratica, il *quantum* è spesso determinato dalla convenienza: per esempio un nesso causale debole rafforza l'imputato e abbassa l'offerta risarcitoria e viceversa. Dovrebbe comunque rimanere alla persona offesa, per un ristoro totale dal punto di vista civilistico, la possibilità di agire in quella sede, strada peraltro tecnicamente non semplice per il mancato coordinamento dell'art. 162-ter c.p. con gli artt. 651-bis e 645 c.p.p.

Esclusa dunque una conciliazione per il mezzo della mediazione, si staglia netta la finalità deflattiva (nella relazione di accompagnamento è posto l'accento sul recupero di tempi ragionevoli del processo penale, nel rispetto del giusto processo, ma senza determinare la dispersione di alcuna garanzia), il cui conseguimento è giudicato peraltro – dai primi osservatori pratici – tutt'altro che certo (e infatti così sembra davvero). Il Legislatore avrebbe potuto far derivare dalla sua scelta della tipologia di beni coinvolti, quelli protetti nell'esclusivo interesse del titolare, un allargamento della cerchia a tutti in genere i delitti posti a protezione di siffatti beni, indipendentemente dalla procedibilità, a querela o d'ufficio; e in effetti questa era stata la originaria previsione della Commissione Fiorella, con la proposta di un nuovo art. 649-bis che estendeva l'estinzione del reato alle fattispecie patrimoniali senza annessa violenza. Si è scelta invece la strada della procedibilità a querela (remissibile) accompagnandola (nello stesso testo di legge) con una delega al Governo a modificare, entro un anno, il regime di procedibilità di alcuni delitti contro la persona e di alcuni delitti contro il patrimonio, delega realizzata col d.lgs. 36 del 2018.

Lo spirito deflattivo dell'istituto è poi confermato dal possibile riconoscimento dell'avvenuto risarcimento anche in seguito a offerta reale (ai sensi degli artt. 1208 ss. c.c.) formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, sempre che il giudice ritenga congrua la somma offerta a tale titolo. Come per la remissibilità della querela, anche qui appare chiaro l'intento del Legislatore di ritenere prioritaria l'estinzione del reato in seguito al risarcimento rispetto alle eventuali resistenze della vittima.

Deriva da tutto ciò un istituto certamente non volto al raggiungimento di un accordo tra le parti, al ristabilimento di un rapporto e di un equilibrio tra esse, alla mediazione, e nella cui operatività la conciliazione è un effetto solo eventuale, o meglio potrebbe risultare alla fine senza però che questo ne sia lo scopo. Come dimostra anche il carattere non vincolante degli effetti dell'audizione delle parti, ciò che conta è la "riparazione in sé", non la "condotta riparatoria" e il suo inter-

secarsi con la vittima. La finalità – vi anticipo già, non raggiunta – è prettamente di alleggerimento del carico penale, in compagnia di altri provvedimenti di questi anni, come l'introduzione nel sistema della giustizia ordinaria della sospensione del processo con messa alla prova (prima previsto solo nel processo minorile) e la previsione nella stessa legge di deleghe al Governo di decriminalizzazione e de-penalizzazione (poi attuate con i decreti legislativi 7 e 8 del 2016, con la creazione anche di nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili, che si aggiungono alle restituzioni e al risarcimento del danno), e soprattutto con l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* c.p.

Già una correzione

La norma si basa su una serie di passaggi (talora presuntivi quanto agli effetti preventivi, retributivi e risocializzanti) tutt'altro che scontati. E infatti le prime applicazioni paiono già segnalare problemi ed esigenze di correttivi.

Esemplare è quanto accaduto in tema di atti persecutori, nei confronti della quale fattispecie già erano emersi timori applicativi sia nell'opinione pubblica che nel dibattito politico.

La causa estintiva della riparazione del danno è stata applicata a favore di un soggetto che era stato denunciato per "atti persecutori" (art. 612-*bis*) per aver inseguito in auto una ragazza «ovunque lei si recasse» (come si legge negli atti giudiziari), attendendola sia a casa sua che a casa del fidanzato. La vicenda si era conclusa con il rinvio a giudizio dello *stalker*. Nel corso dell'udienza del rito abbreviato l'imputato ha offerto, appunto, 1.500 euro come risarcimento del danno, cifra rifiutata dalla parte lesa. Il g.u.p. tuttavia ha deciso in maniera contraria alla volontà della vittima, imponendole – ai sensi della seconda parte del primo comma dell'art. 162-*ter* – di accettare la cifra offertale come risarcimento, valutandola "congrua" e disponendo il deposito della somma su un libretto di deposito intestato alla donna. Ha dunque dichiarato l'estinzione del reato per l'esito positivo della condotta riparatoria (comma 3 dell'art. 162-*ter*).

La soluzione inevitabile, anche se drastica, è stata escludere da questo istituto lo *stalking*: soluzione alla quale infine si è arrivati (in occasione della conversione in legge, 4 dicembre 2017 n. 172, del d.l. 16 ottobre 2017 n. 148 collegato alla manovra di bilancio 2018) aggiungendo un ultimo comma dell'art. 162-*ter* per il quale ora «*Le disposizioni del presente articolo non si applicano nei casi di cui all'art. 612-bis*». Un esito condivisibile, che apre al contempo la strada ad altre esclusioni (se non direttamente in via legislativa, da parte comunque della giurisprudenza costituzionale in virtù del principio di ragionevolezza) e fa perdere all'ipotesi l'originario carattere di generalità.

Una proposta

Emergono così le debolezze di una disposizione alla quale non si può chiedere più di quello che è in grado – per come è stata volutamente strutturata – di dare. Quello dell'art. 162-ter c.p. è un istituto che si inserisce coerentemente in un sistema che ha per protagonista l'imputato e non certo la vittima. A ciò si aggiunge l'affidamento, mal riposto, che la riparazione di per sé sviluppi i profili preventivo, retributivo e conciliativo: in fondo ciò che conta è la finalità ciecamente deflattiva. Ma proprio ciò che davvero conta per questa disposizione non si è avverato: l'esito applicativo è assai modesto, come in fondo è accaduto con tutti gli istituti deflattivi (e ciò dovrebbe indurre a chiederci perché...). E questo anche se trattandosi di norma di favore avrebbe effetto retroattivo: eppure davvero poco.

Per rendere la disposizione almeno coerente con i profili accennati sarebbe (stato) necessario: a) prevedere come condizione per l'estinzione – così come nell'art. 35 del D.Lgs. 274/2000 – l'idoneità in concreto della riparazione a soddisfare le esigenze di riprovazione e prevenzione del reato; b) assegnare al parere della vittima un carattere vincolante, o almeno – per allargarne l'ambito applicativo di fronte a rifiuti ingiustificati – valutare un percorso comune e partecipato, che non sia solo formale, per arrivare alla riparazione (e magari alla conciliazione); c) riconoscere una qualche rilevanza allo sforzo riparativo seriamente intrapreso; d) staccare l'offerta reale dal meccanismo civilistico degli artt. 1208 ss. (peccato l'aggiunta altrimenti l'avremmo considerato elemento descrittivo e non normativo): il deposito in banca costa e rende spesso non conveniente la riparazione stessa; meglio sarebbe l'offerta *banco iudicis*, con possibilità di intervento del p.m.; e) per conseguire, anche e comunque, l'obiettivo deflattivo, si potrebbe ampliare l'ambito delle fattispecie coinvolte: non ci si è resi infatti conto, al momento dell'introduzione della disposizione, che non si innovava alcunché visto che si è sempre fatto così; la remissione di querela si è cioè sempre accompagnata al risarcimento. La vera novità sarebbe stata l'allargamento ai reati non remissibili o a quelli di ufficio, come previsto nell'elaborato della Commissione Fiorella, magari andando al di là di quelli contro il patrimonio e considerando la dimensione privatistica dell'interesse coinvolto (es. che senso ha la prevalente dimensione pubblicistica nel disturbo del riposo delle persone?) e magari tenendo in conto anche i casi di concorso formale di reati con connotazione risultante comunque fortemente privatistica (una truffa col raggio della sostituzione di persona, perseguibile d'ufficio).

Le altre proposte, in particolare quella del delitto riparato, la più corretta, richiedono un riassetto complessivo del sistema penale, auspicabile sotto tanti profili ma non vicino. La sede della misura in esame, quella della punibilità, ben si presta, per la sua idea-guida di valutazione dell'opportunità di applicare la pena all'autore di un fatto antigiuridico e colpevole: una riparazione del dan-

no corredata dei complementi accennati certamente porterà all'esclusione della punibilità, e dunque del reato (soprattutto considerando essa come quarto elemento della sistematica del reato). Una mediazione dunque tra i principi di subsidiarietà, di eguaglianza, le finalità della pena e la tutela della vittima: d'altronde nessun principio vive da solo nel sistema penale. Con le correzioni accennate, sarebbe una soluzione coerente, ma non illudiamoci che la coerenza porti sempre al successo applicativo.

SERGIO SEMINARA

PERSEGUIBILITÀ A QUERELA ED ESTINZIONE DEL DANNO
PER CONDOTTE RIPARATORIE: SPUNTI DI RIFLESSIONE

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo e l'obiettivo dell'efficienza. – 2. Il fondamento della privatizzazione dell'azione nel d.lgs. 10 aprile 2018, n. 36. – 2.1. I nuovi reati perseguibili a querela. Osservazioni critiche. – 3. L'effetto estintivo della riparazione del danno sul piano sistematico. – 3.1. Il fondamento dell'art. 162-ter c.p. Osservazioni critiche. – 4. Sono questi i nuovi orizzonti del diritto penale?

1. *Il quadro normativo e l'obiettivo dell'efficienza*

La legislatura appena conclusa lascia dietro di sé importanti modifiche dell'ordinamento penale, consistenti in nuove fattispecie incriminatrici, in inasprimenti sanzionatori di norme già esistenti, in abrogazioni, depenalizzazioni e in riforme di più ampio respiro sistematico, incidenti sulla punibilità. È vero che alla fine è venuto a mancare proprio l'intervento più significativo e atteso – cioè quello relativo all'ordinamento penitenziario –, che avrebbe proiettato l'opera del Parlamento verso ambiziosi e nobili obiettivi; malgrado la delusione per questo esito, dovuto a ragioni politiche che concorrono a dimostrare il basso livello della politica in materia penale, si tratta comunque di riflettere su quanto è stato fatto.

Il presente lavoro è dedicato a due riforme contenute nella l. 23 giugno 2017, n. 103: la prima prevista nell'art. 1, comma 16 lett. a), in forma di delega al Governo e riguardante l'estensione dei reati perseguibili a querela, realizzata con il d.lgs. 10 aprile 2018, n. 36; la seconda direttamente introdotta dall'art. 1 comma 1 l. n. 103 nel codice penale all'art. 162-ter e concernente l'istituto dell'estinzione del reato per condotte riparatorie.

Questi congegni di estensione e di estinzione, riconducibili entrambi a un modello di privatizzazione della tutela penale, sono mirati verso un obiettivo di riduzione dei carichi processuali, sotto il segno dell'efficienza. La Relazione illustrativa all'Atto del Governo n. 475 del novembre 2017 (che costituisce la versione originaria del successivo d.lgs. n. 36 del 2018, in questa parte coincidente con la Relazione illustrativa al testo entrato in vigore) affermava: "Il legislatore della delega ha voluto un ampliamento delle ipotesi di procedibilità a querela per migliorare l'efficienza del sistema penale, anche attraverso la collegata operatività

dell'istituto – di nuova introduzione – della estinzione del reato per condotte riparatorie”; e più oltre: “Ampliando l’area della procedibilità a querela si può ottenere, altresì, l’effetto aggiuntivo, parimenti importante in una logica di riduzione dei carichi processuali, di favorire meccanismi conciliativi”. Nella medesima prospettiva, la Relazione tecnica allegata al documento citato rimarcava come lo scopo dell’intervento normativo consistesse nel “migliorare l’efficienza del processo penale con intento deflattivo e di riduzione dei carichi della giurisdizione”. E l’Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia, nella sua Analisi tecnico-normativa dell’Atto n. 475, non era da meno: “in un’ottica di deflazione, cui si ispira il programma di Governo, si è ritenuto di operare un ampliamento delle ipotesi di reati procedibili a querela della persona offesa per restituire efficienza ed effettività al sistema penale, anche attraverso la possibilità di far fruire tali fattispecie dell’istituto – parimenti di nuova introduzione – della estinzione del reato per condotte preparatorie”. Con toni trionfalistici, il comunicato stampa 21 marzo 2018 del Governo ha infine annunciato l’approvazione in esame definitivo del testo del d.lgs. per “quei reati contro la persona e contro il patrimonio che si caratterizzano essenzialmente per il valore privato dell’offesa o per il suo modesto valore offensivo, con l’obiettivo di migliorare l’efficienza del sistema penale, favorendo meccanismi di conciliazione”.

Certo, quella ora riferita è una visione che appare assai deludente – per non dire rozza, nel suo semplicismo – a chi crede in un’efficienza del sistema penale intesa in una prospettiva valoriale, che si diparte da scelte assiologiche in ordine alla meritevolezza di pena dei fatti sanzionati e mira a conciliare i costi sociali delle scelte di criminalizzazione con il concreto bisogno del ricorso allo strumento penale, previa dimostrazione della sua intrinseca effettività rispetto allo scopo¹. Al contrario, un’efficienza fatta derivare dalla deflazione del numero dei procedimenti penali, quindi in un’ottica meramente economicistica, considera il processo penale alla stregua di una qualsiasi attività amministrativa la cui razionalizzazione possa essere perseguita mediante un semplice risparmio di energie o di spesa, ignorando la funzione stessa del processo in rapporto alle sue finalità e ai suoi contenuti.

Senza forzature, può affermarsi la contrapposizione fra un’efficienza operante solo dall’esterno rispetto all’attuazione dei valori sui quali si fonda il sistema, evitando così ogni collisione tra questi e quello allo stesso modo in cui, rispetto all’organizzazione della pubblica amministrazione, il criterio del buon andamento non può interferire con il valore superiore dell’imparzialità; e un’efficienza proiettata invece direttamente all’interno del sistema, sebbene intesa esclusiva-

¹ Nella dottrina italiana, per tutti, FORTI, *L’immane concretezza*, Raffaello Cortina, 2000, 50 ss.; PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 443 ss.; ID., *L’economia della pena (un work in progress)*, *ivi*, 2005, 1336 ss.

mente come diminuzione dei carichi giudiziari, con conseguenti gravi inefficienze rispetto ai reati la cui perseguibilità a querela si risolve in una tutela inadeguata del bene, rispetto alle persone offese che vedono mortificate le proprie aspettative di protezione e, come si vedrà infine, rispetto agli autori di fatti penalmente irrilevanti ma perseguiti più rigorosamente.

2. *Il fondamento della privatizzazione dell'azione nel d.lgs. 21 marzo 2018, n. 36*

L'art. 1, comma 16 lett. a), l. n. 103 del 2017 delegava il Governo a “prevedere la procedibilità a querela per i reati contro la persona puniti con la sola pena editale pecuniaria o con la pena editale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, fatta eccezione per il delitto di cui all'articolo 610 del codice penale, e per i reati contro il patrimonio previsti dal codice penale, salva in ogni caso la procedibilità di ufficio qualora ricorra una delle seguenti condizioni: 1) la persona offesa sia incapace per età o per infermità; 2) ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale ovvero le circostanze indicate nell'articolo 339 del codice penale; 3) nei reati contro il patrimonio, il danno arrecato alla persona offesa sia di rilevante gravità”.

Conviene subito notare la costruzione del rapporto fra regola ed eccezione: la regola è che divengono perseguibili a querela tutti i reati contro la persona e il patrimonio puniti con pene non superiori nel massimo a quattro anni², assumendosi così questo limite sanzionatorio come spartiacque fra reati gravi e meno gravi; le eccezioni, apposte nei nn. 1 e 3 prima richiamati, riguardano le condizioni della vittima per i reati sia contro la persona che contro il patrimonio e il danno a essa arrecato per i soli reati contro il patrimonio, nella più assoluta irrilevanza dei fattori attinenti al disvalore di condotta.

Sul problema del disvalore di condotta, che certamente non si esaurisce nelle modalità dell'azione previste dall'art. 339 o nelle circostanze aggravanti ad effetto speciale, torneremo più avanti. Rispetto al limite dei quattro anni di pena, occorre invece rilevare come esso costituisca pure il presupposto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato (art. 168-bis c.p.), ove però il

² L'art. 1, comma 16, lett. a) poneva espressamente solo per i reati contro la persona il limite dei quattro anni di pena detentiva, nulla disponendo in merito ai reati contro il patrimonio; il conseguente vizio di determinatezza della legge delega è stato tuttavia sanato utilizzando il medesimo limite in modo generalizzato, così “recuperando uniformità al disegno complessivo circa il livello di gravità del fatto incriminato e dunque dell'offesa” [MASULLO, *Ampliati gli spazi della procedibilità a querela per i reati che offendono la persona e il patrimonio: valorizzato (adeguatamente) l'interesse privato alla punizione del colpevole?*, in *Dir. pen. cont.*, 26 aprile 2018, 1].

novero delle condizioni poste a base della prova depone nel senso della significativa gravità dei reati cui è applicabile l'istituto.

In specifico riferimento alla querela, la Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo, sia nella prima che nella seconda versione (quest'ultima, contrassegnata con il n. 475-*bis*, approvata l'8 febbraio 2018 dal Consiglio dei Ministri e poi trasfusa per intero nella relazione definitiva al d.lgs. n. 36 del 2018) osserva che "la procedibilità a querela costituisce un punto di equilibrio e di mediazione fra due opposte esigenze: da un lato, quella di evitare che si determinino meccanismi repressivi automatici in ordine a fatti che non rivestono particolare gravità, tali da ostacolare il buon governo dell'azione penale in riferimento a quelli seriamente offensivi; dall'altro, quello di far emergere e valorizzare l'interesse privato alla punizione del colpevole in un ambito di penalità connotato dall'offesa a beni strettamente individuali"³.

Questa caratterizzazione della procedibilità a querela, ancorché parziale⁴, ha un valore solo di tipo descrittivo, poiché non ambisce a specificare cosa si intenda per "fatti che non rivestono particolare gravità", così come lascia privo di dimostrazione l'obiettivo di "far emergere e valorizzare l'interesse privato". Soprattutto, però, non si comprende né perché le due esigenze cui accenna la Relazione illustrativa siano da considerare "opposte", né se esse esauriscano i fattori sulla cui base decidere in ordine all'opportunità di rendere un fatto perseguibile a querela.

Per certo, il profilo della gravità del fatto appare estremamente delicato e insidioso: come conferma il principio di sussidiarietà del diritto penale, tutti i fatti penalmente rilevanti devono presentare un coefficiente di gravità tale da giustificare la minaccia della pena⁵ e al legislatore compete di individuare, sul piano della tipicità, il livello minimo di offensività della condotta, eventualmente consentendo al giudice – come avviene con l'art. 131-*bis* c.p. – di escludere la punibilità di ipotesi concrete di particolare tenuità. In una prospettiva assiologica non possono dunque esistere norme repressive di fatti astrattamente "non gravi" che, in caso contrario, dovrebbero essere non resi perseguibili a querela, bensì depena-

³ Il passo è attinto dal § 7 della relazione finale presentata nell'aprile 2013 dal "Gruppo di studio per elaborare una proposta di revisione del sistema penale attraverso l'introduzione di norme di depenalizzazione", presieduto dal prof. Fiorella. Le proposte di questa commissione erano però più articolate e complesse di quanto sia stato poi recepito dal Governo: sul punto si rinvia all'attenta analisi di PERINI, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162 ter c.p.: deflazione senza Restorative Justice*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1274 ss.

⁴ Per tutti cfr. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Giuffrè, 1993, 23 ss. Nella manualistica PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2016⁶, 623 s.

⁵ In riferimento al tema che ci occupa sono fondamentali le riflessioni di ROMANO, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 880 ss.; ID., «Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato, *ivi*, 1992, 39 ss.; da ult. ID., *Pene pecuniarie, esborsi in denaro, risarcimento del danno, danni punitivi*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, 2018, II, 517 ss.

lizzati. È invece ammissibile – come fa la Relazione illustrativa – che si parli di “fatti che non rivestono particolare gravità” attraverso una valutazione in termini non assoluti ma relativi.

Posto dunque che la meritevolezza di pena rappresenta una costante di tutte le condotte penalmente rilevanti, la procedibilità a querela (rimettibile) trova l'elemento qualificante nel bisogno concreto di pena, che l'ordinamento affida alla valutazione della persona offesa a causa dell'inesistenza di ulteriori interessi alla persecuzione del fatto, alla luce della natura del bene e dell'allarme sociale suscitato⁶.

Sotto il profilo in esame, l'assunzione del generale criterio della pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni per i reati contro la persona e il patrimonio, in sé e nel suo collegamento con l'estinzione del reato di cui all'art. 162-ter, manifesta un certo grado di casualità e presenta anche una scarsa razionalità, ove si consideri che esso riguarda solo delitti di evento, risultando inapplicabile ai reati di pericolo e alle contravvenzioni. La sensazione, in altre parole, è che il tema della querela abbia determinato un corto circuito, fornendo un apparente fondamento a meccanismi estintivi del tutto svincolati dal rango dell'interesse tutelato, dalle modalità dell'offesa e dal disvalore oggettivo e soggettivo del fatto: cioè con un'assoluta indifferenza per la prospettiva assiologica nella quale vengono selezionati i fatti meritevoli della sanzione penale.

Riservandoci di approfondire nel prossimo paragrafo queste considerazioni, un ulteriore profilo merita rilievo. La Relazione afferma che l'istituto della querela consente l'emersione e la valorizzazione dell'interesse privato alla punizione del colpevole. Senza qui indugiare sul rilievo che, nell'intento del legislatore, la punizione è destinata a risolversi nel risarcimento, può dubitarsi che la previsione della querela segni sempre una posizione di particolare favore della persona offesa.

Come è noto, l'art. 346 c.p.p. stabilisce che, in mancanza di una condizione di procedibilità che può ancora sopravvenire (cioè fino al decorso dei termini per la proposizione della querela o per la prescrizione del reato), possono essere compiuti solo gli atti di indagine preliminare necessari ad assicurare le fonti di prova, anche per il tramite di un incidente probatorio se vi è pericolo nel ritardo. In assenza della querela, la regola generale è quindi costituita dall'inerzia del pubblico ministero e della polizia giudiziaria: ciò che ha un senso quando la condizione di procedibilità è rimessa alla libera e consapevole scelta di una persona offesa che sa di essere tale, ma certamente non suona come un trattamento di favore sia per colui che, ignorando il pregiudizio patito, trascura di raccogliere le prove del reato commesso fin quando esse non siano più utilmente reperibili ovvero, venuto a

⁶ Riprendendo la terminologia di GIUNTA, *Interessi privati*, cit., 37 ss., ci si riferisce qui alla querela-opportunità, da tenere nettamente distinta dalla querela-garanzia.

conoscenza dell'illecito, non ritiene di potere sostenere i costi necessari, in termini di difesa e magari di consulenza tecnica, per l'avvio dell'azione penale⁷.

La tesi che la perseguibilità a querela esprime un particolare favore per la persona offesa, rispetto alla procedibilità di ufficio, può invero trovare un fondamento nella prospettiva del maggiore stimolo che dalla possibilità della sua remissione deriva ai fini del risarcimento dei danni, ma risulta priva di riscontro rispetto alla persona offesa interessata solo all'accertamento della responsabilità del reo.

2.1. *I nuovi reati perseguibili a querela. Osservazioni critiche*

Come già rilevato, nell'impostazione accolta dal legislatore il fondamento dell'estensione della perseguibilità a querela va colto nella deflazione del carico giudiziario rispetto a fatti non connotati da un particolare disvalore: si tratta dunque di ragioni di economia processuale innestate sulla scarsa significatività dei reati interessati. Queste ragioni, tuttavia, forniscono un'apparente motivazione razionale a scelte invece connotate da un'estrema discrezionalità, come confermano i lavori preparatori dello stesso d.lgs. n. 36 del 2018.

Conviene qui rammentare che la recente riforma ha reso perseguibili a querela, tra gli illeciti contro la persona, i reati di cui agli artt. 612 comma 2 (salvo i casi *ex art.* 339), 615 comma 2, 617-*ter* comma 1, 617-*sexies* comma 1, 619 comma 1 e 620, inserendo un nuovo art. 623-*ter* che ripristina la procedibilità di ufficio qualora nei delitti ora menzionati ricorrano circostanze aggravanti a effetto speciale; fra gli illeciti contro il patrimonio, sono divenuti perseguibili a querela i reati di cui agli artt. 640 comma 1 (con l'eccezione dei casi di cui all'art. 61 n. 7), 640-*ter* comma 1 (salvo che ricorra l'art. 61 nn. 5 o 7) e 646, anche qui introducendosi un nuovo art. 649-*bis* che, per i delitti ora citati, mantiene la procedibilità di ufficio in presenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale.

Ora, nella sua prima stesura, contrassegnata come Atto del Governo n. 475, lo Schema di decreto legislativo estendeva la perseguibilità a querela anche agli artt. 606 (Arresto illegale), 607 (Indebita limitazione di libertà personale) e 609 (Perquisizione e ispezione personali arbitrarie) c.p.⁸. Sia qui detto senza intenti pole-

⁷ A questo proposito, in conformità all'art. 1, comma 16 lett. b), l. n. 103 del 2017, l'art. 12 d.lgs. n. 36 del 2018 stabilisce che, per i reati resi perseguibili a querela e commessi prima dell'entrata in vigore del provvedimento in esame, a quest'ultima sia legato il decorso del termine per presentare la querela, "se la persona offesa ha avuto in precedenza notizia del fatto costituente reato", in alternativa imponendo al pubblico ministero o al giudice di informare la persona offesa della facoltà di querela, in modo che "il termine decorre dal giorno in cui la persona offesa è stata informata". In argomento IASEVOLI, *La procedibilità a querela: verso la dimensione liquida del diritto postmoderno?*, in *Leg. pen.*, 7 dicembre 2017, 11 s.

⁸ Nella Relazione illustrativa si affermava che la perseguibilità a querela non era stata prevista per l'art. 608 (Abuso di autorità contro arrestati o detenuti) a causa "della particolare situazione in cui versa la persona offesa. (...) Uno stato di incapacità del tutto equiparabile a quello della infer-

mici, ma si trattava di una previsione mostruosa: gli artt. 606, 607 e 609 costituiscono ipotesi specifiche del reato di abuso di ufficio (nonché, quanto agli artt. 606 e 607, del reato di sequestro di persona), che il legislatore del 1930 volle distaccare dall'art. 323, originariamente punito con la pena alternativa della reclusione fino a due anni o della multa⁹; sebbene poi, a causa della confusa successiva evoluzione dell'art. 323, la pena stabilita per tali reati sia divenuta incongruamente meno grave di quella minacciata per l'abuso di ufficio, in ogni caso non può dubitarsi che gli artt. 606, 607 e 609 c.p. tutelano diritti fondamentali del cittadino dinanzi a inammissibili abusi dei pubblici funzionari.

La perseguibilità a querela avrebbe dunque stravolto il significato delle incriminazioni in questione, esasperando la loro natura di odioso privilegio rispetto all'alternativa configurabilità degli artt. 323 e 605. Fortunatamente, di tale spaventoso abbaglio si sono rese conto le Commissioni Giustizia della Camera dei Deputati e del Senato, che avevano posto l'eliminazione delle norme ora menzionate come condizione del parere non ostativo sullo Schema di decreto legislativo. Altre condivisibili osservazioni erano state però presentate dalla Commissioni.

In particolare, nella seduta del 6 dicembre 2017 la II Commissione (Giustizia) della Camera dei Deputati aveva proposto di introdurre la perseguibilità a querela del reato *ex art. 590-bis* comma 1 (Lesioni personali stradali gravi e gravissime) e al contrario di mantenere la procedibilità di ufficio per il reato di violazione di domicilio commessa da un pubblico ufficiale (art. 615)¹⁰; la Commissione Giusti-

mità, dal momento che ben può impedire le normali reazioni difensive come accade per il soggetto affetto da un qualche stato patologico". Al di là della "equiparazione" tra il detenuto e l'infermo di mente, davvero non si scorge un plausibile motivo che abbia impedito di comprendere come lo stato di minorata difesa allo stesso modo caratterizzi le situazioni di cui agli artt. 606, 607 e 609 c.p.

⁹ È sufficiente qui il rinvio a MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Utet, 1937, VIII, 583, che rispetto all'art. 606 osserva come il delitto "viola non solo l'interesse relativo alla libertà personale, ma altresì quello della pubblica amministrazione, dato l'abuso commesso dal pubblico ufficiale. Si tratta, in sostanza, di un fatto di abuso d'ufficio, incriminato specificamente"; analogamente si esprime l'Autore per gli artt. 607 e 609, *ivi*, 591 e 612. Nello stesso senso MANTOVANI, *Diritto penale, parte speciale*, Cedam, 2016⁶, I, 324; VIGANÒ, *I delitti di abusiva limitazione della libertà personale da parte di pubblici ufficiali*, in PIERGALLINI-VIGANÒ-VIZZARDI-VERRI, *I delitti contro la persona*, in *Trattato di diritto penale, pt. sp.*, dir. da Marinucci-Dolcini, Wolters Kluwer, 2015, X, 36, secondo cui gli artt. 606-609 rappresentano "ipotesi privilegiate rispetto al delitto comune di sequestro di persona di cui all'art. 605, assai più severamente punito". Per l'esclusione della procedibilità a querela ogni volta che, "a causa della commistione tra pubblico e privato anche nell'ambito del bene-fine, si verifica una pubblicizzazione di quest'ultimo" GIUNTA, *Interessi privati*, cit., 204.

¹⁰ La Commissione proponeva anche di mantenere la procedibilità di ufficio del reato di uccisione o danneggiamento di animali altrui (art. 638 comma 2), la cui menzione nel testo definitivo del d.lgs. n. 36 è stata soppressa dal Governo all'ultimo momento, sicché esso compare ancora nella Relazione illustrativa. A sostegno della contraria soluzione, l'Atto n. 475-*bis* rilevava come fosse sufficiente allo scopo la perseguibilità di ufficio nei casi previsti dalla circostanza aggravante *ex art. 7* d.l. n. 152 del 1991.

zia del Senato, nella seduta del 20 dicembre 2017, aveva invece apposto come condizione di lasciare inalterate le ipotesi di procedibilità di ufficio del reato di appropriazione indebita (art. 646 comma 3 c.p.), invitando il Governo a riflettere sull'opportunità di rendere perseguibile a querela il reato di rivelazione del contenuto di corrispondenza, commessa da persona addetta al servizio delle poste, dei telegrafi o dei telefoni (art. 620 c.p.).

Dalla Relazione illustrativa all'Atto del Governo n. 475-*bis* risulta che i motivi per cui l'art. 590-*bis* comma 1 c.p. è stato lasciato immutato, così come quelli in base ai quali sono state rigettate le giuste sollecitazioni a mantenere la procedibilità di ufficio per gli artt. 615, 620, e 646 comma 3 c.p., si pongono tutti su un piano astratto e aprioristico. La scelta compiuta dal legislatore del 2016 per le lesioni stradali gravi viene infatti mantenuta sia per il "particolare allarme sociale" suscitato dal fatto, sia per la gravità di un evento "conseguenza della violazione di una regola cautelare di condotta posta a presidio proprio della sicurezza della circolazione stradale". Al contrario, la perseguibilità a querela viene introdotta nell'art. 615 perché in esso non ricorre un'incapacità della persona offesa; nell'art. 620 per motivi di coerenza in quanto così già dispone l'art. 616; nell'art. 646 comma 3 giacché esso evoca interessi e relazioni strettamente personali "per le quali la perseguibilità della relativa offesa non può che essere rimessa ad una iniziativa del soggetto privato".

Queste giustificazioni sono tutt'altro che persuasive. Quanto alle lesioni gravi di cui all'art. 590-*bis* comma 1, è fin troppo ovvio che la valutazione sull'allarme sociale e sulla gravità dell'evento va compiuta in base alle modalità del fatto, alla rilevanza della norma cautelare violata e al grado di scostamento da essa della condotta dell'agente¹¹; per gli artt. 615, 619 e 620, ciò che i redattori della Relazione mostrano di non intendere è che soggetto attivo è un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio, sicché alla natura privata dell'offesa si accosta un abuso o una violazione del dovere di ufficio che conferisce all'incriminazione un rilievo di natura anche pubblicistica (davvero sconcertante, sul punto, l'accostamento operato dalla Relazione tra gli artt. 616 e 620 e il disinteresse manifestato per l'art. 323)¹²; infine, in riferimento all'art. 646 – e qui dobbiamo noi aggiungere l'art. 640 – va colto un grave equivoco.

Nel sistema vigente, i reati di truffa e di appropriazione indebita sono tipizzati senza attribuire rilievo alla qualifica dell'agente e alla natura funzionale o professionale della sua condotta: che soggetto attivo sia un pubblico funzionario, un professionista, un amministratore societario, un intermediario finanziario ecc., che abbia agito con abuso della qualità, della funzione o della profes-

¹¹ Analogamente MASULLO, *Ampliati gli spazi*, cit., 5.

¹² Rispetto all'art. 615 comma 2 conf. MASULLO, *Ampliati gli spazi*, cit., 5, cui si rinvia pure per una riflessione critica sul nuovo regime dell'art. 612 cpv.

sione, risulta estraneo al paradigma normativo. Nella trama originaria del codice, fino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 36 del 2018, questa soluzione trovava però il suo equilibrio e la sua razionalità nel regime delle circostanze aggravanti, chiamate a rendere il fatto procedibile di ufficio: nel caso dell'art. 640 era sufficiente una qualsiasi circostanza, per l'art. 646 si richiedeva che il bene fosse posseduto a titolo di deposito necessario o il fatto venisse commesso, tra l'altro, con abuso di relazioni di ufficio o di prestazioni d'opera (art. 61 n. 11). In altre parole, per ragioni di economia il legislatore del 1930 aveva optato per due fattispecie generali, tuttavia recuperando la specificità del disvalore della truffa e dell'appropriazione indebita qualificate da un abuso funzionale o di posizione o da una violazione di doveri professionali e ad esso attribuendo rilievo anche sul piano del regime di perseguibilità.

Cosa accadrà ora? Salvo i casi di persona offesa incapace per età o infermità e di danno di rilevante gravità, gli artt. 640 e 646 rientrano integralmente in una dimensione privata, che porta con sé la procedibilità a querela e l'estinzione del reato mediante risarcimento¹³. Che il fatto sia posto in essere mediante abuso della qualità pubblicistica, o attraverso una violazione dei doveri, risulta irrilevante ai fini del regime di punibilità; ed è appena il caso di notare che la mancata persecuzione del reato per omessa presentazione della querela o per sua successiva remissione, ovvero per estinzione conseguente al risarcimento, esclude ovviamente l'applicazione di pene accessorie, ma riduce fortemente anche la possibilità di un procedimento disciplinare, a causa della difficoltà di emersione dell'illecito.

Certo, a sminuire o a negare l'esistenza del problema va ricordato come lo svuotamento del disvalore di condotta sia già stato alla base della riscrittura dei reati societari operata a partire dal d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, sotto i vessilli dell'autonomia privata e della patrimonializzazione, e della perseguibilità a querela degli artt. 2621-*bis* comma 1, 2625, 2629, 2633, 2634, 2635 e 2635 *bis* c.c.: anche allora venne sventolata la bandiera dell'efficienza, ma la dottrina penalistica è insorta compatta contro questo arretramento della soglia dell'intervento penale¹⁴. È dunque verosimile che domani qualcuno proporrà di introdurre autonome incriminazioni, procedibili di ufficio, delle truffe o delle appropriazioni indebite

¹³ Da notare che la commissione Fiorella manteneva la procedibilità di ufficio per i casi rientranti nell'art. 61 n. 11 c.p., "anche in ragione dell'esigenza di mantenere nel sistema un efficace strumento di contrasto alle attività offensive di patrimoni collettivi, ed in particolare alla criminalità economica" (§ 7.6).

¹⁴ Tra gli altri ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, il Mulino, 2010, 310 ss.; FORTI, "Paradigmi distributivi" e scelte di tutela nella riforma penale-societaria. Un'analisi critica, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1631; PULITANÒ, *La riforma del diritto penale societario, fra dictum del legislatore e ragioni del diritto*, *ivi*, 2002, 968 s.; ROSSI, *Illeciti penali e amministrativi in materia societaria*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso - Padovani - Pagliaro, pt. sp., Giuffrè, 2012, XVI, 6; SEMINARA, *Reati societari (profili generali)*, in *Annali Enc. dir.*, 2015, VIII, 710.

commesse con violazione dei doveri da esercenti professioni o servizi di pubblica necessità o da amministratori societari o intermediari finanziari: questa auspicabile riforma – dalla quale deriverà un cospicuo incremento della categoria dei reati propri non esclusivi – dimostrerà però che il d.lgs. n. 36 del 2018 non ha reso un buon servizio al sistema penale.

Una riflessione conclusiva. Allo Schema di decreto legislativo poi trasfuso nel testo di legge in commento è allegata l'Analisi di impatto della regolamentazione. Da essa risulta che, nel periodo 1944-2017, per il reato di cui all'art. 612 comma 2 si sono avute 56.544 sentenze definitive di condanna, ove dunque è stata riconosciuta la gravità della minaccia o la sussistenza di uno dei modi indicati nell'art. 339: considerando però che la riforma in commento ha reso procedibili a querela solo le ipotesi di gravità della minaccia, appare incerta la consistenza dell'economia così realizzata. Le cifre riferite agli altri reati sono comunque univoche: in 73 anni, 5 sentenze definitive di condanna per l'art. 615 comma 2, 7 per l'art. 617-*ter* comma 1, 6 per l'art. 617-*sexies* comma 1, 78 per l'art. 619 comma 1, 12 per l'art. 620, 814 per l'art. 640 comma 3, 1 per l'art. 640-*ter* comma 4 e 1233 per l'art. 646 comma 3¹⁵.

Ponendo da parte l'art. 612 pur nella forte approssimazione dei relativi dati, v'è da chiedersi se questo così modesto – e, salvo che per gli artt. 612 e 646, risibile – risparmio per gli apparati giudiziari giustifichi il così pesante tributo pagato alla razionalità del sistema.

3. *L'effetto estintivo della riparazione del danno sul piano sistematico*

Il significato politico del d.lgs. n. 36 del 2018 diventa pienamente intellegibile quando si sposti l'attenzione sull'altro polo della riforma, costituito dall'art. 162-*ter* c.p.: per i reati procedibili a querela soggetta a remissione, è prevista l'estinzione del reato se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, l'imputato procede alla restituzione o al risarcimento del danno e all'eliminazione, ove possibile, delle conseguenze dannose o pericolose del reato.

Sul piano sistematico emerge così il diverso ruolo rivestito dal risarcimento del danno nei reati perseguibili di ufficio e a querela irrevocabile (artt. 609-*bis* e 609-*quater*)¹⁶ e nei reati a querela rimettibile: per i primi esso integra solo la cir-

¹⁵ Ai fini delle statistiche riportate occorre considerare che l'art. 617-*ter* comma 1 è stato introdotto nel 1974, l'art. 617-*sexies* nel 1993, l'art. 640 comma 3 nel 1981 e l'art. 640-*ter* nel 1993.

¹⁶ La contrapposizione appena operata nel testo si arricchisce attraverso la menzione dell'art. 612-*bis* (Atti persecutori): originariamente compreso all'interno dell'area di operatività dell'art. 162-*ter* (malgrado vani tentativi di dimostrare il contrario: cfr. FERRANTI, *Giustizia riparativa e stalking: qualche riflessione a margine delle recenti polemiche*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2017, 1 ss.), le

costanza attenuante di cui all'art. 62 n. 6 e per i secondi si risolve invece nell'estinzione del reato. Rispetto al duplice criterio della natura privata dell'interesse tutelato e della modesta gravità dell'offesa posto a fondamento dei reati perseguibili a querela (*retro*, § 2), l'art. 162-ter attribuisce dunque al risarcimento del danno la capacità di neutralizzare integralmente la lesione, così iscrivendosi "in una strategia complessivamente «promozionale» (ma non premiale in senso stretto), diretta in ultima analisi alla tutela del bene, anche se sotto forma di una salvaguardia tardiva (in quanto successiva alla violazione della norma penale) e di tipo restitutorio-risarcitorio"¹⁷.

Il problema, tuttavia, è che tale neutralizzazione del danno mediante risarcimento costituisce un fattore eterogeneo rispetto agli elementi fondanti la perseguibilità a querela, se non addirittura antitetico nella misura in cui questi suppongono una meritevolezza di tutela penale del bene, che quella tende invece a negare mediante una traduzione dell'offesa in termini economici. In altre parole, deve dubitarsi della correttezza dell'abbinamento tra procedibilità a querela ed effetto estintivo del risarcimento del danno: come esistono reati, anche perseguibili di ufficio, il cui disvalore tende a esaurirsi in un pregiudizio economico la cui riparazione può giustificare l'estinzione (si pensi a taluni reati fallimentari), così possono ipotizzarsi reati procedibili a querela la cui offesa non si presta a essere convertita in un mero risarcimento con automatici effetti estintivi. La sovrapposizione tra reati perseguibili a querela e lo spazio operativo dell'art. 162-ter produce dunque effetti in parte limitativi e in parte distorsivi¹⁸; conviene aggiungere

quasi unanimi critiche che ne derivarono indussero il Governo a porre urgentemente rimedio attraverso l'art. 1 comma 2 l. 4 dicembre 2017, n. 172, che ha reso la norma in esame l'unico caso di reato procedibile a querela soggetta a remissione cui non è applicabile l'art. 162-ter.

¹⁷ Testualmente PERINI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *Indagini preliminari e giudizio di primo grado*, a cura di Giuliani-Orlandi, Giappichelli, 2018, 237, che tuttavia giustamente avverte che le ragioni politico-criminali dell'art. 162-ter vanno ricercate "al di là della mera tutela del bene giuridico".

¹⁸ Vd. infatti PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro?*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2016, n. 1, 54: "le potenzialità dell'estinzione per condotte riparatorie sono più ampie (...), ben potendo essere estese a tutti i reati in cui sia ravvisabile un interesse pubblico al ripristino della situazione che si presenti più forte e pressante di quello alla persecuzione penale"; conf. GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, in *Leg. pen.*, 13 novembre 2017, 13 s.; MURRO, *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, Cedam, 2016, 50; PELISSERO, *La politica penale delle interpolazioni*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2016, n. 1, 62; nello stesso senso CASCINI, *Il nuovo art. 162-ter c.p.: esempio di "restorative justice" o istituto orientato ad una semplice funzione deflattiva?*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, 6 s.; MARUOTTI, *La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162-ter c.p. tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflative: prime riflessioni de jure condito*, in *Questione giustizia*, 20 giugno 2017. La commissione Fiorella, invero, proponeva di rendere applicabile l'art. 162-ter a tutti i delitti contro il patrimonio, con l'esclusione di quelli previsti dagli artt. 628, 629, 630, 644, 648-bis, 648-ter "nonché di ogni altro delitto contro il patrimonio commesso con violenza alla persona".

che gli effetti distorsivi risultano in realtà ancora più ampi sotto un diverso profilo, concernente la valenza riparativa del risarcimento in esame in confronto alla giustizia riparativa, ma di questo si dirà nel prossimo paragrafo.

Restando sul piano sistematico, un'estinzione del reato semplicemente legata al risarcimento del danno appare inevitabilmente destinata a sconvolgere i rapporti tra delitti e contravvenzioni. La costruzione di un rapporto di scala decrescente tra delitti procedibili di ufficio o a querela irrevocabile, delitti perseguibili a querela e contravvenzioni risulta infatti smentita dalla notazione che queste ultime dovrebbero collocarsi prima dei delitti perseguibili a querela, in quanto "strutturalmente" procedibili di ufficio e dunque non estinguibili¹⁹). Sul versante dei reati contro la persona, è peraltro difficile comprendere perché le contravvenzioni di cui agli artt. 659 e 660 c.p. siano restate fuori dalla riforma operata dalla l. n. 103 del 2017.

Ancora una considerazione di tipo sistematico è opportuna in merito ai rapporti fra l'art. 162-ter e altri istituti operanti nel corso del processo e dotati di effetti estintivi del reato: l'art. 168-bis c.p. (Sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato) e l'art. 35 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 (Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie).

Rispetto alle norme ora richiamate, l'art. 162-ter si connota per il suo automatismo applicativo: il giudice dispone infatti di uno spazio valutativo – ovviamente ulteriore a quello insito nell'accertamento dell'integralità del risarcimento dei danni patrimoniali e soprattutto morali – solo rispetto all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, che deve avvenire "ove possibile", e nel caso di richiesta di proroga dell'imputato in ordine al termine per i pagamenti: fuori da queste ipotesi, la dichiarazione di estinzione del reato è sottratta a ogni discrezionalità²⁰). Ben diversa è la situazione rispetto all'art. 168-bis, che inverte il rapporto tra le conseguenze dannose o pericolose del reato e il risarcimento, imponendo l'eliminazione delle prime e limitando il secondo alle possibilità del reo, ma soprattutto prevede l'affidamento al servizio sociale e la prestazione di un lavoro di pubblica utilità: l'estinzione del reato, che comunque non esclude le sanzioni amministrative accessorie, è subordinata all'esito positivo della prova. Ancora diverso è poi il quadro delineato dall'art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000, che assume come presupposto la tempestiva riparazione del danno cagionato median-

¹⁹ Per l'enunciazione della "regola secondo la quale l'istituto della querela è proprio dei soli delitti, mentre per le contravvenzioni di procede sempre d'ufficio", Corte cost., 28 novembre 2008, n. 392 (sul punto GIUNTA, *Interessi privati*, cit., 205 s.). Tale pronuncia interveniva proprio sull'art. 660, che la commissione Fiorella proponeva di rendere perseguibile a querela.

²⁰ Cfr. sul punto GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 24 s.; PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro?*, cit., 54; QUATTROCOLO, *Condotte post factum ed estinzione del reato: il nuovo art. 162-ter c.p. conferma il terzo principio della dinamica?*, in *Indagini preliminari e giudizio di primo grado*, cit., 269.

te le restituzioni o il risarcimento e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato (l'una e l'altra senza limiti legati alle possibilità dell'imputato ma anche senza espressa necessità di un'integralità della riparazione) ⁽²¹⁾, ma condiziona la sentenza di estinzione del reato all'accertamento, da parte del giudice di pace, dell'idoneità delle attività risarcitorie e riparatorie "a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione".

Un confronto fra le disposizioni ora richiamate è in grado di evidenziare la loro diversità di prospettiva: l'art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000, costituente il primo tentativo del legislatore di rinvenire alternative alla sanzione penale limitatamente ai reati di competenza del giudice di pace, appare viziato da un'ibridazione di prospettive risarcitorie, stigmatizzatrici e preventive che si risolve in un sostanziale vuoto di fini, ulteriormente esasperato dall'evanescenza contenutistica della combinazione delle istanze di riprovazione del reato e di prevenzione; l'art. 168-bis muove nella direzione, più che di un'alternativa alla sanzione penale, di una sanzione alternativa che comunque richiede lo svolgimento del processo, in quanto legata a una valutazione giudiziale sui contenuti del programma di servizio sociale e del lavoro di pubblica utilità; l'art. 162-ter, infine, persegue scopi di deflazione del carico giudiziario attraverso un risarcimento che vale non come sanzione alternativa, ma come alternativa al processo penale.

Una riflessione autonoma merita la persona offesa, per la quale l'art. 162-ter non prevede un reale coinvolgimento, prescrivendo che il giudice deve sentire le parti e la persona offesa al solo scopo di accertare la sussistenza degli elementi costitutivi della riparazione: senza soffermarci sulle ipotesi di reati a vittime diffuse, ove l'obbligo per il giudice di convocare tutte le persone offese sortisce effetti opposti alla deflazione del carico giudiziario, è dunque irrilevante che la vittima si dichiari soddisfatta o insoddisfatta dell'esito processuale e che ritenga congruo o no il risarcimento, giacché il meccanismo regolato dall'art. 162-ter non prevede alcun dialogo costruttivo fra persona offesa e imputato²². Risulta

²¹ L'omessa specificazione, nell'art. 35, dell'integralità della riparazione è fonte di dispute interpretative. La giurisprudenza prevalente ritiene necessaria la congruità della somma offerta a titolo di risarcimento, alla luce dei canoni dell'integralità e dell'effettività, talvolta assumendo come riferimento l'art. 62 n. 6, che richiede gli stessi parametri sia pur riconoscendo una semplice attenuazione della pena (per tutte Cass., sez. IV, 25 ottobre 2011, n. 38707; Id., sez. V, 7 novembre 2011, n. 40096, entrambe annotate da BIANCHI, *Incertezze giurisprudenziali sull'estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 341 ss.); questa soluzione, nella sua rigidità, appare però assai lontana dalla logica conciliativa (per tutti TURCHETTI, sub art. 35 d.lgs. n. 274/2000, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini-Gatta, Wolters Kluwer, 2015⁴, III, 2956 s.).

²² Sul punto, tra gli altri, DEMURO, *L'incerta parabola della riparazione del danno nel sistema penale*, in *La pena, ancora*, cit., II, 712 s.; PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro?*, cit., 54; PELISSE-RO, *La politica penale delle interpolazioni*, cit., 63; PERINI, *Condotte riparatorie*, cit., 1278. Esula dalle competenze di chi scrive il problema se la sentenza dichiarativa dell'estinzione a seguito di risarcimento, come ritenuto da Cass., sez. un., 23 aprile 2015, n. 33864, a proposito dell'art. 35 d.lgs. n.

così chiara la distanza intercorrente fra la norma in esame e la giustizia riparativa in senso stretto: questa ha come obiettivo una riconciliazione tra offensore e offeso, che porta o può portare con sé l'inutilità della pena, quella persegue obiettivi differenti e incentrati sul versante dell'imputato, essendo le ragioni della persona offesa considerate solo sul piano risarcitorio. In sostanza, malgrado l'art. 162-ter evochi espressamente il concetto di riparazione o di condotte riparatorie, la giustizia riparativa è ben altra cosa²³.

La sfasatura concettuale ora posta in rilievo può farsi peraltro risalire alle origini storiche della norma in commento. Il *Gruppo di studio per elaborare una proposta di revisione del sistema penale attraverso l'introduzione di norme di depenalizzazione*, che sotto la direzione del prof. Fiorella aveva concluso i propri lavori nell'aprile 2013, prevedeva infatti un art. 162-ter con una formulazione quasi coincidente con la norma vigente; nel § 10 la relazione affermava che l'"Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie" (così era rubricata la nuova fattispecie) "permette di affiancare all'istanza deflattiva il rafforzamento dell'idea della cd. giustizia riparativa, con l'attribuzione al procedimento di una funzione conciliativa tra autore e vittima del reato"²⁴. Una giustizia riparativa pri-

274 del 2000, valga solo all'interno del meccanismo congegnato dall'art. 162-ter e quindi non riveste autorità di giudicato nel giudizio civile per le restituzioni o il risarcimento. In argomento QUATROCIOLO, *Condotte post factum*, cit., 277 ss., che evidenzia come al giudice penale sia fatto carico di pronunciarsi sulla congruità del risarcimento prima dell'apertura del dibattimento, cioè senza conoscere, specie nei casi di mancata costituzione della parte civile, i fatti oggetto di imputazione, la consistenza dei danni cagionati dall'imputato e l'adeguatezza della sua condotta risarcitoria; più in generale, l'A. conclude le proprie riflessioni sottolineando la situazione deteriore che deriva alla persona offesa dalla disciplina dell'art. 162-ter (*ivi*, 292 s.).

²³ In questa prospettiva, ampiamente, DEMURO, *L'incerta parabola*, cit., 712 ss.; GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 7 ss.; MANNOZZI, *Pena commisurata, pena patteggiata, pena da eseguire: il contributo reale e potenziale della giustizia riparativa*, in *La pena, ancora*, cit., II, 607 ss.; MATTEVI, *Una giustizia più riparativa*, Editoriale Scientifica, 2017, 99 ss., 505 ss.; MURRO, *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, cit., 6 ss.; PERINI, *Condotte riparatorie*, cit., 1276 ss.; EAD., *Primi ripensamenti del legislatore sull'art. 162-ter c.p.: la conferma di una norma con valenza simbolica*, in *Leg. pen.*, 8 gennaio 2018, 12 ss.; PIERGALLINI, *Pene 'private' e prevenzione penale: antitesi o sincrasi?*, in *La pena, ancora*, cit., II, 638 s.; SEMINARA, *Riflessioni sulla «riparazione» come sanzione civile e come causa estintiva del reato*, *ivi*, 566 ss.; VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Jovene, 2015, 281 ss. Per una netta separazione tra la riparazione del reato e la giustizia riparativa (ovvero tra la procedura riparativa e la procedura di mediazione penale) vd. pure EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1316 ss. Sulla giustizia riparativa esiste già una bibliografia sterminata: sia consentito qui un rinvio al saggio collettaneo *Giustizia riparativa*, a cura di Mannozi-Lodigiani, il Mulino, 2015, passim e a MANNOZZI - LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, 2017, 217 ss.

²⁴ Analogamente FERRANTI, *Giustizia riparativa e stalking*, cit., 2, che in relazione alla norma in esame impiega indifferentemente i concetti di riparazione, risarcimento e "dialogo costruttivo e di riconciliazione tra autore e vittima del reato"; nonché SQUILLACI, *Le moderne cause di non punibilità "sussequente" nel sistema penale*, Editoriale Scientifica, 2016, 185 ss.

va di mediazione, destinata ad esaurirsi nel risarcimento o nella restituzione, appare tuttavia spoglia dei suoi requisiti più peculiari in una prospettiva realmente conciliativa: più corretta appariva dunque la scelta operata dalla commissione ministeriale presieduta dal prof. Palazzo, che nel suo *Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale*, consegnato nel dicembre 2013, nei §§ 39 ss. distingueva tra condotte riparatorie e meccanismi di mediazione-conciliazione, circoscrivendo la loro rispettiva operatività a determinati settori di materia e a specifici reati. In particolare, per quanto riguarda le condotte riparatorie, si proponeva di graduare i vantaggi per l'autore del reato "in ragione dei due parametri fondamentali costituiti dalla gravità del reato e dal grado di prossimità al reato della condotta riparatrice", modulando gli effetti della riparazione come causa estintiva o di sostituzione della pena con altra meno grave o come semplice circostanza attenuante²⁵.

3.1. Il fondamento dell'art. 162-ter c.p. Osservazioni critiche

Attraverso l'art. 162-ter il potere del querelante, in ordine all'attivazione del procedimento penale e alla sua conclusione mediante remissione della querela, viene affiancato dal potere del querelato di estinguere il reato mediante il risarcimento.

Questo accostamento di poteri può rivelarsi superfluo in caso di coincidenza fra gli interessi del querelato e del querelante, il quale abbia agito in giudizio per ottenere un risarcimento dei danni in misura corrispondente a quanto liquidatogli dall'imputato: in tal caso, l'estinzione del reato per condotte riparatorie costituisce una mera variante, in tutto equivalente, della remissione della querela. Come però dimostra l'espressa previsione dell'offerta reale di cui all'art. 1208 c.c. all'interno dell'art. 162-ter, l'istituto della riparazione appare soprattutto mirato verso i casi in cui il querelante ritenga inadeguata la somma proposta o voglia comunque insistere nell'azione penale e nondimeno il risarcimento offertogli sia ritenuto congruo dal giudice. Nella situazione delineata è certo fondata la notazione che l'art. 162-ter realizza "il limitato ma apprezzabile risultato di sottrarre l'effetto estintivo della remissione al mercanteggiamento tra le parti private per affidarlo interamente al giudice, neutralizzando così eventuali caparbità della

²⁵ Una diversa e autonoma posizione è quella di DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Giustizia riparativa*, cit., 135 ss., fondata su una giustizia riparativa "laica" e per tale motivo "processualizzabile" (*ivi*, 136 nota 2), ove il risarcimento e la riparazione stanno alla base di un "delitto riparato" caratterizzato da una cornice edittale per un verso autonoma e fortemente ridotta rispetto a quella ordinaria, "anche oltre il livello sanzionatorio del tentativo", per altro verso concepita in funzione della riparabilità dell'offesa e tale da incentivarla (*ivi*, 145 ss.).

persona offesa”²⁶; tuttavia, anche a non soffermarci sulla potenziale contraddittorietà fra l’attribuzione alla vittima della disponibilità dell’azione penale e il contestuale riconoscimento al querelato del potere di estinguere il reato mediante il risarcimento²⁷, occorre riconoscere che, in caso di contrasto fra le parti, lungi dal mirare a una loro conciliazione l’istituto in esame cristallizza il ruolo del reo come antagonista di una vittima tacitata, contro la sua volontà, attraverso una somma di denaro. E a questo punto, pure a non insistere sui potenziali effetti criminogeni connessi a meccanismi estintivi del reato semplicemente legati al risarcimento del danno, diviene chiaro come al fondo dell’art. 162-ter stia l’assunto, fermo e immutabile, che in tutti i reati perseguibili a querela la pretesa punitiva della persona offesa rileva solo alla luce della sottesa richiesta risarcitoria, il cui soddisfacimento pone termine al procedimento²⁸.

Questa costruzione si espone a due motivi di critica.

Il primo è che essa, procedendo da un’ideale sovrapposizione tra querelante-persona offesa e parte civile costituita in giudizio, in generale svuota di contenuto i reati perseguibili a querela e, ammettendone l’estinzione mediante il risarcimento, opera una loro assimilazione ai fatti illeciti di cui all’art. 2043 c.c., dai quali i primi ora si distinguono solo attraverso il presidio della sanzione penale per il caso di inadempimento dell’obbligo risarcitorio, qualora venga esercitato il diritto di querela.

La seconda critica trae spunto proprio da questo ribaltamento della risalente concezione che prevedeva il carcere per il debitore fallito²⁹ e che viene oggi sostituita da una visione pragmatica al contrario diretta a consentire all’imputato di evitare il carcere monetizzando il reato commesso. Anche senza soffermarci sull’inevitabile disparità, accentuata dal requisito dell’integralità del risarcimento, così determinatasi tra gli imputati a seconda della loro disponibilità economica³⁰,

²⁶ Così PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro?*, cit., 54. Conf. DOVA, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Giappichelli, 2017, 92.

²⁷ In questo senso PERINI, *Condotte riparatorie*, cit., 1279.

²⁸ Sul punto PIERGALLINI, *Pene ‘private’ e prevenzione penale*, cit., 640 s.; nonché SEMINARA, *Riflessioni*, cit., 571 s.

²⁹ Sul punto è sufficiente citare BECCARIA, che nel *Dei delitti e delle pene* sottolineava la necessità di distinguere “il fallito doloso dal fallito innocente” (§ XXXIV) e tuttavia solo nella V edizione, del 1766, rispetto al “fallito innocente” avrebbe negato giustificazione alla privazione della sua libertà (nelle precedenti stesure dell’opera si ammetteva invece che il debitore “dovrebbe esser custodito come pegno dei suoi debiti ovvero adoperato nelle opere sue in sconto”), osservando in una struggente nota: “Ho vergogna di avere scritto così. Son stato accusato d’irreligione, e non lo meritava. Sono stato accusato di sedizione, e non lo meritava. Ho offeso i diritti della umanità, e nessuno me ne ha fatto rimprovero”.

³⁰ Il problema è stato sollevato, in riferimento all’art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000, tra gli altri da BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 183. Rispetto all’art. 162-ter conf. GRANDI, *L’estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 21; PERINI, *L’estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 240.

il problema concerne per un verso l'automatismo che connota l'operatività dell'art. 162-ter, nel segno di un'assoluta indifferenza per la vittima del reato e dell'irrelevanza di ulteriori condotte che abbiano almeno la parvenza di uno sforzo conciliativo da parte del reo; per altro verso, richiamando quanto prima si osservava in ordine alla selezione legislativa dei reati perseguibili a querela, la totale carenza di contenuti valoriali connessi al meccanismo estintivo, sia nei presupposti che nel concreto funzionamento.

Forse è per sfuggire a tale conclusione che la rubrica e il testo dell'art. 162-ter evocano il concetto di riparazione, che certo appare più suggestivo di quello di risarcimento. Ma alla realtà dei fatti non ci si può sottrarre: l'art. 162-ter garantisce l'impunità a chi, fin dall'inizio, sa di potersi sottrarre alla sanzione semplicemente attraverso il risarcimento o la restituzione e, al contrario, nega alla vittima-persona offesa il diritto di insistere nella pretesa punitiva a fronte dell'offerta di una somma ritenuta congrua dal giudice. La distanza tra giustizia riparativa e art. 162-ter emerge comunque, con tinte quasi paradossali, attraverso il rilievo che nella prima, come in ogni ipotesi di remissione, il querelante può anche rinunciare al risarcimento, mentre nell'estinzione mediante condotte riparatorie il giudice è tenuto ad accertare l'effettività e l'integralità del risarcimento, con l'obbligo di ignorare – come avviene anche per l'applicazione della circostanza di cui all'art. 62 n. 6³¹ – eventuali dichiarazioni liberatorie o soddisfattive della persona offesa.

A conclusione di questa riflessione è opportuno accennare a un ulteriore motivo di perplessità ingenerato dall'art. 162-ter, consistente nella sperequazione che ne deriva tra reati consumati e tentati.

È ammissibile nel caso di tentativo una causa estintiva legata, nell'impossibilità delle restituzioni, al risarcimento? Se per il reato consumato è razionalmente sostenibile che l'entità del risarcimento si fondi oggettivamente sul danno cagionato, il medesimo assunto non può trovare applicazione rispetto al delitto tentato, soprattutto quando l'assenza di un danno dovrebbe condurre a un'automatica estinzione del reato, contestuale alla sua integrazione³².

³¹ Il parallelismo con l'art. 62 n. 6 verrebbe così giustificato dal rilievo che, in esso come nell'estinzione per condotte riparatorie, il risarcimento del danno, nella sua integralità, assume valore di "prova tangibile dell'avvenuto ravvedimento del reo e quindi della sua minore pericolosità sociale": da ult., in relazione alla circostanza attenuante, Cass., sez. III, 13 aprile 2017, n. 18483; Id., sez. V, 4 novembre 2015, n. 44562. Si tratta però di un assunto tralatizio, già respinto da Corte cost., 23 aprile 1998, n. 138, secondo cui "il fatto che il risarcimento debba essere integrale e che non sia quindi ammessa una riparazione parziale è, al contrario, indice non solo della irrilevanza degli stati psicologici o dell'atteggiamento interiore del reo, ma del preminente risalto che si intende dare alla figura della persona offesa e all'esigenza che il pregiudizio da questa subito a causa del comportamento criminoso del colpevole sia interamente ristorato".

³² Come è noto, la consolidata giurisprudenza afferma che "non è applicabile al tentativo, ed in particolare al tentativo di furto, l'attenuante della riparazione del danno, poiché questa presuppone la consumazione del reato e l'esistenza di un danno conseguente alla sottrazione della cosa"

Qui, come si vede, si pone una rigida alternativa tra l'irrazionalità di una causa estintiva destinata a operare solo per i reati consumati, con esclusione di quelli tentati che pur sono meno gravi, e l'assurdità di una causa estintiva operante per i delitti tentati in assenza di qualsiasi contenuto prescrittivo e, dunque, destinata a operare in funzione depenalizzante. Va da sé che, una volta escluso il tentativo dall'art. 162-ter, suona quasi beffarda la riduzione della pena prevista dall'art. 56 comma 4 c.p. per il caso di impedimento dell'evento, quando il risarcimento del danno cagionato vale invece da causa estintiva per il reato consumato³³.

4. Sono questi i nuovi orizzonti del diritto penale?

L'attuale sistema punitivo, alla luce delle più recenti riforme, offre all'imputato per reati medio-bassi un ventaglio di soluzioni processuali talmente ampio da trasformarsi in un vero e proprio ingorgo di differenti strategie: al di là della scelta del rito e del meccanismo dell'oblazione (art. 162-bis), si pensi solo all'applicabilità degli artt. 131-bis, 162-ter, 168-bis e, per i reati di competenza del giudice di pace, dell'art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000. Tale ingorgo risulta in parte dipanato – ma, sul piano concettuale, ulteriormente aggrovigliato – dalla recente decisione delle Sezioni Unite che ha escluso l'applicabilità dell'art. 131-bis nel giudizio di pace a causa della sostanziale autonomia di quest'ultimo, così evitando un conflitto e al tempo stesso legittimando però l'incoerenza di una soluzione estintiva più onerosa per reati meno gravi³⁴.

In un siffatto contesto dovrebbe ritenersi da un lato la pari estraneità del ri-

(da ult. Cass., sez. IV, 21 dicembre 2011, n. 47500). In materia di reati di pericolo, analogamente si ritiene rispetto all'art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000, a causa dell'assenza in astratto di un danno risarcibile ovvero dell'impossibilità di considerare la riparazione come un *actus contrarius* alla condotta incriminata: da ult. Cass., sez. IV, 4 novembre 2008, n. 10486; Id., sez. III, 14 ottobre 2008, n. 46199; Id., sez. IV, 26 ottobre 2007, n. 39563. Il problema ora in esame, con qualche riferimento storico, era stato da me trattato in *Riflessioni*, cit., 576 s.

³³ Il problema, se non può essere superato da una riparazione intesa come restituzione o risarcimento, può invece trovare soluzione all'interno di una concezione della giustizia riparativa fondata sull'esito positivo della mediazione; ammettendo un modello di sperimentazione, limitato ai reati meno gravi, di "mediazione «pura» ossia senza riparazione materiale", non v'è però necessità di rispondere positivamente all'interrogativo sollevato da GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, 2006, II, 357: "che senso ha mantenere la punibilità per reati tentati che nella (più grave) forma consumata sono suscettibili di riparazione? Non sarebbe meglio in questi casi derogare all'operatività dell'art. 56 c.p. (...)?"

³⁴ Cass., sez. un., 28 novembre 2017, n. 53683. Con varietà di accenti CELOTTO, *Art. 131-bis c.p. e art. 34 d.lgs. 274/2000 a confronto: un rapporto di necessaria compatibilità*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 5, 111 ss.; MATTEVI, *Una giustizia più riparativa*, cit., 423 ss.; QUATTROCOLO, *Condotte post factum*, 270 ss. Da non trascurare, sotto questo profilo, la proposta abrogativa dell'art. 35 avanzata da MURRO, *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, cit., 185 s.

sarcimento riparatorio ai procedimenti dinanzi al giudice di pace³⁵, ovviamente nella consapevolezza della forte limitazione che ne consegue per la generale operatività dell'art. 162-ter, e dall'altro la convergenza applicativa degli artt. 131-bis, 162-ter e 168-bis, ciascuno con una propria disciplina supportata da distinte visioni della funzione della pena e dei rapporti tra imputato e persona offesa.

La necessità di un intervento del legislatore, diretto a restituire razionalità a un sistema in realtà carente proprio di sistematicità, emerge pure sotto un ulteriore profilo.

Si è rilevato in precedenza come l'ampliamento dei reati perseguibili a querela sia avvenuto in assenza di preoccupazioni per il disvalore di condotta, confusamente assimilando illeciti contro la persona e il patrimonio in funzione del livello massimo della pena edittale e dell'assenza di una situazione di minorata difesa della vittima o di un danno economico rilevante. A fronte di così modesti requisiti selettivi, ritenuti in grado di fondare una depenalizzazione di fatto attraverso la procedibilità a querela, ci si può chiedere quali diversi criteri abbiano ispirato le depenalizzazioni di diritto operate con il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8³⁶ e le abrogazioni con contestuale introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili di cui al d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7; ma il problema più grave e pressante appare ora un altro.

Ponendo a confronto i reati perseguibili a querela e gli illeciti civili sottoposti a sanzioni pecuniarie risultanti dalla recente depenalizzazione, le rispettive discipline, per quanto ispirate da un generale modello di privatizzazione della tutela, dovrebbero evidenziare per ovvie ragioni una maggiore gravità di quelli rispetto a questi. Tuttavia, mentre i reati perseguibili a querela sono estinti dal tempestivo risarcimento del danno, il cui ammontare resta invariato anche in presenza di più coimputati concorrenti³⁷, i fatti dolosi previsti dall'art. 4 d.lgs. n. 7 del 2016 ob-

³⁵ Tra gli altri GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 16 s.; PERINI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 259. Vd. pure, sul punto, Cass., sez. un., 28 novembre 2017, n. 53683.

³⁶ L'individuazione dei reati da depenalizzare era stata operata dalla l. del 28 aprile 2014, n. 67, in base a un criterio nominativo e a uno cieco: sul punto MANNOZZI, *Il «legno storto» del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 784 s.; PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1715 ss. Sul d.lgs. n. 8 del 2016, per tutti, GARGANI, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 578 ss.

³⁷ Si apre a questo proposito un delicato problema, giacché l'omessa previsione nell'art. 162-ter di una deroga al rigido disposto dell'art. 182 (vd. però art. 155 comma 2) parrebbe riferire la causa estintiva solo a chi, tra gli imputati, abbia partecipato al risarcimento (così GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 23; MURRO, *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, cit., 48). Una volta ammesso che l'art. 162-ter rinviene il proprio fondamento nella riparazione integrale del danno, che a sua volta esclude ogni forma di arricchimento della persona offesa (da considerarsi ingiustificato ovvero surrettiziamente punitivo nei confronti dei rei e quindi in vio-

bligano non solo alle restituzioni e al risarcimento del danno secondo le leggi civili, ma anche al pagamento di una sanzione pecuniaria civile, in favore della Cassa delle ammende, il cui importo oscilla tra cento e ottomila euro ovvero tra duecento e dodicimila euro, a carico di ciascun concorrente nel reato e sotto il più rigoroso regime della prescrizione di cui all'art. 2943 c.c.³⁸.

Non è qui possibile cercare anche solo di tracciare le coordinate di questo nuovo settore non più penale e neppure amministrativo³⁹, nondimeno sottoposto a sanzioni pecuniarie, anche di significativo importo, che dimostrano la persistenza di una meritevolezza di pena affidata non al giudice di pace ma al giudice civile competente a conoscere dell'azione di risarcimento del danno. Allo stesso modo non è questa la sede opportuna per riflettere sulla ricchezza di significati acquisita dalla nozione di risarcimento del danno, che nell'art. 162-ter e nei nuovi illeciti civili sanzionati è stata assunta nella tradizionale funzione restaurativa della sfera patrimoniale violata, mentre nuovi e suggestivi orizzonti – recentemente dischiusi dalla giurisprudenza – le attribuiscono ulteriori accezioni, “tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva”⁴⁰.

In ogni caso, appare doveroso rilevare per un verso il paradosso di una sanzione afflittiva caratterizzante illeciti per ragioni valoriali ritenuti estranei al diritto penale in contrapposizione ad altri illeciti cui viene invece mantenuto lo stigma penale, ma se ne ammette l'estinzione attraverso il mero risarcimento del danno; per altro verso, la precarietà di una così complessa costruzione a fronte dei nuovi sviluppi dell'istituto del risarcimento del danno.

Sono tempi, questi, di grande confusione e la legislatura appena conclusa vi ha contribuito fortemente. Purtroppo, non è facile nutrire fiducia nel prossimo futuro.

lazione dell'art. 25 cpv. Cost.), sembra però preferibile un'applicazione oggettiva della causa estintiva, nei confronti di tutti gli imputati.

³⁸ Puntuali approfondimenti in GARGANI, *La depenalizzazione bipolare*, cit., 594 ss.; PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme*, cit., 1718 ss.; PIERGALLINI, *Pene 'private'*, cit., 642 ss.

³⁹ Nel senso di considerare tali sanzioni come una variante di quelle amministrative, alla luce dell'individuazione del beneficiario nello Stato, MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Giappichelli, 2017, 152; vd. anche GULLO, *La depenalizzazione in astratto tra vecchi e nuovi paradigmi. Un'analisi dei decreti legislativi 7 e 8 del 15.1.2016*, in *Leg. pen.*, 29 luglio 2016, 43 ss.; MARTINI, *L'avvento delle sanzioni pecuniarie civili. Il diritto penale tra evoluzione e mutazione*, *ivi*, 28 settembre 2016, 3 ss.

⁴⁰ Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601; vd. pure Id., sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100. Nella prospettiva penalistica, da ult., ROMANO, *Pene pecuniarie*, cit., 507 ss.; nonché BARBIERI, *Il risarcimento come pena?*, in *La pena, ancora*, cit., II, 829 ss.

Il punto su...
La corruzione tra privati

FRANCESCO MACRÌ

LA CORRUZIONE TRA PRIVATI (ART. 2635 C.C.):
I RECENTI RITOCCHI DELLA LEGGE “SPAZZACORROTTI”
(L. N. 3/2019) E I PROBLEMI DI FONDO DELLA DISCIPLINA ITALIANA
ALLA LUCE DELL’ESPERIENZA COMPARATISTICA

SOMMARIO: Introduzione. – 1. Corruzione tra privati e possibili modelli di tutela penale. – 2. Il contrasto penale alla corruzione privata nel diritto internazionale ed europeo. – 3. La disciplina italiana degli artt. 2635 e 2635-*bis* c.c. – 3.1. Il novellato testo dell’art. 2635 c.c.: un incisivo passo in avanti verso l’adozione del modello “pubblicistico” di tutela? – 3.2. La fattispecie di “Istigazione alla corruzione tra privati” (art. 2635-*bis* c.c.), le pene previste, e le sanzioni per gli enti giuridici. – 3.3. Il regime di procedibilità a seguito della legge “spazzacorrotti” (l. n. 3/2019). – 3.4. Il (non) impatto giurisprudenziale del delitto *ex art.* 2635 c.c., e la recente sentenza 24/1/2018 n. 100 del Tribunale di Ancona. – 4. Il *Bribery Act (BA)* inglese del 2010. – 4.1. Quadro generale delle principali previsioni del BA 2010. – 4.2. L’equiparazione della corruzione pubblica e di quella privata. – 4.3. Le scelte di tipizzazione relative alle *offences* concernenti le condotte di corruzione attiva e di corruzione passiva (secs. 1-5). – 4.4. Le sanzioni applicabili alle persone fisiche, e le linee guida in materia di commisurazione della pena (“*sentencing guidelines*”) in vigore dal 1° ottobre 2014. – 4.5. La *offence* di cui alla sec. 7: “*Failure of Commercial Organisations to Prevent Bribery*”, e le sanzioni previste per le persone giuridiche. – 4.6. Considerazioni conclusive sulle opzioni di incriminazione adottate nel BA 2010. – 4.7. L’implementazione giurisprudenziale del BA negli anni 2011-2018, e l’impatto dell’istituto del “Rinvio concordato dell’esercizio dell’azione penale” (“*Deferred Prosecution Agreement*”, introdotto nel 2014). – 5. La *Corrupción en los negocios* di cui agli artt. 286-*bis* / 286-*quater* del *codigo penal* spagnolo – 5.1. La disciplina originaria del 2010. – 5.2. Le modifiche introdotte con la riforma del 2015. – 5.3. La normativa vigente: il novero dei soggetti attivi contemplati, e l’esclusione degli enti non commerciali. – 5.4. Segue: la condotta tipica tra tutela della concorrenza e “modello lealístico”. – Conclusioni.

Introduzione

La tematica del contrasto penale al fenomeno della corruzione tra privati è ormai da anni al centro del dibattito penalistico italiano¹, sebbene la fattispecie

¹ Al riguardo, *ex plurimis*, v. R. BARTOLI, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, p. 5 ss.; A.L. CLERICI, *La corruzione tra privati*, Milano, 2017, p. 1 ss.; A. DI MARTINO, *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, in AA.VV. (a cura di G. MATTARELLA e S. PELLISSERO), *La legge anticorruzione*, Torino, 2013, p. 355 ss.; G. FORTI, “*Paradigmi distributivi*” e scelte di tutela nella riforma penale-societaria. Un’analisi

criminosa di cui all'art. 2635 c.c. sia stata sostanzialmente ignorata nella prassi applicativa delle aule giudiziarie.

Al riguardo, l'indubbiamente "dinamica" storia normativa del delitto *de quo* si è recentemente arricchita di un nuovo capitolo legislativo, a seguito dell'entrata in vigore della l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. "legge spazzacorrotti")², la quale ha introdotto il regime di procedibilità d'ufficio – precedentemente previsto solo in caso di "distorsione della concorrenza" – per tutte le ipotesi criminose di cui agli artt. 2635 e 2635 *bis* c.c.

La modifica in questione è senz'altro condivisibile, visto che la procedibilità a querela (che rappresentava in precedenza la regola) era da molti anni oggetto di critiche da parte di osservatori internazionali e della prevalente dottrina, sottolineandose – come si vedrà – innanzitutto l'evidente incompatibilità con un modello pubblicistico di incriminazione della corruzione privata³, ma altresì la non funzionalità rispetto ad un modello privatistico (incentrato sulla tutela degli interessi aziendali)⁴.

La novella legislativa del 2019, precipuamente incentrata su modifiche alla disciplina penale della corruzione pubblica (e altresì della prescrizione), non è stata comunque caratterizzata dalla medesima incisività di cui alla precedente riforma normativa operata dal d.lgs. 15 marzo 2017, n. 38, anteriormente alla

critica, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1615 ss.; E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Torino, 2018, p. 1 ss.; ID., *Verso una nuova riforma della "corruzione tra privati": dal modello "patrimonialistico" a quello "lealistico"*, in *Dir. pen. cont.*, 23 dicembre 2016, p. 1 ss.; V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012; S. SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, p. 713 ss.

² Il titolo formale è "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici". Al riguardo v., in dottrina, tra i primi commenti, G. FLORA, *La nuova riforma dei delitti di corruzione: verso la corruzione del sistema penale?*, in AA.VV. (a cura di G. FLORA e A. MARANDOLA), *La nuova disciplina dei delitti di corruzione*, Pisa, 2019, p. 3 ss.; G.L. GATTA, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2019, p. 1 ss.; ID., *Riforme della corruzione e della prescrizione del reato: il punto sulla situazione, in attesa dell'imminente approvazione definitiva*, in *Dir. pen. cont.*, 17 dicembre 2018, p. 1 ss. A. PAOLETTI, *Legge "spazza corrotti": prime riflessioni sui nuovi delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *www.diritto.it*, 7 gennaio 2019, p. 1 ss.; P. SCEVI, *Riflessioni sul ricorso all'agente sotto copertura quale strumento di accertamento dei reati di corruzione*, in *Arch. Pen.*, fasc. 1/2019 (web), p. 1 ss.; M.C. UBIALI, *Le disposizioni extra-penali della legge c.d. Spazza-corrotti: trasparenza e finanziamento dei partiti politici e norme sulla regolamentazione delle fondazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2019, p. 1 ss.

³ Alla trattazione dei suddetti modelli sarà dedicato specificamente il paragrafo successivo al presente.

⁴ In relazione ad esempio alle problematiche correlate all'esercizio del diritto di querela nel caso in cui il reato sia commesso da uno dei soggetti interni deputati all'amministrazione dell'ente: al riguardo, comunque, si rimanda *infra* alla trattazione specifica concernente il regime di procedibilità del reato di cui all'art. 2635 c.c.

quale fondamentali tappe dell'evoluzione legislativa in materia sono state:

- 2002: l'innovativa introduzione della previsione criminosa, nell'art. 2635 c.c., ad opera del d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61;
- 2012: il profondo intervento di modifica normativa della succitata disposizione da parte della l. 6 novembre 2012, n. 190;
- 2016: l'aggiunta all'art. 2635 c.c. di un ulteriore comma, in materia di confisca, per mezzo del d. lgs. 29 ottobre 2016, n. 202.

1. *Corruzione tra privati e possibili modelli di tutela penale*

Negli ultimi decenni si è diffusa sempre di più nella comunità penalistica internazionale l'opinione che, accanto alle tradizionali condotte ascrivibili all'alveo della corruzione "pubblica", anche i comportamenti corruttivi nel settore privato siano caratterizzati, pur con la necessità di operare scelte di incriminazione selettive, da un disvalore tale da giustificare la loro rilevanza penale.

Le condotte in questione, peraltro, pur connotate da una spiccata eterogeneità, sono state racchiuse da autorevole dottrina in due distinte categorie differenziate dalla divergente caratterizzazione criminologica, categorie elaborate tenendo presente che – pur se come vedremo le recenti tendenze dei legislatori europei siano nel senso di criminalizzare le condotte corruttive private anche al di fuori dell'ambito delle società commerciali – la stragrande maggioranza dei comportamenti corruttivi privati avvengano nell'ambito di aziende o imprese con finalità commerciali, e dunque con riferimento a tale ultimo contesto⁵:

1) Corruzione del concorrente, la quale di regola coinvolge i soggetti apicali delle compagini societarie ed aziendali, e implica la perpetrazione di condotte "infedeli" e produttive di conseguenze pregiudizievoli alla propria impresa – variamente configurabili – da parte dell'*intraneus* corrotto il quale, in cambio di un corrispettivo per sé o per altri, agisce in tale ipotesi a vantaggio di un'azienda concorrente⁶;

2) Corruzione del fornitore, che invece coinvolge di regola soggetti non collocati al vertice dell'organigramma dell'ente, le cui condotte – pur anch'esse qualificabili come "infedeli" – non sempre cagionano effetti economicamente pregiudizievoli all'impresa. Tali episodi corruttivi, di converso, sovente ledono economicamente due ulteriori categorie di soggetti portatori di interessi meritevoli di tutela, e cioè da un lato le imprese concorrenti pregiudicate

⁵ In tal senso R. BARTOLI, *Corruzione tra privati*, in AA.VV. (a cura di B. Mattarella e M. Pellissero), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 435 ss.; M. BELLACOSA, *Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali*, Milano, 2006, p. 259.

⁶ R. BARTOLI, *Corruzione tra privati*, cit., p. 436.

dall'accordo corruttivo, e dall'altro i consumatori (intesi come i destinatari dei prodotti o dei servizi erogati dall'impresa "corrotta")⁷.

In sostanziale corrispondenza alle caratteristiche criminologiche del fenomeno *de quo*, i due principali modelli di tutela penalistica nei confronti dei comportamenti corruttivi nel settore extra-pubblico, emersi nelle legislazioni penali che hanno approntato norme incriminatrici al riguardo, sono senz'altro i seguenti:

A) Modello privatistico, nel quale i beni giuridici salvaguardati sono di natura eminentemente individuale, con norme incriminatrici in cui la rilevanza penale è incentrata sulla lesione – o più spesso sulla mera messa in pericolo – del patrimonio dell'ente (paradigma "patrimonialistico"), e/o del dovere di fedeltà del dirigente/dipendente nei confronti dell'ente (paradigma "lealístico")⁸.

B) Modello pubblicistico, nel quale i beni giuridici tutelati sono invece essenzialmente spettanti a soggetti esterni alle compagini aziendali lese nel patrimonio e/o nell'aspettativa di lealtà dalle condotte dei propri funzionari, e tali da coincidere con la libera concorrenza, gli interessi dei consumatori, la stabilità del mercato economico ecc.⁹. La rilevanza pubblicistica che possono assumere per l'ordinamento talune condotte di corruzione tra privati, peraltro, è

⁷ R. BARTOLI, *Corruzione tra privati*, cit., p. 436, il quale condivisibilmente sottolinea al riguardo come «si deve considerare che, a differenza di quanto accade per la corruzione del concorrente, rispetto alla corruzione del fornitore l'impresa non solo può tollerare tale fenomeno, ma, traendone vantaggio, può addirittura favorirlo sulla base di una consapevole politica d'impresa; inoltre, anche là dove il patto corruttivo non sia tollerato perchè costringe a sopportare costi di una decisione economicamente irrazionale, tuttavia l'impresa dispone di mezzi che le consentano di "ammortizzare" gli eventuali effetti negativi derivanti dalla corruzione».

⁸ E. LA ROSA, *La repressione penale della "corruzione privata"*. *Punti fermi e questioni aperte*, Messina, 2011, p. 19 ss., il quale specifica ulteriormente, relativamente al modello privatistico "lealístico", come «in realtà tale modalità di intervento penale può essere declinata in una duplice accezione: a) oggettiva (*deeds-loyalty*), cioè come violazione del dovere del lavoratore di perseguire il miglior interesse del datore di lavoro; b) soggettiva (*reasons-loyalty*), ovvero come violazione del dovere di conformare la propria attività lavorativa alle indicazioni e agli obiettivi (soggettivi) del datore di lavoro».

⁹ Diversa è la classificazione accolta da A. SPENA, *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 c.c.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 701 ss., il quale distingue tra: 1) modello patrimonialistico; 2) modello lealístico-fiduciario; 3) modello della concorrenza. Relativamente a quest'ultimo, sostanzialmente corrispondente al modello in questa sede definito "pubblicistico", e alla centralità della tutela della libera concorrenza, l'illustre Autore rileva come quest'ultima «può venire in rilievo ora in una prospettiva micro-economica, in quanto funzionale alla salvaguardia di interessi ulteriori facenti capo ad individui o collettività di individui (ossia: la libertà di iniziativa economica degli imprenditori in concorrenza tra loro e la libertà di scelta dei consumatori); ora in una prospettiva macro-economica, e dunque in quanto bene finale: dove ad essere tutelato non è il beneficio che gli imprenditori o i consumatori ricavano dalla concorrenzialità di un certo settore di mercato, ma piuttosto l'interesse generale alla concorrenzialità del mercato in quanto tale, quale condizione di efficienza del mercato stesso e di crescita dell'economia nazionale e comunitaria».

“plasticamente” evidente in quei sistemi penali – come quello inglese, che si tratterà più avanti – nei quali si ha una tipizzazione unitaria della corruzione privata e di quella pubblica¹⁰.

2. *Il contrasto penale alla corruzione privata nel diritto internazionale ed europeo*

Il fenomeno della corruzione è stato oggetto, a livello sovranazionale, di una crescente attenzione da parte delle organizzazioni ed istituzioni mondiali e regionali, e tra queste ultime – per quanto in questa sede maggiormente interessa – del COE (*Council of Europe* / Consiglio d’Europa) e dell’Unione Europea.

Rinviando per approfondimenti alla corposa letteratura in materia, è opportuno menzionare sinteticamente le principali norme e principi stabiliti dai seguenti strumenti normativi:

A. La Convenzione OCSE di Parigi del 1997

Partendo dagli strumenti normativi adottati da organismi e istituzioni internazionali diversi dall’Unione Europea, viene innanzitutto in rilievo la Convenzione OCSE di Parigi sulla corruzione internazionale del 1997, firmata nella capitale francese in data 18 dicembre 1997, ed entrata in vigore in data 15 febbraio 1999¹¹.

Siffatta Convenzione, pur non contenendo norme specifiche in materia di corruzione tra privati, va menzionata in quanto sancisce obblighi di incriminazione configurati in modo tale da veicolare il fondamentale messaggio – a livello non solo di orientamento culturale/ideologico, ma anzitutto funzionale – che le pratiche corruttive non rappresentino solo un disvalore etico e, per quanto concerne soprattutto quelle pubbliche, un *vulnus* allo Stato di Diritto in sé, ma

¹⁰ E. LA ROSA, *La repressione penale della “corruzione privata”*, cit., p. 20, il quale menziona espressamente – quale ordinamento nel quale svanisce ogni distinzione legislativa tra corruzione pubblica e corruzione privata – il sistema svedese.

¹¹ “*Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions*”, firmata a Parigi il 18 dicembre 1997, ed attualmente – al novembre 2018, secondo le informazioni reperibili sul sito ufficiale www.oecd.org – ratificata da 43 Stati (alcuni, dunque, non facenti parte degli attuali 35 membri dell’OCSE). Relativamente all’Italia, la ratifica ed esecuzione è avvenuta con la l. 29 settembre 2000, n° 300 (art. 3). Per approfondimenti al riguardo v., tra i tanti, U. DRAETTA, *La nuova Convenzione OECD e la lotta alla corruzione nelle operazioni economiche internazionali*, in *Dir. comm. int.*, 1998, p. 969 ss.; G. SACERDOTI, *La Convenzione OCSE del 1997 e la sua laboriosa attuazione in Italia*, in AA.VV. (a cura di G. Sacerdoti), *Responsabilità d’impresa e strumenti internazionali anticorruzione*, Milano, 2003; V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., p. 526 ss.; J.P. PIERINI, *La corruzione passiva del pubblico ufficiale straniero*, Torino, 2016, p. 17 ss.

altresì dei gravi fattori distorcenti della competizione economica sui mercati internazionali¹².

B. La Convenzione ONU di Merida del 2003.

Passando invece all'ONU, gli sforzi in materia di contrasto alla corruzione, iniziati sin dalla metà degli anni '70¹³, hanno condotto all'adozione, da parte dell'Assemblea Generale, della Convenzione sulla lotta alla corruzione di Merida (Messico) del 31 ottobre 2003, entrata in vigore il 14 dicembre 2005¹⁴. Siffatta Convenzione accoglie una visione "a 360°" del contrasto alla corruzione, focalizzando l'attenzione 'penalistica' non solo sulle condotte di corruzione *stricto sensu* intese, ma anche su altre comunque correlate alle medesime, come quelle di peculato, malversazione ecc.¹⁵.

C. La Convenzione COE di Strasburgo del 1999.

Va poi considerata, pur se brevemente, l'azione in materia di contrasto alla corruzione intrapresa dal Consiglio d'Europa (d'ora in avanti COE – *Council of Europe*). La sua azione contro la corruzione, dispiegatasi a partire dagli anni '80, ha condotto in particolare all'istituzione, nel 1998, di un Gruppo di lavoro *ad hoc*, denominato *Group of States against Corruption* (GRECO), deputato a monitorare, mediante attività di valutazione reciproca tra i vari Stati, l'osservanza delle disposizioni del Consiglio dettate – come vedremo a breve, segnatamente dalla Convenzione COE del 1999 – ai fini del contrasto alla corruzione¹⁶.

La principale iniziativa del COE in materia di lotta al fenomeno corruttivo, però, è stata senz'altro la Convenzione di diritto penale sulla corruzione di

¹² In tal senso v. altresì V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., p. 529, il quale evidenzia come «obiettivo centrale della Convenzione OCSE, così, non è preservare l'integrità e il corretto funzionamento della pubblica amministrazione coinvolta dagli illeciti corruttivi, ma di scongiurare le distorsioni concorrenziali da essi generate, salvaguardando la correttezza delle transazioni internazionali e così anche gli interessi economici dei partecipanti alla competizione globale».

¹³ Con la risoluzione dell'Assemblea generale n. 3514/1975, intitolata "Misure contro le pratiche corruttive transnazionali".

¹⁴ *United Nations Convention Against Corruption*, adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4 nella sede principale di New York, ed aperta alla firma di tutti gli Stati dal 9 all'11 dicembre 2003 a Merida. Riguardo l'Italia, la firma è avvenuta il 9 dicembre 2003, e la ratifica ed esecuzione con l. 3 agosto 2009, n. 116.

¹⁵ Sul punto, per approfondimenti ulteriori, v. G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale: verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, Milano, 2007, p. 68 ss.; V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., p. 562 ss.; P. WEBB, *The United Nations Convention Against Corruption: Global Achievement or Missed Opportunity?*, in *Journal of International Economic Law*, 2005, p. 191 ss.

¹⁶ V. al riguardo V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., p. 486.

Strasburgo del 27 gennaio 1999, entrata in vigore il 1° luglio 2002¹⁷. Sotto il profilo del contrasto alla corruzione tra privati, lo strumento normativo internazionale in questione è particolarmente interessante, sancendo – agli artt. 7 e 8 – due obblighi di incriminazione cogenti per le parti – e sulla ottemperanza ai quali, come appena visto, è attribuita una competenza sul monitoraggio agli stessi altri Stati aggregati nel GRECO – relativi, rispettivamente, alla corruzione attiva ed a quella passiva.

D. La Decisione Quadro UE 2003/568/GAI.

Il primo strumento normativo di un certo impatto adottato dall'Unione Europea (all'epoca ancora "Comunità Europea") in materia è stata la Convenzione sulla lotta contro la corruzione nella quale siano coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri della UE, emanata il 26 maggio 1997, ed entrata in vigore il 28 settembre 2005.

Il Consiglio della UE ha poi rivolto peculiare attenzione al tema del contrasto alla corruzione nel settore privato, adottando *in primis* l'azione comune 98/754/GAI del 22 dicembre 1998, e poi la ben più "impattante" decisione quadro 2003/568/GAI del 22 luglio 2003, emanata a norma del titolo VI del trattato UE, e relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato¹⁸.

3. La disciplina prevista dagli artt. 2635 e 2635-bis c.c.

Come si è visto nelle precedenti pagine, tra la fine degli anni '90 del secolo scorso ed i primi anni dell'attuale, l'Italia ha assunto importanti obbligazioni inserite in strumenti normativi sovranazionali con riferimento al contrasto al

¹⁷ *Criminal Law Convention on Corruption – Treaty n. 173*, aperto alle firme a Strasburgo in data 27 gennaio 1999, ed entrata in vigore il 1° luglio 2002. Al novembre 2018, la Convenzione è stata ratificata da 48 Stati, e cioè tutti i 47 membri del COE, più la Bielorussia. Per maggiori informazioni, comunque, si rimanda al sito web istituzionale www.coe.int.

¹⁸ Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003, entrata in vigore con la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale della Unione Europea in data 31 luglio 2003, ed il cui termine per la recezione da parte degli Stati membri della UE è scaduto il 22 luglio 2005. Al riguardo, tra i tanti, v. G.M. ARMONE, *La corruzione nel settore privato*, in AA.VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Milano, 2006, p. 271 ss.; G. DE AMICIS, *Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, relativa alla decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, sulla lotta contro la corruzione nel settore privato*, in *Dir. pen. cont.*, 27 settembre 2011, p. 1 ss.; V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., p. 480 ss.; A. SPENA, *La corruzione: paradigmi e strategie di lotta nella normazione inter- e sovranazionale*, in AA.VV., *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Milano, 2005, p. 967 ss.; F. STRAZIOTA, *Legge anticorruzione e attuazione degli obblighi europei, l'ennesima occasione mancata?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 149 ss.

fenomeno della corruzione nelle sue molteplici sfaccettature. Uno dei settori nei quali la normativa penale italiana era senz'altro inadempiente rispetto ai suddetti vincoli internazionali era proprio quello della corruzione tra privati, le cui condotte, fino al 2002, erano penalmente irrilevanti.

È stato infatti il D.lgs. n. 61/2002 ad introdurre – pur con una formulazione ancora non pienamente ottemperante a quanto disposto in sede internazionale – per la prima volta nel nostro ordinamento un delitto *ad hoc* (art. 2635 c.c.), oggetto peraltro di numerosi successivi interventi legislativi, i quali hanno comunque portato ad un assetto normativo attuale che suscita ancora perplessità tra molti accademici e “pratici” del diritto penale.

3.1. *Il novellato testo, ex d.lgs. n. 38/2017 e l. n. 3/2019, dell'art. 2635 c.c.: un incisivo passo in avanti verso l'adozione del modello “pubblicistico” di tutela?*

Il legislatore italiano, pur avendo implementato in un decennio due importanti interventi legislativi in materia di corruzione fra privati, ha deciso di re-intervenire sulla disciplina risultante dalla riforma del 2012 principalmente poiché, successivamente alla pubblicazione della *Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione – Allegato sull'Italia della Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo* del 3 febbraio 2014, ed alla risposta italiana – che riconosceva la non piena conformità del disposto dell'art. 2635 c.c. agli obblighi stabiliti dalla decisione quadro n. 2003/568/GAI – all'avvio della procedura EU-Pilot n. 8175/15/HOME da parte della Commissione europea (comunicata nel marzo 2016)¹⁹, si prospettava per l'Italia il concreto rischio di subire una procedura di infrazione da parte della Commissione (ex art.358 TFUE) per mancata attuazione della menzionata decisione quadro n. 2003/568/GAI²⁰.

La riforma complessiva della normativa *de qua* è avvenuta però solo nel 2017, con il d.lgs. 15 marzo 2017, n. 38, entrato in vigore il 14 aprile del 2017.

In primo luogo, va rilevata l'opzione – criticata da più parti – di continuare a mantenere la fattispecie criminosa deputata al contrasto alla corruzione tra privati nell'ambito del codice civile (art. 2635 c.c.), anziché procedere all'auspicata

¹⁹ Procedura per omessa comunicazione, da parte dell'Italia, delle misure nazionali di recepimento di suddetta decisione quadro. V. al riguardo S. SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, cit., p. 715.

²⁰ In tal senso, tra gli altri, A. ROSSI, *La riforma del 'sistema punitivo' della corruzione tra privati: nuove fattispecie e nuove sanzioni per le persone fisiche e per gli enti*, in *Le Società*, 2017, p. 753 ss.; R. BARTOLI, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo*, cit., p. 8, il quale tra l'altro ricorda altresì come il GRECO, nel suo rapporto RC-III 9E 16-20 giugno 2014, avesse rinnovato gran parte delle critiche rivolte già alla normativa del 2002, dolendosi in particolare di «mancanza della punibilità delle condotte di offerta e sollecitazione e dell'attività di intermediazione; presenza di un nocumento alla società; permanenza come regola generale della perseguibilità a querela».

trasmigrazione della medesima nel codice penale, e venire così incontro alle già accennate recenti direttrici di politica criminale seguite da molteplici legislatori europei verso l'assimilazione tra corruzione privata e corruzione pubblica.

Pur senza la trasmigrazione dell'incriminazione in esame nel codice penale, ad ogni modo, il legislatore del 2017 ha operato – in ossequio alla decisione quadro del 2003 – un importante ampliamento dell'ambito applicativo del delitto *ex art. 2635 c.c.*, estendendolo anche ai soggetti operanti nell'ambito di enti privati diversi dalle società commerciali. Al riguardo si è resa inoltre necessaria la riformulazione della rubrica del Titolo XI del Libro V del codice civile, che attualmente recita “Disposizioni penali in materia di società, consorzi ed altri enti privati”.

Soggetti attivi. Passando ai soggetti attivi, l'apprezzabile innovazione apportata normativa riformista del 2017 è data dall'inserimento di un ulteriore comma (attualmente il secondo) in virtù del quale, ai soggetti apicali menzionati dal primo, sono equiparati coloro i quali esercitano funzioni direttive diverse da quelle assegnate ai primi. In siffatta categoria, peraltro, si ritiene congruo far confluire, per esclusione, funzionari direttivi di seconda fascia diversi da quelli menzionati nel primo comma, e che nel contempo non siano figure professionali sottoposte ai poteri di direzione o vigilanza dei dirigenti e funzionari apicali²¹.

La condotta tipica. Più contundenti sono invece le modifiche apportate dalla novella legislativa *de qua* alla descrizione della condotta tipica di cui all'art. 2635 c.c., cui va aggiunta l'incriminazione di una nuova fattispecie di “Istigazione alla corruzione tra privati” (art. 2635-*bis* c.c., oggetto di approfondimento nel successivo paragrafo).

In *primis*, va sottolineato come si sia passati da un delitto di evento, dato dal compimento od omissione, da parte dell'intraneo, di un atto infedele a seguito di dazione o promessa – *rectius*, di duplice evento, essendo richiesto un documento per l'ente; ad uno di mera condotta²², per il quale autorevole dottrina ha parlato di “doppia anticipazione della rilevanza penale del fatto”²³.

Al di là del mutamento della struttura oggettiva del delitto appena esposta,

²¹ F. DI VIZIO, *La riforma della corruzione tra privati*, cit., p. 5.

²² V. al riguardo, in particolare, S. SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, cit., p. 718, secondo il quale, mentre nel precedente testo dell'art. 2635 c.c., vigente dal 2012 al 2017, era nella sostanza tipizzata una corruzione propria antecedente incentrata sull'esecuzione dell'atto pattuito (ove fosse pregiudizievole per l'ente), «nella nuova formulazione, il compimento o l'omissione dell'atto costituisce invece solo il termine finalistico della sollecitazione, offerta, dazione o promessa (“per compiere o per omettere”)), e «fermo restando la non punibilità della corruzione susseguente, è dunque venuto meno l'evento e, sul piano strutturale, l'art. 2635 prevede un reato di mera condotta».

²³ Così A. SPENA, *Oltre il modello mercantile? Velleità ed inettitudine dell'ennesima riforma della corruzione privata*, in AA.VV. (a cura di R. Bartoli e M. Papa), *Il volto attuale della corruzione e le strategie di contrasto*, Torino, 2018, p. 112 ss.

vanno peraltro rilevate alcune modificazioni di non trascurabile effetto, e cioè:

1) La tipizzazione, in conformità agli obblighi di fonte internazionale, della condotta dell'*intraneus* consistente nel "sollecitare" la corresponsione di denaro o altra utilità;

2) La specificazione che il denaro o altra utilità devono essere non dovuti, innovazione di dubbia utilità, trattandosi comunque di una locupletazione connessa al compimento/omissione di "atti in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà"²⁴.

3) L'espunzione del requisito (che era qualificabile come secondo evento del reato) che dalle condotte sopra descritte derivi un nocumento per l'ente.

3.2. *La nuova fattispecie di "Istigazione alla corruzione tra privati" (art. 2635-bis c.c.), e le sanzioni per gli enti giuridici*

Altra novità rilevante apportata (nel 2017) in materia *de qua* è l'introduzione della "Istigazione alla corruzione tra privati", una sorta di "reato satellite" della figura criminosa primariamente deputata al contrasto al fenomeno della corruttela privata, e logicamente inserito nell'articolo (2635-bis c.c.) immediatamente successivo.

Il delitto di "Istigazione alla corruzione tra privati" sanziona, con pena ridotta di un terzo rispetto all'art. 2635 c.c., ipotesi in cui il patto corruttivo non si perfezioni, in quanto all'iniziativa unilaterale (dell'intraneo o estraneo) non segua l'adesione del destinatario della medesima.

Relativamente alla responsabilità da reato delle persone giuridiche, il d.lgs. n. 38/2017 è intervenuto a sanare l'eccessiva mitezza contemplata dalla previgente disciplina nei confronti delle persone giuridiche responsabili "amministrativamente" per la fattispecie criminosa *de quo ex* art. 25-ter, lett. 2 bis, d.lgs. n. 231/2001: le sanzioni pecuniarie sono state incrementate, e soprattutto è stata finalmente contemplata l'applicazione delle sanzioni interdittive di cui all'art. 9, comma 2° del d.lgs. n. 231/2001.

3.3. *Il regime di procedibilità a seguito della legge "spazzacorrotti" (l. n. 3/2019)*

Passando ai profili relativi alla procedibilità del reato, il legislatore "riformista" del 2017 aveva mantenuto per i delitti in esame la procedibilità a querela, salvo l'ipotesi – foriera di rilevanti criticità esegetiche – in cui dal fatto derivi una distorsione della concorrenza.

²⁴ Si concorda peraltro, all'uopo, con A. ROSSI, *La riforma del 'sistema punitivo' della corruzione tra privati*, cit., p. 763, la quale rimarca come la prescrizione che i vantaggi del patto corruttivo siano indebiti è ad esempio assente nella corruzione pubblica propria *ex* art. 319 c.p., «sulla considerazione che, in relazione alla contrarietà degli atti ai doveri di ufficio, come dell'omissione di atti doverosi dell'ufficio, la qualificazione non pare necessaria e sarebbe, se presente, ultronea».

Il cambio radicale in materia, comunque, è avvenuto però proprio con la l. n. 3/2019 (c.d. “legge spazza-corrotti”)²⁵, il cui art. 5 ha disposto la procedibilità d’ufficio *tout court* per entrambi i reati di corruzione tra privati, espungendo dal testo i commi degli artt. 2635 e 2635-*bis* c.p. che contemplavano – salvo l’eccezione summenzionata – il requisito della querela.

Tale scelta, peraltro, è assolutamente condivisibile, se si considera che:

1) Per quanto concerne i casi procedibili a querela (dopo la riforma del 2012 “apparentemente” limitati a quelli non cagionanti una distorsione della concorrenza), in presenza di condotte corruttive realizzate da un soggetto apicale in compagini societarie, la querela raramente veniva presentata, in quanto – pur riconoscendo, causa conflitto d’interessi, il potere di proporla in capo all’assemblea dei soci, e non all’organo di gestione – spesso il ruolo apicale del soggetto da querelare tendeva a influire, in senso “paralizzante”, sull’esito della delibera societaria²⁶.

2) La determinazione delle ipotesi di “distorsione della concorrenza nell’acquisizione di beni o servizi”, poste dalla novella legislativa del 2012 a fondamento di un’eccezione alla regola della procedibilità a querela, rappresentava un’impresa esegetica ai limiti dell’impossibile, per plurime ragioni, prima delle quali – di tutta evidenza – la molteplicità di significati associabili al concetto di “concorrenza”, in relazione sia ai suoi contenuti, sia ai possibili referenti della tutela²⁷.

3) I rilievi formulati dal GRECO nel rapporto sull’Italia del 2012, nel quale la perseguibilità a querela (all’epoca, *ante* l. n. 190/2012, senza eccezioni), veniva segnalata come uno degli ostacoli ad un effettivo contrasto della corruzione tra privati²⁸.

3.4 *Il (non) impatto giurisprudenziale del delitto ex art. 2635 c.c., e la recente sentenza 24/1/2018 n. 100 del Tribunale di Ancona*

Passando dal “*Law in the books*” al “*Law in action*”, va rilevato come le considerazioni in materia di applicazione giurisprudenziale del reato *de quo* riguardino al momento la disciplina vigente dal 2002 al 2012, quando l’art. 2635 c.c. era rubricato “Infedeltà a seguito della dazione o promessa di utilità”, o al

²⁵ La cui entrata in vigore è avvenuta in data 31 gennaio 2019.

²⁶ Per approfondimenti sul punto v., per tutti, la trattazione specifica in materia di diritto di querela con riferimento al delitto *ex art. 2635 c.c.* di F. CERQUA, *Le condizioni di procedibilità*, in AA.VV. (a cura di G. CANZIO, e L.D. CERQUA e L. LUPARIA), *Diritto penale delle società*, Milano, 2016, p. 32 ss.

²⁷ Così E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., p. 384, al quale si rinvia per una più approfondita trattazione, inserita in una corposa e brillante opera monografica, del tema in questione.

²⁸ Sul punto v., in particolare, S. SEMINARA, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, cit., p. 714.

più quella vigente dal 2012 al 2017, periodo nel quale il delitto aveva già assunto l'attuale denominazione "Corruzione tra privati", mentre per quanto concerne l'attuale assetto normativo determinato (eccetto le modifiche alla procedibilità della l. n. 3/2019) dal d.lgs. n. 38/2017, la necessità di tempi spesso dilatati – sia per le indagini che per le fasi processuali – rende abbastanza improbabile la pronuncia di sentenze di merito entro il 2019²⁹.

Pur in assenza di approfonditi studi sulla recezione giurisprudenziale del delitto di cui all'art. 2635 c.c. nell'intero suo periodo di vigenza, iniziato nel 2002, va comunque osservato come sia dato certo ed inoppugnabile, quasi notorio, la scarsità di sentenze di condanna emesse per condotte di corruzione tra privati nell'ordinamento italiano. Si è difatti osservato in dottrina che, dalla relazione di accompagnamento al progetto di riforma poi sfociato nel d.lgs. n. 38/2017, si evinca come nel 2013 e 2014 siano stati rilevati unicamente due processi per il delitto *de quo* in fase dibattimentale, ed otto incardinati presso gli uffici del GUP³⁰, mentre nel maggio 2014 si rilevava la totale assenza di sentenze concernenti fatti commessi successivamente all'entrata in vigore – 28 novembre 2012 – della l. n. 190/2012, e altresì la decisa scarsità di quelle riguardanti il delitto di "infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità" precedentemente vigente³¹. A titolo di comparazione, si pensi che – secondo quanto documentato dallo studio statistico, pubblicato nel 2012, dell'ISTAT sulla corruzione in Italia – in Italia nell'anno 2016 sono state emesse 154 sentenze di condanna per condotte di corruzione propria (attuale art. 319 c.p., "Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio"), e altresì 117 per condotte di istigazione alla corruzione (attuale art. 322 c.p.)³².

In epoca abbastanza recente (il deposito è avvenuto il 19 aprile 2018), ad ogni

²⁹ Si consideri, a titolo esemplificativo, che i fatti oggetto della sentenza di condanna del 24/1/2018, n. 100, del Tribunale penale di Ancona, si sono svolti nel 2010 (il reato è stato ritenuto consumato il 28 luglio 2010, data dell'erogazione dei finanziamenti effetto dell'accordo illecito), con la querela sporta dall'ente offeso dal reato (Banca d. M.) in data 11 marzo 2013, il rinvio a giudizio disposto dal GUP presso il Tribunale di Ancona con decreto del 10 novembre 2016, e la sentenza emessa addirittura nel 2018. Tutto ciò a cagione dell'estrema complessità degli accertamenti sui movimenti e transazioni economici / finanziari addebitati agli imputati: si tenga presente, tra l'altro, che la normativa applicata – in quanto ritenuta più favorevole per gli imputati – è stata quella originariamente introdotta dal d.lgs. n. 61/2002.

³⁰ F. DI VIZIO, *La riforma della corruzione tra privati*, cit., p. 11.

³¹ Così L. ZOLI, *Disfunzione applicativa dell'art. 2635 c.c. tra vecchia e nuova formulazione della "Corruzione tra privati"*, in *Dir. pen. Cont.* (rivista giur. Trimestrale), 2014, p. 422, la quale rileva come «al momento della pubblicazione del presente contributo [maggio 2014], si ha unicamente conoscenza di talune pronunce della Suprema Corte tutte afferenti la medesima vicenda fattuale: Cass. pen., sez. V, 13 novembre 2012, n. 5848, di annullamento parziale con rinvio della sentenza del Trib. lib. Milano, 25 luglio 2012; Cass. pen., sez. V, 13 novembre 2012, nn. 14765 e 14766».

³² ISTAT, *La corruzione in Italia: il punto di vista delle famiglie*, 2017, consultabile online sul sito web istituzionale www.istat.it, p. 18 (prospetto 2).

modo, è stata pronunciata dal Tribunale penale di Ancona un'interessante sentenza di condanna per il delitto di cui all'art. 2635 c.c., la n. 100 del 24/1/2018: siffatta decisione, pur emanata da una corte di merito, ed applicante la disciplina normativa pre-riforma 2012 (*ex* D.lgs. n. 61/2002), assume però sicura rilevanza al fine di illustrare le problematiche concrete che circondano l'applicazione giurisprudenziale della fattispecie criminosa oggetto del presente studio, e ciò in considerazione della particolare rilevanza e gravità del caso (con un'utilità per l'intraneo corrotto di oltre 3 milioni di €), e dell'ampiezza dei ragionamenti svolti dalla corte marchigiana sulla disposizione normativa di cui all'art. 2635 c.c. (inseriti nel contesto di una sentenza di 164 pagine)³³.

Alla luce di quanto visto nelle precedenti pagine, si ritiene di sommo interesse procedere ad un'analisi comparatistica della normativa penale al riguardo di due centrali ordinamenti europei (Spagna e Inghilterra), al fine di verificare se le criticità evidenziate, con riferimento alla disciplina italiana, siano riscontrabili anche oltre confine, e vagliare le soluzioni – più o meno analoghe – all'uopo adottate.

4. *La disciplina inglese del Bribery Act (BA) 2010*

Ai fini dell'approfondimento del tema del contrasto penale alla corruzione tra privati è senz'altro interessante, a livello comparatistico, procedere innanzitutto all'approfondimento dei profili concernenti la disciplina vigente nel Regno Unito, quale risultante dall'entrata in vigore – nel luglio 2011 – del *Bribery Act* 2010 (d'ora in avanti sovente abbreviato in “BA”)³⁴: l'interesse per l'ordinamento

³³ Trib. di Ancona, sez. penale, sent. n. 100 del 24/1/2018 (depositata il 19/4/2018), consultabile *online* su www.replegal.it. Per maggiori approfondimenti sia consentito rimandare a

³⁴ Nell'ampia letteratura in argomento, v., *ex multis*, per quella in lingua italiana R. GUAINERI, *La nuova legge inglese anticorruzione (Bribery Act 2010)*, in *Dir. pen. cont.* (quotidiano giuridico *online*), 15 aprile 2011, p. 1 ss.; E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, cit., p. 76 ss.; M. LAVACCHINI, *La lotta alla corruzione nel sistema penale inglese*, in *Dir. pen. cont.* (quotidiano giuridico *online*), 10 ottobre 2014, p. 1 ss.; V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., p. 407 ss.; per quella in lingua inglese v. B.W. BEAN / E. MACGUIDWIN, *Unscrewing the Inscrutable: The UK Bribery Act 2010*, in *Indiana Intern. & Comp. Law Rev.*, 2012, p. 63 ss.; G. BELCH, *An Analysis of the Efficacy of The Bribery Act 2010*, in *Aberdeen Student Law Review*, 2014, p. 134 ss.; M. RAPHAEL, *Bribery: Law and Practice*, Oxford, 2016; B. SULLIVAN, *Reformulating bribery: a legal critique of the Bribery Act 2010*, in AA.VV. (edited by J. Horder e P. Aldridge), *Modern Bribery Law. Comparative perspectives*, Cambridge, 2013, p. 13 ss.; G.SULLIVAN, *The Bribery Act 2010: (1) An Overview*, in *Crim. Law Rev.*, 2/2011, p. 87 ss.; P. YEOH, *The UK Bribery Act 2010: contents and implications*, in *Journal of Financial Crime*, 1/2012, p. 37 ss. Assume altresì particolare interesse, pur se di quasi un decennio antecedente all'entrata in vigore del BA 2010, R. SULLIVAN, *La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra*, in AA.VV. (a cura di R. Acquaroli e L. Foffani), *La corruzione tra*

britannico, tra le molteplici ragioni, scaturisce *in primis* dalla particolare attenzione da esso sempre riservata al contrasto della criminalità d'impresa e nell'impresa (si consideri ad esempio il fatto che in tale sistema la responsabilità penale delle persone giuridiche fu introdotta decenni prima che negli ordinamenti di *Civil Law*³⁵), e soprattutto dall'equiparazione normativa tra le ipotesi di corruzione nel settore pubblico, e quelle di corruzione nel settore privato³⁶. La rilevanza del suddetto ordinamento, peraltro, è innegabile a prescindere dagli incerti esiti del processo di distacco dall'Unione Europa ("Brexit") del Regno Unito avviato a seguito del referendum del 23 giugno 2016.

4.1. *Quadro generale delle principali previsioni del BA 2010*

Il *Bribery Act* 2010 è uno *Statute* abbastanza 'snello', composto da venti *sections* (cui si aggiungono due *schedules*), tra le quali rilevano soprattutto – ai fini del presente scritto – le prime nove, ripartite tra "*General bribery offences*" (secs. 1-5), "*Bribery of foreign public officials*" (sec. 6), e "*Failure of Commercial Organisations to Prevent Bribery*" (secs. 7-9)³⁷.

Più nel dettaglio, le *offences* previste per le persone fisiche – le quali non sono ripartite, come già in buona sostanza avveniva in precedenza, tra reati di corruzione pubblica e corruzione privata (opzione legislativa le cui motivazioni verranno a breve approfondite) – sono:

- A) Reati di corruzione attiva ("*Offences of bribing another person*", sec. 1).
- B) Reati di corruzione passiva ("*Offences relating to being bribed*", sec. 2).
- C) Reati concernenti la corruzione di funzionari pubblici stranieri ("*Bribery of foreign public officials*", sec. 6).

Per quanto riguarda invece le sole persone giuridiche, è stata altresì introdotta la *offence* di "*Failure of commercial organisations to prevent bribery*" (sec. 7).

privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma, cit., p. 157 ss. (traduzione in italiano a cura di C. Bardelli).

³⁵ Per approfondimenti sull'ordinamento penale inglese in generale v., tra i testi italiani più aggiornati, F. PALAZZO-M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3a ed., Torino, 2013, p. 210 ss.

³⁶ Se si è interessati al tema della repressione penale della corruzione privata in altri importanti ordinamenti europei (diversi da quello spagnolo, di cui si tratterà nel prosieguo del presente scritto), v. – in lingua italiana – E. LA ROSA, *La repressione penale della "corruzione privata"*, cit., p. 20 ss., il quale analizza – nell'ordine – gli ordinamenti austriaco (p. 20 ss.), francese e olandese (p. 28 ss.), svedese (p. 38 s.s.), ed infine tedesco (p. 42 ss.). V. altresì, seppure aggiornati al 2003, i seguenti contributi, tutti inseriti in AA.VV. (a cura di R. Acquaroli e L. Foffani), *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, cit.: M.P. LUCAS DE LEYSSAC, *Il delitto di corruzione dei dipendenti in Francia* (p. 101 ss.); P. TAK, *Il reato di corruzione privata in Olanda* (p. 143 ss.); J. VOGEL, *La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l'esperienza tedesca* (p. 43 ss.).

³⁷ Il testo completo dell'atto normativo è reperibile sul sito istituzionale <https://www.legislation.gov.uk>.

4.2. L'equiparazione della corruzione pubblica e di quella privata

La scelta di fondo che caratterizza il BA 2010, e che senz'altro rappresenta l'elemento maggiormente al centro dell'attenzione dei commentatori provenienti dai paesi dell'Europa continentale, è l'adozione di un modello unitario di contrasto/repressione penale del fenomeno corruttivo, in seno al quale non viene fatta alcuna distinzione tra le condotte coinvolgenti funzionalmente soggetti appartenenti al settore pubblico, e quelle poste in essere tra privati.

Una siffatta opzione legislativa, peraltro, apparentemente non rappresenta – come si è visto nelle scorse pagine – un'accentuata discontinuità con la disciplina previgente, nella quale non vi erano rilevanti differenze nella descrizione delle condotte di corruzione pubblica e privata, e nelle sanzioni ad esse applicabili³⁸. Non va però obliterata l'importante innovazione costituita dall'unificazione del regime probatorio tra i casi di corruzione privata e quelli di corruzione pubblica: in precedenza difatti, nell'ipotesi di coinvolgimento di pubblici funzionari, si applicava, ai sensi del *Prevention of Corruption Act* 1916, una “presunzione di corruzione”, per cui “qualunque compenso o promessa, offerti o accettati da una persona impiegata in un ente pubblico, volta ad esempio ad ottenere un contratto” si presumeva costituissero *bribery*, con sensibile aggravio per la difesa dell'accusato, la quale era gravata dall'onere di provare il contrario. Il differente regime probatorio appena descritto, unito al tradizionale principio di discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale vigente nel Regno Unito, orientava dunque naturalmente, nella prassi applicativa, ad una netta prevalenza della repressione delle condotte di corruzione nel settore pubblico.

Se pertanto il BA 2010 ha optato in modo chiaro per la tipizzazione di fattispecie criminose “generali” (e cioè quelle di corruzione attiva e passiva rispettivamente previste dalle secs. 1 o 2) nelle quali non si distingue tra funzionari pubblici e privati, vanno ad ogni modo segnalati due ‘temperamenti’ del regime unitario di disciplina, e cioè:

1) È prevista, come già accennato, una *offence* di “Corruzione di funzionari pubblici stranieri” (“*Bribery of foreign public officials*”), la quale con tutta evidenza fa espresso riferimento al settore pubblico, escludendo quello privato.

2) Le *sentencing guidelines*, cioè le linee guida emanate dal *Sentencing Council* al fine di orientare le corti nella fase di commisurazione della pena³⁹, emanate in

³⁸ Cfr. R. SULLIVAN, *La risposta legislativa alla corruzione in Inghilterra*, cit., p. 160 ss.

³⁹ Le c.d. '*sentencing guidelines*' sono delle tabelle legislative (o sub-legislative) recanti dei 'sub-compassi edittali', di natura cogente, per varie sotto-fattispecie (es.: condotta corruttiva di lunga / breve durata, motivata da un'aspettativa di un arricchimento ingente / non motivata da arricchimento personale ecc.), tabelle dirette ad 'imbrigliare' la discrezionalità giudiziaria, ed in tal modo garantire quella che – utilizzando categorie ermeneutiche dell'Europa continentale – potremmo definire “legalità sanzionatoria”, e che nel Regno Unito viene denominata innanzitutto

materia di corruzione, e vigenti dal 1° ottobre 2014⁴⁰, considerano fattori sintomatici di “alta colpevolezza” (“*high culpability*”), e dunque tali da orientare ad una pena maggiormente severa, sia la “intesa corruzione (diretta o indiretta) di un *senior official* esercitante una funzione pubblica”, che la “intesa corruzione (diretta o indiretta) di un *law enforcement officer*”.

4.3. *Le scelte di tipizzazione relative alle offences concernenti le condotte di corruzione attiva e di corruzione passiva (secs. 1-5)*

Come già visto in precedenza, il *Bribery Act* 2010 tipizza in due distinte previsioni le ipotesi criminose “generali” concernenti la corruzione attiva (sec. 1) e la corruzione passiva (sec. 2), in questo seguendo un ordine opposto a quello dell’art. 2635 c.c. italiano, che nell’elencare le condotte inizia con la descrizione (comma 1°) di quelle dell’intraneo. La tecnica di descrizione delle condotte criminose è, come tipico dell’ordinamento britannico, di tipo “casistico”⁴¹, sebbene – in comparazione con la maggioranza delle *offences* incriminate altri *statutes* – mostri un maggiore avvicinamento al nostro modello continentale di tipizzazione “sintetica”.

Corruzione attiva. Principiando dunque dalla *offence* relativa alla corruzione attiva (“*Bribing another person*”), la stessa, ai sensi della sec. 1 del BA 2010, contempla due distinte varianti, di cui la prima (subsec. 2) richiede:

I) una condotta consistente nell’offrire, promettere o dare un vantaggio finanziario, o di altro tipo, ad un’altra persona;

II) l’essere tale vantaggio finalizzato, da parte dell’agente, ad indurre il destinatario ad esercitare in maniera impropria (“*perform improperly*”) una rilevante funzione o attività; oppure a ricompensare l’altra persona per l’esercizio improprio di una tale funzione o attività.

Per la seconda variante (subsec. 3), per converso, occorrono:

I) una condotta consistente nell’offrire, promettere o dare un vantaggio

“*consistency in sentencing*”, senza però nel contempo intaccare l’indipendenza degli organi giudicanti. L’organo cui è affidata, a partire dal *Coroners and Justice Act* 2009, la competenza ad elaborare tali linee guida in materia di commisurazione della pena è il *Sentencing Council*, organo composto da 8 membri togati, e da 6 membri non togati, il cui procedimento di nomina prevede un importante ruolo svolto dal governo, ma altresì una necessaria cooperazione con la Magistratura. Per approfondimento sul tema v., *ex plurimis*, AA.VV. (a cura di A. Ashworth and J.V. Roberts), *Sentencing Guidelines: Exploring the English Model*, Oxford, 2013; J.V. ROBERTS, *Exploring Sentencing Practice in England and Wales*, Houndsmills, 2015.

⁴⁰ SENTENCING COUNCIL, *Fraud, Bribery and Money Laundering Offences: Definitive Guidelines*, 2014, p. 41 ss., consultabile online sul sito istituzionale del *Sentencing Council* www.sentencingcouncil.org.uk.

⁴¹ Ciò è reso evidente anche dalla stessa formulazione: “(1) Una persona (“P”) commette un reato qualora si verifichi almeno uno dei seguenti due casi: (2)... (3)....”.

finanziario, o di altro tipo, ad un'altra persona;

II) la consapevolezza (“*knows or believes*”) da parte dell'agente, cioè del corruttore, che l'accettazione di un siffatto vantaggio configuri *in re ipsa*, e dunque in quanto tale, un improprio esercizio di una rilevante funzione o attività.

Corruzione passiva. La sec. 2, deputata all'incriminazione delle condotte di corruzione passiva (“*being bribed*”), prevede ben quattro distinte ipotesi, di cui la prima (subsec. 2) richiede:

I) una condotta consistente nel richiedere, aderire alla ricezione o accettare un vantaggio finanziario, o di altro tipo;

II) l'intendere che, in conseguenza del vantaggio di cui sopra, una rilevante funzione o attività verrà esercitata in modo improprio, da parte del soggetto corrotto o ad opera di altra persona.

La seconda variante (subsec. 3) è poi integrata in presenza di una condotta consistente nel richiedere, aderire alla ricezione o accettare un vantaggio finanziario, la quale *in re ipsa*, e dunque in quanto tale, configuri un improprio esercizio di una rilevante funzione o attività.

La terza ipotesi (subsec. 4) prevede, invece, che l'intraneo richieda, aderisca alla ricezione o accetti un vantaggio finanziario o di altro tipo quale ricompensa per l'improprio esercizio – anche da parte di terza persona – di una rilevante funzione o attività.

L'ultimo caso (subsec. 5), infine, richiede che una funzione rilevante venga esercitata impropriamente dall'intraneo – o da altra persona su richiesta, consenso, o acquiescenza di quest'ultimo – in anticipazione o in conseguenza di una richiesta, adesione alla ricezione o accettazione di un vantaggio finanziario o di altro tipo.

Gli elementi cardine delle *offences* di corruzione attiva e passiva. Le due principali fattispecie criminose, di portata generale, del BA 2010 sono entrambe incardinate su due fondamentali presupposti: il primo è che la condotta corruttiva debba essere correlata con l'esercizio di attività o funzioni rilevanti da parte dell'intraneo, mentre il secondo è dato dal legame tra la proposta/offerta/sollecitazione corruttiva con un'impropria estrinsecazione di tali attività o funzioni.

La determinazione del concreto significato – ed estensione applicativa - dei fondamentali concetti *de quibus* non è comunque totalmente rimessa all'opera esegetica della giurisprudenza, essendo state inserite all'uopo tre norme definitorie (secs. 3, 4 e 5) nel BA 2010⁴².

⁴² Per approfondimenti sul punto v., per tutti, E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, cit., p. 79 ss.

4.4. *Le sanzioni applicabili alle persone fisiche, e le linee guida in materia di commisurazione della pena* (“sentencing guidelines”) *in vigore dal 1° ottobre 2014*

Per quanto pertiene alle sanzioni ricollegate alla commissione dei delitti appena analizzati per le persone fisiche (quelle applicabili agli enti giuridici verranno trattate nel prossimo paragrafo, dedicato al delitto di cui alla sec. 7), le stesse sono elencate dalla sec. 11, che impone per le summenzionate *offences* di cui alle secs. 1,2, e 6 le seguenti pene:

1) In caso di *summary conviction* (condanna a seguito di “procedimento sommario”⁴³), la reclusione (“*imprisonment*”) per un periodo non eccedente i dodici mesi, e una multa che inizialmente era limitata, per l’Inghilterra ed il Galles, ad un ammontare massimo di 5000£, limite che però, a partire dal 12 marzo 2015, è stato eliminato dall’art. 85 del *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders (LASPO) Act* del 2012.

2) in caso di *conviction on indictment* (condanna a seguito di “procedimento con incriminazione / rinvio a giudizio”⁴⁴), la reclusione (“*imprisonment*”) per un periodo non eccedente i dieci anni mesi, e ad una multa illimitata.

Si ritiene all’uopo di particolare interesse, anche alla luce del possibile temperamento di talune delle conseguenze applicative da più parti criticate dell’equiparazione tra corruzione pubblica e privata, dare sinteticamente conto delle linee guida in materia di commisurazione della pena applicabili alle *offences* in commento a partire dal 1° ottobre 2014⁴⁵.

In virtù di tali – per le corti britanniche vincolanti – linee guida, gli organi giudicanti devono tenere presenti, per determinare la pena base, innanzitutto la gravità del reato, desunta dal grado di colpevolezza (*culpability*) e dall’offensività concreta della condotta corruttiva (*harm*). I fattori inerenti la persona dell’imputato, per converso, assumono rilevanza unicamente nella seconda fase del processo di *sentencing*, e comunque le linee guida conferiscono loro peso indubbiamente inferiore rispetto ai due summenzionati fattori. L’incidenza sulle opzioni sanzionatorie giudiziali di tali *sentencing guidelines* d’oltremarica, peraltro, è ben superiore a quella del nostro art. 133 c.p., posto che – relativamente ai reati di *bribery* – vengono individuati tre livelli di colpevolezza (A – alto; B – medio; C – basso), e quattro di offensività concreta (categorie 1, 2, 3 e 4), per i quali vengono

⁴³ In suddetta ipotesi, il procedimento avviene di regola di fronte alle *Magistrates' Courts*, dinanzi ad un magistrato cui è conferito il potere decisorio, e dunque senza la presenza di una giuria.

⁴⁴ In siffatto caso, il procedimento avviene, a seguito di un formale atto di incriminazione di regola emanato dal *Crown Prosecution Service*, di fronte alle *Crown Courts*, e con la presenza di una giuria incaricata di decidere sulla colpevolezza o non colpevolezza dell’imputato.

⁴⁵ Per uno studio più approfondito delle medesime, si rimanda alla consultazione diretta (e gratuita *online* sul sito istituzionale del *Sentencing Council*) di SENTENCING COUNCIL, *Fraud, Bribery and Money Laundering Offences: Definitive Guidelines*, cit., p. 41 ss.

specificamente indicati gli indicatori. Nel caso della colpevolezza, ad esempio, il livello A (alto) sarà attestato dalla sussistenza di fattori quali il “*leading role*” del soggetto nel caso di concorso di persone nel fatto corruttivo, l’aver coinvolto – esercitando pressione sulle medesime, altre persone nel reato, ecc.⁴⁶.

Per quanto concerne l’intensità dell’offesa arrecata, il livello massimo (*category 1*) si avrà ad esempio nei casi di gravi effetti dannosi provocati alla collettività, serio impatto ambientale, grave lesione all’appropriato funzionamento dei servizi pubblici ecc.⁴⁷.

La combinazione dei suddetti due fattori, tenendo presente la pena massima di dieci anni di reclusione (nell’ordinaria ipotesi di *conviction on indictment*), comporta la fissazione di una pena base (*starting point*), che corrisponde ad esempio a sette anni di reclusione nel caso di offensività 1 e colpevolezza A (dunque entrambe massime), ed a cinque anni in presenza di offensività 2 e colpevolezza A (o viceversa, offensività 1 e colpevolezza B)⁴⁸. I fattori – aggravanti, quali la recidiva, o mitiganti, quali la buona condotta processuale – concernenti la persona del reo (ed il contesto del reato), andranno invece considerati successivamente, al fine di giungere all’individuazione della concreta misura della sanzione irrogata⁴⁹.

4.5. *La offence di cui alla sec. 7: “Failure of Commercial Organisations to Prevent Bribery” e le sanzioni previste per le persone giuridiche*

Dopo aver formulato le *offences* delle sec. 1, 2 e 6 indirizzandosi primariamente alle persone fisiche, il legislatore britannico ha poi tipizzato un’ipotesi criminosa espressamente riservata alle persone giuridiche, anzi più precisamente alle “organizzazioni commerciali” (“*commercial organisations*”).

Trattasi della fattispecie criminosa di cui alla sec. 7, il cui titolo potrebbe tradursi come “Omessa prevenzione (o impedimento, in modo meno letterale), da parte di organizzazioni commerciali, di condotte di corruzione” (“*Failure of Commercial Organisations to Prevent Bribery*”), la quale sancisce la responsabilità delle organizzazioni commerciali (dunque, sostanzialmente, delle imprese) qualora un soggetto agente in loro nome (*associated person*), avente i requisiti di cui alla sec. 8 (in sintesi, che agisca per conto o in nome – *performing services or on behalf* – dell’ente),

⁴⁶ SENTENCING COUNCIL, *Fraud, Bribery and Money Laundering Offences: Definitive Guidelines*, cit., p. 42.

⁴⁷ V. nota precedente.

⁴⁸ SENTENCING COUNCIL, *Fraud, Bribery and Money Laundering Offences: Definitive Guidelines*, cit., p. 43.

⁴⁹ SENTENCING COUNCIL, *Fraud, Bribery and Money Laundering Offences: Definitive Guidelines*, cit., p. 44.

realizzi una condotta di corruzione attiva di cui alle *offences* delle secs. 1 e 6 50.

Ai fini della responsabilità penale, la sec. 7 richiede che vengano dunque integrati – cumulativamente – i seguenti requisiti:

I) che l'organizzazione commerciale (subsec. 5) sia qualificabile come “rilevante”, e cioè che la sede della suddetta sia nel Regno Unito, oppure – in difetto di tale circostanza – che svolga quanto meno la propria attività commerciale nel Paese d'oltremarica. Gli stessi criteri, inoltre, sono estesi anche alle *partnerships*;

II) che la *associated person* (subsecs. 1 e 3) commetta un reato di corruzione attiva di cui alle secs. 1 (“*bribing another person*”) o 6 (“*bribery of foreign public officials*”), indipendentemente dal fatto che costei sia indagata / processata / condannata per tale *offence*;

III) che il corruttore (susec. 1) agisca al fine di ottenere o mantenere un *business* per l'impresa, oppure per ottenere o mantenere un vantaggio nella conduzione di un *business* per l'ente.

Qualora si verificano tali presupposti, l'unica possibilità per l'impresa di conseguire l'esenzione dalla responsabilità penale è riuscire a provare di aver posto in essere “adequate procedures elaborated per prevenire la commissione di tali condotte da parte di *associated persons*”, secondo quanto disposto dalla subsec. 2 (sempre della sec. 7)⁵¹.

Da ultimo, le sanzioni contemplate per le persone giuridiche ritenute responsabili dell'*offence* di cui alla sec. 7 del BA 2010 consistono, ai sensi della sec. 11, subsec. 3, nella multa di ammontare massimo illimitato. La medesima sanzione è inoltre prevista (sec. 11, subsec. 2), per le ipotesi di responsabilità giuridica derivanti da condotte criminose inquadrabili nelle secs. 1 o 6, e poste in essere da soggetti apicali appartenenti alle medesime compagnie. Alle stesse può inoltre applicarsi l'istituto della confisca di cui al *Proceeds of Crime Act 2002*, e i loro “*Company Director*” possono essere interdetti ai sensi del *Company Directors Disqualification Act 1986*.

⁵⁰ In argomento v., per una trattazione più dettagliata, *ex multis* P. ALLDRIDGE, *The U.K. Bribery Act: “The Caffeinated Younger Sibling of the FCPA”*, in *Ohio St. Law Journ.*, 2012, p. 1199 ss.; G. BELCH, *An Analysis of the Efficacy of The Bribery Act 2010*, cit. p. 140 ss.; I. CARR, *Development, business integrity and the UK Bribery Act 2010*, in AA.VV. (edited by J. Horder e P. Aldridge), *Modern Bribery Law*, cit., p. 149 ss. Sul tema della *Corporate Bribery* internazionale, il contrasto penale della quale è stata senz'altro una delle ragioni dell'introduzione della fattispecie criminosa in esame nel BA 2010 (oltre che di quella di cui alla sec. 6), v. N. LORD, *Regulating Corporate Bribery in International Business: Anti-Corruption in the UK and Germany*, Londra, 2014.

⁵¹ V. al riguardo, sul punto specifico, J. JORDAN, *The Adequate Procedures Defense Under the UK Bribery Act: A British Idea for the Foreign Corrupt Practices Act*, in *Stan. J.L. Bus. & Fin.*, 2011-2012, p. 31 ss.

4.6. Considerazioni conclusive sulle opzioni di incriminazione adottate nel BA 2010

Alla luce di quanto detto a proposito delle principali norme del *Bribery Act* 2010, possono in questa sede farsi alcune brevissime considerazioni sulle opzioni di incriminazione adottate dal legislatore britannico in sede di riforma – radicale, o apparentemente tale – della normativa di contrasto al fenomeno corruttivo globalmente inteso.

Come osservato da autorevole dottrina⁵², si può senz'altro affermare che il legislatore d'oltremania abbia inteso innanzitutto adottare un modello di repressione della corruzione incentrato su fattispecie unilaterali, e dunque incriminato in distinte *offences* – come si evince, in modo plastico, dalla semplice lettura del testo della sec. 1 e della sec. 2 – le condotte di corruzione attiva, da un lato, e quelle di corruzione passiva, dall'altro versante.

In secondo luogo, come si è visto dai numerosi riferimenti al dolo specifico (traduzione – in realtà non sempre totalmente appropriata – del concetto di “*intent*”) quale elemento fondante di numerose ipotesi criminose, nel BA si assiste ad una pregnante anticipazione del momento a partire dal quale scatta la “rilevanza penale corruttiva” delle condotte⁵³.

4.7. L'implementazione giurisprudenziale del BA negli anni 2011-2018, e l'impatto dell'istituto del “rinvio concordato dell'esercizio dell'azione penale” (“Deferred Prosecution Agreement”, introdotto nel 2014)

Passando infine dalla *Law in the books* alla *Law in action*, va evidenziato come l'implementazione giurisprudenziale del *Bribery Act* 2010, con riferimento soprattutto ai “*corporate crimes*” di corruzione su larga scala, la cui repressione ad ampio raggio è stata una delle ragioni principali che hanno spinto il legislatore britannico ad approvare la legislazione riformista, sia stata nel periodo 2011 – 2018 senz'altro molto ridotta rispetto alle aspettative.

Pur se la prima condanna per uno dei reati previsti dal BA 2010 è stata emessa il 14 ottobre 2011, dunque solo pochi mesi dopo la sua entrata in vigore nel luglio del medesimo anno, relativamente a un caso di corruzione di un funzionario amministrativo di un tribunale londinese⁵⁴, si è dovuto attendere un

⁵² V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., p. 416 ss.

⁵³ Sempre V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., p. 416 ss., parla – ad avviso dello scrivente in modo condivisibile – di «filosofia di intervento penale radicalmente “soggettivistica”», facendo poi espresso riferimento alla rilevanza penale accordata già a condotte unilaterali di istigazione alla corruzione attiva o passiva, senza alcuna differenziazione – salvo quanto disposto dalle *sentencing guidelines* – astratta tra le suddette e le ipotesi di corruzione “bilaterale” sfociate nella corresponsione dell'utilità illecita.

⁵⁴ Trattasi del caso di M.Y. Patel, funzionario della *Redbridge Magistrates' Court* di Londra, condannato dalla *Southwark Crown Court* per corruzione passiva (sec. 2 del BA 2010, quanto meno

considerevole lasso di tempo per assistere ad una condanna per un caso *high profile* di criminalità corruttiva d'impresa, a seguito di indagini ed esercizio dell'azione penale condotti dal SFO (*Serious Fraud Office*).

Trattasi infatti del caso *Sustainable Growth Group* (SGG) e *Sustainable Agroenergy Plc* (SAE), concernente una truffa su larga scala (250 vittime) ai danni di investitori titolari di fondi di auto-investimento pensionistico (SIPPs), nell'ambito della quale sono stati accertate altresì condotte di corruzione attiva (sec. 1 BA 2010) da parte di S. Stone (all'epoca broker attivo nel settore dei fondi di investimento pensionistico), e di corruzione passiva (sec. 2) da parte di G. West (ex *Chief Commercial Officer* di SAE): Stone è dunque stato condannato ad un totale di 6 anni di reclusione, mentre West a 13 anni (altresì per svariati altri reati di frode, falso ecc.)⁵⁵.

Si è dovuto poi attendere addirittura il 19 febbraio 2016 per assistere alla prima condanna di una *Commercial Organisation* per la fattispecie criminosa di "*Failure of Commercial Organisations to Prevent Bribery*", di cui alla sec. 7 del BA 2010: trattasi dell'azienda di costruzioni *Sweet Group PLC*, condannata ad una multa di 2,25 milioni di sterline per non essere riuscita ad impedire una condotta di corruzione attiva posta in essere dagli alti funzionari di una compagnia sussidiaria⁵⁶.

In chiusura, va senz'altro menzionato l'incisivo impatto sull'*enforcement* del BA 2010 dell'istituto del "rinvio concordato dell'esercizio dell'azione penale" ("*Deferred Prosecution Agreement*", di regola abbreviato in DPA), introdotto dalla *Schedule 17 del Crime and Courts Act 2013*, ed applicabile ai reati di corruzione in Inghilterra e Galles a partire dal 24 febbraio 2014. Il DPA consiste in un accordo in base al quale il SFO (o il CPS) presenta un'accusa a carico dell'ente commerciale, ma decide al contempo di rinviare l'eventuale esercizio dell'azione penale, concedendo all'impresa un certo termine per ottemperare ad una serie di prescrizioni "riabilitative" (es.: risarcimento dei danneggiati, implementazione di procedure di prevenzione ecc.) le quali, se debitamente rispettate, condurranno alla rinuncia al proseguimento della persecuzione penale⁵⁷.

per le condotte successive al 1. luglio 2011), e *Misconduct in a public office* (una *Common Law offence*) a sei anni di reclusione, per aver sollecitato e ricevuto tangenti (circa 500€ a persona) da persone citate in giudizio per illeciti concernenti la circolazione stradale, in cambio dell'abuso delle sue funzioni al fine di cancellare i nomi di tali soggetti dal *database* della Corte. Per ulteriori informazioni vedi l'articolo giornalistico della BBC al riguardo, consultabile online su www.bbc.com/news/uk-england-london-15689869.

⁵⁵ Per maggiori dettagli sul caso, si vedano i *reports* sul medesimo pubblicati sul sito web istituzionale del *Serious Fraud Office*, www.sfo.gov.uk, dai quali tra l'altro si evince che per Stone è stata altresì ordinata la confisca di una somma superiore ad un milione di sterline, che è stata pienamente eseguita, con la preminente finalità di risarcire i risparmiatori danneggiati dal reato.

⁵⁶ V. anche qui, per ulteriori approfondimenti sul caso, i *reports* sul medesimo pubblicati sul sito web istituzionale del *Serious Fraud Office*, www.sfo.gov.uk.

⁵⁷ R.A. RUGGIERO, *Non Prosecution Agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in *Dir. pen. Cont.*, 12 ottobre 2015, p. 4, la quale precisa come, in

Il suddetto istituto, ponendosi nell'ottica di una giustizia negoziata o collaborativa, rappresenta senz'altro un potente incentivo per gli alti funzionari delle *Commercial Organisations* coinvolte in vicende corruttive, di auto-denunciare le medesime, potendosi infatti evitare il discredito ed i maggiori costi di una condanna penale, mentre dall'altra consente al SFO (ed al CPS) di evitare gli inconvenienti di lunghi e costosi procedimenti. In concreto, il primo DPA è stato concordato dal SFO il 30 novembre 2015 con la Standard Bank PLC, e tre ulteriori DPA sono stati implementati negli anni 2016 e 2017⁵⁸.

5. *La Corrupción en los negocios di cui agli artt. 286-bis / 286-quater del código penal spagnolo*

Un ordinamento dell'Europa continentale la cui normativa penale in materia di corruzione tra privati è, in ottica comparatistica, degna di approfondimento, è indubbiamente quello spagnolo.

La legislazione penale in materia, difatti, incentrata sul delitto di "*Corrupción en los negocios*" (art. 286-bis del codice penale spagnolo, d'ora in poi abbreviato in c.p.e.), introdotta con la L.O. (*Ley Orgànica*) 5/2010 del 22 giugno 2010, e poi riformata con la L.O. 1/2015, del 30 marzo 2015, rappresenta senz'altro un importante tentativo di focalizzare – in ottemperanza alla Decisione quadro 2003/568/GAI della UE, ed agli altri strumenti normativi internazionali vincolanti per la Spagna – il contrasto penale al fenomeno criminoso *de quo* sulla lesione al bene giuridico della libera concorrenza, senza obliterare la necessità di una tutela nei confronti delle violazioni, da parte di funzionari e dirigenti di compagnie societarie ed imprenditoriali, delle proprie obbligazioni di lealtà e fedeltà verso gli enti commerciali di appartenenza.

5.1. *La disciplina originaria del 2010, e le modifiche introdotte con la riforma del 2015*

Il legislatore spagnolo non è stato certo tra i primi ad avvertire l'esigenza di criminalizzare le condotte di corruzione tra privati, avendo proceduto in tal senso

riferimento all'ordinamento statunitense (cui quello britannico si è all'uopo ispirato), «in questo caso, però, non si tratta di un mero rapporto bilaterale [come nei *non prosecution* agreement, in cui – verificate certe condizioni – il *prosecutor* decide di non esercitare l'azione penale]: interviene, difatti, anche il giudice, chiamato ad autorizzare il *deferment*, il che implica una deroga allo *speedy trial* e una sospensione del decorso dei termini di prescrizione del reato».

⁵⁸ Per un maggiore approfondimento, si rinvia nuovamente al sito istituzionale del *Serious Fraud Office*, www.sfo.gov.uk.

unicamente con l'intervento riformista di cui alla LO (*Ley Organica*) 5/2010⁵⁹, entrata in vigore il 23 dicembre 2010.

Prima di tale data, le possibilità in Spagna di conseguire una risposta penale nei confronti delle condotte di corruzione privata erano molto ristrette – se non quasi nulle, e rimesse da una parte all'estensione della nozione di “funzionario pubblico” ex art. 24 c.p.e., così da applicare i delitti di corruzione “pubblica”, ai soggetti operanti in società private esercenti servizi pubblici privatizzati; e dall'altra all'avvalersi delle figure delittuose in materia di “Amministrazione societaria sleale” (attuale art. 252 c.p.e), e “Appropriazione indebita” (artt. 253 e 254 c.p.e.)⁶⁰.

Con la LO 5/2010, del 22 giugno 2010 (entrata in vigore 6 mesi più tardi) la Spagna ha inteso adeguarsi alle obbligazioni internazionali di cui agli strumenti normativi analizzati nella prima parte del presente scritto, ed in particolare alla più volte menzionata Decisione quadro 2003/568/GAI dell'Unione Europea, introducendo una nuova Sezione 4a, intitolata “*De la corrupción entre particulares*” nel Cap. XI del Tit. XIII del Libro II del codice penale spagnolo, sezione contenente un'unica incriminazione, collocata nell'art. 286-*bis* c.p.e.⁶¹.

La formulazione del delitto in questione rendeva evidente la finalità di tutelare il bene giuridico della libera concorrenza nel mercato economico, ma altresì quello della lealtà dei dirigenti, funzionari ecc. nei confronti delle società, imprese ed altri enti di appartenenza, seppure il peso specifico dei suddetti interessi da tutelare fosse dibattuto in dottrina, in conseguenza della non pacifica esegesi della fattispecie incriminatrice *de qua*.

La condotta illecita, nelle due ipotesi criminose di corruzione attiva (comma 1°), e di corruzione passiva (comma 2°), era invero incentrata sulla promessa/offerta/concessione

⁵⁹ Sul contrasto penale alla corruzione privata nella disciplina previgente, v. in particolare, in lingua italiana, A. NIETO MARTIN (traduz. di R. Acquaroli ed E.J. Malarino), *La corruzione nel settore privato, riflessioni sull'ordinamento spagnolo alla luce del diritto comparato*, in AA.VV. (a cura di R. Acquaroli e L.Foffani), *La corruzione tra privati.*, cit., p. 111 ss.

⁶⁰ E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, cit., p. 110.

⁶¹ Sull'art. 286-*bis* c.p.e., nella versione vigente dal 2010 al 2015, v. nella dottrina spagnola – tra i più autorevoli – R. GARCIA ALBERO, *Corrupción en los negocios y modificación del cohecho*, in AA.VV. (diretto da G. Quintero Olivares), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor, 2015, p. 554 ss.; M.S. GIL NOBAJAS, *El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia*, in *Estudios penales y criminológicos*, 2015, vol. XXXV, p. 569 ss.; V. MAGRO SERVET, *Consideraciones prácticas sobre el delito de corrupción entre particulares (artículo 286 bis CP). Supuestos incluidos y excluidos*, in *Diario La Ley*, 512/2016, 19 febbraio 2016, p. 5 ss.; F.J. MUÑOZ CUESTA, *La corrupción entre particulares, problemas que plantea su aplicación*, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 8/2011, p. 1 ss.; P. OTERO GONZALEZ, *La corrupción en el sector privado: El nuevo delito previsto en el art. 286 bis 1, 2, y 3 del Código Penal*, in *La Ley Penal*, 19157/2011, novembre 2011, p. 4 ss.

(dal lato attivo dell'estraneo), nonché sulla ricezione/sollecitazione/accettazione (dal lato passivo dell'intraneo), di un beneficio/vantaggio volto a favorire il corruttore rispetto ai terzi concorrenti, a patto che si configurasse altresì una violazione di obbligazioni (“*incumpliendo sus obligaciones*”) concernenti l'acquisto/vendita di merci, o la fornitura di servizi professionali.

La pena prevista, da sei mesi a quattro anni di reclusione, esprimeva in modo chiaro la consapevolezza, da parte del legislatore spagnolo, del pregnante disvalore penalistico associato ai comportamenti corruttivi realizzati nel settore privato: si tenga presente, ad esempio, che il delitto di “*cohecho activo*”⁶² di cui all'art. 420 c.p.e., incriminante le condotte di corruzione passiva impropria antecedente del funzionario pubblico, contempla anch'esso un massimo edittale di quattro anni di reclusione⁶³. La norma in questione prevedeva altresì un novero esteso di enti privati cui poteva appartenere l'intraneo (società, associazioni, fondazioni o organizzazioni), così come ampie erano le qualifiche soggettive dei potenziali intranei (dirigenti, amministratori, dipendenti, o collaboratori).

Le maggiori criticità ermeneutiche del previgente art. 286-*bis* c.p.e., però, erano senz'altro relative all'esegesi del requisito della “violazione delle proprie obbligazioni concernenti l'acquisizione o vendita di merci o la fornitura di servizi professionali” (“*Incumplir sus obligaciones sobre adquisición o venta de bienes o contratación de servicios*”).

La formulazione del suddetto elemento normativo, difatti, presentava incisivi profili di ambiguità ermeneutica, dubitandosi innanzitutto se il soggetto cui dover riferire tali obbligazioni fosse solo l'intraneo corrotto, o al contrario quest'ultimo e altresì l'estraneo corruttore. Secondo la dottrina, la risposta a tale domanda doveva dipendere da quella, centrale, relativa all'individuazione della natura delle obbligazioni menzionate dall'art. 286-*bis* c.p.e. (nella versione vigente fino al 30 giugno 2015). Secondo una parte della dottrina spagnola, invero, le obbligazioni la cui violazione era richiesta dalla presente incriminazione erano quelle di lealtà dell'*agent* rispetto al *principal*, cioè del funzionario (inteso in senso lato) nei confronti al suo datore di lavoro (sovente l'impresa): dall'accoglimento di siffatto orientamento, pertanto, derivava la conclusione l'art. 286-*bis* c.p.e. previgente avrebbe contemplato obbligazioni gravanti unicamente sul soggetto intraneo (dunque sul corrotto); e altresì che solo le “subornazioni” (“*sobornos*”) clandestine,

⁶² Si tenga presente che il codice penale spagnolo, a differenza di quello italiano, non attribuisce alcuna rubrica agli articoli in esso inseriti, limitandosi ad attribuire una denominazione solo alle Sezioni, ai Titoli, ed ai Libri: le denominazioni riportate, pertanto, sono quelle maggiormente utilizzate dalla dottrina e giurisprudenza.

⁶³ Per approfondimenti sulla disciplina dei delitti di corruzione pubblica nel codice penale spagnolo v., nella letteratura italiana, G. DE MAGISTRIS, *I delitti di corruzione in un confronto fra l'ordinamento italiano e spagnolo*, in *Dir. pen. Cont.*, 6 maggio 2014, p. 1 ss.

o comunque concordate senza l'assenso del *principal*, fossero riconducibili alla sfera della punibilità di cui alla figura criminosa in commento⁶⁴.

Una seconda opzione ermeneutica, ad avviso dello scrivente preferibile ed accolta da altri autorevoli esponenti dottrinali, dava maggiore risalto alle esigenze di tutela della libera concorrenza, rispetto a quelle della lealtà aziendale, e partiva dalla critica dell'eccessiva estensione degli spazi applicativi del delitto in esame cui conduceva l'accoglimento della tesi contrapposta: assumendo che una violazione di obbligazioni di lealtà e probità verso l'impresa sarebbe stata agevolmente riscontrabile anche in casi "bagatellari". Ciò premesso, i sostenitori del secondo orientamento ritenevano dunque maggiormente conforme al principio di *extrema ratio* ("intervención mínima"), ed alla centralità attribuita al bene giuridico della libera concorrenza dalla Decisione quadro UE 2003/568/GAI, identificare nella violazione delle norme in materia di concorrenza sleale (*in primis* ai sensi della *ley* 3/1991) quel incumplimiento de obligaciones richiesto dall'art. 286-*bis* c.p.e. nella versione vigente fino al 30 giugno 2015⁶⁵.

5.2. *Le modifiche introdotte con la riforma del 2015*

Come emerge *ictu oculi* dalla tabella 2, la *Ley Organica* 1/2015, approvata il 30 marzo 2015 ed entrata in vigore il 1° luglio del medesimo anno, pur operando non marginali interventi modificativi, non ha stravolto radicalmente il volto della disciplina penalistica spagnola in materia di corruzione tra privati: ad avviso dello scrivente, ad esempio, la riforma italiana operata col d.lgs. 15 marzo 2017, n° 38, ha comportato indubbiamente innovazioni più marcate rispetto alla disciplina previgente⁶⁶, consistite innanzitutto nella trasformazione della "Corruzione tra privati" da reato di evento a reato di mera condotta.

5.3. *La normativa vigente: il novero dei soggetti attivi contemplati, e l'esclusione degli enti non commerciali*

Trattando dei soggetti attivi del delitto di corruzione passiva tra privati, e dunque contemplati dall'art. 286-*bis* c.p.e. come possibili intranei, va innanzitutto rilevato che, a seguito della LO 1/2015, la figura criminosa dedicata ai suddetti è stata collocata al primo comma, con conseguente spostamento del delitto di corruzione attiva al comma secondo: siffatto ritocco 'formale', pur non avendo alcuna conseguenza a livello

⁶⁴ In tal senso, pur criticando suddetta opzione dottrinale, R. GARCIA ALBERO, *Corrupción en los negocios y modificación del cohecho*, cit., p. 558 ss.

⁶⁵ R. GARCIA ALBERO, *Corrupción en los negocios y modificación del cohecho*, cit., p. 560 ss.

⁶⁶ Si rimanda all'uopo al paragrafo all'uopo dedicato, e alla tabella 1, relativa all'evoluzione normativa del reato di "Corruzione tra privati" (in origine "Infedeltà a seguito della dazione o promessa di utilità") di cui all'art. 2635 c.c.

applicativo, dimostra comunque la *voluntas legislatoris* di sottolineare la “centralità criminosa” delle condotte di corruzione passive dei soggetti intranei⁶⁷.

Relativamente alle figure soggettive menzionate – come possibili “corruttori passivi” – dalla norma in commento⁶⁸, al contrario, non vi è stata alcuna innovazione rispetto alla disciplina previgente, essendo le suddette sempre date da:

- a) il dirigente (“*directivo*”);
- b) gli amministratori (“*administrador*”);
- c) il dipendente (“*empleado*”);
- d) Il collaboratore (“*colaborador*”).

Ciò che, per converso, è stato incisivamente mutato dal legislatore riformista del 2015 è la cerchia degli enti privati per cui l'*agent*, dotato di una delle quattro qualifiche funzionali, deve prestare servizio al fine di poter diventare “corruttore passivo” ai sensi dell’art. 286-*bis* c.p.e. L’innovazione, peraltro, è consistita sorprendentemente nell’espunzione da tale novero delle “associazioni”, “fondazioni” ed “organizzazioni”, con mantenimento delle sole imprese mercantili e società: la fattispecie incriminatrice di corruzione privata passiva attualmente vigente, dunque, si applica unicamente ad enti “formalmente” commerciali, escludendo inopinatamente altri enti, come ad esempio le fondazioni, che nella realtà fattuale sovente perseguono anch’essi una finalità di lucro, agendo indubbiamente come attori commerciali nel mercato economico.

Una siffatta scelta di tipizzazione, tra l’altro, si pone in contraddizione con l’art. 2, comma 2°, della Decisione quadro 2003/568/GAI, la quale prescrive il contrasto penale ad ampio raggio della corruzione passiva nell’ambito delle attività professionali svolte per conto di “entità a scopo di lucro e senza scopo di lucro”. Anche la dottrina spagnola, del tutto logicamente, ha criticato in gran parte siffatta opzione adottata dal legislatore di Madrid con la LO 1/2015⁶⁹.

⁶⁷ Si consideri, a titolo di comparazione, che nella fattispecie criminosa italiana di “Corruzione tra privati” di cui all’art. 2635 c.c. l’ipotesi criminosa di corruzione passiva è sempre stata collocata al comma 1°, e questo sin dal momento della sua introduzione con d.lgs. n. 61/2002.

⁶⁸ Per estesi approfondimenti specifici – in questa sede non consentiti – sull’ambito applicativo e sulle questioni esegetiche concernenti le quattro categorie soggettive di potenziali intranei di cui alla presente norma incriminatrice del codice penale spagnolo, v. in particolare, M.S. GIL NOBAJAS, *El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis)*, cit., p. 580 ss. Nella dottrina italiana v. invece il recente studio monografico, con ampio *excursus* comparatistico, di E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, cit., p. 113 ss.

⁶⁹ In tal senso v., per tutti, R. GARCIA ALBERO, *Corrupción en los negocios y modificación del cohecho*, cit., p. 570 ss., che, oltre a evidenziare il chiaro contrasto con la Decisione quadro summenzionata, rimarca come le associazioni e fondazioni, a prescindere che siano munite o meno di strutture imprenditoriali (“fondazione-impresa”), comunque svolgono spesso attività commerciali; ed altresì M.S. GIL NOBAJAS, *El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis)*, cit., p. 606, la quale afferma come «sarebbe stato preferibile non stabilire alcuna specificazione concernente la tipologia di persona giuridica, mantenendo la coerenza con la corruzione privata attiva».

5.4. *Segue: la condotta tipica tra tutela della concorrenza e “modello lealístico”*

La condotta criminosa di cui all'art. 286-*bis* c.p.e., quale riformato dalla LO 1/2015, è – come anche in precedenza – separatamente tipizzata, secondo il già menzionato “modello unilaterale”, per l'intraneo corrotto, e l'estraneo corruttore, nella seguente maniera:

– corruzione passiva: ricevere, sollecitare o accettare, anche per per interposta persona, un beneficio o vantaggio non giustificati di qualsiasi natura, per sé o per un terzo, come corrispettivo al fine di favorire indebitamente di fronte a terzi colui che gli ha concesso o promesso il beneficio o vantaggio, nell'acquisizione o nella vendita di merci o nella fornitura di servizi o in relazioni commerciali;

– corruzione attiva: promettere, offrire o concedere, anche per interposta persona, un beneficio o vantaggio non giustificati di qualsiasi natura, per l'intraneo o per terzi, come corrispettivo al fine di favorire indebitamente l'estraneo, o un terzo, nei confronti degli altri nell'acquisizione o nella vendita di merci o nella fornitura di servizi o in relazioni commerciali.

Trattasi dunque, così come il nostro art. 2635 c.c. *post* riforma del 2017, di un reato di mera condotta a dolo specifico “di commissione di atto infedele/sleale”: parte della dottrina spagnola ha anche sottolineato come in fondo si tratti di un delitto di “infrazione di obbligazioni/doveri” (“*infracción de obligaciones*”), nel quale taluno, in cambio della ricezione di un vantaggio indebito, o perseguendo il suddetto, viola le obbligazioni scaturenti dalla posizione che occupa in un'organizzazione privata in cui gli sono attribuiti margini di autonoma capacità decisionale⁷⁰.

All'uopo, la più rilevante modifica apportata dalla riforma del 2015 alla struttura oggettiva della figura criminosa in esame è, indubbiamente, l'espunzione dal testo dell'art. 286-*bis* c.p.e. del requisito della “violazione delle proprie obbligazioni” da parte dell'intraneo, sull'esegesi del quale si era acceso, come visto nelle precedenti pagine, un acceso dibattito nella letteratura penalistica spagnola.

A tal proposito, attenta dottrina ha segnalato come il legislatore del 2015, adottando tale opzione di tipizzazione, “abbia cercato di plasmare legislativamente un modello puro di tutela della concorrenza”, sebbene – in tale ottica – abbia inserito due “elementi disfunzionali” nella norma incriminatrice *de qua*: il mantenimento di un'attenuazione facoltativa di pena in relazione alla rilevanza del ruolo ricoperto dall'intraneo; e l'esclusione del titolare dell'impresa dal novero dei soggetti attivi⁷¹.

⁷⁰ V. MAGRO SERVET, *Consideraciones prácticas sobre el delito de corrupción entre particulares*, cit., p. 3, che cita al riguardo – senza dire la pagina – B. FEIJOO SANCHEZ, *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Madrid, 2013.

⁷¹ Così M.S. GIL NOBAJAS, *El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis)*, cit., p. 576.

Conclusioni

Dagli approfondimenti comparatistici svolti sulla normativa penale di contrasto del fenomeno della corruzione privata in Regno Unito e Spagna sono emersi – in un’ottica *de iure condendo* – numerosi spunti di riflessione, ma si è comunque avuta la conferma che gran parte dei legislatori dei paesi dell’Unione Europea, grazie al ‘grimaldello’ dato dalla Decisione quadro 2003/568/GAI, abbiano avviato procedimenti legislativi di riforma (2010 per il Regno Unito, 2010 e 2015 per la Spagna, 2012, 2017 e – in misura minore – 2019 per l’Italia) caratterizzati senz’altro da molteplici elementi di armonizzazione, tra i quali vanno segnalati innanzitutto:

– L’adozione di un modello di tipizzazione unilaterale (distinto, dunque da quello adottato in Italia per i delitti di corruzione nel settore pubblico, ai sensi degli artt. 317 ss. c.p.), con due ipotesi separate di corruzione passiva (dell’intraneo) e corruzione attiva (dell’estraneo);

– L’anticipazione della tutela penale ad un momento ben anteriore a quello della locupletazione avvenuta, con la configurazione di reati di mera condotta a dolo specifico anziché di reati di evento, la cui consumazione avviene già con la sollecitazione (dal lato passivo), o con la promessa (dal lato attivo) dell’utilità / vantaggio / beneficio “corruttivamente orientato”;

– L’inclusione, nella categoria degli intranei, altresì di funzionari o dipendenti titolari di un ruolo non apicale nell’ente (pur con differenziazioni importanti a livello sanzionatorio nella figura criminosa italiana dell’art. 2635 c.c., e potenzialmente anche nel delitto spagnolo ai sensi dell’art. 286-*bis*, comma 3°, c.p.e.);

– Un’ incisiva responsabilizzazione, di natura penale o sostanzialmente tale, delle persone giuridiche di appartenenza dei soggetti “corruttori” responsabili di condotte di corruzione attiva, correlata ad una considerazione come parti lese / persone offese di quelle di appartenenza dei soggetti “corrotti”, in ossequio ad una rilevanza attribuita – in misura comunque variabile nei tre ordinamenti analizzati – al modello “lealístico”.

La recente l. n. 3/2019 peraltro, pur avendo finalmente introdotto la procedibilità d’ufficio generalizzata per i delitti *ex artt. 2635 e 2635-bis c.p.*⁷², non ha colto l’occasione per apportare ulteriori innovazioni normative (che si prospetteranno nelle successive righe).

⁷² Come si è visto, difatti, in precedenza la procedibilità a querela era temperata unicamente dalla procedibilità *ex officio* in ipotesi di “distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni e di servizi”: pur ponendosi la tutela della concorrenza come bene giuridico centrale nella prospettiva degli strumenti normativi dell’UE, dell’OSCE, del COE e dell’ONU, era però quasi impossibile enucleare in modo adeguatamente definito i casi concreti di corruzione privata nei quali fosse configurabile una tale distorsione.

L'analisi dell'impatto giurisprudenziale del delitto di cui all'art. 2635 c.c., ad ogni modo, ha mostrato la sostanziale assenza del medesimo dalle aule giudiziarie, e c'è da chiedersi, al riguardo, se l'introduzione della procedibilità d'ufficio da parte della l. n. 3/2019 potrà di per sè innescare una tendenza virtuosa alla segnalazione di casi concreti – senz'altro diffusi – di istigazioni / accordi corruttivi: a tal proposito, non possono tacersi fondate perplessità sull'eventualità che soggetti non titolari, secondo il vecchio regime di procedibilità, del diritto di querela (quali colleghi/conoscenti dell'estraneo e/o intraneo coinvolti) si avvalgano – senza alcun beneficio personale concreto da ciò potenzialmente derivante – della facoltà di innescare indagini penali su condotte inquadrabili nello schema delittuoso di cui all'art. 2635 c.c.

La bassa percezione di gravità, a livello sociale, delle condotte di corruzione privata in Italia è senz'altro un ostacolo al riguardo, ma va osservato come le campagne di informazione e di sensibilizzazione, e l'azione dell'ANAC, siano da tempo orientate verso l'obiettivo di diffondere nei consociati la percezione di gravità del fenomeno corruttivo a 360°, e si auspica vengano incentivate per quanto riguarda gli aspetti di informazione specifica sui danni sociali prodotti dalla corruzione nel settore privato, ad esempio per quanto concerne la discriminazione – nella competizione professionale – di soggetti maggiormente meritevoli, nei confronti di persone autrici di proposte corruttive.

Per quanto invece riguarda gli aspetti più propriamente penalistici del contrasto al fenomeno *de quo*, non possono che sottolinearsi alcune possibili direttrici di riforma, in parte suggerite dagli approfondimenti comparatistici svolti:

a) Il riconoscimento normativo, da parte della l. 30 novembre 2017, n. 179 (entrata in vigore il 29 dicembre 2017), del c.d. *whistleblowing* quale valido strumento di contrasto alla corruzione⁷³, cioè l'introduzione di tutele giuridiche (anonimato, divieto di discriminazione lavorativa ecc.) e facilitazioni nel proporre denuncia per coloro che intendano segnalare condotte corruttive rappresenta senz'altro una di queste direttrici di intervento, già avviata, da valorizzare ancora maggiormente in futuro. L'art. 2 del provvedimento legislativo in esame, difatti, introduce tutele altresì per il dipendente o collaboratore che “segnala illeciti nel settore privato”.

b) In connessione con quanto appena detto nel punto precedente, una

⁷³ Per una trattazione dettagliata del tema v., tra i più recenti, F. COPPOLA, *Il “whistleblowing”: la “scommessa etica” dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 475 ss.; G. PETRUCCI, *Whistleblowing, resta il rebus sui destinatari*, in *Guida al dir.*, 2017, fasc. 48, p. 6 ss. V. altresì, seppure antecedente all'emanazione della normativa succitata, G. LOSAPPIO / S. ADUASIO, *Blowin' in the... whistle: il primo rapporto dell'ANAC sul c.d. whistleblowing*, in *Dir. pen. cont.* (quotidiano giuridico online), 8 maggio 2017, p. 1 ss.

possibile innovazione nelle strategie di contrasto alla corruzione privata (ma altresì di funzionari pubblici internazionali), con particolare riferimento a quella delle grandi *Corporations*, potrebbe avvalersi dell'analisi dell'impatto applicativo dei DFA – *Deferred Prosecutions Agreements* (accordi per il rinvio concordato dell'esercizio dell'azione penale), o di altri simili istituti di “giustizia penale negoziata” implementati nel settore dei delitti di corruzione in Gran Bretagna, USA, ed in altri sistemi penali⁷⁴. L'analisi svolta con riferimento all'applicazione dei DFA nel contesto della persecuzione dei reati di corruzione di cui al *Bribery Act* 2010 nel Regno Unito, ha rivelato come la possibilità, per i dirigenti – *in primis* quelli non corrotti – delle aziende coinvolte di evitare, in casi di corruzione, le conseguenze penali, e limitare quelle economiche ed in termini di prestigio sul mercato, per gli enti di appartenenza collaborando con le agenzie di *Law Enforcement* mediante l'implementazione di misure risarcitorie, di *compliance* ecc., possa costituire un importante incentivo al *self-reporting*: ciò rilevato, comunque, occorrerà tenere senz'altro conto delle incisive differenze, a livello processuale e sostanziale, esistenti tra il nostro sistema penale, e quelli dei paesi di *Common Law*.

c) Da ultimo, sarebbe auspicabile un'ulteriore modifica della disciplina normativa di cui all'art. 2635 c.c., al fine di prolungare i termini di prescrizione, inasprire – senza eccessi – le pene (o quanto meno trasformare in reato autonomo l'ipotesi della corruzione di società quotate ecc. di cui al comma 3°), e soprattutto “irrobustire” le sanzioni accessorie, onde garantire una più adeguata repressione delle condotte più gravi, che – possono consistere in dazioni corruttive di svariati milioni di euro, e cagionare danni (patrimoniali e non) davvero consistenti, oltre a ledere spesso interessi pubblici rilevanti, correlati alla salvaguardia del delicato tessuto dell'etica nei rapporti economici.

⁷⁴ Sul punto v. R.A. RUGGIERO, *Non Prosecution Agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, cit., p. 1 ss.

ANDREA FRANCESCO TRIPODI

LA CORRUZIONE TRA PRIVATI. UN'ANALISI DIACRONICA DELLO
SPETTRO OFFENSIVO DELLA FATTISPECIE OVVERO
LA CONCORRENZA COME *FIGLIA DI UN DIO MINORE*^(*)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Fenomenica. – 3. Fenomenologia offensiva. – 4. La distanza dal modello pubblicistico. – 5. Lo spettro offensivo della fattispecie di cui all'art. 2635 c.c. nel suo progressivo mutamento. – 5.1. Dal 2002 al 2012. – 5.2. Dal 2012 al 2017. – 5.3. Dal 2017 in poi. – 5.3.1. L'antidoverosità dell'atto: contenuto (anfibolo) e interazione (a rischio di sincretismo) con altri elementi del fatto tipico. – 5.3.2. La variante concorrenziale nell'ultima versione di un *work in progress*. – 6. Considerazioni riepilogative e conclusive: l'avvertita esigenza di un percorso di razionalizzazione. – 7. Uno sguardo sugli scenari futuribili.

1. *Premessa*

Destino singolare – almeno per ora – quello della fattispecie prevista dall'art. 2635 c.c. Alcuni dati oggettivi lo dimostrano: la frequenza degli interventi legislativi – quattro dal 2002 (anno in cui la figura è stata introdotta), di cui due, quello del 2012 e quello del 2017, (non di semplice revisione, ma) di riforma¹ –; la sua rarefatta applicazione, con due sole pronunce di legittimità² e una di merito³ – a quanto consta – in sedici anni di vigenza.

Che qualcosa non sia andato come doveva, è evidente. Che una sorta di ibridismo alberghi ancor oggi nel *tipo* è quanto cercheremo di dimostrare percorrendo l'itinerario concettuale in questa prospettiva più conveniente, vale a dire quello che dirige il *focus* sugli interessi tutelati. Un percorso argomentativo, da intraprendere in chiave diacronica, capace di mettere a nudo la fattispecie, svelandone pregi e difetti.

^(*) Il presente lavoro costituisce il testo, riveduto e ampliato, della relazione tenuta il giorno 8 marzo 2018 presso l'Università degli studi di Firenze nell'ambito del Corso di perfezionamento in diritto e procedura penale “*La recente legislazione penale*”.

¹ Ripercorre schematicamente le tappe che hanno scandito il percorso normativo E. Amati, *Art. 2635 c.c.*, in M. Franzoni-R. Rolli, *Codice civile commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, 2018, 4266.

² Cass., sez. V, 26 maggio 2017, n. 33027 (in materia di confisca); Cass., sez. V, 13 novembre 2012, n. 14765.

³ Trib. Udine, 6 giugno 2013, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 maggio 2014, con nota di L. Zoli, *Disfunzione applicativa dell'art. 2635 c.c. tra vecchia e nuova formulazione della «Corruzione tra privati»*.

2. Fenomenica

Partiamo allora dal *fatto* di corruzione tra privati secondo un approccio *pre-positivo*.

Di corruzione pur sempre si tratta. Al centro è, cioè, il tradizionale paradigma corruttivo – genericamente, lo scambio illecito tra utilità e compimento di un atto ovvero esercizio di una funzione –, che il *background* culturale del penalista ricollega ai fenomeni criminali attratti nel modello pubblicistico di corruzione. Con la peculiarità che in ambito privato i soggetti protagonisti sono privi di qualifiche pubblicistiche.

La varietà dei *fatti* in cui si manifesta il fenomeno è intuibile. Si può fare riferimento (*a*) al caso del responsabile dell'area acquisti di una società che stipuli un contratto con una determinata società fornitrice di beni a seguito della dazione (o promessa) di un vantaggio patrimoniale da parte dell'amministratore di quest'ultima; (*b*) all'ipotesi dell'amministratore che, dopo aver ricevuto una somma di denaro (o la relativa promessa) da un esponente di una società concorrente, ometta di presentare la dichiarazione dei redditi della società amministrata o (*c*) ritiri una domanda di partecipazione a una gara d'appalto; (*d*) a quello della concessione di linee di credito da parte di un dirigente bancario a favore di una società che non presenti i requisiti richiesti, sempre a seguito della dazione (o promessa) di denaro o altra utilità; (*e*) a quello dell'amministratore di una società che corrompa l'esponente di una società di certificazione in modo da ottenere la certificazione di qualità ambientale desiderata.

Il fenomeno può peraltro annidarsi all'interno di una stessa società (c.d. corruzione endosocietaria): (*f*) quando ad esempio l'amministratore, per coprire una propria responsabilità nella gestione sociale, corrisponda (o prometta) una somma di denaro ai componenti il collegio sindacale.

Lo sforzo esemplificativo può poi agevolmente estendersi al di là del contesto societario per abbracciare qualsiasi settore dell'ambito privatistico: (*g*) si pensi al proprietario di un immobile che subordini la stipula di un contratto di locazione con un soggetto al pagamento di una somma di denaro aggiuntiva, quale prezzo per ottenere la preferenza.

Tale varietà di forme di corruzione tra privati non è accomunata da un'unica proiezione offensiva. L' "identità" dei soggetti che appaiono pregiudicati dalla corruzione ne è indice rivelatore.

Nel caso (*a*) sono i terzi fornitori tagliati fuori dal patto illecito. Nei casi (*b*), (*c*) e (*d*) l'ente di appartenenza del soggetto corrotto (salvo non voler includere nel caso *d*) anche i concorrenti della società beneficiaria del credito). Nel caso (*e*) i soggetti terzi che, diremmo, hanno rispettato le regole del mercato ottenendo legittimamente o conferendo legittimamente la certificazione di qualità. Nel caso

(f) l'ente di appartenenza del corruttore e del corrotto. Nel caso (g) l'aspirante locatario estraneo all'accordo corruttivo.

3. Fenomenologia offensiva

La polimorfia offensiva della fenomenica complessivamente considerata è riducibile a due macro-aree: (i) quella concorrenziale, in cui si inscrivono i casi (a), (e) e (g) (e, volendo, anche d)); (ii) quella economico-patrimoniale, in cui si inscrivono i casi (b), (c), (d), e (f) (salvo non voler considerare l'ente del caso c) al pari pregiudicato *direttamente* sul piano concorrenziale).

Alcune necessarie precisazioni in merito all'area (i). Il riferimento alla concorrenza si presta a una duplice lettura. In chiave macroeconomica, dove la concorrenza è intesa come un preciso assetto di mercato (ossia, antimonopolistico), la cui protezione, secondo quanto previsto dalla L. n. 287/1990, è affidata alla sanzione amministrativa (salvo quanto *indirettamente* derivabile dall'ampio raggio di prescrizione punitiva della fattispecie di cui all'art. 2638 c.c.⁴). In chiave microeconomica, dove è intesa come *lealtà* della concorrenza dei soggetti economici in competizione, la cui tutela è di tipo prevalentemente civilistico (art. 2598 c.c.), con un'appendice penalistica riflessa in un corpo disarmonico di norme (si pensi agli artt. 473, 474, 513, 514, 517 c.p. o all'apparato penale della normativa sanzionatoria in materia di diritto d'autore).

Posto ciò, risulta chiaro come nella fenomenica della corruzione tra privati caratterizzata da un'offesa all'interesse concorrenziale rilevi fundamentalmente la seconda accezione del concetto. Detto altrimenti, è da escludersi che nei fatti sopra richiamati possa aversi una lesione della concorrenza in senso macroeconomico, tale cioè da incidere su un assetto di mercato. Questa lesione potrebbe essere ravvisata – si pensi al caso (a) – nelle sole ipotesi di reiterazione del fenomeno o di “gigantismo” del medesimo, con riflessi, cioè, su larga scala.

La stessa accezione microeconomica del concetto è poi declinabile in funzione della fisionomia del referente della tutela. Quale bene *individuale*, l'interesse concorrenziale reclama la titolarità del soggetto economico pregiudicato dal comportamento sleale, con l'effetto di potersi confondere col suo stesso interesse patrimoniale⁵. Tuttavia, il medesimo bene può apprezzarsi anche in versione *collettiva*,

⁴ Sul tema, volendo, A.F. Tripodi, *Possibilità di un intervento penale nella disciplina antitrust*, in *Giur. comm.*, 2006, 521 ss.

⁵ In prospettiva critica J. Vogel, *La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l'esperienza tedesca*, in *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, a cura di R. Acquaroli e L. Foffani, Milano, 2003, 88; A. Spina, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 838.

come interesse diffuso che fa capo a un numero indeterminato di operatori economici (compresi coloro che non partecipano alla gara inficiata dall'accordo illecito), la cui tutela sul piano normativo risulterà anticipata rispetto all'eventuale danno di natura individuale (apprezzabile in una specifica relazione concorrenziale)⁶; con l'effetto di rendere meno afferrabile il fenomeno offensivo ovvero di generare il rischio di una sua volatilizzazione in ragione della perdita di substrato materiale.

4. *La distanza dal modello pubblicistico*

Com'è noto, nella struttura tipica della corruzione pubblica il disvalore del fatto si incentra nella stipula del *pactum sceleris*, senza cioè che venga richiesta la sua esecuzione. E il raggio dell'incriminazione copre la forma *propria* (dove l'atto oggetto di mercimonio non è conforme ai propri doveri), come quella *impropria* (dove l'atto oggetto di mercimonio è conforme ai propri doveri).

È opportuno e possibile trasferire tale modello di incriminazione in ambito privato?

In altri termini, è corretto pensare che l'opera di tipizzazione della corruzione privata possa consistere nella semplice trasposizione dello schema pubblicistico in un contesto in cui i soggetti protagonisti dell'accordo illecito sono privi di qualifiche pubblicistiche?

Invero, l'assenza di coloriture pubblicistiche negli interessi assunti come rilevanti, quale precipitato della mancanza di qualifica pubblicistica in capo al titolare della funzione il cui esercizio è oggetto di scambio, muta lo scenario di riferimento, creando una distanza tra le due figure difficilmente colmabile.

Già sul piano, si direbbe, criminologico emerge un profilo differenziale decisivo⁷. Nella corruzione pubblica si ravvisa una coincidenza di obiettivi tra l'ente di appartenenza del corrotto e i soggetti estranei all'accordo corruttivo: né la pubblica amministrazione né i cittadini – normalmente⁸ – traggono vantaggi dalla

⁶ Sul tema, in generale, F. Sgubbi, *Tutela penale di "interessi diffusi"*, in *Quest. crim.*, 1975, 439 ss. Più di recente, A. De Vita, *I reati a soggetto passivo indeterminato*, Napoli, 1999.

Riconosce tale veste alla leale concorrenza lesa da un fatto di corruzione tra privati, giustificandone la rilevanza come bene giuridico meritevole di tutela penale, E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, Torino, 2018, 445.

⁷ Sottolineato, da ultimo, da R. Bartoli, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 7.

⁸ Non si può tacere il caso, comunque eccezionale, in cui l'ente pubblico, in ipotesi una stazione appaltante, si avvantaggi dell'episodio corruttivo che ha interessato un soggetto ad esso appartenente. Ciò può avvenire quando costui includa nell'accordo corruttivo, quale corrispettivo

corruzione; anzi, tutt'altro. Diversamente, in ambito privato, come si desume dagli esempi riportati, l'ente del corrotto può risultare danneggiato dalla corruzione (si pensi ai casi *a*), *b*), *c*), *d*) e *f*) oppure indifferente alla medesima (si pensi al caso *a*) o ancora avvantaggiato da essa (si pensi ai casi *a*) ed *e*)⁹); e i soggetti terzi potranno non subire pregiudizi (si pensi ai casi *b*), *c*), *d*) e *f*) o, al contrario, incarnare proprio i soggetti danneggiati dallo scambio illecito (si pensi ai casi *a*), *d*), *e*) e *g*)).

Valorizzando le specificità dell'oggetto di tutela nella fenomenica privata, si può rilevare come la presenza di *sol*i interessi economici o comunque di rilievo economico – il patrimonio o la lealtà della concorrenza – rappresenti un argomento a favore della richiesta dell'effettivo compimento dell'atto oggetto dello scambio ai fini dell'integrazione della fattispecie¹⁰. La stessa esemplificazione sopra proposta tradisce una percezione del fenomeno calibrata sul reale pregiudizio nei confronti della vittima – ricollegabile sul piano eziologico necessariamente all'esecuzione dell'accordo illecito –, piuttosto che sul pericolo di esso insito nell'accordo *tout court*.

Il disallineamento delle due figure di corruzione dovrebbe poi potersi apprezzare in maniera più pronunciata assumendo quale interesse di riferimento quello della lealtà concorrenziale.

Si è osservato come la criminalizzazione dell'aggiudicazione di un contratto al concorrente che ha offerto le migliori condizioni, pur avendo pagato una tangente, non produca alcuna offesa alla concorrenza. Sarebbe dunque lo stesso principio di offensività a limitare la rilevanza penale alle sole ipotesi di corruzione privata *propria*¹¹. E, in effetti, in capo all'agente privato non grava quel dovere di imparzialità ovvero di perseguimento del buon andamento della pubblica amministrazione che, invece, ai sensi dell'art. 97 Cost., caratterizza l'agire del soggetto titolare di qualifica pubblicistica.

Più in generale, l'opzione di circoscrivere il raggio di incriminazione della corruzione privata lesiva della lealtà concorrenziale avrebbe dalla sua un argomento che affonda le radici nel terreno della razionalità politico-criminale ovvero della ragionevolezza. Già di per sé non è agevolmente spiegabile la scelta di riservare al

dell'aggiudicazione della gara, oltre al versamento di una somma di denaro per sé, anche delle condizioni contrattuali favorevoli per lo stesso ente.

⁹ La società di certificazione, alla quale appartiene il soggetto corrotto, potrà, a seguito della corruzione, consolidare il rapporto con quel cliente, nonché aspirare a trovarne altri proprio in ragione della sua corruttibilità. Per tali rilievi, R. Bartoli, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?*, cit., 7.

¹⁰ Così E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 500 ss. Sottolinea come l'esecuzione dell'atto sia un elemento estraneo alla struttura generale dei fatti di corruzione, A. Spina, *Punire la corruzione privata?*, cit., 823-824.

¹¹ E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 500 e 513.

bene di stampo pubblicistico della concorrenza in senso macroeconomico una tutela (quella affidata alla sanzione amministrativa) più blanda rispetto a quella, in ipotesi penale, che interesserebbe la concorrenza in senso microeconomico. Ciò che varrebbe tanto di più se quest'ultima, anziché risultare contenuta nei limiti delle offese realmente o maggiormente significative, si estendesse al di là di tali confini col rischio di una deriva eticizzante del precetto.

5. *Lo spettro offensivo della fattispecie di cui all'art. 2635 c.c. nel suo progressivo mutamento*

Tracciate le coordinate essenziali del fenomeno-*corruzione privata*, guardiamo al diritto *post*o, esaminando le diverse fasi che hanno contraddistinto la figura normativa dalla sua entrata in vigore fino ad oggi, senza mancare di richiamare, sia pure per brevi e generici cenni, la normativa sovranazionale di riferimento¹².

5.1. *Dal 2002 al 2012*

Frutto della riforma del diritto penale societario del 2002 (d.lgs. n. 61/2002), la «Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità»¹³, a ben vedere, si inseriva pienamente nel disegno di privatizzazione/patrimonializzazione degli interessi tutelati che, cifra dell'intervento riformatore, è segnalato dall'utilizzo della querela di parte quale condizione di procedibilità rimessa alla disponibilità dei privati, come tale in grado di ridurre le potenzialità operative della norma, e dal rilievo centrale assegnato al danno patrimoniale quale evento della fattispecie. E così, se,

¹² In particolare: la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 27 gennaio 1999 (c.d. Convenzione di Strasburgo), la Convenzione delle Nazioni unite sulla corruzione del 31 ottobre 2003 (c.d. Convenzione di Merida), nonché, in adesione ad iniziative comunitarie di quello che un tempo era il c.d. terzo pilastro, l'Azione comune del 1998 e la Decisione quadro UE 2003/568/GAI.

Sui rapporti tra la legislazione italiana in materia di corruzione tra privati e gli obiettivi di tutela perseguiti in sede comunitaria e internazionale, si rinvia, per tutti, a S. Seminara, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 71 ss.

¹³ Di seguito il testo della disposizione: «*Gli amministratori, i direttori generali, i sindaci, i liquidatori e i responsabili della revisione, i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, cagionando nocimento alla società sono puniti con la reclusione sino a tre anni. La stessa pena si applica a chi dà o promette l'utilità. Si procede a querela della persona offesa.*». Con L. 28 dicembre 2005, n. 262, si era provveduto ad inserire tra i soggetti attivi «*i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari*» e a prevedere, al terzo comma, il raddoppio delle pene per i fatti commessi nell'ambito «*di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58*». Il d.lgs. n. 39/10, infine, aveva eliminato il riferimento ai «*responsabili della revisione*».

da un lato, la disposizione, descrivendo una specifica dinamica corruttiva, risultava modulata sul tipo pubblicistico della corruzione propria antecedente, dall'altro, la richiesta verificazione dell'evento-nocumento alla società, quale conseguenza dell'atto contrario ai doveri sociali oggetto di mercimonio, polarizzava la dimensione offensiva della fattispecie, privatizzandone lo spettro di tutela.

Il termine «nocumento», peraltro, evocherebbe danni non necessariamente di natura patrimoniale, tuttavia, come vedremo, la sua afferenza a società commerciali dovrebbe implicare una riferibilità, sia pure indiretta, alla dimensione economica. In ogni caso, sia che lo si interpreti esclusivamente nel senso di danno patrimoniale sia che vi si attribuisca un significato più esteso, rimane ferma la direzione della fenomenologia offensiva della fattispecie, che interessa appunto la società del corrotto quale soggetto privato pregiudicato dall'atto infedele.

La scelta del legislatore del 2002 era dunque ispirata all'esigenza di reprimere specifiche forme di *mala gestio* societaria determinanti un danno alla società e trovava formalizzazione normativa in una fattispecie di reato plurisoggettivo con duplice evento e, correlativamente, nesso causale (tra la promessa o la dazione del corruttore e l'atto del corrotto, tra l'atto antidoveroso e il nocumento patito dalla società).

La minaccia di pena non riguardava dunque la corruzione in sé, ma la produzione del nocumento alla società. *Si rimproverava, cioè, al soggetto titolare di obblighi nei confronti della società di non aver perseguito l'interesse societario affidato alle sue cure e di avere cagionato un danno "contrattando" un atto in violazione dei propri doveri.*

Insomma, nessun dubbio sulla presenza di una tipica fattispecie di *infedeltà* qualificata da una corruzione¹⁴. La stessa rubrica normativa, nella quale risultava palese il collegamento con la fattispecie di «Infedeltà patrimoniale» di cui all'art. 2634 c.c., lo suggeriva¹⁵.

In questo quadro, evidentemente, non v'era spazio per la tutela della concorrenza: la cui dimensione offensiva si ricollega al perfezionamento dell'accordo corruttivo, seguito – come detto – dalla sua esecuzione, e attiene alle posizioni di soggetti terzi (“tagliati fuori”) rispetto ai protagonisti dell'accordo. Tale offesa, cioè, prescinde dall'evento pregiudizievole che interessa la società del soggetto corrotto, evento che può infatti non verificarsi senza che ciò intacchi l'effetto anticoncorrenziale già prodotto attraverso il compimento dell'atto oggetto dello scambio.

Se proprio si volesse rintracciare un profilo anticoncorrenziale nell'originaria

¹⁴ Così, per tutti, F. Giunta, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2005, 300.

¹⁵ Sulla «dissoluzione» ovvero sull'«assorbimento» della corruzione nell'infedeltà cfr. L. Fofani, *La "corruzione tra privati" nel nuovo diritto penale societario: un primo passo o un'occasione mancata?*, in *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, cit., 388. In generale, sul peso della rubrica nell'interpretazione della fattispecie, C. Sotis, *Vincolo di rubrica tipicità penale*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2017, 1346 ss.

dinamica dell'art. 2635, questo non potrebbe che essere collocato “dietro le quinte”, quale effetto riflesso e indiretto della fenomenologia offensiva patrimoniale: in ragione del pregiudizio patrimoniale subito, la società, ricorrendone i presupposti, potrebbe essere considerata “svantaggiata” rispetto ai suoi concorrenti. Ma è chiaro che, così ragionando, si tradirebbe la prospettiva anticoncorrenziale tipicamente riferibile al fenomeno corruttivo¹⁶.

In conclusione, le istanze di tutela della concorrenza appaiono estranee alla *ratio* della disposizione di cui all'art. 2635 c.c. nella sua formulazione originaria¹⁷. E, in effetti, la fattispecie gravitava completamente in un'orbita *privatistica*, incentrata sugli interessi interni del datore di lavoro. Più nel dettaglio, nella sua struttura pareva riflettersi il cosiddetto modello normativo di corruzione privata *patrimonialistico* – attesa la polarizzazione sull'evento di danno patrimoniale –, con l'esplicitazione della componente *lealistica* – attesa la necessità che l'atto lesivo fosse compiuto o omesso «in violazione degli obblighi inerenti l'ufficio» – di stampo *oggettivo*, ossia concepita come violazione del lavoratore del dovere di perseguire il miglior interesse del datore di lavoro (“tradimento”, questo, dimostrato dal pregiudizio patrimoniale) e non, dunque, in senso *soggettivo*, come mera violazione del dovere di conformarsi alle indicazioni e agli obiettivi *soggettivi* del datore¹⁸.

Distante si rivelava l'opzione italiana da quella comunitaria, proiettata invece sulla fenomenologia offensiva della concorrenza¹⁹. E varie erano le note sul *cabier de doléance* stilato dal GRECO (gruppo di Stati contro la corruzione del Consiglio d'Europa), tra cui, in particolare, la presenza necessaria di un documento per l'ente e la procedibilità a querela del reato.

5.2. Dal 2012 al 2017

Sul nostro versante la novità maggiormente significativa della disposizione di nuovo conio (riscritta dalla L. n. 190/2012), rubricata «Corruzione tra privati»²⁰, at-

¹⁶ Sul punto, per tutti, G. Forti, *La corruzione tra privati nell'orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1129 ss.

¹⁷ Cfr., tra gli altri, R. Acquaroli-L. Foffani, *La corruzione tra privati: note introduttive sull'esperienza italiana?*, in *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, cit., 28; R. Bricchetti, *La corruzione tra privati*, in *Diritto penale delle società*, a cura di G. Canzio-L.D. Cerqua-L. Luparia, Padova, 2016, 524.

¹⁸ Per la classificazione dei vari modelli normativi di corruzione privata, anche alla luce di una ricognizione comparatistica, si rinvia ancora all'opera monografica di E. La Rosa, *Corruzione privata*, cit., 45 ss.

¹⁹ Cfr., per tutti, L. Foffani, *Le infedeltà*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano, 2002, 370 ss.; A. Gullo, *Spunti critici in tema di infedeltà patrimoniale a seguito di dazione o promessa di utilità*, in *Banca bors. tit. cred.*, 2003, 452 ss.; M. N. Masullo, *Art. 2635 c.c.*, in AA.VV., *Leggi penali complementari*, a cura di T. Padovani, Milano, 2007, 2469.

²⁰ Di seguito il testo della disposizione: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e

tiene alla costruzione del regime di procedibilità: si prevede quella d'ufficio quando «dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi».

Al di là di tale aspetto, il fatto tipico riproponeva la struttura della disposizione previgente, essendo richiesto ai fini del perfezionamento della figura la verifica del nocumento alla società, procurato dal compimento di un atto antioderoso a seguito della dazione o promessa di utilità.

Insomma, il messaggio derivabile dalla norma nella sostanza non era mutato: guardando al lato passivo della corruzione e semplificando, questo non è “*non farti corrompere*” *tout court*, bensì “*non cagionare un danno alla società quale conseguenza di un atto infedele venduto*” “*e sappi*” – ecco il *novum* – “*che se dal fatto deriva una distorsione della concorrenza si procede d'ufficio*”.

Merita una sottolineatura l'effettiva estensione degli obblighi la cui violazione qualificava l'atto “comprato”. Attraverso il riferimento a un più generico dovere di fedeltà pare attribuirsi rilevanza non solo alla violazione degli specifici doveri ricavabili da tutte le discipline (prescrizioni di legge, regolamentari, statutarie, delibere degli organi, previsioni organizzative, deontologiche e disciplinari, comunque rilevanti sul piano contrattuale) che regolano la posizione del soggetto attivo, come prima invece avveniva stante la formula, tuttora presente, «in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio»²¹. La determinazione degli effettivi contenuti di siffatti obblighi di fedeltà sembra rimandare a quel dovere di fedeltà che trova il proprio referente normativo nell'art. 2105 c.c., letto dalla giurisprudenza in senso espansivo così da includervi le categorie della lealtà e della buona fede dovuta dal dipendente all'ente e al datore di lavoro, fino a ricomprendere qualsiasi comportamento incoerente con l'interesse dell'ente e contrastante con il generico dovere di non nuocere ad esso²².

i liquidatori, che, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità per sé o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocumento alla società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma. Chi dà o promette denaro o altra utilità alle persone indicate nel primo e nel secondo comma è punito con le pene ivi previste. Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni. Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi».

²¹ Cfr. sul punto, per tutti, N. Mazzacupa-E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, Padova, 2018, 148; R. Zannotti, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2017, 315; E. Mezzetti, *I reati societari*, in E. M. Ambrosetti- E. Mezzetti-M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016, 177.

²² Cfr. M. Bellacosa, *La corruzione privata societaria*, in A. Del Vecchio-P. Severino (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, 2014, 46; F. Consulich, *Art. 2635 c.c.*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Disposizioni penali in materia di società, di consorzi e di altri enti privati, a cura di A. Perini, Bologna, 2018, 534.

Come anticipato, il rilievo riconosciuto alla concorrenza discendeva dalla previsione del regime di procedibilità. Questo, allo stesso modo della previgente normativa, era di regola a querela della persona offesa (*id est*, la società)²³, tuttavia diveniva d'ufficio quando dal fatto fosse derivata una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi.

La formula rappresentava l'esito di un compromesso politico tra chi voleva in ogni caso prescindere dalla querela e chi voleva mantenere l'originario regime²⁴. L'espressione utilizzata per richiamare l'offesa alla concorrenza sembrava indicare il discostamento rispetto a un percorso concorrenziale "normale" e cioè – esclusa, per le ragioni anzidette, la praticabilità della visione macroeconomica della figura²⁵ – leale, libero, ovvero l'impedimento del prodursi del libero e leale gioco della concorrenza. E la rilevanza dell'offesa alla concorrenza rimaneva circoscritta al mercato dell'acquisizione di beni o servizi, esulando dal raggio applicativo della norma ogni diverso settore.

La distorsione della concorrenza pareva allora rappresentare una condizione obiettiva di maggiore procedibilità²⁶, ma sarebbe riduttivo confinarla in questa ristretta dimensione (processuale).

La novella del 2012 sembra invero aver configurato un'autonoma ipotesi criminosa caratterizzata dalla verifica di un ulteriore evento (distorsione alla concorrenza) posto in rapporto di derivazione causale con il fatto oggetto dell'incriminazione originaria, con la quale condivide tutta la disciplina normativa fuorché il regime di procedibilità. La nuova figura incentrata sull'effetto lesivo alla concorrenza non risultava calibrata sulla dinamica corruttiva in sé, ma rimaneva pur sempre vincolata alla verifica del "fatto" nel suo insieme in questa previsto e, dunque, anche alla verifica del documento alla società²⁷.

Partendo dal dato testuale dove si utilizzava il termine «fatto» per indicare la fonte della distorsione della concorrenza, taluni richiedevano, ai fini della procedibilità d'ufficio, la dimostrazione di una diretta correlazione causale tra il documento alla società, quale ultimo segmento del fatto tipico incriminato, e la distor-

²³ Sul dibattito relativo all'individuazione dei soggetti legittimati a proporre querela si rinvia, anche ai fini di un completo quadro bibliografico, a E. La Rosa, *Corruzione privata*, cit., 388 ss.

²⁴ Cfr. sul punto, ancora, E. La Rosa, *Corruzione privata*, cit., 378.

²⁵ Cfr., per tutti, V. Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, 201 e M. Bellacosa, *La corruzione privata societaria*, cit., 52 ss.

²⁶ Così, F. Consulich, *Art. 2635 c.c.*, cit, 540.

²⁷ Diversamente, con un'interpretazione volta a potenziare le *chances* operative della figura perseguibile d'ufficio, ma, per stessa ammissione del proponente, contrastante col tenore letterale, si è concepita la fattispecie di cui all'art. 2635 c.c. come un delitto a doppio evento *alternativo*, con l'effetto dunque di svincolare la rilevanza della distorsione della concorrenza dalla verifica del documento. Così, A. Spina, *La corruzione tra privata e la riforma dell'art. 2635 c.c.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 712 ss.

sione della concorrenza²⁸, con l'effetto dunque di conferire rilevanza ai soli casi lesivi dell'interesse concorrenziale della società danneggiata (nel senso, assai problematico, lumeggiato nel § 5.1), atteso che la lesione dell'interesse concorrenziale riferibile a soggetti terzi (rispetto al *pactum sceleris*) è, come già evidenziato, eziologicamente riconducibile all'accordo corruttivo in sé – più precisamente, alla sua esecuzione – e non alla produzione del documento per la società di appartenenza del soggetto corrotto.

Così ragionando, *in concreto*, l'unico profilo innovativo rispetto al passato sarebbe stato allora rappresentato dall'acquisito rilievo pubblicistico della vicenda, che, anziché risolversi all'interno della compagine (secondo quanto consentito dal regime di procedibilità a querela), sarebbe divenuto perseguibile d'ufficio.

È evidente come una tale lettura non avrebbe consentito di soddisfare le istanze di tutela della concorrenza sottese agli obblighi sovranazionali, di modo che è apparso preferibile e ammissibile leggere il termine «fatto» nel suo complesso, riconoscendo che l'evento «distorsione della concorrenza» rilevante ai sensi della disposizione potesse derivare anche dall'accordo corruttivo – *rectius*, dalla sua esecuzione – quale segmento del fatto tipico antecedente rispetto all'evento «documento», ferma restando la necessità della presenza di quest'ultimo²⁹. Per tal via si recuperava la dimensione di tutela dei concorrenti terzi rispetto all'accordo corruttivo, il cui pregiudizio dunque avrebbe reso il fatto procedibile d'ufficio; e al contempo non si svincolava il perfezionamento della fattispecie dalla verifica del danno in capo alla società del soggetto corrotto³⁰.

Del resto, l'espresso riferimento all'"acquisizione di beni o servizi" che circo-scrive l'ambito di rilevanza della distorsione della concorrenza, sembra ritagliato proprio sull'ipotesi che pone un'esigenza di tutela dei concorrenti terzi rispetto alla corruzione (in atti aventi appunto ad oggetto l'acquisizione di beni o servizi).

Volendo nuovamente evocare i modelli normativi della corruzione privata, si può rilevare come nella fattispecie convivessero quelli patrimonialistico e lealistico, comuni alla versione previgente della figura, e quello concorrenziale, calibrato

²⁸ G. Andreazza-L. Pistorelli, *Una prima lettura della L. 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione)*. Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, in www.penale-contemporaneo.it, 20 novembre 2012.

²⁹ Così, P. Severino, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 12; D. Pulitanò, *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2012, suppl. n.11, 15; M. Pansarella, *Corruzione tra privati: reato a concorso necessario oppure fattispecie autonoma di reato?*, in *Resp. Amm. Soc. enti*, 2013, 2, 20; M. Bellacosa, *La corruzione privata societaria*, cit., 382.

³⁰ Si precisa come tale ricostruzione dovrebbe potersi conciliare sia con la visione esclusivamente processuale del comma 5 dell'art. 2635 c.c., vale a dire con la lettura che ne circo-scrive l'attinenza al solo piano della procedibilità, sia con la lettura che individua nell'evento distorsivo della concorrenza un ulteriore elemento di tipicità.

cioè sugli interessi “esterni” di terzi, che prendono forma per via dell’espreso riferimento alla concorrenza.

Ad ogni modo, risultava persistente *la subordinazione dell’interesse concorrenziale a quello economico-patrimonialistico della società del corrotto, che rendeva la corruzione penalmente irrilevante quando, pur in presenza dell’offesa all’interesse concorrenziale, il fatto non avesse arrecato nocimento alla società.*

In chiave riabilitativa dello spettro offensivo concorrenziale si era allora avanzata l’idea che nella disposizione il riferimento alla distorsione della concorrenza rappresentasse null’altro che l’esplicitazione – si potrebbe dire – dell’evento in senso giuridico pertinente alla corruzione. E, dunque, che l’espressione normativa alludesse all’essenza lesiva della corruzione quando questa avesse avuto ad oggetto l’acquisizione di beni o servizi³¹.

La tesi muove dalla prospettazione della concorrenza non come interesse riferibile ai singoli imprenditori in competizione (secondo, quindi, una visione microeconomica del fenomeno), e in quanto tale suscettibile di riscontro empirico, ma come nota qualitativa del mercato medesimo, che ne qualifica il corretto andamento; di modo che la sua distorsione rifletterebbe un’alterazione delle regole di funzionamento del mercato e si proietterebbe sulla dimensione del pericolo astratto³².

Il rischio insito in una tale lettura è quello di formalizzazione del reato, che potrebbe dunque ritenersi perfezionato con la sola conclusione e esecuzione del *pactum sceleris*, senza cioè l’ulteriore dimostrazione di un pregiudizio concorrenziale riferibile a un qualche soggetto economico. In questo modo, e diversamente da quanto sembra evincersi dal dettato normativo (che introduce l’evento ulteriore attraverso un periodo dal significato ipotetico: “salvo che dal fatto derivi ...”) al perfezionamento della fattispecie oggetto dell’originaria incriminazione conseguirebbe sempre e comunque quello della nuova figura, atteso che l’accordo corruttivo è elemento di tipicità comune a entrambe. In altri ed equivalenti termini, il legislatore avrebbe previsto il regime di procedibilità d’ufficio in tutti i casi di corruzione tra privati commessa con riferimento all’acquisizione di beni o servizi. Una *voluntas legislatoris* che, invero, avrebbe potuto trovare una diversa e meno elaborata traduzione normativa: sarebbe bastato prevedere la procedibilità d’ufficio nei casi di corruzione commessa nell’ambito dell’acquisizione di beni o servizi, dando in tal modo per acquisita in queste ipotesi la distorsione della concorrenza.

Pur aderendo a tale lettura, che consente di non andare alla ricerca di un’offesa concorrenziale in capo a qualcuno e di vitalizzare le potenzialità operative della norma attraverso l’ampliamento dello spazio applicativo della figura perseguibile d’ufficio, la rilevanza della dimensione offensiva della concorrenza

³¹ S. Seminara, *Il reato di corruzione tra privati*, in *Le Soc.*, 2013, 67.

³² Così, S. Seminara, *Il reato di corruzione tra privati*, cit., 67.

sarebbe rimasta pur sempre condizionata dall'accertata presenza di un nocumento alla società del corrotto. Tuttavia, anche su questo elemento sarebbe stato possibile intervenire sul piano interpretativo per agevolare il riscontro.

La tipicità penale della figura del nocumento appare tutt'altro che circoscritta. La giurisprudenza lo svincola da un necessario contenuto strettamente patrimoniale (in termini di danno emergente o lucro cessante), ricomprendendovi anche il danno all'immagine o reputazionale, così alleggerendo il relativo onere dimostrativo. Proprio rispetto all'art. 2635 c.c., la Corte di Cassazione ha provveduto a includere nel concetto di *nocumento* pregiudizi di natura non strettamente patrimoniale conseguenti alla lesione di beni pur sempre suscettibili di valutazione economica, ma non immediata (diversamente da quanto accade nei casi di *deminutio patrimonii stricto sensu*): oltre al danno all'immagine, si è richiamato il danno al corretto svolgimento delle attività organizzative e di controllo³³.

Posto ciò, non si è mancato di sottolineare come ai casi di corruzione tra privati si accompagni normalmente un danno all'immagine o alla reputazione della società, così risultando più agevole l'integrazione della fattispecie³⁴. Tuttavia, tali tipologie di eventi pregiudizievoli, essendo connessi al discredito derivante dalla divulgazione della notizia della scorrettezza gestionale, non sembrano coevi e, dunque, "interni" al perfezionamento della fattispecie, quanto piuttosto ricollegabili al suo successivo accertamento. Di modo che, per arrivare a ritenere che a ogni episodio corruttivo consegua, attraverso la mediazione dell'atto esecutivo, un nocumento inteso come risultato che interagisce negativamente con la vita, l'efficienza, la credibilità dell'ente, sarebbe stato forse preferibile mirare alla figura del nocumento-danno all'attività organizzativa in quanto tale, che l'esecuzione dell'accordo determinerebbe.

Ad ogni modo, certo è che se tale lettura estensiva dell'evento di nocumento alla società fosse stata combinata con quella, sopra illustrata, che associa alla corruzione la stessa distorsione della concorrenza, si sarebbe potuti giungere a prospettare una pericolosa attivazione automatica dell'intera fattispecie: nell'esecuzione dell'accordo corruttivo sarebbero, cioè, stati impliciti sia la distorsione della concorrenza sia il nocumento alla società corrotta (*ovvero, nella condotta sarebbero stati impliciti gli eventi*). In presenza di una fondata denuncia di una corruzione tra privati, presentata da un concorrente del corruttore, si sarebbe potuto superare l'ostacolo rappresentato dall'improbabile presentazione della querela (improbabile appunto perché nella prassi si preferisce una risoluzione interna della questione proprio per non compromettere la reputazione della società), facendo leva sul rilievo (automatico) della distorsione della concorrenza che avrebbe consentito la per-

³³ Cass. pen., sez. V, 13 novembre 2012, cit., alla quale si rinvia anche per un *excursus* giurisprudenziale avente a oggetto le varie fattispecie penali che includono la figura del nocumento tra gli elementi della fattispecie.

³⁴ M. Bellacosa, *La corruzione privata societaria*, cit., 55.

seguibilità d'ufficio del fatto; e quello rappresentato dal richiesto documento alla società corrotta, facendo leva sulla lettura in termini estensivi della figura.

Così non è stato. Dalla (esigua) giurisprudenza non emergono tracce di automatismi nella contestazione e nell'accertamento della fattispecie.

Una considerazione finale richiede la già richiamata limitazione della rilevanza dell'effetto anticoncorrenziale all'acquisizione di beni o servizi, riproposta – come vedremo – nella versione vigente della disposizione. Essa impone, in quest'ottica, di ripercorrere l'elencazione esemplificativa proposta in apertura del presente lavoro; elencazione che, per la verità, già risente dell'impossibilità di ricondurre all'art. 2635 c.c. in versione previgente le ipotesi di corruzione privata estranee al contesto societario.

Mantiene rilievo, lo si è detto, l'esempio del *manager* che abbia scelto un fornitore dietro compenso. Continua a non acquisire rilievo il caso dell'amministratore che sempre dietro compenso abbia omesso di presentare la dichiarazione fiscale della società amministrata, ipotesi in cui l'eventuale danno patrimoniale interno giustifica (e giustificava) di per sé l'intervento penale (contro la *mala gestio* tradottasi in documento) ai sensi del comma 1 della disposizione. Lo stesso potrebbe apparentemente valere per il caso dell'amministratore che, dietro compenso, ritira o non presenta la domanda di partecipazione della propria società a una gara d'appalto, salvo però risolutivamente osservare che attraverso tale operazione è pur sempre "tagliato fuori" un soggetto partecipante a una gara con oggetto (eventualmente) l'acquisizione di beni o servizi. Rilevante è l'esempio della certificazione di qualità "comprata", dove l'effetto distorsivo può interessare i soggetti concorrenti del corruttore che nell'esercizio della loro attività di produzione non hanno preso simili scorciatoie e i concorrenti della società di certificazione che non hanno ceduto a proposte corruttive. Più complesso il caso del manager bancario che concede linee di credito dietro compenso: qui, invero, potrebbe rilevare l'effetto anticoncorrenziale sui concorrenti della società beneficiaria del credito. Infine, l'ipotesi della corruzione endosocietaria esula dal raggio della norma che copre la fenomenologia concorrenziale, restando ferma la sua rilevanza ai sensi del comma 1 della fattispecie.

5.3. Dal 2017 in poi

L'elemento che caratterizza l'ultima riforma dell'art. 2635 c.c. (varata con d.lgs. 15.3.2017, n. 38)³⁵, la sua cifra identitaria, è la marcata anticipazione della tutela,

³⁵ Di seguito il testo della disposizione: «Art. 2635. (Corruzione tra privati). - Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, di società o enti privati che, anche per interposta persona, sollecitano o ricevono, per sé o per altri, denaro o altra utilità non dovuti, o ne accettano la promessa, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. Si applica la stessa pena se il

coerentemente coi testi sovranazionali. Non è più necessaria la produzione di un documento per l'ente, evento espunto dalla fattispecie. Non è più necessario l'effettivo compimento dell'atto antidoveroso, trasmutato nell'oggetto di un dolo specifico, conformemente allo schema classico della corruzione propria antecedente.

A ciò, peraltro, si accompagnano: un ampliamento delle condotte sanzionabili (attraverso il riferimento alla sollecitazione e all'offerta); l'estensione del novero dei soggetti punibili (tra l'altro, attraverso la contestualizzazione del fenomeno non sono nell'ambito delle società, ma anche degli "enti privati"); un inasprimento delle pene³⁶.

Rimane ferma la procedibilità a querela³⁷, pervicacemente mantenuta dal nostro legislatore nonostante i diversi *input* internazionali.

Resta immutato il richiamo alla concorrenza in termini di evento distorsivo nell'acquisizione di beni o servizi – causalmente ricollegato al fatto, orfano però del documento – che attiva la procedibilità d'ufficio.

Quali i riflessi sul piano degli interessi protetti, dove fino ad ora la concorrenza è parsa, per così dire, "figlia di un dio minore"?

Nella versione normativa del 2012 la dinamica lesiva della concorrenza si sviluppava linearmente tra i due poli dell'esecuzione dell'accordo corruttivo, attraverso il compimento dell'atto in violazione degli obblighi dell'ufficio o di fedeltà, e della verifica dell'evento distorsivo. Nell'attuale versione della fattispecie l'esecuzione dell'atto in violazione degli obblighi d'ufficio o di fedeltà non è richiesta ai fini del perfezionamento della fattispecie, essendo concepita come oggetto di

fatto è commesso da chi nell'ambito organizzativo della società o dell'ente privato esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti di cui al precedente periodo. Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma. Chi, anche per interposta persona, offre, promette o dà denaro o altra utilità non dovuti alle persone indicate nel primo e nel secondo comma, è punito con le pene ivi previste. Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni. Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi. Fermo quanto previsto dall'articolo 2641, la misura della confisca per valore equivalente non può essere inferiore al valore delle utilità date, promesse o offerte».

³⁶ Per una completa disamina delle novità introdotte dalla riforma si rinvia, per tutti, a S. Seminara, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, cit., 713 ss. e a E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 323 ss.

³⁷ Attesa la natura polifunzionale dell'istituto della querela (in dottrina, sul tema, per tutti, F. Giunta, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993; e, più di recente, M. Bertolino, *Il reato e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, in *Trattato di diritto penale*, diretti da C.F. Grosso-T. Padovani-A. Pagliaro, Milano, 2009, 241 ss.), si tende ad assegnare a quella prevista nell'art. 2635 c.c. una finalità satisfattiva di esigenze fondamentalmente deflattive (così, tra gli altri, E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 388).

un dolo specifico, che può dunque realizzarsi o meno senza che ciò incida sul perfezionamento del reato.

In questo quadro, dove il fulcro del fatto tipico risiede nel *pactum sceleris* in sé³⁸, appare maggiormente plausibile la lettura, autorevolmente proposta sotto la vigenza della precedente figura normativa, della distorsione della concorrenza come un pericolo astratto³⁹; con quell'effetto, tuttavia, di automatismo del perfezionamento della variante concorrenziale della fattispecie (nell'ipotesi in cui la corruzione si verifichi nell'ambito dell'acquisizione di beni e servizi), che peraltro stride col dettato normativo.

Se invece, per le ragioni sopra esposte, rimane valida la visione dell'evento distorsivo della concorrenza come evento naturalistico parametrato sui *competitors* esclusi, si deve rilevare l'impossibilità che tale evento si verifichi quale conseguenza dell'accordo corruttivo, ossia secondo la tipizzazione normativa; richiedendosi, invece, per la sua verifica – sul piano eziologico – l'effettiva esecuzione dell'accordo. È, cioè, il compimento dell'atto “comprato” a determinare la lesione concorrenziale in capo al soggetto tagliato fuori dall'accordo corruttivo.

Per evitare, allora, che la variante concorrenziale della fattispecie configuri una sorta di reato *già in astratto* impossibile, non è certo adottabile, pena la violazione del vincolo di legalità della norma penale, un'accezione estesa del concetto normativo di «fatto» (da cui deriva la distorsione alla concorrenza) in sé considerato, ricomprensiva anche del suo stesso sviluppo esecutivo.

Posto ciò, ai fini della conservazione della norma, non resta che far leva sulla presenza in essa del dolo specifico, per via del quale il momento esecutivo dell'accordo, benché nella sola prospettiva finalistica della condotta, entra comunque a far parte del *tipo* selezionato. E cioè: se, relativamente al giudizio di disvalore che la norma introietta, è indifferente che l'accordo venga eseguito, a maggior ragione non potrà considerarsi atipica una dinamica causale – quella propria dell'evento distorsivo della concorrenza – necessariamente agganciata all'esecuzione dell'accordo.

³⁸ Invero, attese le modifiche del 2017, dovrebbero acquisire rilievo penale anche le singole condotte unilaterali di sollecitazione e offerta, le quali sembrerebbero prescindere dall'incontro con la volontà dell'altro soggetto. Ciò che, peraltro, problematizza il rapporto con la figura di istigazione alla corruzione tra privati di cui all'art. 2635 *bis* c.c., a sua volta introdotto con l'ultima riforma. Per l'individuazione della linea di confine tra le due disposizioni si rinvia alle letture proposte da S. Seminara, *Il gioco infinito*, cit., 726; V. Militello, *La corruzione tra privati in Italia: un bilancio critico*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2017, 584-585; E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale*, cit., 371.

³⁹ Il richiamo è alla tesi di Seminara riportata nel § 5.2. Lo stesso Autore, tuttavia, osserva come in senso contrario a tale lettura deponga l'innovativa previsione dell'istigazione alla corruzione di cui all'art. 2635 *bis* c.c. che non contempla l'ipotesi della distorsione della concorrenza: «nella necessità di supporre che essa non sia stata prevista alla luce della natura tentata del fatto ivi sanzionato, si deve ritenere che, nella valutazione del legislatore, la distorsione della concorrenza rappresenti un effettivo evento di danno». Così, S. Seminara, *Il gioco infinito*, cit., 726.

Ritenendo corretto quanto appena osservato, dobbiamo concludere che nelle ipotesi in cui non si rinvienga l'esecuzione dell'accordo, potrà aversi *solo* il reato di cui al comma 1 e non quello lesivo della concorrenza, ravvisabile in presenza del compimento dell'atto indebito; ciò che rappresenta un ulteriore segno della persistente autonomia delle due figure ovvero della coesistenza nella disposizione di più modelli normativi di corruzione privata.

Chiarito tale aspetto, si deve sottolineare come la scomparsa del documento, elemento al quale era subordinata la rilevanza della fenomenologia offensiva della concorrenza, recida la distanza con quest'ultima, non richiedendosi più l'accertamento del pregiudizio alla società del corrotto con relativa dinamica causale, quale ultimo anello della catena che apre il sipario sull'universo concorrenziale.

Ma procediamo con ordine. Prima di addentrarci nella variante concorrenziale della fattispecie occorre esaminare la fenomenologia offensiva tipizzata nel comma 1 della disposizione, dal cui perfezionamento, d'altronde, continua comunque a dipendere la rilevanza della figura tipizzata al comma 2.

Il venir meno dell'evento-nocumento pone al centro della fattispecie il disvalore di condotta insito nell'intesa corruttiva polarizzata in chiave finalistica sul compimento di un atto in violazione degli obblighi d'ufficio o di fedeltà. L'accordo antidoveroso esprime, evidentemente, un profilo di lesività potenziale, alla quale, in assenza dell'evento-nocumento, è ancorata la tenuta offensiva della fattispecie di infedeltà⁴⁰.

Si intuisce allora come ai fini di una lettura in controtuce della dimensione offensiva del reato risulti indispensabile dirigere il *focus* sul contenuto di antidoverosità dell'atto del corrotto concordato. È, invero, la relazione fiduciaria che lega il corrotto all'ente di appartenenza a fungere, oggi, da snodo di tipicità della fattispecie o, meglio, delle due fattispecie.

La dottrina ha pertanto descritto il passaggio dalla figura del 2012 a quella del 2017 in termini di transizione da un modello normativo patrimonialistico a uno lealistico⁴¹.

⁴⁰ Dovrebbe trattarsi di un dolo specifico c.d. di offesa (cfr., per tutti, F. Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 2017, 213) ossia insistente su un'attività di base che, non avendo come protagonisti soggetti con qualifiche pubblicistiche, di per sé non riflette una proiezione offensiva determinata. In merito, si può rilevare come la dimostrazione dell'obiettiva idoneità della condotta a realizzare l'intenzione espressa in termini finalistici, secondo la concezione oggettivistica del dolo specifico (in argomento, G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 575 ss.), non potrà prescindere dalla considerazione della "posizione" rivestita all'interno dell'ente dal soggetto corrotto.

Sottolinea la necessità di accertare che l'accordo antidoveroso sia concretamente capace di produrre pregiudizi per l'ente di appartenenza del corrotto, F. Consulich, *Art. 2635 c.c.*, cit. 536.

⁴¹ Così E. La Rosa, *Corruzione privata*, cit., 320, il quale parla espressamente di «mutamento di paradigma punitivo» e a sostegno di tale conclusione adduce una serie di argomenti concordanti.

5.3.1. *L'antidoverosità dell'atto: contenuto (anfibolo) e interazione (a rischio di sincretismo) con altri elementi del fatto tipico*

Lo schema lealistico-fiduciario ovvero giuslavoristico, nel cui prisma pare sospesa l'incriminazione, risulta declinabile – come si ricorderà – secondo due accezioni, che qui conviene riprendere e approfondire in ragione delle ricadute che possono aversi sull'esito della nostra analisi.

In chiave *oggettiva* l'antidoverosità ha come parametro il “miglior interesse del datore di lavoro”; in chiave *soggettiva*, le indicazioni e gli obiettivi soggettivi del datore di lavoro.

D'altra parte, il concetto di “miglior interesse del datore di lavoro”, *oggettivamente* inteso, non può che riflettere un contenuto in prevalenza economico⁴², sicché, in quest'ottica, alla richiamata transizione da un modello normativo a un altro non corrisponderebbe un reale mutamento di prospettiva.

Così stando le cose, si deve riconoscere nel disvalore di condotta dell'attuale fattispecie un'offesa di pericolo concreto per l'interesse (economico) dell'ente; *id est*, un nocumento potenziale.

Lo scenario cambia quando il modello di repressione prescelto venga declinato in chiave *soggettiva*. In quest'ottica ciò che conta per valutare l'antidoverosità dell'atto è l'intendimento soggettivo del datore di lavoro che può anche non coincidere col suo stesso interesse oggettivo, con l'effetto, in questa ipotesi, di consentire la criminalizzazione di una mera infedeltà/disobbedienza. Non è il caso, allora, di indugiare sulle perplessità (sul piano della meritevolezza come del bisogno di pena) sollevate da un intervento penale che presenti siffatte caratteristiche.

Per di più, la persistente scelta di non corresponsabilizzare *ex delicto* l'ente del corrotto ai sensi del d.lgs. 231 del 2001, nonostante la mancata riproposizione della previsione del nocumento, dovrebbe segnalare la tipizzazione di un'*oggettiva* dinamica offensiva, sia pure in chiave di pericolo, a carico dello stesso ente.

Altra area concettuale che richiede un approfondimento è quella relazionale rispetto agli ulteriori elementi di tipicità della fattispecie. In questo senso, la prima relazione significativa interessa l'atto antidoveroso e l'accordo corruttivo in sé.

L'atto concordato può ritenersi antidoveroso per il sol fatto di essere il frutto di una corruzione? Benché la questione possa forse apparire meno pregnante in assenza del segmento di tipicità “compimento dell'atto antidoveroso-verificazione del nocumento”, occorre sottolineare come la risposta positiva al quesito⁴³ deter-

⁴² Cfr. A. Spina, *Punire la corruzione privata?*, cit., 826

⁴³ In questo senso si era espresso A. Melchionda, *art. 2635 c.c. (“Corruzione tra privati”)*, in *Giur. it.*, 2012, 2698 ss., secondo il quale il fatto di aver ricevuto e/o accettato la promessa di utilità per compiere un atto produttivo di un nocumento per la società è di per sé contrastante con l'obbligo di fedeltà; e più di recente A. Rossi, *La riforma del “sistema punitivo” della corruzione tra*

minerebbe una crasi interpretativa di due elementi tipizzati come distinti – l'accettazione della dazione o promessa d'utilità e, *oggi*, la relativa finalizzazione –, con conseguente rischio di inosservanza del vincolo di legalità della norma penale⁴⁴.

La seconda e ultima relazione tra elementi tipici meritevole di analisi è quella che interessa l'atto antidoveroso e l'evento distorsivo della concorrenza. Partendo dall'assunto, già lumeggiato, secondo cui è da escludersi una lesione concorrenziale quando la tangente provenga dal fornitore che ha offerto le migliori condizioni, dobbiamo chiederci se la preferenza caduta sul fornitore-corruttore che non abbia offerto le migliori condizioni non integri già un atto antidoveroso in quanto infedele o, magari, contrario agli stessi doveri d'ufficio (si pensi alla formalizzazione delle procedure di selezione dei fornitori nell'ambito dei modelli di organizzazione e gestione *ex* d.lgs. 231/2001, le quali impongono una criteriologia valutativa improntata al "merito"). In questo caso, si direbbe che alla risposta positiva non si oppongono controindicazioni derivanti dal rischio di eventuali crasi interpretative, com'è dimostrato dalla lineare e non sincretica elencazione degli accadimenti corrispondenti ad altrettanti segmenti di tipicità: l'accordo corruttivo è finalizzato alla selezione di una fornitura da ritenersi indebita perché non premiante la migliore offerta; e l'attuazione di questo accordo produce una lesione concorrenziale al candidato-fornitore terzo rispetto al *pactum sceleris*.

Tale conclusione, invero, poggia su un ulteriore assunto tacito, che ci riporta a quanto osservato nella parte iniziale del paragrafo, consentendoci di evidenziare le ricadute sul piano concorrenziale delle diverse accezioni riferibili allo schema lealistico. La rilevata antidoverosità dell'atto è evidentemente commisurata sul "miglior interesse del datore di lavoro", di certo pregiudicato dalla preferenza dell'offerta che non presenti le migliori condizioni. E a tal riguardo, peraltro, si può altresì notare come la necessità della fase esecutiva dell'accordo ai fini dello sviluppo lesivo nei confronti della concorrenza renda il nocumento a carico dell'ente corrotto un requisito implicito della fattispecie concorrenziale. Si direbbe: *non si vede, ma c'è*.

Se invece si aderisse a un'impostazione *soggettiva*, assumendo a parametro di riferimento le indicazioni e gli obiettivi individuali del datore di lavoro, si dovrebbe escludere l'antidoverosità dell'atto e, con essa, la possibilità di dare rilievo all'offesa concorrenziale, nel caso in cui la scelta di accettare la tangente fosse stata richiesta o condivisa dallo stesso datore di lavoro.

privati: nuove fattispecie e nuove sanzioni per le persone fisiche e per gli enti, in *Le Soc.*, 2017, 763. In giurisprudenza, condivide tale posizione Trib. Udine, 6 giugno 2013, cit.

⁴⁴ Così E. La Rosa, *Corruzione privata*, cit., 361.

5.3.2. *La variante concorrenziale nell'ultima versione di un work in progress*

Tiriamo le somme delle considerazioni svolte circa la novella del 2017, valutandone l'impatto sull'interesse della concorrenza.

L'eliminazione dell'evento-nocumento dall'area di tipicità della fattispecie agevola la percorribilità della variante concorrenziale del delitto contemplato all'art. 2635 c.c., alleggerendo il peso dell'accertamento processuale. La denuncia del concorrente pregiudicato dall'esecuzione del patto corruttivo, in assenza di un nocumento (e correlativa dinamica causale) da accertare in capo all'ente del corrotto, può in effetti portare più facilmente alla repressione dei fatti di corruzione tra privati lesivi della concorrenza, svincolando al contempo dalla procedibilità condizionata quelli apprezzabili nella dimensione lealistica. Salvo aggiungere come nello schema esemplificativo più plastico dell'offesa concorrenziale – quello, poc'anzi richiamato, riconducibile al caso *a*) – il nocumento, ovvero il pregiudizio per l'ente del corrotto, appaia comunque un'inevitabile conseguenza del fatto nel suo sviluppo naturalistico.

Sempre con riferimento al medesimo schema esemplificativo, si è dunque osservato come l'estremo dell'antidoverosità dell'atto oggetto di mercimonio non rappresenti un fattore impeditivo dell'estensione del raggio operativo della norma ai fatti lesivi della concorrenza, al contrario adattandosi alle prerogative concorrenziali dello spettro offensivo della corruzione: la preferenza caduta sul concorrente “non meritevole” risulta – al contempo – nociva per l'interesse economico dell'ente del corrotto e per quello concorrenziale del terzo estraneo all'accordo.

Tale adattamento non è però assoluto. Ci si avvede dei limiti ovvero della problematicità del modello di incriminazione prescelto analizzando il caso *e*) – quello relativo alla corruzione di una società di certificazione –, anch'esso significativo, come si ricorderà, di una dimensione offensiva concorrenziale. Ebbene, si potrebbe in questa ipotesi sostenere, allo stesso modo di quanto osservato rispetto al caso *a*), che l'atto posto in essere dal soggetto corrotto pregiudichi il “miglior interesse del datore di lavoro”, quando nella realtà, attraverso tale atto, la società di certificazione, ignara dell'iniziativa del suo esponente, si assicura quanto meno la fidelizzazione della società-cliente a cui appartiene il soggetto corruttore? Basterebbe rilevare che il comportamento del corrotto è contrario al codice etico della società, che gli proibisce di accettare retribuzioni dai clienti per lo svolgimento della propria attività, per rispettare la tenuta offensiva della fattispecie del comma 1? Quale interesse interno all'ente del corrotto avrebbe mai, in una tale evenienza, corso un pericolo? L'idea, è, allora, che questa ipotesi, anch'essa reclamante tutela in chiave concorrenziale⁴⁵, rimanga sguarnita di pro-

⁴⁵ Le ipotesi in cui l'ente di appartenenza del corrotto si avvantaggia sarebbero proprio quelli in cui «la corruzione privata può esprimere la sua più formidabile portata aggressiva» atteso che «la

tezione penale, restando inceppato, lo sviluppo offensivo dell'art. 2635 c.c., allo stadio della condotta infedele. Una diversa ricostruzione, che volesse ritenere perfezionata la figura in esame, sancirebbe una deviazione eticizzante e moralizzatrice del precetto normativo.

Possiamo dunque concludere che l'ultima versione di questa sorta di *work in progress*, che ha preso inizio dal 2002, segna di certo un passo di avvicinamento al paradigma sovranazionale di corruzione tra privati, favorendo l'emersione *in concreto* della concorrenza quale bene oggetto di tutela penale strettamente connesso ai fenomeni corruttivi. La concorrenza, da assente ingiustificato nella figura del 2002 e da valore completamente "subordinato" in quella del 2012, è oggi in grado di affacciarsi sulla scena con un ruolo, tutto sommato, meno defilato rispetto al passato, ma pur sempre di secondo piano. Restano, peraltro, i bivi ermeneutici, i rischi di crasi interpretative, le singolarità strutturali propri di una fattispecie in cui convivono eccezionalmente due anime – quella lealistica e quella concorrenziale –.

6. *Considerazioni riepilogative e conclusive: l'avvertita esigenza di un percorso di razionalizzazione*

L'attuale formulazione dell'art. 2635 c.c. si connota per l'insolita compresenza di due diverse prospettive di tutela – quella lealistica e quella concorrenziale –; con la seconda tipizzata come dipendente dalla prima.

Il modello di incriminazione adottato dal legislatore riflette, dunque, la polimorfia offensiva che caratterizza il fenomeno della corruzione tra privati. Ma la scelta di ripercorrerla, tratteggiandola all'interno di un'unica cornice normativa, appare problematica.

Il raccordo dell'incriminazione è rappresentato dal patto corruttivo finalizzato al compimento dell'atto infedele: in esso deve rinvenirsi il contenuto offensivo della fattispecie di infedeltà prevista al comma 1, punibile a querela di parte; da esso muove lo sviluppo della variante concorrenziale della fattispecie, il cui perfezionamento, dipendente pur sempre dall'avveramento della figura di cui al comma 1, rende il reato procedibile d'ufficio.

Tuttavia, la lesione dell'interesse concorrenziale, rinvenibile in capo ai soggetti terzi rispetto all'accordo corruttivo, non presuppone necessariamente il pregiudi-

tentazione di approfondire l'"esclusione" del "terzo" risulterà accresciuta quanto più il "principale" avverta l'osservanza degli "obblighi di garanzia" (e, quindi, il costo del controllo e della sorveglianza sulla prestazione dell'agente) nei confronti di questi come troppo onerosa in rapporto all'obiettivo della creazione di profitti e comunque di conservazione o promozione dei propri interessi imprenditoriali». Così, G. Forti, *La corruzione tra privati*, cit., 1162 e 1150.

zio potenziale a carico dell'ente a cui appartiene il soggetto corrotto, ricollegato al suo comportamento antidoveroso.

La premessa, indimostrata e indimostrabile, che consentirebbe di avallare la convivenza simbiotica delle due prospettive di tutela all'interno di un'unica fattispecie, sembra essere quella secondo cui l'ente del soggetto corrotto non potrebbe giammai *obiettivamente* avvantaggiarsi dell'episodio corruttivo avvenuto al suo interno. Così, lo si è visto, non è; diversamente da quanto in genere accade nel contesto pubblicistico. Tant'è che appare, altresì, non aderente alla realtà, oltre che agli *input* europei, la persistente scelta di rendere l'ente interessato dalla corruzione passiva immune dalla responsabilità da reato *ex d.lgs. 231 del 2001*⁴⁶.

Nella fattispecie, anche nella sua ultima versione, in ragione del suo duplice contenuto tuzioristico, si riflette probabilmente un'*iper*-tipizzazione del fatto ossia un eccesso di inclusione di elementi tipici, necessario per convogliare le due prospettive di tutela, che finisce per moltiplicare le difficoltà interpretative, alimentando il rischio di crasi e di letture incerte.

Insomma, il percorso di razionalizzazione, già peraltro indicato dalla dottrina⁴⁷, non può che indirizzare verso la separazione delle due prospettive di tutela e la loro rispettiva confluenza in due autonome disposizioni: una di infedeltà; l'altra, del tutto innovativa, posta a protezione della concorrenza, concepita come interesse proprio del soggetto terzo rispetto all'accordo corruttivo.

Lungo la prima direttrice, quella dominata dall'orizzonte lealistico, significativo dell'interesse del datore di lavoro, si incontra, in particolare, un precedente normativo, l'art. 2634 c.c. («Infedeltà patrimoniale»), dal quale, per germinazione, appariva originata la prima versione dell'art. 2635 c.c. Come si è visto, il successivo sviluppo di quest'ultima disposizione è proceduto all'insegna di un progressivo allontanamento dallo schema strutturale della «vicina» figura di Infedeltà patrimoniale, pur mantenendone l'impronta originaria. Sarebbe il caso di chiedersi, una volta condiviso il progetto di smembramento dell'attuale art. 2635 c.c., se la migliore collocazione possibile del modello lealistico di corruzione tra privati non sia quella «interna» all'art. 2634 c.c., quale circostanza aggravante, dovuta al maggior disvalore insito nel conflitto di interessi scaturente dall'episodio corruttivo.

⁴⁶ Cfr. R. Bartoli, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?*, cit., 9, e F. Di Vizio, *La riforma della corruzione tra privati*, in www.quotidianogiuridico.it, 3.4.2017, 5.

⁴⁷ Cfr. R. Bartoli, *Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?*, cit., 9, il quale richiama la scelta compiuta dal legislatore tedesco, e E. La Rosa, *Corruzione e privata e diritto penale*, cit., Parte III, cap. II, il quale conclude l'indagine proponendo l'elaborazione di una fattispecie di corruzione tra privati calibrata esclusivamente sui profili di tutela della concorrenza.

7. Uno sguardo sugli scenari futuribili

Il Consiglio dei Ministri, il 6 settembre, ha approvato il Disegno di legge intitolato «Misure per il contrasto dei reati contro la Pubblica Amministrazione», il cui art. 3 abroga il comma 5 dell'art. 2635 c.c.

Se l'*iter* legislativo giungesse a compimento, tutti i casi di corruzione privata diverrebbero procedibili d'ufficio, così come richiesto dalla normativa sovranazionale e raccomandato dal GRECO⁴⁸. E la concorrenza, il cui evento distorsivo non comparirebbe più tra gli elementi di tipicità del reato, configurerebbe il bene giuridico inespresso di una figura pur sempre ancorata alla consueta duplicità di prospettive di tutela, attesa la permanenza nella condotta tipica del riferimento finalistico al compimento dell'atto antidoveroso.

L'accezione dell'interesse concorrenziale che pare più appropriata a tale futuribile quadro sembra essere quella immanente al corretto funzionamento del mercato – una “qualità” del mercato stesso –, trovando dunque legittimazione nel dato normativo la tesi, più volte richiamata, che individua la fenomenologia offensiva della concorrenza, così intesa, nell'accordo illecito *tout court*.

Se dunque ben intendiamo, saremmo in presenza di un'*unica* fattispecie di pericolo *eventualmente* plurioffensiva: dove cioè al pericolo – si direbbe, concreto, in ragione del dolo specifico che richiede una valutazione della idoneità della condotta a realizzare il fine – per gli interessi economici dell'ente del corrotto, necessario per il perfezionamento del reato, si affiancherebbe quello – si direbbe, astratto, per le ragioni di cui sopra – *eventuale* (in quanto non tutti i casi di infedeltà sono offensivi della concorrenza) per la concorrenza.

Ancora una volta, la compresenza di due autonome prospettive di tutela risulterebbe foriera di complicazioni e la stessa concorrenza, pur intesa secondo questa diversa accezione, non dovrebbe trovare, a ben vedere, maggiore spazio rispetto a quello riconosciuto nella normativa vigente.

Riportandoci al caso *a*), non dovrebbero mutare le conclusioni rispetto all'ipotesi di preferenza caduta sul corruttore-fornitore che ha offerto le migliori condizioni. Se, da un lato, la pubblicizzazione del bene-concorrenza potrebbe forse consentire di ravvisare anche in tale circostanza la relativa fenomenologia offensiva, dall'altro, non si potrebbe sostenere che l'accordo illecito sia finalizzato al compimento di un atto antidoveroso. Quale pericolo, infatti, correrebbe mai l'interesse economico del datore di lavoro a seguito di un accordo corruttivo fina-

⁴⁸ Si veda, da ultimo, GRECO – “Addenda al Second Compliance Report”, in *www.penale-contemporaneo.it*, 10 luglio 2018, con commento di M. C. Ubiali, *La disciplina italiana in materia di corruzione nell'ultimo rapporto del GRECO: tra le criticità, la corruzione degli arbitri, la corruzione internazionale, il finanziamento dei partiti*. Il documento accoglie con favore le modifiche introdotte dalla novella del 2017, ma si sofferma criticamente sul mantenimento della procedibilità a querela.

lizzato al compimento della scelta più adeguata? L'assenza di un elemento di tipicità della figura – il dolo specifico – ne precluderebbe il relativo perfezionamento.

Diversamente, in caso di preferenza caduta sul fornitore-corruttore che non avesse offerto le migliori condizioni, la fattispecie dovrebbe ritenersi in tutto e per tutto perfezionata. Così come dovrebbero ritenersi sussumibili in essa le varie ipotesi esemplificate, significative di un'offesa agli interessi economici per l'ente, ma estranee alla dimensione offensiva della concorrenza.

Veniamo, infine, al caso *e*), quello prima individuato quale emblematico della vantaggiosità della corruzione anche per l'ente del corrotto. Specularmente a quanto sostenuto in relazione all'ancora vigente fattispecie, l'interesse concorrenziale, anche nell'accezione pubblicistica assunta come rilevante, rimarrebbe privo di tutela, dal momento che il perfezionamento della fattispecie sarebbe impedito dalla "fedeltà" di un atto oggettivamente vantaggioso per il datore di lavoro del soggetto corrotto.

Insomma, nella prospettiva concorrenziale, ad eccezione di non condivisibili letture interpretative dell'antidoverosità dell'atto marcatamente eticizzanti, nulla dovrebbe effettivamente cambiare. In quella strettamente lealistica, invece, il venir meno della procedibilità a querela dovrebbe agevolare la repressione di quegli atti di infedeltà che potrebbero trovare composizione e "copertura" all'interno della compagine societaria.

Antologia

FABIO BASILE

VIOLENZA SULLE DONNE E LEGGE PENALE:
A CHE PUNTO SIAMO? (*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le leggi penali “sessiste” del passato. – 3. Le leggi penali “protettive” del presente. – 3.1. La funzione di “orientamento culturale” del diritto penale. – 3.2. La legge anti-stalking del 2009. – 3.3. La legge c.d. “sul femminicidio” del 2013. – 4. Quando punire non basta: le radici socio-culturali della violenza sulle donne.

1. *Introduzione*

In Italia, circa una donna su tre (per la precisione, il 31,5%) ha subito, nel corso della propria vita, una qualche forma di violenza fisica o sessuale; il 77% delle vittime di *stalking* è donna; oltre un quarto degli omicidi dolosi commessi ogni anno ha, per vittima, una donna¹.

A partire da questi sconcertanti dati statistici, nella presente relazione mi propongo di verificare se la legge penale costituisca uno strumento adeguato ed effettivo di protezione della donna dalla violenza dell'uomo.

La relazione sarà divisa in tre parti: nella prima guarderemo al passato; nella seconda, invece, al presente; nella terza parte, infine, saranno svolte alcune brevi considerazioni conclusive.

2. *Le leggi penali “sessiste” del passato*

Ebbene, cominciamo guardando al passato, guardando in particolare ad alcu-

(*) Il presente testo, integrato da alcune note a piè pagina (comunque ridotte all'essenziale), riproduce la relazione tenuta al Convegno “*Violenza di genere e violenza sui minori dalla prospettiva storica all'era digitale*”, tenutosi presso l'Università degli Studi di Milano, 21-22 novembre 2018.

¹ Il primo dato statistico è tratto dall'indagine su *Violenza contro le donne dentro e fuori la famiglia*, condotta dall'ISTAT tra maggio e dicembre 2014, su un campione di 24.761 donne residenti nel nostro Paese, di età compresa tra i 16 e i 70 anni, consultabile *online* al link www.istat.it/it/archivio/161716. Il secondo e il terzo dato statistico sono, invece, tratti dalla *Relazione della Commissione Parlamentare d'inchiesta sul femminicidio*, istituita con deliberazione del Senato del 18 gennaio 2017 (rispettivamente, a p. 43 e a p. 50 della Relazione), consultabile *online* al link www.senato.it/leg-/17/BGT/Schede/docnonleg/35737.htm.

ne norme del codice penale del 1930, rimaste in vigore fino a pochi decenni fa, le quali – lungi dall’offrire una tutela adeguata alla donna – addirittura la mettevano su un piano di *netta inferiorità* rispetto all’uomo.

2.1. Penso, in primo luogo, ai delitti di *adulterio* (art. 559 c.p.) e di *concubinato* (art. 560 c.p.), con cui non solo lo Stato si arrogava il diritto di intervenire con l’arma della pena per regolare le faccende di alcova, ma esercitava tale presunto diritto in forme ampiamente discriminatorie²: la moglie fedifraga, infatti, era punita anche solo per un singolo episodio di adulterio; il marito, invece, poteva tranquillamente ‘cornificare’ la moglie, purché avesse l’accortezza – per dirla con le parole dell’art. 560 c.p. – di non tenere la sua “concubina nella casa coniugale, o notoriamente altrove”³.

Solo alla fine degli anni Sessanta del secolo scorso tali delitti sono stati finalmente espunti dalla nostra legislazione grazie a due interventi della Corte costituzionale:

– con la sentenza n. 126 del 1968, la Corte, nel dichiarare l’illegittimità dei commi 1 e 2 dell’art. 559 c.p. per contrasto con l’art. 29 Cost., rilevò, infatti, che “alla stregua dell’attuale realtà sociale, la discriminazione [operata, ai danni della donna, dalla disciplina penalistica di adulterio e concubinato], lungi dall’essere utile, è di grave nocimento alla concordia ed alla unità della famiglia”⁴;

– con la successiva sentenza n. 147 del 1969, dichiarativa dell’illegittimità del comma 3 dell’art. 559 c.p., e dell’intero art. 560 c.p. per contrasto con l’art. 29 Cost., la Corte bollò la complessiva disciplina penalistica di adulterio e concubinato come recante “l’impronta di un’epoca nella quale la donna non godeva della stessa posizione sociale dell’uomo e vedeva riflessa la sua situazione di netta inferiorità nella disciplina dei diritti e dei doveri coniugali”⁵.

2.2. Un altro ambito in cui la legge penale aggravava, anziché alleviarla, la situazione di vulnerabilità della vittima – della vittima donna, ovviamente – era quello disciplinato dalle norme, di chiara matrice maschilista, sulla *violenza* allora detta *carnale* (artt. 519 ss. c.p.): si pensi solo al fatto che fino al 1996 lo stupro era ufficialmente considerato un delitto contro la morale pubblica e il buon costume, e non già contro la libertà personale e l’autodeterminazione sessuale della donna⁶.

Tra queste norme, una di esse suonava addirittura come una crudele beffa imposta alla donna violentata (come sperimentò sulla sua pelle la giovane, e corag-

² Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Milano, 2017, p. L s.

³ Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, VI ed., Torino, 1972, p. 347.

⁴ Corte costituzionale, sent. 19 dicembre 1968, n. 126.

⁵ Corte costituzionale, sent. 3 dicembre 1969, n. 147.

⁶ In argomento v., anche per ulteriori rinvii, M. BERTOLINO, *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano, 1993, p. 55 ss.; L. GOISIS, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici. Una storia di ‘genere’*, in *Dir. pen. cont.*, 31 ottobre 2012, p. 12 ss.

giosa, Franca Viola di Alcamo⁷): era l'art. 544 c.p., che prevedeva il c.d. *matrimonio riparatore*, grazie al quale, se il violentatore sposava la sua vittima, il suo reato veniva cancellato!⁸

Le norme sulla violenza carnale conoscevano poi, da parte della nostra giurisprudenza, un'applicazione – meglio, una disapplicazione – particolarmente sconcertante proprio in ambito familiare: se la moglie subiva *violenza sessuale da parte del marito*, questi – almeno fino al 1976 – veniva condannato solo per delitti minori (percosse, lesioni, o minacce), ma non per stupro, purché si fosse contenuto a compiere atti sessuali *secundum naturam*⁹.

2.3. Che dire, poi, dei tanti fatti di *ingiuria, percosse e lesioni personali* commessi nelle relazioni intraconiugali, ma a lungo coperti dall'ombrello protettivo di uno *ius corrigendi* riconosciuto, quale causa di giustificazione *ex art. 51 c.p.*, in termini assai generosi dalla nostra giurisprudenza a favore dei mariti nei confronti delle mogli (oltre che a favore dei genitori nei confronti dei figli), fino alle soglie della riforma del diritto di famiglia del 1975¹⁰.

2.4. Ma forse l'esempio più manifesto di norme penali 'impregnate' di una cultura sessista – un vero lasciapassare per la violenza sulle donne – era costituito dai *delitti per causa d'onore*¹¹: così, se il marito uccideva la moglie “nell'atto in cui ne scopre la

⁷ Sulla vicenda di Franca Viola, prima donna violentata in Italia (in Sicilia!) che rifiutò un “matrimonio riparatore”, accettando l'onta di essere contrassegnata come una “svergognata” e sfidando arcaiche regole di “onore patriarcale”, v., per alcune prime indicazioni, www.enciclopedia-delledonne.it/biografie/franca-viola/.

⁸ Assai aspra la critica all'epoca rivolta all'art. 544 c.p. dalla dottrina penalistica più illuminata: v., tra gli altri, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1979, p. 30: “l'istituto del matrimonio riparatore (...) aggiunge all'onta dell'offesa subita (normalmente) dalla donna la beffa di un matrimonio, sovente contratto dal reo al solo scopo di sottrarsi alla pena” (giudizio ribadito, in retrospettiva, anche nell'ultima edizione del manuale, quella del 2017, cit., a p. L).

⁹ Il cambiamento di orientamento giunse, ad opera della Cassazione, con la sentenza 16 febbraio 1976, n. 12855, Macario, CED 134887 (in *Cass. pen.* 1978, p. 72 ss.), seguita poi da altre conformi pronunce (v., ad esempio, Cass. 13 luglio 1982, n. 10488, Drudi, CED 155990; Cass. 16 novembre 1988, n. 11243, Camerini, CED 179754). Segnaliamo, peraltro, che anche in alcuni ordinamenti di *common law* la violenza sessuale intraconiugale fino a tempi recenti non era punita, oppure era punita in forma più lieve della violenza sessuale *tout court*: v., per gli ordinamenti statunitensi, A. SZEGÖ, *Quando lo stupro è legale: la “marital rape exemption”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1995, p. 853; per la situazione in Inghilterra e Scozia, dove fino a qualche decennio fa veniva riconosciuta al marito la c.d. *exceptio maritalis*, A. CADOPPI, *Common Law e principio di legalità*, in *Quad. Fiorentini* 2007, p. 1186.

¹⁰ La Cassazione – anche su impulso di decisivi rilievi critici mossi da una parte della dottrina (v. per tutti G. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, p. 724 ss.) – cambiò orientamento solo a partire dalla sentenza 22 febbraio 1956 (in *Riv. it. dir. pen.* 1957, p. 421, con nota adesiva di G. PISAPIA, *Norme di diritto e norme di civiltà*), pur con taluni tentennamenti, protrattisi nei due decenni successivi.

¹¹ In argomento, anche per ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza, sia consentito rinviare a F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, p. 148, p. 162.

illegittima relazione carnale o nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo o della famiglia" (tale il testo dell'art. 587 c.p.), era punito – non già con la reclusione da 24 a 30 anni prevista in generale per l'uxoricidio (artt. 575 e 577 co. 2 c.p.) – ma con una pena quasi ridicola, la reclusione da 3 a 7 anni, per giunta quasi mai scontata in carcere per l'incidenza di diminuenti e per la prassi dell'indulto: davvero una sorta di 'divorzio all'italiana', come lo bollò Pietro Germi nel suo graffiante film con Marcello Mastroianni del 1961.

E per causa d'onore potevano altresì essere commessi, con tanto di generosa riduzione di pena, oltre all'omicidio, anche i delitti di aborto, infanticidio, lesioni personali e abbandono di neonato (cfr. artt. 551, 578, 587 e 592 c.p.).

Per quanto la dottrina più illuminata avesse da tempo evidenziato che il delitto d'onore costituisse una sorta di "pena di morte ad iniziativa privata"¹², "frutto di una *forma mentis* improntata a retrivo egoismo e di concezioni ancestrali dell'onore"¹³, il legislatore è intervenuto per espellere dal nostro codice le fattispecie in questione solo nel 1981: come la stessa Relazione accompagnatoria al disegno di legge che portò a detta abrogazione rileva, "si tratta di riforma da troppo tempo invocata e più che matura per la stragrande maggioranza dell'opinione pubblica", sicché la sua approvazione risulta essere "un atto dovuto al cambiamento di cultura e di sensibilità etico-giuridica avvenuto nella nostra società"¹⁴.

3. Le leggi penali "protettive" del presente

3.1. La funzione di 'orientamento culturale' del diritto penale

Un criminologo inglese in un suo scritto avvertiva che "la legislazione di una generazione può divenire la morale della generazione successiva"¹⁵: se questo è vero, se, cioè, davvero le leggi dei padri possono diventare la morale dei figli, allora non dovremmo sorprenderci più di tanto se, considerate le leggi penali 'sessiste' del nostro recente passato, la nostra morale di oggi sia ancora infestata da ampie

¹² G. PISANI, *Pena di morte all'italiana*, in ID., *Tutela penale e processo: studi*, Milano, 1978, p. 409.

¹³ F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p. 51.

¹⁴ La citata Relazione – a firma dell'on. Gozzini – può essere letta in *La legislazione italiana* 1981, IV, p. 57 s. La legge 5 agosto 1981, n. 442, ha abrogato le norme suddette, ad eccezione dell'art. 551 c.p. che, riguardando la materia dell'aborto, era già stato in precedenza abrogato con la legge 22 maggio 1978 n. 194, recante la nuova disciplina dell'interruzione della gravidanza. Per una ricostruzione storica delle fattispecie in parola, v., anche per ulteriori rinvii, S. RIONDATO, «Famiglia» nel diritto penale italiano, in S. RIONDATO (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. IV, Milano, 2002, p. 48 s.

¹⁵ Nigel Walker, come citato da J. ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in M. ROMANO, F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna 1980, p. 34.

sacche di pregiudizio e di prevaricazione maschilista, entro le quali continua a proliferare una cultura della violenza dell'uomo sulla donna.

Per fortuna, tuttavia, la legge penale in materia è nel frattempo profondamente mutata (v. subito *infra*), e il quadro fosco dipinto nella prima parte della mia relazione è stato, sia pur a fatica, definitivamente cancellato. La legge penale del presente, pertanto, può finalmente esplicitare la sua funzione 'pedagogica', di 'orientamento culturale'¹⁶, in una direzione che non è più quella della sottomissione della donna all'uomo, della reificazione o dell'asservimento a finalità collettive di alcuni aspetti della personalità femminile, bensì quella del riconoscimento egualitario della sua dignità, dei suoi diritti, delle sue opportunità.

Resta, tuttavia, ancora senza risposta univoca la nostra domanda di partenza, vale a dire se la legge penale, grazie alle più recenti modifiche, sia finalmente divenuta uno strumento adeguato ed effettivo di protezione della donna dalla violenza dell'uomo.

Verrebbe da rispondere di no, se pensiamo che, solo di recente, la Corte EDU ha pronunciato nei confronti dell'Italia una sentenza di condanna¹⁷ per violazione dell'art. 2 CEDU (diritto alla vita), dell'art. 3 CEDU (divieto di [...] trattamenti inumani e degradanti) e dell'art. 14 CEDU (divieto di discriminazioni, nella specie basate sul genere) per aver lasciato per più mesi senza adeguata protezione una donna, nonostante la stessa avesse denunciato il marito per gravi fatti di violenza domestica, marito il quale, all'epilogo di questa tragica vicenda, tentava di uccidere la donna e uccideva il loro figlio¹⁸.

La condanna dell'Italia nella vicenda Talpis, tuttavia, a ben vedere riguarda il comportamento tenuto dalle autorità competenti nel caso di specie e le loro ripetute negligenze, mentre non solleva alcuna censura di ordine generale al quadro legislativo, vigente in Italia, destinato a tutelare le donne dalla violenza. Anzi, proprio

¹⁶ Sulla "forte disapprovazione sociale, della quale sia la minaccia che l'inflizione della pena sono simbolo, [la quale] favorisce e stabilizza l'identificazione della maggioranza dei cittadini con il sistema di valori protetto dall'ordinamento giuridico", v., anche per ulteriori rinvii, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, VII ed., Bologna, 2014, p. 748 ss.

¹⁷ Corte EDU, Sez. I, sent. 2 marzo 2017, Talpis c. Italia, pubblicata, con nota di R. CASIRAGHI, *La Corte di Strasburgo condanna l'Italia per la mancata tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, p. 378 ss.

¹⁸ In particolare, al par. 117 della motivazione, si legge che "la Corte ritiene che, non agendo rapidamente in seguito al deposito della denuncia della ricorrente, le autorità nazionali abbiano privato la stessa denuncia di ogni efficacia, creando un contesto di impunità tale da permettere a [marito] di reiterare le violenze nei confronti della moglie e dei famigliari"; e nel par. 119 della motivazione la Corte "insiste nuovamente sulla diligenza particolare che richiede il trattamento delle denunce per violenze domestiche e ritiene che, nell'ambito dei procedimenti interni, si debba tenere conto delle specificità dei fatti di violenza domestica".

negli ultimi anni, anche su sollecitazioni di fonte sovranazionale¹⁹, tale quadro si è arricchito di importanti strumenti, messi in campo dal nostro legislatore proprio per contrastare la violenza sulle donne. Gli strumenti, quindi, almeno sulla carta ci sono; il problema, semmai, è quello di garantire una loro efficace e puntuale applicazione.

3.2. La legge anti-stalking del 2009

In particolare, limitandoci in questa sede ad una osservazione delle modifiche intervenute nell'ultimo decennio nella legislazione penale italiana in materia, dobbiamo subito segnalare la commendevole introduzione (col d.l. n. 11 del 2009, conv. con mod. dalla legge n. 38 del 2009) del nuovo delitto di atti persecutori, il c.d. *stalking* (art. 612 *bis* c.p.). Al di là di qualche sbavatura nella redazione della norma²⁰, infatti, la nuova fattispecie di reato risulta quanto mai opportuna non solo perché consente di punire condotte che prima sfuggivano ad un'agevole riconduzione in altre figure di reato (se non al costo di svalutarne significativamente la carica offensiva e la dimensione sistematica e ripetitiva)²¹, ma anche perché identifica – e punisce – condotte la cui commissione è in non pochi casi prodromica rispetto a espressioni di violenza fisica ben più gravi²².

Oltre, poi, al nuovo reato in sé, di grande interesse risultano anche *alcune previsioni di 'contorno'*, introdotte con la legge n. 38 del 2009, le quali, senza costituire in via diretta strumenti di repressione penale, rafforzano indubbiamente la tutela offerta alla vittima (effettiva o potenziale) di atti persecutori.

Si pensi, ad esempio, all'obbligo, posto a carico delle forze dell'ordine, dei presidi sanitari e delle istituzioni pubbliche che ricevono notizia del reato di atti persecutori, di fornire alla vittima tutte le *informazioni relative ai centri antiviolenza* presenti sul territorio e, qualora quest'ultima ne faccia richiesta, di metterla in contatto con tali centri antiviolenza (art. 11 legge cit.).

Si pensi, altresì, all'istituzione di un *numero verde nazionale* per le vittime di atti persecutori, che consente loro di beneficiare di un'assistenza psicologica e giuridica ed eventualmente di segnalare alle forze dell'ordine gli atti di violenza subiti (art. 12 legge cit.).

¹⁹ Il riferimento è, principalmente, alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza di genere (c.d. Convenzione di Istanbul), ratificata dall'Italia con legge 27 giugno 2013, n. 77, nonché alla Direttiva 2012/29/UE.

²⁰ Su cui v., anche per ulteriori riferimenti, A. VALSECCHI, *Commento all'art. 612 bis c.p.*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Codice penale commentato*, Tomo III, IV ed., Milano, 2015, p. 550 ss.

²¹ A. MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010, p. 125 ss.

²² Come ben evidenzia, tra gli altri, F. MANTOVANI, *La violenza di genere sotto il profilo criminologico e penale*, in questa *Rivista*, 2013, p. 60.

Di grande interesse – e presumibilmente, di grande efficacia – risultano poi le innovazioni, contenute nella legge n. 38 del 2009, che rafforzano gli *strumenti preventivo-cautelari*, destinati ad impedire la commissione o la ripetizione degli atti persecutori (e di violenza in genere).

Con l'art. 8 legge cit. viene, infatti, introdotta la misura di prevenzione atipica dell'*ammonimento*²³, la cui emanazione precede la stessa proposizione della querela²⁴: una sorta di 'avviso orale' (cfr. art. 3 d.lgs. n. 159 del 2011), col quale il questore invita il (sospetto) autore di atti persecutori a tenere una condotta conforme alla legge e adotta eventuali provvedimenti in materia di darmi e munizioni²⁵.

Dopo la querela – o comunque dopo l'avvio delle indagini preliminari – e nelle more del processo, la persona offesa può invece beneficiare della protezione assicurata da alcune innovative *misure cautelari*, con cui si cerca di evitare di esporla a nuovi contatti pericolosi con il presunto aggressore: la legge del 2009, infatti, non solo estende all'imputato del delitto di atti persecutori l'applicabilità dell'*allontanamento immediato dalla casa familiare* (di cui all'art. 282 *bis* c.p.p., a sua volta introdotto nel 2001 dalla fondamentale legge n. 154, contenente misure contro la violenza nelle relazioni familiari²⁶), ma inaugura altresì una nuova misura cautelare di protezione, ovvero la *divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa* (art. 282 *ter* c.p.p.), oltre ad inserire gli obblighi di comunicazione, relativi a queste misure, di cui all'art. 282 *quater* c.p.p.²⁷.

Persegue, infine, la medesima finalità di prevenire la commissione o la ripetizione degli atti persecutori (e di violenza in genere) anche l'ultima innovazione concernente lo *stalking*: la legge n. 161 del 2017, infatti, tra le varie modifiche apportate al c.d. codice antimafia (d.lgs. 159 del 2011), ha anche inserito una nuova *fattispecie di pericolosità qualificata* (art. 4 lett. i *ter*), costituita dai "soggetti

²³ Sul punto, all'indomani della novella, v. L. PISTORELLI, *Nuovo delitto di "atti persecutori" (cd. stalking)*, in AA.VV., *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009, p. 171 ss.; A. CADOPPI, *Efficace la misura dell'ammonimento del questore*, in *Guida dir.* 2009, fasc. 19, p. 52 ss.

²⁴ Sul particolare regime di perseguibilità a querela del delitto di atti persecutori e, più in generale, per alcune puntuali osservazioni sulla (in parte) opinabile scelta legislativa di subordinare alla querela della persona offesa alcuni dei delitti che costituiscono tipica espressione di violenza sulle donne, v. C. PECORELLA, *Sicurezza vs. libertà? La risposta penale alle violenze sulle donne nel difficile equilibrio tra istanze repressive e interessi della vittima*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2016, p. 1.

²⁵ Ulteriori effetti dell'ammonimento si producono qualora il reato venga poi effettivamente commesso: il reato sarà, infatti, perseguibile d'ufficio e la pena sarà aumentata.

²⁶ Si tratta della stessa legge che, in ambito civilistico, ha introdotto gli ordini di protezione contro gli abusi familiari (artt. 342 *bis* e 342 *ter* c.c.): sul punto, v. S. SILVANI, *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari (L. 4 aprile 2001, n. 154)*, in *Legisl. pen.* 2001, p. 686 ss.

²⁷ Su tali innovative misure cautelari di protezione, v., tra gli altri, v. G. CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile"*, in *Dir. pen. proc.* 2010, p. 987; D. NEGRI, *Le misure cautelari a tutela della vittima*, in *Giur. it.* 2012, p. 467 ss.; F. ZACCHÈ, *Il sistema cautelare a tutela della vittima*, in *Arch. pen.* 2016, n. 3, p. 1 ss.

indiziati del delitto di cui all'art. 612 *bis* c.p.", ai quali, quindi, potrà ora applicarsi la misura di prevenzione della sorveglianza speciale (oltre che, almeno in teoria, la confisca)²⁸.

3.3. La legge c.d. "sul femminicidio" del 2013

Un ulteriore importante passo (sia pur non privo di criticità, come si dirà a breve) nella protezione offerta in ambito penale alla donna dalle violenze dell'uomo, è stato poi compiuto con la legge 15 ottobre 2013, n. 119, di conversione del d.l. 14 agosto 2013, n. 93, recante (tra l'altro) "disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere"²⁹:

- in primo luogo, infatti, la legge in parola *estende* le innovazioni sopra illustrate, introdotte dalla legge del 2009 sullo *stalking*, anche *ad altre figure di reato*, al fine di coprire, in modo capillare, i delitti che possono costituire espressione di violenza domestica e di violenza nelle relazioni affettive³⁰;

- in secondo luogo, la legge del 2013 apporta significative modifiche alla *disciplina procedurale di taluni delitti* concernenti il predetto fenomeno (in particolare, delitti di maltrattamenti, atti persecutori e violenza sessuale), allo scopo di rendere il processo penale non solo più rapido, ma anche più sicuro per la persona offesa, la quale, proprio nel momento in cui si apre un procedimento a carico del suo presunto 'carnefice', rischia di vedere aggravata la propria condizione di vulnerabilità (trovandosi esposta a pressioni psicologiche, minacce, ritorsioni violente, etc.)³¹; e tra tali innovazioni va salutato con grande favore anche il conferimento, forse per la prima volta nell'ordinamento italiano, di un rilievo esplicito ai

²⁸ Per una delle prime applicazioni di questa nuova fattispecie di pericolosità qualificata, v. Trib. Milano, Sez. mis. prev., 9 ottobre 2018, Pres. est. Roia, pubblicato in *Dir. pen. cont.*, 24 ottobre 2018, con nota di G. TONA. Come ben evidenzia l'indagine di E. MARIANI, *Le misure di prevenzione personale nella prassi milanese*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 10/2018, p. 275, p. 295, le misure di prevenzione già trovavano applicazione nei confronti dei (sospetti) autori di atti persecutori e di altri delitti di violenza domestica, i quali erano fatti rientrare nella fattispecie di pericolosità generica di cui all'art. 1 lett. c) d.lgs. n. 159 del 2011; per analoghe considerazioni, v. pure S. RECCHIONE, *La pericolosità sociale esiste ed è concreta*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 10/2017, p. 129 s.

²⁹ L'intitolazione del decreto legge così prosegue: "... nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province": l'ampiezza dell'intitolazione rispecchia, in effetti, l'ampiezza di contenuti del decreto legge, e della relativa legge di conversione, che riguarda – cattiva prassi del legislatore italiano degli ultimi anni – gli argomenti più vari (si va dalla sicurezza nelle regioni del Mezzogiorno all'emergenza del Nord Africa, dalla sicurezza durante le manifestazioni sportive ai furti alle infrastrutture energetiche, ai fuochi pirotecnici, alla protezione civile, alla montagna, agli enti locali).

³⁰ In argomento, v. G. PAVICH, *Le novità del decreto legge sulla violenza di genere*; S. RECCHIONE, *Il decreto sul contrasto alla violenza di genere*, nonché la *Relazione sulla legge 15 ottobre 2013*, a cura di Ufficio del Massimario, Cassazione: tutti i suddetti contributi sono pubblicati in *Dir. pen. cont.*

³¹ V. Autori cit. alla nota precedente.

programmi di prevenzione rivolti ai presunti autori delle condotte violente (art. 282 *quater*, II parte, c.p.p.);

- in terzo luogo, la legge del 2013 interviene anche sul fronte del *diritto penale sostanziale*. Per un verso, infatti, viene introdotta una nuova *circostanza aggravante* (art. 61 n. 11 *quinquies* c.p.), che non riguarda in via esclusiva la violenza contro le donne, ma che ricorre ogni qual volta un delitto non colposo contro la vita e l'incolumità individuale o contro la libertà personale, nonché un delitto di maltrattamenti viene commesso – oltre che in danno di una persona in stato di gravità o in danno di un minore di anni diciotto – *in presenza* di un siffatto minore: in tal modo si è voluto attribuire specifico rilievo, tra l'altro, alla c.d. '*violenza assistita*', cioè alla violenza agita su terzi cui il minore assiste, e che può su di lui comportare ricadute di tipo psicologico, sociale e cognitivo³².

Per altro verso, la riforma del 2013 ridefinisce alcuni profili dei delitti di violenza sessuale, di atti persecutori e di maltrattamenti: se ne amplia l'ambito di applicazione, e se ne aggravano le pene con riferimento ad alcune ipotesi in cui viene in rilievo una *relazione affettiva* (anche a prescindere dalla convivenza o dal vincolo matrimoniale attuale o pregresso) tra reo e vittima, relazione che viene quindi presa in considerazione dal legislatore come situazione potenzialmente criminogena, che favorisce la disinibizione verso azioni violente 'indotte' da percezioni del reale distorte dalle componenti emotive che originano da tale relazione.

Proprio questo pervasivo inasprimento sanzionatorio costituisce, tuttavia, il profilo della legge del 2013 che ha suscitato le maggiori critiche in dottrina³³, in quanto parrebbe che il legislatore – 'mostrando i muscoli' – abbia voluto in realtà perseguire un mero *intento rassicuratorio* della collettività, senza, invece, preoccuparsi dell'effettività (in termini di futura, concreta applicazione) degli incrementi sanzionatori introdotti³⁴.

Almeno due le spie di tale intento (solo) rassicuratorio:

– da un lato, la premessa del d.l. (poi convertito nella legge n. 119), dove si dava massimo rilievo all'“*allarme sociale*” suscitato da recenti “eventi di gravissima efferatezza in danno di donne”³⁵;

³² In argomento, v. F. ROIA, *Crimini contro le donne. Politiche, leggi, buone pratiche*, Milano, 2017, p. 61 ss.

³³ Si veda, in particolare, F. MANTOVANI, *La violenza di genere*, cit., p. 62 ss.; volendo, v. pure F. BASILE, *Violenza sulle donne: modi, e limiti, dell'intervento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 11 dicembre 2013, p. 3.

³⁴ Per una spietata, documentatissima, analisi della politica criminale che – anziché realmente proteggerli – rassicura e blandisce i cittadini, specie di fronte all'“allarme sociale” suscitato da taluni fatti di cronaca, inopinatamente amplificati dai *mass media*, v. R. BIANCHETTI, *La paura del crimine: un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Milano, 2018, p. 3 ss.

³⁵ Nella premessa al decreto legge, a giustificazione del ricorso a tale strumento legislativo (... quasi che il legislatore scoprisse all'improvviso l'“urgenza” di affrontare il “caso straordinario” della violenza alle donne: v. art. 77 co. 2 Cost.), si legge, infatti, che “il susseguirsi di eventi di gravissima

– dall’altro, l’uso, da parte di alcuni rappresentanti dell’allora Governo, della formula – al limite della frode delle etichette – di “*legge contro il femminicidio*” per riferirsi a questo provvedimento che, in nessuna sua norma, si occupa in realtà dell’uccisione delle donne “per il fatto di essere donne”³⁶.

Ma a chi intendesse perseguire finalità di protezione della società dal crimine, e in particolare di protezione della donna dalla violenza, *esclusivamente attraverso la severità delle pene* sarebbe sufficiente replicare con le illuminanti e illuminate parole di Beccaria nei paragrafetti dedicati alla “prontezza della pena” e – *mirabile dictu* – alla “dolcezza della pena”: “uno dei più gran freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, ma l’infalibilità di esse”³⁷, scriveva 250 anni fa il nostro marchese lombardo; e ancora: “la certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro, più terribile, unito colla speranza dell’impunità; perché i mali, anche minimi, quando son certi, spaventano sempre gli animi umani”³⁸; e, infine: “quanto la pena sarà più pronta e più vicina al delitto commesso, ella sarà tanto più giusta e tanto più utile”³⁹.

Insomma, servono pene certe, pene applicate a breve distanza cronologica dal delitto commesso, *più* che pene severe, specie in un settore, come quello in esame, dove il delitto trova la sua molla non già in un freddo calcolo, ma nello scoppio di passioni: ma, ahimè, mentre la severità della pena il legislatore la ottiene con un semplice tratto di penna, pene certe e pronte richiedono, invece, una salda volontà politica e faticosi interventi strutturali, compreso l’investimento di risorse economiche e il potenziamento – non solo in termini numerici, ma prim’ancora in termini di una migliore organizzazione e formazione – delle forze dell’ordine e del personale dei palazzi di giustizia.

4. *Quando punire non basta: le radici socio-culturali della violenza sulle donne*

Nonostante le criticità sopra evidenziate, occorre riconoscere che la legge del

efferatezza in danno di donne e il conseguente allarme sociale che ne è derivato rendono necessari interventi urgenti volti a inasprire, per finalità dissuasive, il trattamento punitivo degli autori di tali fatti, introducendo, in determinati casi, misure di prevenzione finalizzate alla anticipata tutela delle donne e di ogni vittima di violenza domestica”.

³⁶ Questa la definizione ‘sociologica’ di femminicidio che emerge dai pionieristici lavori di Marcela Lagarde e Diana Russell: in proposito, v. E. CORN, *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione, prospettive*, Trento, 2017, p. 2 ss.

³⁷ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, qui citato nell’edizione curata da Venturi, Torino, 1994, p. 59.

³⁸ C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 59.

³⁹ C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 47.

2013, sia pur confusamente, getta alcuni semi per una politica *strutturale* e un intervento *multitasking* per il contrasto della violenza sulle donne.

Si lascia, ad esempio, apprezzare in tale prospettiva la previsione, di cui all'art. 5 *bis*, di azioni a favore (anche in termini economici) dei centri antiviolenza e delle case-rifugio: giacché alle donne che subiscono violenza bisogna pur offrire concrete forme di assistenza e di sostegno, che consentano loro di vincere le motivazioni, anche di ordine pratico-materiale, che spesso le trattengono dal rompere una relazione (soprattutto in caso di presenza di figli) e dal denunciare il compagno violento!⁴⁰

Parimenti apprezzabile in tale prospettiva è la previsione (art. 5) dell'elaborazione, da parte del Dipartimento per le Pari Opportunità, di un "*piano d'azione straordinario contro la violenza sessuale e di genere*", che persegua obiettivi di informazione, formazione e sensibilizzazione, con particolare attenzione al comparto scuola e al settori dei *mass media*; di potenziamento delle forme di protezione e assistenza alle vittime di violenza; di promozione delle iniziative di recupero e assistenza dei soggetti abusanti e maltrattanti.

Ad un primo piano antiviolenza elaborato, con un certo ritardo, nel 2015, è seguito (con pari ritardo), nell'estate del 2017, il nuovo "Piano strategico nazionale sulla violenza maschile contro le donne 2017-2020"⁴¹, nel cui preambolo tra l'altro si può leggere che "la violenza basata sul genere è fondata sulla disparità di potere tra uomini e donne, ed è un fenomeno sociale strutturale che ha radici culturali profonde, riconducibili a una organizzazione patriarcale della società che ancor oggi permea le pratiche e la vita quotidiana di milioni di uomini e donne in Italia. La riproduzione della struttura di genere tradizionale avviene attraverso rappresentazioni collettive fondate sugli stereotipi e il sessismo, i quali indicano nell'immaginario e nell'agire collettivo creando le condizioni per una giustificazione e una perpetuazione della violenza maschile sulle donne".

Come bene emerge dai passaggi appena citati – poi ulteriormente ripresi e sviluppati nelle successive pagine del Piano – per contrastare il fenomeno della violenza sulle donne occorre, insomma, aggredirne le radici culturali, passando per le scuole, le università, i luoghi di lavoro; passando per le rappresentazioni massmediatiche della donna e del suo ruolo nella famiglia e nella società (... perché mai la pubblicità con una donna in *lingerie* dovrebbe far aumentare le vendite di un olio per auto o di una colla superresistente?); occorre abbattere stereotipi, rimuovere discriminazioni, assicurare pari opportunità.

⁴⁰ Sul punto, v., C. PECORELLA, P. FARINA, *La risposta penale alla violenza domestica: un'indagine sulla prassi del Tribunale di Milano in materia di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.)*, in *DirPenCont*, 10 aprile 2018, p. 3 ss.

⁴¹ Il piano può essere letto *online* al seguente *link*: www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182-/440101/Piano+strategico+2017-2020+violenza.pdf/dc8d06c7-dab8-4fd6-bdad-e84385dbf90b.

Punire non basta, quindi, ed anche il penalista – e insieme a lui il legislatore penale – dovrebbe ricordarsi, una volta in più, che la migliore politica per la lotta alla criminalità è la *politica sociale*, giacché un efficace e duraturo contrasto alla criminalità si ottiene solo grazie a capillari, diffusi e stabili interventi nel tessuto sociale⁴².

⁴² Come scriveva G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale* (1974), ora in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, p. 65, riprendendo il dibattito di lingua tedesca in corso su tali temi, “la politica sociale è la migliore politica criminale”.

FRANCESCO CALLARI

LA RIVISITAZIONE *IN MALAM PARTEM* DEL GIUDICATO PENALE:
DAL CONTRASTO DEL TERRORISMO E DELLA CRIMINALITÀ
ORGANIZZATA AD ORIZZONTI FUTURIBILI ^(*)

SOMMARIO: 1. Le ipotesi “speciali” di revisione *in peius* nell’ordinamento giuridico italiano. – 2. La *vexata quaestio* della rivisitazione *in malam partem* del giudicato penale: le ragioni del divieto tradizionale. – 3. (*Segue*) Gli argomenti a favore della revisione *in peius*. – 4. Linee evolutive *de iure condendo*.

1. *Le ipotesi “speciali” di revisione in peius nell’ordinamento giuridico italiano*

La *vexata quaestio* dei rapporti tra l’irrefragabilità del giudicato penale e le impugnazioni straordinarie rappresenta un campo di indagine fondamentale – nel quale confluiscono tematiche di natura giuridica, filosofica e politica – al fine di individuare la vera essenza e le dinamiche evolutive della giustizia penale.

Nel sistema processuale penale il punto focale dell’istituto della revisione del giudicato è costituito, senza dubbio, dalla sfera operativa dei suoi limiti teleologici, la quale consente di apprezzare al meglio le coordinate funzionali, concettuali e assiologiche del complesso fenomeno giuridico sotteso alla verifica *post rem iudicatam* delle pronunce giudiziarie¹. In tal senso, l’art. 631 del vigente codice di rito prescrive che gli elementi in base ai quali si chiede la revisione – a pena di inammissibilità della relativa domanda – siano tali da dimostrare, se accertati, che il condannato deve essere prosciolto a norma degli artt. 529 c.p.p. (*sentenza di non doversi procedere*), 530 c.p.p. (*sentenza di assoluzione*) o 531 c.p.p. (*dichiarazione di estinzione del reato*). Di conseguenza, tale disposizione normativa, nel disciplinare i limiti operativi della richiesta di revisione, ha subordinato l’ammissi-

^(*) Testo rielaborato della Relazione tenuta al Convegno di studi dal titolo “*Storia del terrorismo nel nostro Paese. La minaccia del terrorismo internazionale*”, svoltosi a Roma il 27 novembre 2018 ed organizzato dalla Casa editrice Armando Curcio Editore e dalla Corte d’Appello di Roma.

¹ Così U. ALOISI, *Funzione e limiti della revisione*, in *Giust. pen.*, 1951, III, c. 609; F. CALLARI, *La revisione. La giustizia penale tra forma e sostanza*, II ed., Giappichelli, 2012, p. 331 s.; G. DEAN, *La revisione*, Cedam, 1999, p. 68; A. SCALFATI, *L’esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, Cedam, 1995, p. 134; C. TAORMINA, *Sistema delle impugnazioni e struttura del processo penale*, in *Giust. pen.*, 1993, III, c. 626.

sibilità di questo rimedio straordinario direttamente al suo potenziale esito, da una parte, rinviando *nominatim* alle tre forme di proscioglimento dibattimentale, e dall'altra, recependone, a fini prognostici, le relative regole di giudizio. Inoltre, sempre in base al suddetto dato codicistico, non soltanto appare preclusa una revisione "parziale" del giudicato penale, ma non risulta neppure ammissibile alcuna rivisitazione *contra reum* della pronuncia irrevocabile.

Peraltro, è indubitabile come attualmente, nella prospettiva del *favor rei*, la portata revocatoria della revisione mostri un'ampiezza sconosciuta ad ogni altro sistema processuale della nostra tradizione giuridica², dato che l'assorbimento delle situazioni di insufficienza o contraddittorietà della prova nell'area dell'assoluzione dibattimentale consente di ritenere che anche gli elementi suscettibili di determinare una simile situazione di incertezza probatoria siano comunque in grado di integrare i connotati teleologici fissati dall'art. 631 c.p.p.

Pertanto, posto che il giudice investito dell'istanza di revisione è chiamato a verificare l'idoneità degli assunti difensivi atti ad incidere sull'effettività del pregresso giudicato di condanna anche nella prospettiva teleologica di un proscioglimento per insufficienza o contraddittorietà dell'originario quadro probatorio accusatorio, l'apprezzamento logico e critico del grado di idoneità dimostrativa degli elementi addotti dal richiedente a ribaltare l'originario costruito delle prove d'accusa si volgerà necessariamente nel segno dell'esito positivo del giudizio di revisione, anche solo mediante l'introduzione di un "dubbio ragionevole" sulla colpevolezza del condannato³.

Ovviamente, del tutto diversa è, invece, la prospettiva finalistica nel caso di revisione "europea" introdotta nel nostro ordinamento dai giudici della Consulta, cui «non si attaglia la rigida alternativa, prefigurata dalla disciplina vigente quanto agli esiti del giudizio di revisione, tra proscioglimento e conferma della prece-

² In tal senso v., in particolare, G. DEAN, *La revisione*, cit., p. 69; S. ASTARITA, voce *Revisione*, in *Dig. pen.*, Agg. III, t. II, 2005, p. 1364 s.; F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Giuffrè, 2009, p. 243 s.

³ Così Cass., sez. V, 27 aprile 2016, n. 24070, in *C.e.d.*, n. 267067; Cass., sez. II, 10 marzo 2015, n. 11453, *ivi*, n. 263162; Cass., sez. V, 15 maggio 2014, n. 24682, *ivi*, n. 260005; Cass., sez. VI, 8 marzo 2013, n. 18818, *ivi*, n. 255477; Cass., sez. V, 26 marzo 2013, n. 14255, *ivi*, n. 256600; Cass., sez. IV, 19 aprile 2013, n. 18196, *ivi*, n. 255222; Cass., sez. I, 14 ottobre 2010, n. 40815, *ivi*, n. 248463; Cass., sez. I, 12 maggio 2004, n. 25678, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 679, con nota di F. D'ALESSANDRO, *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella revisione del processo*. In tal senso v., inoltre, M. BARGIS, *Impugnazioni*, in G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, IX ed., Cedam, 2018, p. 1008; G. CANZIO, *La revisione del processo: gli effetti del sopraggiungere di nuove prove rese possibili dal progresso scientifico*, in A. BALSAMO-R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il "caso Dorigo" e gli interventi della Corte costituzionale*, Giappichelli, 2008, p. 480 s.

dente condanna»⁴. La stessa Corte costituzionale ha, infatti, espressamente dichiarato, nella pronuncia “additiva”, che devono ritenersi inapplicabili le disposizioni che appaiano inconciliabili, sul piano logico-giuridico, con l’obiettivo perseguito dalla “novella” fattispecie revocatoria, «prime fra tutte [...] quelle che riflettono la tradizionale preordinazione del giudizio di revisione al solo proscioglimento del condannato». In tale ipotesi, quindi, posto che rimediare alla violazione delle garanzie riconosciute dalla CEDU, ed in particolare al difetto di “equità” processuale, non significa necessariamente giungere ad un esito assoluto, bensì consentire una riapertura del processo che ponga l’interessato nelle condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della lesione accertata, si deve ritenere che il nuovo giudizio non possa restare rigidamente subordinato ad un determinato tipo di pronostico circa il relativo risultato, al punto che potrebbe benissimo concludersi, ad esempio, anziché con l’assoluzione, con una nuova e diversa pronuncia di condanna.

Una questione assai delicata riguarda, invece, il fatto se possa ammettersi che l’ipotesi di revisione introdotta dalla Corte costituzionale operi anche *in peius*. Si tratta di un’eventualità che potrebbe verificarsi non soltanto nelle ipotesi di ricorso alla Corte europea da parte della parte civile⁵, ma altresì nella situazione in cui la pronuncia dei giudici di Strasburgo sia stata determinata da un ricorso del condannato, e ciò nondimeno la riapertura del processo penale, in ottemperanza del giudicato europeo, conduca ad un aggravamento della posizione del condannato.

Benché l’ispirazione di *favor rei* che connota l’impugnazione straordinaria del giudicato dovrebbe immediatamente fare propendere per la soluzione negativa, il predetto monito dei giudici della Consulta relativo all’inapplicabilità delle disposizioni inconciliabili con l’obiettivo di *restitutio in integrum* della vittima della

⁴ Corte cost., sent. 7 aprile 2011, n. 113, in *Guida al diritto*, 2011 (17), p. 42. Sul punto cfr. F. CALLARI, *La revisione. La giustizia penale tra forma e sostanza*, cit., p. 265 s.; R.M. GERACI, *La revisione quale rimedio interno dopo le condanne della Corte di Strasburgo: un avanzamento di tutela e molte incognite*, in *Processo penale e Giustizia*, 2011 (4), p. 100; EAD., *L’impugnativa straordinaria per la violazione della Cedu accertata a Strasburgo: le ipotesi, le procedure, gli effetti*, in P. CORVI (a cura di), *Le impugnazioni straordinarie nel processo penale*, Giappichelli, 2016, p. 69 s.; M. GIALUZ, *Una sentenza “additiva di istituto”: la Corte costituzionale crea la “revisione europea”*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3313; S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per adempiere all’obbligo di conformarsi alle condanne europee: l’inserimento delle sentenze della Corte europea tra i casi di revisione*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1557; P.P. RIVELLO, *La Corte costituzionale interviene sull’istituto della revisione al fine di garantire l’obbligo di adeguamento alle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1185; G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1546 s.

⁵ Sebbene un orientamento dottrinale lo escluda nettamente (F.M. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 796) una differente posizione ritiene che la parte civile possa adire la Corte europea ed avere poi diritto a rimettere in discussione il giudicato (A. DIDDI, *La «revisione del giudizio»: nuovo mezzo straordinario di impugnazione delle sentenze emesse in violazione della C.e.d.u.*, in *Giust. pen.*, 2011, c. 155).

violazione accertata potrebbe, senza difficoltà, condurre ad accogliere la soluzione opposta, se non fosse che la stessa Corte costituzionale ha precisato *expressis verbis* che – pur in mancanza della tradizionale predeterminazione del giudizio di revisione al solo proscioglimento del condannato – resta «fermo naturalmente il divieto della *reformatio in peius*»⁶. D'altro canto, la giurisprudenza costituzionale tende ad escludere la possibilità di pronunce additive in ambito penale da cui derivino effetti *in malam partem*, potenzialmente riduttivi della libertà personale, assumendo che la Consulta stessa è assoggettata al più rigoroso rispetto del principio di stretta legalità (trascendente il profilo di una semplice riserva di legge) che domina tale materia (artt. 13 e 25 comma 2 Cost.)⁷.

In ordine all'oggetto dell'impugnazione straordinaria, l'art. 629 del codice di procedura penale vigente ammette la revisione delle sole pronunce irrevocabili di "condanna", precludendo così la rivedibilità delle decisioni di proscioglimento⁸. Tale opzione legislativa è stata costantemente privilegiata nell'esperienza dell'ordinamento giuridico italiano, tanto che non è mai stata recepita nella trama del codice di rito penale la revisione *in peius* del giudicato, cioè a sfavore del condannato o del prosciolto.

Per quanto si possa affermare, senza tema di smentita, che la tradizione italiana della codificazione processuale penale non ha mai riconosciuto ed ammesso l'impugnazione straordinaria delle sentenze assolutorie, anche durante tutta l'esperienza normativa dell'ordinamento democratico non è mai completamente tramontata l'idea di poter ricorrere, se necessario, a disciplinare ipotesi di rivisitazione *contra reum* del giudicato penale; e, infatti, non sono mancate delle eccezioni – sia pur assai circoscritte – al divieto generale di revisione *in damnum*.

L'art. 10 della legge 29 maggio 1982, n. 304, recante "*Misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale*", ha disciplinato, per la prima volta, una forma di revisione *in peius*, consentendo il ricorso a tale rimedio quando le cause di non punibilità o le circostanze attenuanti riconosciute a soggetti resisi responsabili di reati commessi per finalità eversive o di terrorismo siano state applicate «per effetto di false o reticenti dichiarazioni».

Invero, al fine di smantellare le organizzazioni terroristiche e criminali, di incoraggiare il fenomeno del pentitismo, nonché di favorire qualsiasi condotta che

⁶ Corte cost., sent. 7 aprile 2011, n. 113, cit.

⁷ Corte cost., sent. 4 maggio 2005, n. 187, in *Giur. cost.*, 2005, p. 1670; Corte cost., sent. 9 febbraio 2001, n. 30, *ivi*, 2001, p. 95; Corte cost., ord. 12 marzo 1999, n. 67, *ivi*, 1999, p. 774; Corte cost., ord. 16 dicembre 1998, n. 413, *ivi*, 1998, p. 422; Corte cost., ord. 13 giugno 1997, n. 178, *ivi*, 1997, p. 1788.

⁸ Sul punto v., in particolare, F. CALLARI, *Riflessioni sulla revisione in peius del giudicato penale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1864 s.; A.A. DALIA-M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, X ed., Cedam, 2018, p. 864; G. DEAN, *La revisione*, cit., p. 71; A. SCALFATI, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, cit., p. 45 s.

manifestasse il rifiuto della lotta armata, la rivisitazione critica delle proprie condotte devianti e la piena e fattiva cooperazione con lo Stato, furono previste cause di non punibilità e significative riduzioni di pena a favore di chi, imputato di reati con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, abbandonasse l'organizzazione criminale, collaborando con l'autorità giudiziaria; correlativamente, allo scopo di scoraggiare scelte meramente utilitaristiche o strumentali, si prevede la revisione sia della sentenza di proscioglimento con cui fosse stata dichiarata la non punibilità, sia della sentenza di condanna che avesse riconosciuto le suddette attenuanti, nel caso in cui poi risultasse che tali benefici fossero stati applicati per effetto di dichiarazioni false o reticenti.

Tale ipotesi di revisione venne introdotta in un'epoca di continue aggressioni al sistema costituzionale del paese e di totale destabilizzazione dell'ordine sociale. Al fine, quindi, di fronteggiare l'emergenza terroristica, in via del tutto eccezionale e con una soluzione sostanzialmente inedita, fu introdotta la possibilità di una rivisitazione *contra reum* del giudicato penale come deterrente da contrapporre a disposizioni marcatamente premiali.

Negli anni successivi si è, però, manifestata la tendenza a ricorrere nuovamente alle scelte di politica legislativa del 1982 ogni qual volta significative espressioni di criminalità, ovvero situazioni eccezionali, siano state percepite con particolare intensità dall'opinione pubblica, «quasi che l'incapacità dello Stato ad affermare se stesso ed a garantire l'ordine pubblico potesse essere surrogata dalla rinuncia a quello che sinora è stato un principio di civiltà e della tradizione giuridica italiana»⁹.

Infatti, l'art. 8 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni nella legge 12 luglio 1991, n. 203 ha riproposto, quasi fedelmente, in tema di lotta alla criminalità organizzata, il modello giuridico-culturale della legge n. 304 del 1982, attraendo nell'area della revisione *in peius* anche l'ipotesi in cui la frode dichiarativa incida sulle attenuanti concesse per la dissociazione mafiosa¹⁰. Secondo tale normativa, i dissociati che si adoperano «per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati», beneficiano di cospicue riduzioni di pena; qualora, però, si accerti che le attenuanti «sono state applicate per effetto di false o reticenti dichiarazioni si procede alla revisione della sentenza su richiesta del Procuratore generale della corte di appello nel cui distretto è stata pronunciata la sentenza medesima».

È facile constatare come le due normative richiamate rappresentino il frutto di

⁹ R. NORMANDO, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, Giappichelli, 1996, p. 110.

¹⁰ Sul punto v., in particolare, F. ROMANO, *Revisione contra reum: tra reformatio in peius e ripristino del magistero punitivo dello Stato*, in *Giur. merito*, 1999, p. 335 s.

precise scelte politiche che, in determinati settori della criminalità, fungono da “contrappeso” al pericolo di incentivi premiali concessi “ingiustamente”: «una specie di tranquillità, insomma, per la coscienza del legislatore che ha riconosciuto un particolare trattamento penale al pentitismo»¹¹. Tali forme di revisione *in peius* tipizzate dal legislatore rispondono, infatti, all’unica funzione di scoraggiare non già la fruizione del beneficio premiale, bensì l’eventuale condotta fraudolenta ad esso presupposta, la quale sarebbe gravemente dannosa nella lotta contro precise tipologie di reati.

Mentre, però, la revisione a sfavore del terrorista pentito può avere ad oggetto le sentenze di proscioglimento e le sentenze di condanna, poiché la dissociazione e la condotta collaborativa in caso di reati di terrorismo ed eversione dell’ordine costituzionale possono procurare all’imputato non solo l’abbattimento della pena, ma anche la declaratoria di non punibilità, la revisione *in peius* nei confronti del collaboratore di giustizia appartenente alla criminalità organizzata ha riferimento solo alle sentenze di condanna miti, non essendo prevista la causa di non punibilità, quand’anche il contributo del pentito fosse stato determinante.

Coerentemente con la prospettiva delineata, la situazione che in queste ipotesi di revisione *in peius* costituisce l’oggetto di un nuovo e diverso accertamento giudiziale risiede esclusivamente nei fatti valutati a suo tempo come costitutivi delle fattispecie premiali. In particolare, in entrambe le suddette ipotesi revocatorie speciali, la cognizione del successivo giudizio concerne, essenzialmente, il rapporto tra le circostanze ritenute sufficienti per concedere le attenuanti ed il *novum*, ossia i nuovi elementi in base ai quali le precedenti dichiarazioni si ritengono false o reticenti¹²; insomma, confrontato con lo specifico quadro probatorio formato nel procedimento già definito, il *novum* deve esercitare un’influenza causale tale che, se fosse stato conosciuto tempestivamente, avrebbe condotto a negare il riconoscimento dei predetti benefici¹³.

¹¹ A. SCALFATI, *L’esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, cit., p. 47.

¹² In tal senso v. M.R. MARCHETTI, *La revisione*, cit., p. 950.

¹³ A tal riguardo, si è posto il problema concreto del grado di falsità o reticenza sufficiente ad inficiare la collaborazione prestata e, quindi, a determinare la rivisitazione del giudicato, potendo la condotta fraudolenta dell’imputato risultare “ininfluente” rispetto al contributo nel complesso fornito nel procedimento definito con sentenza passata in giudicato. Invero, considerata la necessità di uno stretto nesso di causalità tra contenuto delle dichiarazioni rivelatesi false o parziali e premialità della sentenza, la valutazione della falsità o della reticenza non può che richiedere un attento apprezzamento – sulla base della motivazione della sentenza definitiva – delle circostanze che hanno giustificato il trattamento premiale, al fine di verificare l’effettiva incidenza causale del comportamento fraudolento sui fatti ritenuti a suo tempo costitutivi delle fattispecie premiali; di contro, ogni tema nuovo, che non emerge dai fatti che hanno legittimato l’adozione dei benefici, dovrebbe ritenersi “marginale”, perché causalmente inefficace a determinare un esito diverso dall’applicazione delle disposizioni premiali. Peraltro, sempre rispetto alla questione della valutazione delle dichiarazioni del collaborante, il dato normativo non ha richiesto in alcun caso che le fattispecie criminose

Pertanto, si può bene osservare che, nelle citate fattispecie legislative di revisione *contra reum*, la rivisitazione del giudicato non concerne il profilo della colpevolezza del soggetto in relazione diretta al fatto penalmente qualificato per cui è stato giudicato con sentenza irrevocabile (revisione *in peius* in senso *sostanziale*), bensì solamente determinati meritori comportamenti *post delictum*, rivelatisi poi insussistenti o fallaci, come appunto nel caso dell'erronea concessione di incentivi verso forme di collaborazione dell'imputato con gli investigatori e gli inquirenti (revisione *in peius* in senso *processuale*). In altri termini, la revisione *in peius* circoscritta a siffatti fenomeni dai caratteri peculiari, contrariamente a quella tradizionale a favore del condannato che ha portata generale, non travolge *tout court* il giudicato penale, ma solo quelle statuizioni contenute nella sentenza irrevocabile che applicano le norme premiali, incidendo sull'esito sanzionatorio e comportando la perdita di quei benefici conseguiti grazie a dichiarazioni false o reticenti.

Si tratta, quindi, di una revisione *in peius* del giudicato penale che si risolve, essenzialmente, in una sanzione pubblica di "decadenza dai benefici" a causa di comportamenti contrari agli oneri e doveri specificatamente previsti nella collaborazione premiale. Tale considerazione oggettiva non deve, però, condurre a sminuire o, peggio, a sottovalutare l'importanza ed il valore di ipotesi di tal genere nei confronti della portata effettuale del divieto tradizionale di revisione *in peius* e, soprattutto, in ordine alla *firmitas iudicati*. Invero, rischia di diventare «un problema di mera nomenclatura»¹⁴ etichettare questi casi come ipotesi di pura e semplice "decadenza dai benefici" sol perché l'espressione è in grado di giustificare le ragioni preventive ad essi sottese, così come di differenziarli dalla revisione *in peius* in senso *sostanziale* (quale straordinario rimedio di portata generale), se poi si dimentica il fatto che comunque l'accertamento della collaborazione infedele ed il conseguente giudizio complessivo di aggravamento della posizione del reo avvengono normalmente attraverso il tipico meccanismo processuale di revisione del giudicato.

Ed invero, in entrambe le suddette normative speciali, il legislatore si è limitato a rinviare alle disposizioni dettate in tema di revisione nel codice di rito vigente, lasciando all'interprete il compito di stabilire in concreto quali siano le norme da osservare «in quanto applicabili», e – in particolare – quali siano i poteri del giudice.

integrate dalle dichiarazioni false o reticenti (come, ad esempio, calunnia e favoreggiamento) siano accertate con sentenza penale passata in giudicato, di modo che l'accertamento della falsità o della reticenza possa avvenire *incidenter tantum* nel corso di revisione, indipendentemente dalla sorte di eventuali altri processi, ma sulla base delle risultanze processuali, che potranno essere costituite anche da prove o sentenze definitive provenienti da altri contesti procedimentali.

¹⁴ A. SCALFATI, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, cit., p. 165.

Ad ogni modo, poiché con l'introduzione dell'art. 10 della legge n. 304 del 1982 già si paventava che la stessa presenza di quella norma all'interno dell'ordinamento processuale penale potesse rappresentare «una suggestione per altri sviluppi»¹⁵, non deve meravigliare che alcuni giuristi, di fronte all'art. 8 del d.l. n. 152 del 1991, abbiano preconizzato «la probabile costruzione, in prospettiva, di una revisione generale del giudicato penale in danno»¹⁶. Infatti, se la prima eccezione al sistema tradizionale poteva costituire un episodio isolato e transitorio, la nuova sembrava fare della delineata revisione *in peius* «il deterrente tipico da contrapporre a norme accentuatamente premiali»¹⁷.

D'altro canto, non si può non riconoscere un fatto incontrovertibile: pur dopo la prima positiva esperienza nella normativa speciale del 1982, il legislatore del codice del 1988 ha scelto di non mutare la connotazione genetica della revisione attraverso un intervento di portata generale, confermando piuttosto l'intenzione «politica» di circoscrivere la disciplina della rivisitazione *contra reum* del giudicato penale soltanto a fenomeni dai caratteri molto specifici ed isolati di revisione *in peius* in senso *processuale*.

Più di recente, però, il legislatore ha compiuto un ulteriore e considerevole passo su tale cammino di riforma del tessuto positivo del sistema processuale penale. Infatti, abrogata la disciplina revocatoria contenuta nei commi 3 e ss. del predetto art. 8 d.l. n. 152 del 1991 (la cui parte restante è stata poi cancellata ad opera del d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, recante «*Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale*», in favore del novello art. 416-bis.1 c.p.) per mezzo dell'art. 23 della legge 13 febbraio 2001, n. 45, con il medesimo atto normativo si è previsto espressamente che il procuratore generale presso la corte d'appello, nel cui distretto la sentenza è stata pronunciata, debba richiedere la revisione della decisione irrevocabile non solo allorché le circostanze attenuanti che il codice penale o le disposizioni speciali prevedono in materia di collaborazione relativa ai reati di grande allarme sociale di cui all'art. 9 comma 2 del d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, conv. legge 15 marzo 1991, n. 82 (delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale ovvero ricompresi fra quelli di cui all'articolo 51 comma 3-bis c.p.p. e agli articoli 600-bis, 600-ter, 600-quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1, e 600-quinquies del codice penale) «sono state applicate per effetto di dichiarazioni false o reticenti», ma

¹⁵ M. CHIAVARIO, Sub art. 10 L. 29 maggio 1982 n. 304, in *Leg. pen.*, 1982, p. 605.

¹⁶ R. VANNI, *La revisione in peius del giudicato penale: frana il tradizionale divieto?*, in *Leg. pen.*, 1993, p. 583.

¹⁷ D. MANZIONE, *Una normativa "d'emergenza" per la lotta alla criminalità organizzata e la trasparenza e il buon andamento dell'attività amministrativa (D.L. 152/91 e L. 203/91): uno sguardo d'insieme*, in *Leg. pen.*, 1992, p. 853.

anche quando «chi ha beneficiato delle circostanze attenuanti predette commette, entro dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza, un delitto per il quale l'arresto in flagranza è obbligatorio», sempre che il delitto ivi previsto sia «indicativo della permanenza del soggetto nel circuito criminale» (art. 16-septies d.l. n. 8 del 1991, conv. legge n. 82 del 1991, inserito dall'art. 14 legge n. 45 del 2001).

Da una semplice lettura di quest'ultima fattispecie revocatoria della nuova disciplina speciale, emerge subito come un tale comportamento «si ponga su un piano del tutto diverso rispetto alla prestata collaborazione ed alla conseguente applicazione delle circostanze attenuanti, dovendosi dunque constatare una forzatura del legislatore nell'impiego dello strumento della revisione *in peius*»¹⁸. Questa particolare connotazione della fattispecie revocatoria, infatti, suggerisce un'applicazione dell'istituto della revisione *in peius* non tanto nella direzione – già sperimentata – di sanzione pubblica per l'infedele collaborazione premiale, quanto piuttosto nella dimensione di una misura punitiva di comportamenti dal particolare disvalore penale e allarme sociale.

Se, invero, in un'ottica di premialità ed in chiave di deterrenza, l'intervento *contra reum* sul giudicato appare palesemente ragionevole in presenza di collaborazioni false o reticenti, non altrettanto opportuno pare l'impiego della revisione *in peius* in caso di successiva commissione di un delitto, sia pure indicativo dei persistenti legami dell'interessato con l'organizzazione criminale, poiché questa nuova ipotesi, del tutto sganciata dalla condotta collaborativa, viene a rappresentare una sorta di distorsione dell'istituto della revisione in ossequio a logiche eccentriche rispetto ai suoi obiettivi tradizionali.

Si tratta, quindi, di un'innovazione normativa di non lieve entità, che viene ad incidere in modo significativo rispetto all'accezione tradizionale dell'impugnazione straordinaria e, soprattutto, in ordine alla sistematica dei rimedi revocatori del giudicato penale. Da una parte, infatti, tale intervento del legislatore ha il chiaro pregio di avere offerto all'istituto della revisione inedite prospettive di evoluzione; dall'altra, però, esso costituisce una scelta normativa di “rottura” del tradizionale assetto di tale rimedio processuale, che forse avrebbe meritato maggiore prudenza e lungimiranza, e che sicuramente riapre il dibattito *de iure condendo* in ordine al tema della rivisitazione *contra reum* della sentenza irrevocabile.

¹⁸ M. BARGIS, *Impugnazioni*, cit., p. 1023. In tal senso v., inoltre, M. ALMA, *Sanzioni, difesa e regime transitorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 577 s.; F. CALLARI, *La revisione. La giustizia penale tra forma e sostanza*, cit., p. 355 s.

2. *La vexata quaestio della rivisitazione in malam partem del giudicato penale: le ragioni del divieto tradizionale*

La revisione è un istituto tradizionalmente diretto a rimuovere le pronunce di condanna già irrevocabili che, «alla luce di emergenze conosciute successivamente al giudicato, appaiono frutto di ingiustizia»¹⁹. A rigore di logica, però, è ben possibile che l'errore giudiziario faccia la sua comparsa anche in una sentenza irrevocabile di assoluzione, facendo sorgere, quindi, parimenti in tale ipotesi nefasta, l'esigenza euristica di verificare e rimediare l'ingiustizia del giudicato. Non-dimeno, nella storia del diritto italiano, si è affermato stabilmente il divieto generale di rimettere in discussione le sentenze irrevocabili di proscioglimento.

Il divieto di revisione *in peius* ha radici molto profonde e consolidate nella cultura giuridica e nella coscienza della società civile del nostro paese. Tuttavia, tale posizione istituzionale, prevalsa nella tradizione processual-penalistica e nell'esperienza codicistica italiana, non dovrebbe essere considerata come un dato naturale ed ineluttabile di civiltà giuridica, così come la questione della revisione dei giudicati di proscioglimento è ben lungi dall'essere risolta in modo definitivo e inconfutabile. Basti pensare che alcune legislazioni straniere particolarmente significative per la nostra cultura giuridica, come quella tedesca e inglese²⁰, hanno consentito nel passato, e consentono tuttora, la revisione di sentenze assolutorie irrevocabili.

Dunque, al fine di cogliere in modo chiaro e compiuto le probabili dinamiche evolutive dell'impugnazione straordinaria, è assolutamente necessario analizzare criticamente le differenti posizioni culturali e dogmatiche che, confrontandosi e confutandosi reciprocamente, accendono il dibattito in ordine alla possibilità di valorizzare o meno l'istituto della revisione *contra reum* nell'ordinamento processuale penale italiano. Solo esaminando e raffrontando i diversi argomenti che rispettivamente, da una parte, giustificano e corroborano il tradizionale divieto di revisione *in peius* e, dall'altra, sostengono ed invocano la codificazione di un'impugnazione

¹⁹ A. GALATI-E. ZAPPALÀ, *Le impugnazioni*, in D. SIRACUSANO-A. GALATI-G. TRANCHINA-E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, vol. II, Giuffrè, 2006, p. 567.

²⁰ Sul punto v. L. PARLATO, *La revisione del giudicato penale a seguito di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo. II) L'esperienza della Repubblica federale tedesca e di altri paesi dell'Europa continentale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 1010 s.; T. RAFARACI, voce *Processo penale tedesco*, in *Enc. dir.*, Ann. II, t. I, 2008, p. 858; C. ROXIN, *Strafverfabrensrecht*, 25. Aufl., Beck, 1998, p. 461 s. Per una panoramica, poi, sulla possibilità di una rivisitazione *contra reum* del giudicato penale nell'ordinamento inglese v. I. DENNIS, *Prosecution appeals and retrial for serious offences*, in *Crim. Law Rev.*, 2004, p. 633; A. MANGIARACINA, *La revisione contra reum nell'ordinamento inglese*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 312 s.; V. PATANÈ, voce *Processo penale inglese*, in *Enc. dir.*, Ann. II, t. I, 2008, p. 777; J.R. SPENCER, *Does our present criminal appeal system make sense?*, in *Crim. Law Rev.*, 2006, p. 677 s.

straordinaria *in damnum*, e segnatamente delle sentenze irrevocabili di proscioglimento, è possibile mettere in rilievo i limiti e le prospettive *de lege ferenda* in ordine ad una verifica, ed eventuale rescissione, *contra reum* del giudicato penale.

L'orientamento dominante, contrario alla revisione *in peius* del giudicato, muove da due assunti di base essenziali. Anzitutto, si afferma come non sia affatto vero che si debba «attribuire al magistero penale una specie di indefettibilità per cui ad ogni infrazione della legge debba seguire necessariamente ed ineluttabilmente l'applicazione della pena»²¹, poiché altrimenti si dovrebbero espungere dall'ordinamento le cause di estinzione dei reati o della pena. In secondo luogo, si ribadisce come l'irrefragabilità del giudicato penale, nonostante le più recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali, resti comunque un principio tendenzialmente "assoluto", che impone un rigoroso contenimento delle deroghe. Sulla base di tali postulati, le argomentazioni avanzate dai sostenitori dell'attuale indirizzo legislativo, ossia dell'opportunità di prefigurare solamente una revisione *in melius*, sono molteplici e di differente natura, ma possono essere ricondotte sostanzialmente ad alcune ragioni fondamentali.

La prima è costituita dalla negazione di una correlatività fra revisione *in melius* e revisione *in peius*. Si obietta che ammettere la revisione *in melius* non implica accogliere quella di segno contrario poiché, mentre la prima risponde all'esigenza di salvaguardare un diritto fondamentale, la libertà di un innocente, la revisione *in peius* non svolge tale meritoria funzione di tutela giuridica²². Inoltre, si mette in rilievo come siano profondamente diverse e più gravi, per grado ed intensità, le conseguenze dannose di una sentenza ingiusta di condanna rispetto ad una di assoluzione²³.

La seconda ragione a sostegno dell'indirizzo tradizionale contrario alla revisione *in peius* è costituita dal valore della tranquillità. Si sostiene che è criterio empio mantenere, per sempre, gli assolti con sentenza irrevocabile sotto il «supplizio di Damocle»²⁴ della revisione *in peius*, poiché solamente l'assoluta intangibilità del giudicato penale di proscioglimento può concedere loro la quiete e la sicurezza nella vita sociale. Invero, si afferma che il cittadino non può essere eternamente assoggettato al sospetto e, di conseguenza, al pericolo di rinascenti accuse. Si osserva come «l'impugnazione straordinaria *in malam partem* sarebbe concepibile solo in una giustizia nella quale il sospettato sia, *usque ad mortem*, perpetuamente inseguito da uscieri del tribunale che gli recapitino comunicazioni di

²¹ G. SOTGIU, *La revisione dei giudicati penali*, Istituto Editor. Moderno, 1933, p. 54.

²² Così A. CRISTIANI, *La revisione del giudicato nel sistema del processo penale italiano*, Giuffrè, 1970, p. 264.

²³ Sul punto v., in particolare, F. CARRARA, *Della rejudicata in criminale*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. VII, Tipografia di Canovetti, 1877, pp. 296 e 297.

²⁴ F. CARRARA, *Della rejudicata in criminale*, cit., p. 290.

riapertura del procedimento a suo carico»²⁵. Forse, proprio la protezione del cittadino da estenuanti procedimenti penali e l'opportunità di consentirgli una vita tranquilla nella società costituiscono il motivo più forte che viene avanzato per negare *tout court* la revisione *in peius* del giudicato.

L'ultimo argomento avverso la possibilità di introdurre nell'ordinamento giuridico italiano una generale rivedibilità del giudicato di proscioglimento concerne la struttura e la fisiologia del processo penale. Si afferma che la codificazione della revisione *contra reum* nel sistema processuale accentuerebbe, in modo irragionevole, l'asimmetria dei ruoli tra accusa e difesa. Partendo, infatti, dalla lucida considerazione che l'ordinamento processuale penale è una costruzione a pesi e contrappesi, in cui l'azione penale è tendenzialmente bilanciata dal diritto di difesa, si sostiene che «la *perpetuatio accusae* rappresenta una deroga della regola dell'equilibrio delle forze in campo, della *par condicio*, della lealtà processuale, che vede troppo minoritaria la posizione del prosciolto. Questi sarebbe tenuto ad una perenne ricerca di prove a suo favore, a lottare contro un nemico invisibile, a dare la prova negativa»²⁶.

Infine, è interessante notare come, a sostegno della tesi favorevole all'impugnazione straordinaria delle sole sentenze di condanna, sia stato addotto anche un motivo di natura costituzionale, sostenendo che la revisione *in peius* urterebbe contro un'espressa disposizione della Costituzione, finalisticamente ordinata a garantire l'inviolabilità del diritto alla libertà e tranquillità morale della persona. Si osserva, infatti, come l'art. 27 comma 2 Cost., nello stabilire che la presunzione di innocenza permane fino alla sentenza definitiva, abbia indicato in quest'ultima il termine oltre il quale il giudizio di non colpevolezza non può essere più rivisitato²⁷.

In realtà, tale argomento di matrice costituzionale, seppur ben formulato e suggestivo, non è fondato e, di conseguenza, concludente nel precludere qualsiasi prospettiva *de iure condendo* in ordine alla rivisitazione critica dell'accertamento giudiziario di non colpevolezza, cristallizzato nel giudicato penale di proscioglimento. Anche accogliendo un'interpretazione evolutiva e garantistica dell'art. 27 comma 2 Cost., che identifichi la considerazione di non colpevolezza nella presunzione di innocenza, non si può giungere, di certo, a dedurre dal dettato costituzionale la preclusione alla revisione delle sentenze irrevocabili di assoluzione, poiché la norma, «facendo riferimento alla non colpevolezza dell'imputato sino alla condanna definitiva, individua il momento finale della valenza del principio»²⁸.

²⁵ R. VANNI, voce *Revisione del giudicato penale*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, p. 165.

²⁶ R. VANNI, voce *Revisione del giudicato penale*, cit., p. 166.

²⁷ Per una simile ricostruzione v., segnatamente, E. JANNELLI, *La revisione*, in M.G. AIMONETTO (coordinato da), *Le impugnazioni*, in M. CHIAVARIO-E. MARZADURI (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Utet, 2005, p. 661.

²⁸ P.P. PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, IX, 1995, p. 676.

Innanzitutto, sotto il profilo letterale, nella disposizione è assente qualsiasi riferimento esplicito alla fase *post rem iudicatam* dell'accertamento giudiziario della responsabilità penale o al profilo euristico della verifica del giudicato. In secondo luogo, l'art. 27 comma 2 Cost. sancisce un principio di garanzia che ha un valore intrinseco ed una connotazione ontologica assolutamente endoprocessuale: pone una regola di trattamento dell'imputato, la quale mira ad impedire, per tutta la durata del procedimento, che egli sia sottoposto a misure repressive implicanti la sua identificazione con il colpevole; fissa una regola probatoria, la quale vale ad escludere qualsiasi onere della prova a carico dell'imputato in ordine alla sua innocenza; prescrive la regola di giudizio sulla colpevolezza, la quale stabilisce il principio *in dubio pro reo*. Come, infatti, la Corte costituzionale ha sottolineato, «la presunzione di non colpevolezza accompagna lo *status* del “processando” ed impedisce sfavorevoli “anticipazioni” del giudizio di responsabilità; ma essa si dissolve necessariamente (sul piano sintattico, ancor prima che giuridico) allorché il processo è giunto al proprio epilogo»²⁹.

Del pari, non sembra neppure condivisibile l'idea di ancorare il divieto di revisione *in peius* del giudicato penale a ragioni di ordine costituzionale che attengono alla funzione rieducativa della pena *ex* art. 27 comma 3 Cost., argomentando che l'eventuale applicazione tardiva della sanzione penale al soggetto riconosciuto colpevole all'esito di un nuovo giudizio “straordinario” – in conseguenza, cioè, della revisione della sentenza definitiva di proscioglimento emessa nei suoi confronti per lo stesso fatto – «potrebbe vanificare la predetta funzione rieducativa, in quanto, nel frattempo, potrebbe essere intervenuto un autonomo percorso rieducativo del reo, conclusosi con il relativo riadattamento sociale»³⁰. Invero, per quanto sia evidente che la finalità rieducativa della pena, se perseguita a distanza di anni dal *tempus commissi delicti*, «rischia di rivelarsi doppiamente inutile: perché il condannato ha avuto modo di reinserirsi positivamente nel contesto sociale, oppure perché, all'opposto, a causa del ritardato intervento rieducativo, tale soggetto è rientrato nel pregresso circuito criminoso»³¹, ciò non significa affatto che si possa incardinare *sic et simpliciter* nell'attuale sistema costituzionale una soggezione diretta ed assoluta dell'esercizio giurisdizionale della potestà punitiva dello Stato all'attuazione della funzione rieducativa della sanzione penale.

Peraltro, anche sul piano sovranazionale, secondo autorevole dottrina, non vi sarebbe alcun ostacolo all'eventuale introduzione di un rimedio straordinario *in peius* nel codice di rito penale. Invero, l'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU (adottato il 22 novembre 1984 e reso esecutivo in Italia con legge 9 aprile 1990, n. 98), stabi-

²⁹ Corte cost., sent. 30 aprile 2008, n. 129, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3985.

³⁰ T. CAVALLARO, *La revisione contra reum del giudicato penale tra realtà e prospettive di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1110.

³¹ P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, II ed., Giappichelli, 2009, p. 87.

lendo che la previsione del *ne bis in idem* sia operante nei confronti delle sentenze definitive di condanna o proscioglimento, afferma: «nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato». Nondimeno, il paragrafo successivo introduce un'espressa «deroga»³² a tale regola preclusiva, precisando: «le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge ed alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta». Ebbene, nel relativo *Explanatory Report* si chiarisce espressamente che il processo può essere riaperto qualora emergano fatti nuovi o nuove rivelazioni, oppure risulti un vizio fondamentale nella procedura compiuta, «*which could affect the outcome of the case either in favour of the person or to his detriment*». Pertanto, sotto il profilo della delineata fonte internazionale non vi sarebbe ostacolo alcuno che impedisca l'introduzione, nel sistema processuale penale italiano, di un rimedio straordinario *in peius* come fenomeno giuridico di carattere generale e fondato su presupposti ben determinati, ma slegato da situazioni troppo specifiche o finalità strettamente contingenti; in nulla il nuovo mezzo revocatorio dovrebbe diversificarsi, rispetto a quello *in melius*, nel rapporto con la delineata regola del *ne bis in idem*³³.

Dunque, in base alle argomentazioni addotte a sostegno del divieto codicistico di revisione *in peius*, è possibile concludere che tale posizione trova ispirazione ideale in una filosofia processualpenalistica di matrice illuminista, «caratterizzata dalla valorizzazione delle prerogative individuali, a scapito di quelle collettive, ed alimentata dal timore di abusi dell'apparato giudiziario nei confronti del reo»³⁴. Il motivo di fondo è che «la storia del processo è la storia della difesa»³⁵. Nella preclusione in esame, pertanto, tale filosofia di *favor rei* si sostanzia in «un intero sistema, la cui tendenza è lasciare all'imputato, come diritto da lui irrevocabilmente acquisito, ogni vantaggio concessogli in uno stadio del procedimento, sicché nello stadio successivo la sua condizione non possa peggiorare»³⁶. In sostanza, nel divieto di revisione *in peius*, le istanze di certezza e stabilità delle situazioni giuridiche, intrinsecamente connaturate al principio generale di intangibilità del giudicato, si sublimano in una garanzia trascendente di incontrovertibilità della posi-

³² M.R. MARCHETTI, *La revisione*, cit. p. 928.

³³ Così F. CALLARI, *La revisione. La giustizia penale tra forma e sostanza*, cit., p. 70 s.; P. CORVI, *La revisione in peius*, in EAD. (a cura di), *Le impugnazioni straordinarie nel processo penale*, cit., p. 112 s.

³⁴ G. DEAN, *La revisione*, cit., p. 71. Sul punto v., inoltre, F. CALLARI, *Riflessioni sulla revisione in peius del giudicato penale*, cit., p. 1865 s.; A. SCALFATI, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, cit., p. 45 s.

³⁵ L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, G. Barbera Editore, 1920, p. 13.

³⁶ R. GAROFALO, *La revisione dei giudicati*, in *Scuola positiva*, 1893, p. 102.

zione processuale del soggetto definitivamente prosciolto, annichilendo qualsivoglia esigenza emergente di giustizia sostanziale.

3. (Segue) *Gli argomenti a favore della revisione in peius*

Nell'ambito di un vivace e articolato dibattito dottrinale, se autorevoli giuristi si oppongono fermamente ad un'eventuale ammissibilità della revisione delle sentenze irrevocabili di proscioglimento, voci altrettanto autorevoli, da tempo, si levano per sollecitare, anche nell'ordinamento processuale penale italiano, l'introduzione di una più generale rivedibilità *in malam partem* del giudicato penale, e soprattutto di una revisione *in peius* che non sia circoscritta ai fenomeni del terrorismo, dell'eversione dell'ordine democratico e della criminalità organizzata. Le argomentazioni avanzate a favore di tale prospettiva *de iure condendo* sono diverse e variegate. Tre, però, sono le principali ragioni addotte a favore della revisione *in peius*.

Anzitutto, il criterio della correlatività. Si sostiene che, se una sentenza di condanna è viziata da un errore giudiziario, e perciò deve essere riveduta, altrettanto meritevole di revisione dovrebbe essere una sentenza di assoluzione che pur sia frutto di eguale errore. Invero, si osserva che se «l'istituto della revisione ha per scopo di provvedere alla correzione di un errore di fatto, questo errore può farsi palese così nel caso di sentenza di condanna, come di proscioglimento»³⁷. Si rigetta, inoltre, come tautologica l'idea secondo cui una "razionalità immanente" al sistema processuale penale precluderebbe la revisione del giudicato, allorché l'interesse comune non coincida con l'interesse del singolo³⁸.

In relazione proprio al profilo della correlatività, è interessante notare come l'orientamento dottrinale volto a propugnare la possibilità di introdurre nel *corpus* codicistico l'impugnazione straordinaria delle sentenze di proscioglimento precisi che, nell'eventuale opera legiferativa, si dovrà comunque garantire una sorta di simmetria tra i motivi di revisione *in peius* ed i casi di revisione *in melius*. Si osserva, infatti, che mentre il legislatore può considerarsi tendenzialmente "libero" nel disporre le fattispecie astratte che consentono la revisione *pro reo* o *contra reum*, si potrebbe sospettare un eccesso di potere legislativo nella mancanza di simmetria tra i motivi delineati: in altri termini, «se è riconosciuto, se cioè una circostanza costituisca motivo per la revisione *in melius*, lo deve essere anche per la revisione *in peius*»³⁹ e viceversa. Naturalmente, la correlatività viene consi-

³⁷ F. BENEVOLO, *La revisione dei giudicati*, in *Atti del IV congresso giuridico nazionale*, 1897, p. 48.

³⁸ Sul punto v., in particolare, E. JANNELLI, *La revisione*, cit., p. 658.

³⁹ G. GEMMA, *Revisione delle sentenze penali e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, p. 64.

derata doverosa sempre che le circostanze materiali siano egualmente rilevanti ai fini di una condanna o di una assoluzione.

La seconda ragione a sostegno della revisione *in peius* è rappresentata dal fatto che la preclusione alla punizione del colpevole comporta discredito alla giustizia e, soprattutto, «toglie alla società un arma contro i malfattori»⁴⁰, mettendo a repentaglio la sicurezza e la tranquillità dei cittadini. Pertanto, il valore della pace sociale è invocato anche dai fautori della revisione *in peius*; tuttavia, per essi la tranquillità significativa non è quella dei pochi imputati assolti per errore, ma quella dei moltissimi cittadini che debbono essere protetti nei confronti degli autori dei reati. In sostanza, si ammonisce che «per la pace sociale e per la tranquillità dei cittadini non si debbono potere in nessun caso lasciare impuniti i delinquenti che ad essa hanno attentato e possono continuare ad attentare»⁴¹.

L'ultimo argomento a favore della revisione *in peius* ha prevalentemente un valore di replica. A coloro i quali sostengono che una cosa è una condanna per errore, che determina una duplice ingiustizia (condanna di un innocente e impunità di un colpevole), mentre altro è l'assoluzione per errore che determina una sola ingiustizia (impunità del colpevole), si è obiettato che il proscioglimento del reo può talvolta provocare la condanna di un innocente⁴², ma, soprattutto, che «se il danno d'un errore giudiziario è maggiore dell'altro, non perciò il danno minore deve essere trascurato»⁴³.

In sostanza, le argomentazioni specifiche avanzate a sostegno della revisione *in peius* possono essere ricondotte ad un superiore motivo ispiratore che le trascende e sublima, una filosofia processualpenalistica caratterizzata da una profonda istanza di difesa sociale. Secondo tale ispirazione, la società, intesa come somma di individui, è il vero e fondamentale oggetto di tutela delle norme giuridiche, anche di natura processuale penale, mentre il singolo è meritevole di protezione e di tutela solo se rispettoso delle regole sociali e mai in quanto violatore delle stesse.

Partendo dalla lucida considerazione che l'aggressione ai fondamentali interessi della persona umana può essere perpetrata sia dal potere pubblico che da soggetti privati, ma che negli ordinamenti liberal-democratici la minaccia che proviene da quest'ultimi è di gran lunga superiore a quella che può provenire dagli organi statali, si ritiene che gli strumenti consentiti dal garantismo "tradizionale" siano assolutamente inadeguati a fronteggiare la grave minaccia rappresentata dalla crescente criminalità organizzata, propugnandosi una diversa concezione di garantismo, battezzato "collettivo". Esso consiste nel rifiuto di attribuire, apriori-

⁴⁰ G. VACCA, *Le riforme nella procedura penale proposte dal Guardasigilli al Senato*, in *Riv. pen.*, 1895, p. 351.

⁴¹ A. RAVIZZA, voce *Revisione (codice di procedura penale)*, in *Dig. it.*, XX, 1913-1918, p. 127.

⁴² Così B. ALIMENA, *La revisione*, in *Studi di procedura penale*, F.lli Bocca, 1906, p. 508.

⁴³ A. RAVIZZA, voce *Revisione (codice di procedura penale)*, loc. ult. cit.

sticamente, una valenza negativa alla potestà punitiva dello Stato, ed una positiva all'individuo ad essa contrapposto, in quanto si riconosce che può, di volta in volta, essere l'una o l'altro temibile oppure, alternativamente, meritevole di *favor*⁴⁴.

Tale impostazione dogmatica fissa, quindi, una distinzione fondamentale tra le situazioni giuridiche attive dell'imputato, funzionali a «che il processo si svolga e concluda nel modo a lui più favorevole»⁴⁵. Da una parte, vi sarebbero quei diritti, poteri e facoltà che hanno intrinsecamente, quale finalità fondamentale, l'esigenza di rendere possibile, o di assicurare in quanto possibile, l'assoluzione dell'imputato innocente; dall'altra, vi sarebbe una categoria di prerogative funzionali all'assoluzione di un imputato colpevole, ossia ad occultare la sua colpevolezza ed a sottrarsi alla sanzione penale. Partendo dal presupposto che «fine prossimo, immediato e pratico del processo penale è la scoperta della verità, mercè cui si ottiene la condanna dei malfattori e la protezione degli innocenti»⁴⁶, secondo tale posizione, «perché [...] la procedura penale risponda alle sue finalità, di colpire il delinquente e di preservare l'innocente, dev'essere ordinata per modo che le sue operazioni altro non si proponano e altro non ottengano che l'accertamento di quanto sia realmente avvenuto». Si sostiene, quindi, che «l'interesse dello Stato in campo penale coincide con quello dell'imputato in quanto innocente, in concreto»⁴⁷, e che solo le garanzie processuali a ciò direttamente funzionali siano effettivamente meritevoli di tutela.

Pertanto, in tale prospettiva – risolvendosi la revisione *in peius*, sotto il profilo oggettivo, in una preclusione di ulteriori accertamenti e, quindi, della ricerca della verità materiale – si viene a sostenere che l'interesse alla non rivisitazione delle sentenze irrevocabili assolutorie è proprio solamente dell'imputato colpevole, e rientra, quindi, tra quelle situazioni giuridiche attive contrastanti con i principi fondamentali della convivenza sociale; di conseguenza, il divieto di revisione *contra reum* non sarebbe meritevole di tutela.

In un panorama ideologico sostanzialmente omogeneo non è poi mancato chi, mettendo da parte le considerazioni di opportunità di una revisione *in peius* del giudicato penale, ne ha invece rivendicato, con vigore, il massimo fondamento giuridico ed è giunto a sostenere che la prefigurazione della revisione per le sole decisioni di condanna sia in contrasto con il principio costituzionale di eguaglianza, quale deve essere configurato in materia sanzionatoria, in quanto con il divieto di revisione *in peius* si determinerebbe un trattamento differenziato per autori di eguali illeciti senza alcuna ragionevolezza. Il colpevole assolto riceve-

⁴⁴ Sul punto v. D. PULITANÒ, *Sui garantismi. Per una reimpostazione del dibattito*, in *Democrazia e diritto*, 1980, p. 678.

⁴⁵ M. SCAPARONE, *Evoluzione ed involuzione del diritto di difesa*, Giuffrè, 1980, p. 21.

⁴⁶ L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, cit., p. 13.

⁴⁷ G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, 1967, p. 307.

rebbe un trattamento differente rispetto al condannato, e ciò sarebbe ingiustificato perché ad uguali illeciti deve conseguire uguale sanzione. Secondo tale tesi, invero, una deroga al regime generale secondo cui ad eguale reato corrisponde eguale risposta sanzionatoria può trovare giustificazione esclusivamente nella «*fonction utilitaire*»⁴⁸ della pena, cioè nella funzione di prevenire la commissione di futuri illeciti⁴⁹.

Se, dunque, il principio costituzionale di eguaglianza consente un trattamento differenziato di eguali illeciti solo in presenza di motivazioni attinenti alla prevenzione futura, non sarebbe difficile configurare l'illegittimità della disciplina processual-penalistica che preclude la revisione *in peius*. In questo caso, infatti, la motivazione di un trattamento penale differenziato si trova in fattori di ordine processuale completamente privi di qualsiasi correlazione con l'attitudine dell'autore a commettere illeciti in futuro. La totale estraneità di tale trattamento penale alla logica della funzione di prevenzione della pena sarebbe, quindi, il motivo di incostituzionalità del divieto di revisione *in peius* del giudicato penale.

Tuttavia, questa tesi volta a sostenere l'illegittimità costituzionale del divieto codicistico di revisione *in peius*, seppur suggestiva, è da respingere per una serie di ragioni logico-giuridiche.

Innanzitutto, tale posizione speculativa condurrebbe inevitabilmente all'inaccettabile conseguenza di disconoscere, o quanto meno sminuire, la vitale forza di resistenza dei diritti fondamentali dell'individuo (art. 2 Cost.) rispetto alle esigenze proprie della funzione preventiva del diritto penale.

In secondo luogo, si deve eccepire un uso troppo disinvolto del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., che viene impiegato per assimilare in modo irragionevole due situazioni effettivamente diseguali, quali quelle rappresentate, rispettivamente, da un imputato-colpevole ed un imputato-condannato. Invero, il punto debole della tesi si manifesta «nel postulare, al di fuori dello strumento conoscitivo proprio dei reati, che è il processo, la commissione dell'illecito da parte dell'imputato riconosciuto innocente: con una indebita, non consentita trasposizione di situazioni da virtuali ad effettuali»⁵⁰, ossia dando per scontato il fatto che il prosciolto, raggiunto da prove di colpevolezza, sia equiparabile al condannato per il medesimo reato. Per di più, anche «a prescindere da ciò, neppure si riesce a comprendere come sia possibile trasferire sulle situazioni soggettive processuali una relazione d'eguaglianza che riguarda parametri valutativi esistenti tra fattispecie penali ed astratte esigenze punitive»⁵¹.

⁴⁸ P. BOUZAT – J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, 1970, I, p. 386.

⁴⁹ Sul punto v. G. GEMMA, *Revisione delle sentenze penali e principio costituzionale di eguaglianza*, cit., p. 56.

⁵⁰ E. JANNELLI, *La revisione*, cit., p. 658.

⁵¹ A. SCALFATI, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, cit., p. 49.

Infine, in via generale, deve riconoscersi che rientra comunque nella discrezionalità del legislatore stabilire quali interessi prevalgano sulla pretesa punitiva dello Stato, facendo venire meno l'interesse dell'ordinamento a punire l'autore del reato. Ed è indubbio che l'esistenza di una simile sfera di discrezionalità del legislatore non potrebbe che richiedere al Giudice delle leggi di fare, sempre e comunque, un passo indietro *in subiecta materia*.

4. *Linee evolutive* de iure condendo

Alla luce di una ponderata considerazione delle ragioni e degli argomenti addotti a favore, rispettivamente, dell'orientamento tradizionale che sostiene l'ammissibilità solamente della revisione *in melius* del giudicato penale, e della posizione speculativa che rivendica la possibilità – o addirittura la doverosità – della revisione *in peius*, si può affrontare con maggiore consapevolezza e criterio la delicata questione sui limiti e le prospettive *de iure condendo* dell'impugnazione straordinaria *in malam partem*.

Certo, l'opzione a favore del divieto di revisione *in peius* tradizionalmente presente nell'ordinamento può essere legittimamente ribadita, ma non può essere considerata come un dato assiomatico e imprescindibile. In particolare, la scelta di introdurre la revisione delle sentenze di proscioglimento non solo non è incompatibile con il sistema, ma potrebbe rispondere a esigenze sempre più avvertite nella coscienza pubblica. Invero, l'irrefragabilità del giudicato di proscioglimento costituisce un principio cardine dell'ordinamento, che garantisce l'esigenza di sicurezza giuridica e morale dei cittadini, nonché lo stato di pace sociale. Tuttavia, ciò non significa che tale intangibilità debba essere intesa come un "mito" da circondare di sacralità metagiuridica, in quanto possono sussistere delle particolari e specifiche situazioni tangibili, animate da ragguardevoli esigenze di difesa della società o da preminenti istanze euristiche, che non devono essere annichilite e sacrificate al rispetto formalistico ed aprioristico della sentenza irrevocabile di proscioglimento.

Basti pensare al pubblico scandalo ed al grave nocumento per la corretta amministrazione della giustizia penale che può arrecare una concezione assoluta della *firmitas iudicati* qualora l'imputato definitivamente prosciolto confessi, in modo pubblico ed aperto, la propria colpevolezza. Inoltre, in tal caso, il colpevole non potrebbe nemmeno lamentarsi per l'attentato alla tranquillità a cui di regola avrebbe diritto in base alla sentenza irrevocabile assolutoria, perché egli stesso vi avrebbe dato causa. D'altro canto, è bene precisare che, pur in presenza di una previsione tipica in tal senso, non vigendo un sistema di prove legali, la confessione potrebbe essere posta a fondamento del giudizio straordinario di colpevolezza solo

nell'ipotesi in cui il giudice, in concreto, ne apprezzasse favorevolmente la veridicità, la genuinità e l'attendibilità, fornendo le ragioni per cui sia da respingersi ogni sospetto di intento autocalunnatorio o di intervenuta costrizione del soggetto⁵².

Si potrebbe anche ipotizzare la possibilità di una revisione *in peius* del giudicato penale, qualora il proscioglimento sia stato determinato da falsità in atti o in giudizio, ovvero da altro fatto previsto dalla legge come reato, in simmetria con l'ipotesi di revisione *in melius* di cui alla lett. d dell'art. 630 del codice di rito. In tal caso, è facile concordare che il dovuto rispetto della libertà individuale non potrebbe arrivare, legittimamente, fino al punto di mantenere saldo ed irrefragabile un giudicato che sia fondato sopra un illecito penale. D'altro canto, in ordine a tale ipotesi revocatoria *de iure condendo* – oltre al consueto problema di identificare i reati che possono influire sul giudicato e di determinare i criteri per discernere effettivamente tale influenza – si porrebbe la necessità di prevedere, ai fini della revisione della sentenza irrevocabile, che il reato inquinante sia stato commesso dall'assolto, o comunque, sia direttamente riferibile alla sua responsabilità, in quanto non sarebbe del tutto ragionevole addossare il danno della rescissione del giudicato assolutorio a chi non è responsabile dell'opera criminale altrui.

Infine, il bisogno di rimettere in discussione la sentenza irrevocabile di proscioglimento può risultare particolarmente sentito pure quando l'errore giudiziario sia dimostrato da nuove prove di carattere scientifico (come, ad esempio, quella genetica), le quali rivelano sempre maggiore efficacia dimostrativa e credibilità epistemologica, anche e soprattutto nell'opinione pubblica; tutto ciò in linea diretta con la crescente attenzione per la persona offesa dal reato, i cui rilevanti interessi richiedono una più intensa tutela, riconosciuta anche a livello sovranazionale, come testimonia la direttiva 2012/12/UE.

Invero, l'innesto del progresso scientifico nella ricostruzione processuale dei fatti, se applicato con autentico rigore, molto probabilmente sarebbe in grado di esplicitare effetti proficui a livello di accertamento *post rem iudicatam* della responsabilità penale, dato che l'apporto cognitivo derivante dall'acquisizione di siffatti elementi (metodologie o canoni scientifici e di strumentazione tecnologica) adempie scopi di "oggettivazione" delle statuizioni del giudice, divenendo così funzionale al perseguimento di un grado di affidabilità dimostrativa che risulti il più possibile prossimo alla certezza. Di contro, pur se generalmente si tratterebbe di riattivare il sistema della giustizia penale sulla base di presupposti di notevole spessore probante, piuttosto che facendo leva su dati labili e di scarsa intensità rappresentativa, occorre sempre respingere pretese supremazie scientiste, assunte come idoli di una malintesa religione della modernità, e rifuggire dalle sirene di

⁵² Sul punto v., in particolare, L. LUPÁRIA, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Giuffrè, 2006, p. 198 s.

un'ingenua esaltazione positivistica in merito alle applicazioni tecnico-scientifiche all'ambito del giudizio di revisione. Del resto, la necessità di asservire le innovative scoperte scientifiche e tecnologiche al soddisfacimento delle esigenze proprie della giustizia penale — sia pure se nella prospettiva di una revisione *in peius* del giudicato — finisce per amplificare le ben note difficoltà connesse alla verifica straordinaria del *dictum* penale, coniugandole a quelle non meno pregnanti relative al confronto tra regole processuali e nozioni extragiuridiche vertenti su un'identica realtà materiale, dialogo spesso animato da forti istanze autarchiche e potenzialmente foriere di situazioni di conflittualità ed incertezza⁵³.

Dunque, una trascendente idealizzazione dell'irrefragabilità del giudicato di proscioglimento non deve condurre a precludere, indiscriminatamente, qualsiasi possibilità di verifica *in malam partem* della sentenza irrevocabile. Il legislatore deve adoperare, però, ogni sforzo per cercare di conciliare i diritti e le istanze in contrasto, nonché per armonizzare la tutela della libertà individuale con l'esigenza di difesa sociale, affinché non vi sia prevalenza dell'una sull'altra. Inoltre, si deve preservare, in modo assolutamente rigoroso, la tradizionale configurazione dell'istituto della revisione come vero e proprio meccanismo generale di sicurezza e garanzia dell'intero sistema processuale penale.

Certamente, non è revocabile in dubbio che la prospettiva di introdurre la revisione *in peius* nel codice di rito aprirebbe una serie di questioni di non facile soluzione in ordine all'ambito e alle modalità di applicazione di tale istituto. Non semplice risulterebbe, anzitutto, individuare i limiti di una nuova ipotesi di revisione *in damnum* sia con riferimento all'oggetto dell'impugnazione straordinaria (ad esempio, se circoscriverla o meno ai soli reati di particolare allarme sociale,

⁵³ Sul tema v., in particolare, E. APRILE, «Nuova» prova scientifica e revisione della sentenza di condanna, nella giurisprudenza di legittimità, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 1187 s.; F. CALLARI, Prova scientifica e giudizio di revisione, in *Giust. pen.*, III, 2016, c. 497 s.; G. CANZIO, La revisione del processo: gli effetti del sopraggiungere di nuove prove rese possibili dal progresso scientifico, in A. BALSAMO-R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il "caso Dorigo" e gli interventi della Corte costituzionale*, Giappichelli, 2008, p. 495 s.; ID, Prova del DNA e revisione del processo, in A. SCARCELLA (a cura di), *Prelievo del DNA e banca dati nazionale. Il processo penale tra accertamento del fatto e cooperazione internazionale (legge 30 giugno 2009, n. 85)*, Cedam, 2009, p. 286 s.; C. CONTI, *Scienza e processo penale: dal procedimento probatorio al giudizio di revisione*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*, Cedam, 2010, p. 173 s.; EAD., *Il processo si apre alla scienza. Considerazioni sul procedimento probatorio e sul giudizio di revisione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1204 s.; A. FAMIGLIETTI, Nuova prova scientifica e giudizio di revisione, in *Processo penale e Giustizia*, 2011 (5), p. 134; P. FELICIONI, *Revisione e prova scientifica*, in P. CORVI (a cura di), *Le impugnazioni straordinarie nel processo penale*, cit., p. 33 s.; G. FIANDACA, *Il giudice difronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2005, p. 7 s.; V. PAZIENZA, *Prova scientifica e sistema delle impugnazioni*, in G. CANZIO-L. LUPARIA (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Cedam, 2018, p. 554 s.; N. VENTURA, *Le nuove prove scientifiche nella revisione nel processo penale*, Cacucci, 2010, p. 170 s.

come quelli in materia di terrorismo o di criminalità organizzata), sia con riferimento ai motivi di rescissione (ad esempio, se vincolarla o meno alla presenza di casi tassativamente e restrittivamente determinati, quali la confessione del colpevole, la sussistenza di un reato quale causa dell'errore giudiziario, oppure l'emergere di nuove prove scientifiche). Ancora più complesso risulterebbe, poi, delineare il regime di questo nuovo rimedio, essendo necessario prevedere una disciplina che lo regoli non mediante un generico rinvio alle disposizioni stabilite per la revisione a favore del condannato, bensì attraverso specifiche previsioni normative che prendano in considerazione i diversi profili della proposizione dell'impugnazione e del conseguente giudizio.

Ad ogni modo, in questo particolare momento dell'evoluzione dell'istituto revocatorio del giudicato penale, al fine di compiere un'eventuale opera di codificazione ampiamente accettabile, sembra ancora necessario che si proceda a distinguere, in modo chiaro e consapevole, tra una revisione *in peius* in senso *processuale*, meritevole di sicuro apprezzamento e sviluppo, ed una revisione *in peius* in senso *sostanziale*, da considerare con maggiore cautela e non senza riserve. Invero, mentre quest'ultima ha ad oggetto la colpevolezza *tout court* del soggetto, proprio in relazione al fatto penalmente qualificato per cui è già stato giudicato con sentenza irrevocabile, la prima concerne soltanto meritori comportamenti *post delictum* rivelatisi poi insussistenti o fallaci, quali l'erronea concessione di incentivi verso forme di collaborazione con investigatori e inquirenti.

Come si è già osservato, la revisione *in peius* in senso *processuale* si risolve, sotto il profilo pragmatico, in una sorta di "decadenza" dai benefici goduti, una sanzione pubblica conseguente e giustificata da un comportamento contrario a determinati doveri ed oneri inerenti alla collaborazione premiale. Pertanto, non operano nei confronti di questa forma di revisione *in peius* gli argomenti addotti contro una generale codificazione dell'impugnazione straordinaria delle sentenze irrevocabili assolutorie.

Dunque, le comprovate ragioni che militano per l'esclusione della revisione delle sentenze di proscioglimento passate in giudicato sono inconfidenti e disomogenee rispetto a quelle che, invece, giustificano la rivisitazione del giudicato penale in ordine alla condotta di collaborazione rivelatasi falsa o reticente o, addirittura, sconfessata direttamente da precisi comportamenti criminosi successivi. Invero, «le prime si collegano alle esigenze di libertà e di tutela della persona nella dimensione propria dei diritti individuali fondamentali»⁵⁴. Le seconde, invece, hanno fondamento nella indubbia considerazione per cui si ha tutto «il diritto di pretendere dal collaboratore di giustizia il corretto esercizio dell'onere di verità, che questi ha volontariamente assunto. Anche – e soprattutto – per garantire certezza del diritto ed

⁵⁴ E. JANNELLI, *La revisione*, cit., p. 660.

accertamento dell'innocenza della persona falsamente chiamata in causa»⁵⁵.

Concludendo, se il legislatore italiano vorrà introdurre nel sistema processuale penale una generale rivedibilità delle sentenze irrevocabili di proscioglimento, sotto il profilo dell'accertamento del merito, dovrà vincere fortissime difficoltà di ordine politico e culturale, poiché nella nostra tradizione giuridica e tra le forze politiche è largamente diffusa l'idea per cui, tra l'interesse punitivo dello Stato scosso da un'ingiusta assoluzione e l'interesse particolare di colui che con il giudicato ha riacquisito la libertà, deve essere privilegiato il secondo.

Il legislatore non incontrerà, invece, tale resistenza politica nella coscienza pubblica se si limiterà – e ciò non è poca cosa – ad estendere e codificare la previsione generale di una rivisitazione *in malam partem* del giudicato penale, nella sola parte relativa alla collaborazione processuale rivelatasi falsa, reticente o infedele, in ordine all'intero contesto normativo del diritto penale caratterizzato da fattispecie premiali già attuali o da introdurre in futuro. Sarebbe, infatti, opportuno e ragionevole l'estensione di congegni revocatori del giudicato penale alle fattispecie premiali che non conoscono questo meccanismo deterrente, in risposta a collaborazioni processuali rivelatesi fraudolente e strumentali. Tale previsione di revisione *in peius* in senso *processuale* dovrebbe anzi ritenersi quasi “necessaria”, «non giustificandosi le forti riduzioni di pena collegate alle medesime fattispecie premiali, e pur tuttavia operanti solo nel contesto di alcune e non di altre fattispecie delittuose, alla stregua della regola costituzionale della ragionevolezza di disciplina»⁵⁶.

Ai fini della coerenza logica e sistematica della futura previsione è, però, necessario che la revisione *in peius* del giudicato penale e la correlativa decadenza dai benefici siano condizionate dalla sopravvenienza di elementi fattuali direttamente ed intrinsecamente collegati alla prestata collaborazione ed alla conseguente applicazione dei suddetti benefici premiali. Affinché siano salvaguardate l'essenza, la struttura sistemico-funzionale, nonché, soprattutto, la *ratio* della revisione *in peius* in senso *processuale*, si deve avere cura di garantire che la rivisitazione del giudicato penale costituisca una pura decadenza dai benefici goduti, conseguente all'infedeltà della collaborazione premiale, e non diventi invece una generica sanzione pubblica repressiva di comportamenti *post factum delicti* caratterizzati dal particolare disvalore penale e allarme sociale. Si tratta, quindi, di compiere un'opera legislativa ben calibrata, assai ragionevole e ampiamente condivisibile, nonché davvero rispettosa della tenuta logico-sistemica dell'ordinamento processuale e delle profonde istanze etico-politiche che ispirano e legittimano la verifica *post rem iudicatam* del *dictum* penale.

⁵⁵ R. VANNI, *La revisione in peius del giudicato penale: frana il tradizionale divieto?*, cit., p. 585. Sul tema v., inoltre, P. CORVI, *La revisione in peius*, cit., p. 116.

⁵⁶ E. JANNELLI, *La revisione*, loc. ult. cit.

ALBERTO CAPPELLINI

MACHINA DELINQUERE NON POTES?
BREVI APPUNTI SU INTELLIGENZA ARTIFICIALE
E RESPONSABILITÀ PENALE ^(*)

SOMMARIO: 1. Macchine e modelli imputativi. – 2. Le origini del *machina delinquere non potest*. – 3. L'imprevedibilità delle IA avanzate e la crisi del modello vicario. – 4. La responsabilità diretta dell'IA: la tesi positiva di Gabriel Hallevy. – 5. Prima critica: persistente assenza di colpevolezza. – 6. Seconda critica: perdita di senso delle funzioni della pena. – 7. Terza critica: fallacia del parallelo con la *corporate liability*. — 8. Oltre il *machina delinquere non potest*: prospettive attuali e future.

1. *Macchine e modelli imputativi*

La diffusione di soggetti artificiali intelligenti, prospettata dalle scienze robotiche come capillare nella quotidianità di un futuro sempre più prossimo, pone numerose questioni di ordine giuridico. Esse finiscono per coinvolgere anche quella branca del diritto – il diritto penale – che a prima vista può apparire come la più lontana: forse l'ultima, di tutte, a essere presa in considerazione quando si analizza l'impatto delle tecnologie dell'IA sul mondo del diritto. Con essa, rimane ancora trascurato il suo problema principale: può una macchina commettere un reato¹?

^(*) Il presente scritto costituisce lo sviluppo della relazione orale tenuta alla giornata di studi “*Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*”, svoltasi presso l'Università di Firenze il 15 novembre 2018.

¹ Il tema dei rapporti tra intelligenza artificiale e imputazione penale, in effetti, è stato fino a non molto tempo fa estraneo al dibattito penalistico. Ciò è particolarmente vero con riferimento ai contributi che si rivolgono a un pubblico interno ai singoli paesi di *civil law*, scritti cioè in lingua nazionale. Quasi tutta la letteratura rilevante è in inglese: sia perché è in ambito di *common law* che si è registrato un più precoce interesse al tema; sia perché anche chi se ne è occupato in Europa continentale ha spesso preferito utilizzare l'inglese, così da rivolgersi a un pubblico più ampio.

Limitandoci qui ai lavori generali sul tema, possiamo fin d'ora indicarne alcuni tra i più significativi. In italiano: PAGALLO, *Saggio sui robot e il diritto penale*, in Vinciguerra, Dassano (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 595 ss., nonché ID., *Robotica*, in Pagallo, Durante (a cura di), *Manuale di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*, 141 ss.; RIONDATO, *Robot: talune implicazioni di diritto penale*, in Moro, Sarra (a cura di), *Tecnodiritto. Temi e problemi di informatica e robotica giuridica*, Milano, 2017, 85 ss.; MAGRO, *Robot, cyborg e intelligenze artificiali*, in Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa (diretto da), *Cybercrime*, Milano, 2019, 1179 ss.; il volume (con contributi anche in versione inglese) a cura di Provolo, Riondato, Yenisey, *Genetics, robotics, law, punishment*,

Il diritto penale, probabilmente più di tutti gli altri settori dell'ordinamento, appare originariamente disegnato per gli *uomini*. Solo gli uomini possono davvero delinquere, scegliendo un male per la società o il prossimo, pur di conseguire un proprio tornaconto personale. Solo gli uomini, ancora, possono ragionevolmente essere puniti in segno di biasimo per la loro scelta colpevole. Solo gli uomini, infine, guardando al lato passivo di chi subisce il reato, detengono diretta-

Padova, 2014, con riferimento, per tutti, ai lavori ancora di MAGRO, *Biorobotica, robotica e diritto penale*, 499 ss., e RIONDATO, *Robotica e diritto penale (robots, ibridi, chimere e "animali tecnologici")*, 599 ss. In spagnolo: QUINTERO OLIVARES, *La robótica ante el derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas*, in *Revista electrónica de estudios penales y de la seguridad*, 2017, 1, 1 ss., e DE LA CUESTA AGUADO, *La ambigüedad no es programable: racionalización normativa y control interno en inteligencia artificial*, in *Revista de derecho y proceso penal*, 2016, 165 ss. In tedesco: GLESS, WEIGEND, *Intelligente Agenten und das Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2014, 561 ss.; SEHER, *Intelligente Agenten als "Personen" im Strafrecht?*, in Gless, Seelmann (eds.), *Intelligente Agenten und das Recht*, Baden-Baden, 2016, 45 ss.

Infine, la letteratura in inglese. Oltre all'israeliano Gabriel Hallevy (su cui v. *infra* il par. 4), bisogna anzitutto ricordare ancora Ugo PAGALLO, filosofo del diritto torinese che ha scritto sul tema prevalentemente in inglese: oltre alla monografia *The Laws of Robots. Crimes, Contracts and Torts*, Dordrecht, 2013 (di rilievo in particolare, per il diritto penale, pp. 45 ss.), v. ID., *When Morals Ain't Enough: Robots, Ethics, and the Rules of the Law*, in *Mind & Machines*, 2017, 625 ss., ID., *What Robots Want: Autonomous Machines Codes and New Frontiers of Legal Responsibility*, in Hildebrandt, Gaakeer (eds.), *Human Law and Computer Law: Comparative Perspectives*, Dordrecht, 2013, 47 ss., ID., *Killers, fridges, and slaves: a legal journey in robotics*, in *AI & Society*, 2011, 347 ss., ID., *The Adventures of Picciotto Roboto: AI & Ethics in Criminal Law*, in AA.VV., *The Social Impact of Social Computing. Proceedings of the Twelfth International Conference ETHICOMP 2011*, Sheffield, 2011, 349 ss., ID., *Three Roads to Complexity, AI and the Law of Robots: On Crimes, Contracts, and Torts*, in Palmirani, Pagallo, Casanovas, Sartor (eds.), *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems (AICOL-III International Workshop 2011)*, Berlin-Heidelberg, 2012, 48 ss. Altro importante autore è poi l'americano Peter ASARO, proveniente dal campo dei *Media Studies*, di cui va certamente qui ricordato *A body to Kick, but Still No Soul to Damn: Legal Perspectives on Robotics*, in Lin, Abney, Bekey (eds.), *Robot Ethics*, Cambridge (Massachusetts), 2012, 169 ss., oltre a ID., *Determinism, machine agency, and responsibility*, in *Politica & società*, 2014, 265 ss., e a ID., *Robots and Responsibility from a Legal Perspective*, in *Proceedings of 2007 IEEE International Conference on Robotics and Automation*, 20 ss. Senza pretese di esaustività, tra gli altri lavori generali potremmo ancora indicare: BECK, *Intelligent agents and criminal law – Negligence, diffusion of liability and electronic personhood*, in *Robotics and Autonomous Systems*, 2016, 138 ss.; ID., *Google Cars, Software Agents, Autonomous Weapons Systems – New Challenges for Criminal Law*, in Hilgendorf-Seidel (eds.), *Robotics, Autonomics and the Law*, Baden-Baden, 2017, 227 ss.; GLESS, SILVERMAN, WEIGEND, *If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability*, in *New Criminal Law Review*, 2016, 412 ss.; LIMA, *Could AI Agents Be Held Criminally Liable? Artificial Intelligence and the Challenges for Criminal Law*, in *South Carolina Law Review*, 2018, 677 ss.; FREITAS, ANDRADE, NOVAIS, *Criminal Liability of Autonomous Agents: From the Unthinkable to the Plausible*, in Casanovas-Pagallo-Palmirani-Sartor (eds.), *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems (AICOL-IV and AICOL-V International Workshops 2013)*, Berlin-Heidelberg, 2014, 145 ss.; HILDEBRANDT, *Ambient Intelligence, Criminal Liability and Democracy*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2008, 163 ss.; da ultimo, KING, AGGARWAL, TADDEO, FLORIDI, *Artificial Intelligence Crime: An Interdisciplinary Analysis of Foreseeable Threats and Solutions*, in *Science and Engineering Ethics*, anticipato online il 14.2.2019.

mente o indirettamente degli interessi giuridici così importanti da poter essere presidiati da una minaccia di sanzione criminale in caso di loro provocato pregiudizio². Solo gli uomini: non le macchine.

Il problema della possibile configurabilità di soggetti robotici quali attori criminosi è dunque presto risolto: *machina delinquere (et puniri) non potest*. Parafrasando così la classica formula che negava lo status di possibile agente delittuoso alle persone giuridiche, alle *societates*, potremmo riassumere con questo “neobrocardo” un dogma inespresso del diritto penale che fino ad oggi abbiamo conosciuto: macchine, robot e soggetti artificiali di ogni genere non possono essere *direttamente* responsabili per la commissione di reati.

Al massimo, nel caso in cui un soggetto artificiale commetta materialmente, di propria mano, un fatto qualificabile come reato, si potrà parlare di un modello imputativo più tradizionale e familiare al penalista, ovvero di una *responsabilità vicaria* dell'uomo³. In esso, la macchina è da considerarsi come un mero strumento nelle mani del vero autore alle sue spalle – un programmatore, costruttore o utilizzatore umano⁴ – che la utilizzi direttamente o la predisponga ad atteggiarsi (ove questa sia dotata di un pur minimo grado di autonomia) in base ai propri fini.

Così, questi due modelli idealmente contrapposti – responsabilità diretta della macchina da un lato e indiretta, ovvero vicaria dell'uomo, dall'altro – lo sono solo in astratto: poiché, dal punto di vista giuridico-positivo, quello della responsabilità diretta della macchina non è mai stato finora davvero ritenuto valido da nessun ordinamento⁵. Ha avuto vita soltanto sulla carta, poiché in letteratura è stato pre-

² Questa notazione peraltro introduce l'altro grande filone che resta ancora da esplorare nei rapporti tra IA e diritto penale, ovvero quello che vede i soggetti artificiali, in un futuro prossimo, come potenziali (s)oggetti meritevoli di tutela penale: non autori, ma vittime di reati. In tal senso, una prima direzione di indagine potrebbe essere il parallelo con la prospettiva di tutela autonoma degli animali, quali “soggettività minori”, e non mera occasione dell'umano “sentimento per gli animali” attualmente tutelato dalle norme del codice penale. Ma l'unica direzione che attualmente pare davvero investigata è quella circa l'opportunità di penalizzare il c.d. “stupro robotico”, o gli atti sessuali con macchine aventi le fattezze di minori, quali ulteriori tappe di un diritto penale moralizzatore, che persegua non tanto l'offesa a un bene giuridico, quanto piuttosto un tipo d'autore caratterizzato da pulsioni criminali-sessuali socialmente ritenute intollerabili. Sul tema, per tutti, si possono indicare: DANAHER, *Robotic Rape and Robotic Child Sexual Abuse: Should They be Criminalized?*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2017, 71 ss.; MARAS, SHAPIRO, *Child Sex Dolls and Robots: More Than Just an Uncanny Valley*, in *Journal of Internet Law*, 12/2017, 3 ss.

³ Sui due modelli di imputazione (robot come “strumento” e come “soggetto” del reato), per tutti, RIONDATO, *Robot: talune implicazioni di diritto penale*, cit., 87 ss.

⁴ Per tutti, cfr. PAGALLO, *The Adventures of Picciotto Roboto*, cit., 352-353.

⁵ Quantomeno nella storia moderna del diritto penale: ovvero dopo al suo “disincanto” razionalista-illuminista, che ne ha ridisegnato la fisionomia dalle fondamenta più profonde. La precisazione è necessaria in quanto le epoche preilluministiche conoscevano delle penalità rivolte anche a soggetti “altri” rispetto all'uomo: gli animali, anzitutto, ma anche le cose inanimate. Sull'interessantissimo tema, rispetto al quale purtroppo non possiamo in questa sede diffonderci, torneremo comunque bre-

so in considerazione quale idolo polemico, bollato come assurdo e fantastico. Insomma, è certamente appropriato dire che, almeno finora, mai davvero la validità del *machina delinquere non potest* sia stata seriamente posta in questione.

2. *Le origini del machina delinquere non potest*

La storia di tale “principio” ha radici sorprendentemente antiche. Già sul finire dell'Ottocento, la dottrina tedesca si era espressamente interrogata sulla sua validità: sebbene intelligenze artificiali e robot fossero ancora ben lungi dal venire a esistenza⁶. Neppure il clima positivistico e scienziato di quegli anni, che pure forse spiega il precoce interesse per tali tematiche, poteva tuttavia condurre a risposte al quesito che non fossero graniticamente negative.

Le cadenze argomentative poste a fondamento di tali prime espresse prese di posizione sono grossomodo le stesse che ancora oggi sono riproposte in sostegno del *machina delinquere non potest*. Non avrebbe senso parlare di responsabilità né morale né giuridica della macchina, dal momento che questa è priva di coscienza e di intenzionalità delle proprie azioni, priva della capacità di determinarsi diversamente. Né essa potrebbe mai sensatamente essere rimproverata per un fatto da lei materialmente cagionato, perché al contrario dell'uomo non è *libera* ma *determinata*. Perciò, la mancanza della libertà del volere si riflette in una carenza ineliminabile di *colpevolezza*⁷.

Tale risultato non sorprende affatto – anzi appare forse addirittura una banalità – se riferito a macchine come quelle che ancor oggi, in larga misura, siamo abituati a conoscere, e che erano le sole a esistere fino a una decina di anni fa. Esse, infatti, non sono certo *autonome*, cioè capaci di regolarsi da sé, di “essere regola a sé stesse”⁸. L'unico attributo che le caratterizza è l'essere *automatiche*, cioè il “muoversi da sole”⁹. Ciò, tuttavia, altro non è se non una mera parvenza di autonomia, una sua apparenza esteriore: che nulla di più è in grado di dire circa la sua corrispondenza a una reale, concreta capacità di “governarsi da sé”.

In tale famiglia di macchine automatiche di vecchia generazione, a ben vedere,

vemente più avanti (v. *infra* al par. 8, anche per alcuni riferimenti bibliografici). In ogni caso, certamente mai comunque le macchine, proprio in quanto tali e non come *species* del *genus* di “cosa inanimata”, sono state specificamente perseguite e punite per fatti di reato.

⁶ Così PAGALLO, *Saggio sui robot e il diritto penale*, cit., 596 e 600, che ricorda in particolare il lavoro di ERTEL, *Der Automatenmissbrauch und seine Charakterisierung als Delikt nach dem Reichsstrafgesetzbuche*, Berlino, 1898.

⁷ Così ricostruisce PAGALLO, *Saggio sui robot e il diritto penale*, cit., 600-601.

⁸ Tale l'etimo del termine in questione.

⁹ “Automatico” è un derivato di “autòmata”, forma antica del termine “autòma”, appunto avente il significato indicato.

la tanto agognata autonomia manca: giacché ogni loro comportamento è scritto nel loro DNA artificiale, o meglio prescritto dai loro costruttori, programmatori o utilizzatori umani. Ciò sia nel caso in cui tale DNA sia del tipo più elementare, ovvero nel caso delle macchine fatte “di ingranaggi”, gli automi; sia nel caso delle prime macchine elettroniche, che operano mediante degli algoritmi semplici, integralmente preimpostati dal loro programmatore.

Che siano ruote dentate che girano, oppure comandi algoritmici semplici che si susseguono, è indubbio come il comportamento di tali soggetti sia sempre integralmente determinato: dunque predeterminabile e prevedibile a priori.

3. *L'imprevedibilità delle IA avanzate e la crisi del modello vicario*

Le intelligenze artificiali più recenti e avanzate, invece, hanno iniziato a mettere in crisi la linearità di tale rapporto. Gli algoritmi complessi che le guidano, infatti, non sono più integralmente preimpostati, chiusi e insuscettibili di cambiamenti, ma sono aperti ad automodifiche strutturali, determinate dall'esperienza della macchina. Il soggetto artificiale “ricorda” il passato, apprende dal proprio “vissuto” – grazie al *machine learning* – e modifica il proprio comportamento di conseguenza, adattandolo così ai nuovi stimoli nel frattempo ricevuti¹⁰.

È il caso di molte nuove e promettenti tecnologie: dalle macchine a guida autonoma¹¹, ai droni da combattimento non teleguidati dall'uomo¹², ai robot chirurghi, e a molte altre ancora.

¹⁰ Per tutti: BECK, *Intelligent agents and criminal law*, cit., 140; PALMERINI, voce *Robotica*, in Sgreccia, Tarantino (diretta da), *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, X, Napoli, 2016, 1106. Sul *machine learning* in ambito giuridico, per tutti, v. SURDEN, *Machine Learning and Law*, in *Washington Law Review*, 2014, 87 ss.; DESAI, *Exploration and Exploitation. An Essay on (Machine) Learning, Algorithms, and Information Provision*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, 2015, 541 ss.; STILGOE, *Machine learning, social learning and the governance of self-driving cars*, in *Social Studies of Science*, 2018, 29 ss.; BERTOLINI, *Robots and liability. Justifying a change in perspective*, in Battaglia, Mukerji, Nida-Rümelin (eds.), *Rethinking Responsibility in Science and Technology*, Pisa, 2014, 155 ss.

¹¹ Quello delle *autonomous cars* è il campo “specialistico” dei rapporti tra IA e diritto penale più sviluppato, con molti lavori dai risvolti anche generali che merita dunque in questa sede ricordare. Nettamente preponderante la letteratura statunitense (anche perché è finora principalmente negli USA che vengono attuate vere e proprie sperimentazioni su strada di prototipi, come ad esempio quelle dei noti progetti *Google car* – ora *Waymo* – *Uber* o *Tesla*). Per tutti: DOUMA, PALODICHUK, *Criminal Liability Issues Created by Autonomous Vehicles*, in *Santa Clara Law Review*, 2012, 1157 ss.; GURNEY, *Driving into the Unknown: Examining the Crossroads of Criminal Law and Autonomous Vehicles*, in *Wake Forest Journal of Law & Policy*, 2015, 393 ss.; WESTBROOK, *The Google Made Me Do It: The Complexity of Criminal Liability in the Age of Autonomous Vehicles*, in *Michigan State Law Review*, 2017, 97 ss. Il tema è trattato anche da vari autori tedeschi: per tutti, HILGENDORF, *Automated Driving and the Law*, in Hilgendorf, Seidel (eds.), *Robotics, Autonomics*

Addirittura, in molti casi l'IA può apprendere non solo dall'esperienza propria, ma anche da quella dei suoi "simili", mediante il ricorso alle tecnologie di *cloud computing*¹³. Collegare tra loro più soggetti artificiali e renderli capaci di scambiarsi informazioni in *cloud*, permette infatti di "sommare" le "esperienze di vita" di una moltitudine di macchine intelligenti, sottoposte agli scenari più diversi. Così, queste tecnologie sono spesso utilizzate per incrementare esponenzialmente la rapidità di apprendimento di tali soggetti robotici: diminuendo in parallelo, tuttavia, il grado di controllo che l'uomo è in grado di esercitare nei loro confronti.

Insomma, l'effetto finale che si ottiene rispetto a queste entità artificiali di seconda generazione è che sempre più il loro comportamento diviene *ex ante* in parte imprevedibile, da punto di vista che non è solo soggettivo, ma – verrebbe da dire – oggettivo-tecnologico¹⁴. Si parla talvolta di *black box algorithms*¹⁵ per indicare come tra i dati di *input* e i comportamenti tenuti come *output* vi sia un'opacità, un vuoto di comprensione da parte dell'osservatore umano esterno, che fa sì appunto che le condotte di queste IA siano gravate, in un'ottica a priori, da un ineliminabile margine di imponderabilità.

Ma allora, rispetto a tali soggetti entra in crisi l'approccio penalistico tradizio-

and the Law, Baden-Baden, 2017, 171 ss.; GLESS, "Mein Auto fuhr zu schnell, nicht ich!" – *Strafrechtliche Verantwortung für hochautomatisiertes Fahren*, in Gless, Seelmann (eds.), *Intelligente Agenten und das Recht*, Baden-Baden, 2016, 225 ss. Sul tema spinoso dei comportamenti del mezzo in situazioni di necessità (ove un danno a una persona sia inevitabile, la macchina sceglierà di sacrificare il passeggero o il passante?), cfr. per tutti l'ottimo saggio di COCA VILA, *Coches autopilotados en situaciones de necesidad. Una aproximación desde la teoría de la justificación penal*, in *Cuadernos de política criminal*, 2017, 235 ss. Più in generale, sul tema delle *self-driving cars* vedasi anche l'ampio volume MAURER, GERDES, LENZ, WINNER (eds.), *Autonomous Driving. Technical, Legal and Social Aspects*, Berlin-Heidelberg, 2016.

¹² La tecnologia in parola è molto studiata, ma di minore interesse in questa sede in ragione dei suoi collegamenti più stretti con la filosofia del diritto internazionale e il diritto internazionale umanitario che con il diritto penale comune. Ci limiteremo pertanto a indicare alcuni lavori fondamentali di ASARO: *The labor of surveillance and bureaucratized killing: new subjectivities of military drone operators*, in *Social Semiotics*, 2013, 1 ss.; ID., *On banning autonomous weapon systems: human rights, automation, and the dehumanization of lethal decision-making*, in *International Review of the Red Cross*, 2012, 687 ss. Più in generale, sul tema dei droni, vedasi anche ZAVRŠNIK (ed.), *Drones and Unmanned Aerial Systems*, 2016, Cham.

¹³ Per tutti: BECK, *Google Cars, Software Agents, Autonomous Weapons Systems – New Challenges for Criminal Law*, cit., 229 ss. Sul rapporto tra *cloud computing* e robotica, più in generale, DU, HE, CHEN, XIAO, GAO, WANG, *Robot Cloud: Bridging the power of robotics and cloud computing*, in *Future Generation Computer Systems*, 2017, 337 ss.

¹⁴ Per tutti, PAGALLO, *The Laws of Robots*, cit., 47; BECK, *Google Cars, Software Agents, Autonomous Weapons Systems – New Challenges for Criminal Law*, cit., 243. Rispetto alle *autonomous cars*, cfr. SURDEN, WILLIAMS, *Technological Opacity, Predictability, and Self-Driving Cars*, in *Cardozo Law Review*, 2016, 157 ss.

¹⁵ DONCIEUX, MOURET, *Beyond black-box optimization: a review of selective pressures for evolutionary robotics*, in *Evolutionary Intelligence*, 2014, 71 ss.

nale alle *res mechanicae*: ovvero quello che fa discendere dal dogma del *machina delinquere non potest* l'applicabilità di un unico possibile modello imputativo – il vicario – per il quale, come già detto, le macchine non sono che meri strumenti dell'agire criminoso umano.

Tali criticità, va detto, riguardano solo tangenzialmente le ipotesi – meno problematiche – dei reati a matrice *dolosa* commessi dall'uomo “a mezzo IA”. Il riferimento qui, evidentemente, non è tanto all'ipotesi – forse più da romanzo giallo che altro – del programmatore che disegni il robot appositamente perché in date condizioni commetta un certo delitto, cui l'informatico abbia interesse¹⁶. Piuttosto, fra tutte le figure umane che possono venire in gioco la più importante sarà probabilmente quella dell'utilizzatore, che ben potrà ricorrere a un mezzo robotico – liberamente reperibile sul mercato – per commettere dolosamente dei reati di qualsiasi tipo.

In tali casi, la presenza di quella tensione verso il risultato che è la volontà, tipica del dolo, fa prescindere in larga misura dal successivo concreto svolgimento del percorso causale attivato, purché l'evento voluto si sia poi effettivamente verificato. Ciò ovviamente accade sempreché i tratti assunti in concreto dall'evento rientrano nei limiti della sua descrizione astratta già presente *ex ante* nella mente dell'attore umano. In questa ipotesi, infatti, una qualunque deviazione imprevedibile del comportamento della macchina si risolve in una mera *aberratio causae*: la quale, come insegna la migliore dottrina, di norma non fa certo venire meno il dolo rispetto a quel fatto¹⁷.

Il dolo rimane presente anche nel caso opposto, ovvero quando la deviazione a priori imprevedibile nel comportamento del soggetto artificiale conduca alla *non verificazione* dell'evento pur voluto dall'utilizzatore umano. In tale ipotesi, benché ovviamente non potrà certo parlarsi di reato perfetto, niente infatti pare opporsi alla configurabilità del delitto nella sua forma *tentata*: sempreché, s'intende, l'agire umano del predisporre la macchina a provocare quel risultato risponda ai consueti canoni penalistici di idoneità e inequivocità degli atti¹⁸.

¹⁶ È la figura del «*Picciotto Roboto by design*», la cui costruzione potrebbe (e forse dovrebbe) essere incriminata *per se*, dal momento che nessun altro uso di tale macchina intelligente è possibile se non quello criminoso per cui è stato disegnato. Il termine *Picciotto Roboto*, coniato da REYNOLDS, ISHIKAWA, *Robotic Tbugs*, in *Proceedings of the International Conference ETHICOMP 2007*, Tokyo, 2007, 487 ss., è stato ripreso da PAGALLO, dapprima in *The Adventures of Picciotto Roboto*, cit., in part. 353, e poi nella monografia *The Laws of Robots*, cit., 66 ss.

¹⁷ Per tutti, limitandosi alla sola manualistica, v. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, 7a ed., Torino, 2018, 290-291.

¹⁸ BECK, *Google Cars, Software Agents, Autonomous Weapons Systems – New Challenges for Criminal Law*, cit., 236. Possono invece porsi problemi, ci pare, rispetto all'imputazione di fatti ulteriori non voluti dall'utilizzatore umano, provocati da un comportamento imprevedibile del soggetto artificiale, che superi quei fatti meno gravi previsti e voluti dall'uomo. Ovviamente, ciò vale soltanto nel caso in cui si ritenga di aderire all'interpretazione costituzionalmente conforme della

Le criticità cui si faceva cenno sopra, piuttosto, emergeranno con forza nel settore della *colpa*: che poi è quello in cui la “criminalità robotica” avrà in futuro, con tutta evidenza, rilievo numerico assolutamente preponderante¹⁹.

Plurime sono le figure umane che in tal caso possono venire in gioco, passibili di imputazione per colpa di un fatto materialmente commesso da un soggetto artificiale intelligente.

Anzitutto gli utilizzatori, purché resti in capo loro un qualche potere impeditivo dell'evento. Si pensi, per tutti, al settore delle *self-driving cars*. Ove la vettura sia ancora dotata di comandi che permettano di intervenire in caso di emergenza (ovvero l'auto sia semi-autonoma), possono infatti residuare margini di responsabilità colposa del potenziale guidatore, per non essere intervenuto quando aveva il dovere di farlo²⁰. Nel caso in cui, invece, l'automazione del mezzo sia completa, al punto da essere questo addirittura privo di comandi, l'impossibilità oggettiva di interventi umani di emergenza impedisce di contestare penalmente una qualche colpa dell'utilizzatore, ridotto qui a mero passeggero.

Per ritrovare una figura umana che possa rispondere colposamente del fatto cagionato dall'IA non resta, in tali ultimi casi, che rivolgere la propria attenzione alla programmazione, oppure all'assemblaggio della macchina (purché – per quest'ultimo caso – si tratti di un soggetto artificiale dotato di un corpo fisico). Al manifattore, in effetti, ben potranno essere contestati errori di montaggio; così come al programmatore saranno imputabili quelle mancanze classificabili come veri e propri errori di programmazione, ovvero quando non è stato previsto ciò che si poteva – e doveva – prevedere. E fin qui, ancora si verte nel campo della responsabilità per *danno da prodotto*: che senza dubbio è anche solo di per sé un ambito gravido di profili problematici, ma del quale quantomeno se ne conoscono già le linee di fondo, esplorate da un'attenta dottrina²¹.

Ma come si è visto, le IA di seconda generazione compiono un passo ulteriore rispetto al paradigma classico in cui il prodotto dannoso è ancora *oggetto*. Le macchine intelligenti, come *prodotto soggettivizzato*, possono tenere dei veri e

preterintenzionalità che esige un nesso soggettivo quantomeno di colpa in concreto rispetto all'evento ulteriore, non voluto (per tutti, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 8a ed., Padova, 2013, 365-366). Altro caso problematico è poi quello dell'*aberratio delicti* provocata dall'imprevedibilità dell'IA: cfr. PAGALLO, *What Robots Want: Autonomous Machines Codes and New Frontiers of Legal Responsibility*, cit., 51-52.

¹⁹ GLESS, SILVERMAN, WEIGEND, *If robots cause harm, who is to blame?*, cit., 425 ss.

²⁰ Per tutti, HILGENDORF, *Automated Driving and the Law*, cit., 181-182.

²¹ Si veda, per tutti, l'ampia monografia di PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004, oppure più sinteticamente ID., *La responsabilità del produttore: una nuova frontiera del diritto penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1125 ss. Rapportano la responsabilità vicaria colposa del robot all'ambito della responsabilità per danno da prodotto GLESS, SILVERMAN, WEIGEND, *If robots cause harm, who is to blame?*, cit., 426 ss.

propri *comportamenti attivi* assolutamente imprevedibili, derivanti dal lavoro autoevolitivo del *machine learning*, tali che qualunque danno da essi derivante sfugga inesorabilmente alle capacità previsionali dei programmatori²². Al rischio da prodotto più tradizionale, connaturato cioè all'industrialità del processo produttivo, esse dunque assommano un ulteriore e innovativo profilo di rischio, radicato nella loro peculiare natura parasoggettiva e autonoma: che sembra andare oltre ai pur già complessi meccanismi imputativi della "ordinaria" responsabilità per danno da prodotto²³.

E ancora, volendo, il quadro può essere ulteriormente complicato. Le azioni indipendenti di questi "attanti"²⁴ – come sono stati efficacemente definiti tali soggetti artificiali, per non impegnare la più filosoficamente pregnante nozione di "attore" – difficilmente si porranno in modo solitario, come monadi isolate. La realtà futura si fonderà infatti sempre di più sull'interazione in *cloud* di oggetti e soggetti, nel vasto mondo dell'*Internet of things*²⁵. *Networks* complessi di enti umani e non umani, così, nei quali i singoli attanti si porranno come "nodi" di un più ampio sistema di *distributed intelligence*, annebieranno ancora di più quegli individuali percorsi causali e di imputazione soggettiva che è necessario tracciare con nettezza, collegando un agente determinato a un certo evento, per poterglielo correttamente attribuire a titolo di responsabilità penale²⁶.

In breve. Vi sono casi dove pare che le peculiarità dei soggetti artificiali impediscano di individuare efficacemente una figura umana cui possa essere addossata la responsabilità per aver cagionato colposamente il fatto materialmente commesso dalla macchina: con un conseguente, ineliminabile, vuoto di tutela penale per tali tipi di offese²⁷.

Né, in ambito penale, è consentito ripiegare su diversi schemi imputativi, ero-

²² Come osserva BECK, *Google Cars, Software Agents, Autonomous Weapons Systems – New Challenges for Criminal Law*, cit., 244, se l'imprevedibilità fa parte del modo in cui è concepito il robot, non ogni suo 'errore' potrà essere imputato colposamente al programmatore.

²³ PAGALLO, *The Laws of Robots*, cit., 72.

²⁴ Il termine è ormai utilizzato da vari autori: per tutti, LATOUR, *Pandora's hope. Essays on the reality of science studies*, Cambridge (Massachusetts), 1999, 122 ss., e ID., *Reassembling the Social. An Introduction to Actor-Network-Theory*, Oxford, 2005, 54 ss.; già LÉVY, *Les technologies de l'intelligence. L'avenir de la pensée à l'ère informatique*, Paris, 1990, 157; similmente TEUBNER, *Rights of Non-Humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law*, in *Journal of Law and Society*, 2006, 497 ss. (che sviluppa il tema sulla scia della teoria dei sistemi di Niklas Luhmann).

²⁵ Per un'ampia prospettiva di questa sempre più intensa interazione tra soggetti umani e non umani cfr. LATOUR, *Pandora's hope*, cit., 174 ss. e ancor più diffusamente ID., *Reassembling the Social*, cit., *passim*. Per un inquadramento giuridico del tema cfr. HILDEBRANDT, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, Cheltenham-Northampton (Massachusetts), 2015, in particolare 21 ss.

²⁶ È l'idea che anima il lucido lavoro di HILDEBRANDT, *Ambient Intelligence, Criminal Liability and Democracy*, cit., 163 ss., in particolare 176 ss.

²⁷ MAGRO, *Biorobotica, robotica e diritto penale*, cit., 515-516.

sivi dei principi costituzionali di responsabilità per fatto proprio e di colpevolezza, come in certe ipotesi può fare e fa il diritto civile²⁸.

4. *La responsabilità diretta dell'IA: la tesi positiva di Gabriel Hallevy*

Questo vuoto di tutela, d'altronde, non è che il *pendant* – lo abbiamo detto – di un indubbio qualitativo incremento di autonomia che tali soggetti artificiali presentano rispetto ai loro ancora recenti antenati. Ma allora, ci si potrebbe chiedere: se i due fenomeni sono tra loro collegati, potrebbe la crescente autonomia robotica essere sufficiente per iniziare a ridiscutere della generale validità dell'assioma *machina delinquere non potest*, in modo da tentare quantomeno di attenuare quel vuoto di tutela che corrispondentemente si è generato quanto a responsabilità penale dell'uomo dietro alla macchina?

La risposta fornita dalla dottrina dominante, come facilmente immaginabile, è ancora negativa. Ma già solo l'accalcarsi di voci nella letteratura internazionale, sempre più numerose, che trattano del tema testimonia come il dogma del *machina delinquere non potest* stia uscendo dall'era nel quale la sua validità era così indiscutibile da non abbisognare neanche di analisi o approfondimenti²⁹.

In realtà, se ancora nessun autore di area continentale pare averlo seriamente contestato, in ambienti di *common law* si possono già riscontrare opinioni che ritengono – anche *de jure condito* – di poterlo negare integralmente.

Tale indirizzo porta essenzialmente un nome e un cognome: quello di Gabriel Hallevy, un penalista israeliano che si è occupato a lungo del problema dei rapporti tra diritto penale e intelligenza artificiale e che, oltre a numerosi articoli³⁰, ha addirittura pubblicato due monografie sul tema³¹.

²⁸ Sulla responsabilità civile per danno “da robot”, cfr., per tutti, SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, 2a ed., Padova, 2016, 332 ss.

²⁹ Per una panoramica, v. *retro* alla nota 1.

³⁰ HALLEVY, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities – from Science Fiction to Legal Social Control*, in *Akron Intellectual Property Journal*, 2010, 171 ss.; ID., “I, Robot – I, Criminal” – *When Science Fiction Becomes Reality: Legal Liability of AI Robots committing Criminal Offences*, in *Syracuse Science & Technology Law Reporter*, 2010, 1 ss.; ID., *Virtual Criminal Responsibility*, in *Original Law Review*, 2010, 6 ss.; ID., *Dangerous Robots – Artificial Intelligence vs. Human Intelligence*, in SSRN, 21.2.2018. Solo apparentemente più settoriali, v. anche ID., *Unmanned Vehicles: Subordination to Criminal Law under the Modern Concept of Criminal Liability*, in *Journal of Law, Information and Science*, 2012, 200 ss.; ID., *AI v IP. Criminal Liability for IP Offences of AI Entities*, in SSRN, 18.11.2015.

³¹ La prima, edita negli USA (Boston) nel 2013, con un formato a metà tra lo scritto scientifico e quello destinato al grande pubblico, reca il titolo *When Robots Kill. Artificial Intelligence under Criminal Law*. La seconda, puramente accademica, edita da Springer (Dordrecht) nel 2015 con il titolo *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, ambisce invece a essere il primo

Per quanto le ricostruzioni proposte da tale Autore siano a nostro giudizio ad oggi inaccoglibili, al punto da poter apparire a dir poco provocatorie agli occhi di molti penalisti di formazione continentale, ci sembra di estremo interesse proporre qui una breve sintesi. Proprio dalla critica puntuale di tali posizioni può infatti prendere le mosse un approfondimento del tema che non si limiti semplicemente a reiterare in modo un po' acritico gli assunti negatori tradizionali: pervenendo a una riconferma anche attuale, sì, della persistente validità del principio *machina delinquere non potest*, ma arricchita – dialetticamente, si potrebbe dire – della consapevole negazione del suo contrario.

Secondo Hallevy, non vi sono dei veri e propri argomenti validi da spendere contro la già attuale perseguibilità e punibilità di soggetti artificiali intelligenti, quali robot chirurghi, droni autonomi o *self-driving cars*.

Anzitutto, osserva, tali macchine – quanto all'*actus reus* – sono certamente capaci di azione penalmente rilevante: basti pensare al movimento di un braccio robotico³². E fin qui non rileva nessun serio problema: giacché in ambito di *common law* l'equivalente del concetto continentale di azione è solitamente inteso in termini molto più schiettamente materialistici di quanto non si suole fare nelle varie sistematiche post-finaliste, che ormai – negli ambienti culturali continentali – hanno in larga misura soppiantato gli echi dell'originaria tripartizione belinghiana, ispirata al più rigido materialismo quanto al fatto tipico³³.

Le cose si fanno più complicate quando passa a considerare il requisito della *mens rea*. Poiché i soggetti artificiali intelligenti sono capaci di apprendere dati dal mondo esterno, di prevedere le conseguenze delle proprie azioni, e addirittura di perseguire uno specifico obiettivo, se così sono stati programmati, il loro agire potrebbe integrare i requisiti di alcune delle forme di *mens rea*: quantomeno della *negligence*, e in fondo anche della *knowledge*, se non addirittura dell'*intention* vera e propria³⁴.

textbook internazionale sul tema della responsabilità penale dei soggetti artificiali in generale, proponendo una sua teorizzazione completa sotto ogni punto di vista (cfr. *Preface*, p. V).

³² HALLEVY, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, cit., 61; ID., *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities*, cit., 187.

³³ Già scettica riguardo la configurabilità di "azione" in capo alle IA, invece, LIMA, *Could AI Agents Be Held Criminally Liable?*, cit., 680-682. Similmente FREITAS, ANDRADE, NOVAIS, *Criminal Liability of Autonomous Agents: From the Untinkable to the Plausible*, cit., 152, rilevano come tale assunto potrà anche essere vero per i reati di rilievo materialistico fisicamente commessi da un robot, ma perderà consistenza con riferimento ai fatti "immateriali" di rilievo penale – per tutti, già solo vari tipi di *computer crimes* – commessi più genericamente da IA anche prive di corpo fisico. Così, ad esempio, il *bot* che diffami taluno su un *social network*.

³⁴ HALLEVY, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, cit., che tratta di *intention*, *knowledge* e *recklessness* sotto l'etichetta dogmatica di «*General Intent*» (pp. 82 ss.), per poi passare dopo all'esame della *negligence* (pp. 124 ss.). Più sinteticamente, v. ID., *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities*, cit., 186 ss.

È irrilevante, dunque, il fatto che le macchine non possano provare emozioni o sentimenti³⁵. Essi – per dirla con il linguaggio continentale – non fanno parte della tipicità della stragrande maggioranza delle fattispecie. La *mens rea* è altra cosa rispetto alla *Gesinnung*. Se anche quest'ultima certo non pertiene alle entità artificiali, la *mens rea*, vista in un'ottica puramente formale (se non formalistica), può benissimo essere riconosciuta come rientrante nelle loro facoltà.

Questi ragionamenti, in fondo, già a prima vista non appaiono molto solidi. È su un differente versante, tuttavia, che Hallevy sfodera un argomento – al contrario – decisamente suggestivo. Il fatto che tutti neghino recisamente la responsabilità penale diretta delle macchine intelligenti riecheggia una storia già sentita: quella dell'iniziale, diffuso scetticismo circa la responsabilità da reato degli enti³⁶. Nessuno credeva nella *corporate liability*, inizialmente; il cammino delle corti di *common law* è stato secolare, ma ha condotto infine a una sua indiscutibile affermazione, superando l'assioma del *societas delinquere non potest*.

La *corporation* potrà non avere «*a body to kick, and a soul to be damned*»³⁷; ma le esigenze di regolazione sociale, rispetto alle quali la penalità è la più potente arma dell'ordinamento, hanno infine prevalso. Perché per i robot dovrebbe essere diverso, giacché, in più rispetto alle persone giuridiche, hanno quantomeno un corpo da castigare, rinchiudere, distruggere³⁸?

Ciò che impedisce la breccia nel *machina delinquere non potest*, per Hallevy, è dunque un pregiudizio antropocentrico e metafisico. Ma la vicenda della *corporate liability* dimostra come, alla fine, il pragmatismo ha ragione dei pregiudizi.

Actus reus, mens rea e applicabilità in concreto delle pene: già *adesso*, dunque, è presente tutto ciò che serve per poter affermare la responsabilità diretta da reato delle intelligenze artificiali. Per cui – si domanda retoricamente Hallevy –

³⁵ HALLEVY, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities*, cit., 189.

³⁶ HALLEVY, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities*, cit., 199 ss.

³⁷ L'espressione è attribuita al *Lord Chancellor of Great Britain* Edward Thurlow (1731-1806), che in tal modo intendeva liquidare ogni dubbio sull'operatività del tradizionale principio *societas delinquere non potest*. In tempi recenti, citata da COFFEE, "No Soul to Damn: No Body to Kick": An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment, in *Michigan Law Review*, 1981, 386 ss., l'espressione è divenuta nota al dibattito angloamericano in tema di *corporation liability*. È stata ripresa poi ancora da vari autori, tra cui per ultimo – proprio sfruttandola nel tracciare un parallelo con la responsabilità diretta dei robot – il già citato ASARO, *A body to Kick, but Still No Soul to Damn*.

³⁸ E non deve illudere la facile replica per cui solo le IA dotate di un corpo fisico sarebbero concretamente "punibili". In realtà, anche i soggetti artificiali "immateriali", meri *software*, possono essere eliminati sia nel mondo digitale – ovvero cancellati dalla memoria in cui siano contenuti – sia nel mondo fisico – cioè mediante la distruzione materiale dello stesso *hardware* in cui siano scritti. Per il catalogo delle "pene robotiche" immaginate da HALLEVY, v. ID., *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities*, cit., 194 ss. e, *amplius*, ID., *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, cit., 212 ss.

«*What else is needed?*»³⁹.

Molte cose, si potrebbe ribattere. Le critiche a tali assunti potrebbero ricorrere a tre nodi fondamentali. Vediamoli più da vicino.

5. *Prima critica: persistente assenza di colpevolezza*

Quanto sostenuto da Hallevy in tema di elemento soggettivo, di *mens rea*, non è certo sufficiente a superare le tradizionali obiezioni che contestano l'assenza di rimproverabilità e di colpevolezza in capo alle macchine intelligenti⁴⁰.

È indubbio che le macchine ricevano dati dall'esterno, li elaborino e si comportino di conseguenza. “Conoscono” così, dunque, la realtà esterna: se la “rappresentano”. “Prevedono” un certo risultato, come conseguenza immediata o collaterale delle proprie azioni. Lo “vogliono”, perché sono programmate o direttamente per ottenerlo, come obiettivo principale del proprio agire, oppure per accettarlo come conseguenza inevitabile, accessoria rispetto ai loro reali “fini”, fintantoché gli algoritmi etici implementati nell'IA lo ritengono tollerabile.

Dal punto di vista puramente esteriore – se vogliamo utilizzare forse un po' impropriamente gli stessi concetti che si utilizzano per descrivere l'elemento soggettivo dell'uomo – l'agire dei soggetti artificiali potrà dunque ben apparire sorretto da un elemento soggettivo, tendenzialmente *doloso*⁴¹.

Ma non è vero dolo: è un dolo esangue, un'apparenza di dolo. L'immagine sociale di quel fatto è sì quella di un fatto doloso, poiché è mosso da una specifica direzionalità, che sia capace di adattarsi, plasticamente, alla contingenza della realtà che la circonda, mentre mira al suo obiettivo. Ma l'essenza dell'elemento soggettivo non si arresta all'aspetto esteriore.

Usando un linguaggio dogmatico continentale di stampo post-finalista⁴², si potrebbe dire che i soggetti artificiali intelligenti di tal tipo possano agire con *tipicità dolosa*. Ma questa nulla ancora ci dice riguardo alla *colpevolezza dolosa*. O meglio: è ben vero che nell'imputazione di un fatto ad agenti umani di solito la seconda – la colpe-

³⁹ Così, in chiusura dei primi articoli (per tutti HALLEVY, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities*, cit., 201). Più prudente la successiva monografia, dove Hallevy conclude sostenendo che «forse nessuna responsabilità penale dovrebbe essere imposta a soggetti artificiali, almeno per adesso; ma finché le definizioni del diritto penale non saranno aggiustate, questa bizzarra conseguenza è inevitabile» (HALLEVY, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, cit., 229).

⁴⁰ PAGALLO, *The Laws of Robots*, cit., 50-51; FREITAS, ANDRADE, NOVAIS, *Criminal Liability of Autonomous Agents: From the Unthinkable to the Plausible*, cit., 153-154; ASARO, *A body to Kick, but Still No Soul to Damn*, cit., 176 ss.

⁴¹ Troppo complesso analizzare in questa sede se e in che misura sia davvero possibile un contegno di una IA che sia dotato di *tipicità colposa*.

⁴² Ovvero che anticipa il versante del dolo o della colpa già nel fatto tipico.

volezza – è considerata presupposta ove sussista chiaramente la prima – la tipicità –, salvo si provi la sua eccezionale insussistenza nel caso concreto (ad esempio, nel caso dell'imputabilità o dell'*ignorantia legis* inevitabile). Ma questo meccanismo presuntivo – è evidente – si regge sul presupposto tacito per cui l'uomo, in situazioni normali, non eccezionali, sia dotato della capacità di autodeterminarsi, *scegliendo* un comportamento anti-giuridico, che con tale scelta diviene anche *colpevole*.

Non può essere lo stesso, evidentemente, per le macchine intelligenti. La tipicità dolosa delle loro azioni, infatti, nulla dice rispetto alla loro possibile colpevolezza, considerato che manca, ancora, una regola d'esperienza generale per cui le IA più avanzate, oltre che dotate di un margine di imprevedibilità, siano anche libere di autodeterminarsi al pari dell'uomo⁴³. Tale regola manca anzitutto da un punto di vista che potremmo definire ontologico: i soggetti artificiali non sono ancora in grado di porsi da soli degli obiettivi egoistici di comportamento, sull'altare dei quali sacrificare beni giuridici altrui. E comunque, in ogni caso, tale realtà non sarebbe comunque vera da un punto di vista fenomenologico-sociale: nessuno, oggi, si atteggia nei confronti delle macchine *come se* fossero dotate di tali capacità di scelta (e dunque anche a prescindere dalla questione di fondo – probabilmente irrisolvibile – di come e se sia davvero possibile stabilire se un ente sia ontologicamente dotato di libero arbitrio⁴⁴).

Dunque, le intelligenze artificiali non sono rimproverabili; mancano di colpevolezza; e non possono, di conseguenza, essere oggetto di pena criminale.

6. Seconda critica: perdita di senso delle funzioni della pena

Proprio rispetto alla pena si incentra la seconda difesa opponibile all'assalto al dogma del *machina delinquere non potest*. Una pena irrogata a una macchina intelligente, infatti, non potrebbe svolgere nessuna delle tre classiche funzioni che

⁴³ GLESS, SILVERMAN, WEIGEND, *If robots cause harm, who is to blame?*, cit., 415 ss.; con ampiezza LIMA, *Could AI Agents Be Held Criminally Liable?*, cit., 683 ss., che più avanti critica apertamente la posizione di Halleve ritenendola fondata su un argomento circolare (p. 695).

⁴⁴ V. *amplius* la letteratura in tema di personalità artificiale citata *infra* alla nota 61. La stessa capacità di autodeterminazione *umana*, in fondo, è anzitutto una convinzione socialmente diffusa: tutti sono convinti della propria "libertà" a partire dalla propria esperienza personale, ma niente finora ha mai dimostrato l'esistenza del libero arbitrio umano sul piano astratto. Anzi, negli anni più recenti le neuroscienze paiono aver riportato in auge quelle impostazioni schiettamente deterministiche che, dopo la fine del positivismo criminologico, sembravano ormai aver compiuto il loro definitivo commiato. Da ultimo sul tema, tracciando un parallelo tra uomo e macchina circa i "requisiti cognitivi minimi" necessari per poter delineare una responsabilità penale colpevole, HILDEBRANDT, *Autonomic and autonomous thinking. Preconditions for criminal accountability*, in Hildebrandt, Rouvroy (eds.), *Law, Human Agency and Autonomic Computing*, Abingdon, 2011, 141 ss.

generalmente la dottrina penalistica riconosce alla sanzione criminale⁴⁵.

Di *retribuzione* non si può certo parlare perché – come già si è detto – le macchine intelligenti di oggi continuano a essere insuscettibili di un rimprovero colpevole.

Eguale difficoltà è scorgere nella pena robotica una funzione di *prevenzione speciale*, rieducativa. Rieducare, infatti, presuppone la possibilità di apprendere dalla sanzione irrogata in conseguenza di una propria azione sbagliata. Ma una macchina non può farlo. Salvo che non la si programmi appositamente, una IA non può essere rieducata attraverso una pena. Ma anche in tal caso, un “difetto di comportamento” può probabilmente essere corretto, in modo molto più efficace, da meccanismi di *machine learning* che “ottimizzino” progressivamente l’agire del soggetto artificiale, o più radicalmente da una riprogrammazione: in maniera diretta, dunque, piuttosto che mediante uno strumento indiretto di pressione quale è la pena⁴⁶.

Infine, anche per quanto attiene alla *prevenzione generale* – pur limitandoci alla sua forma base, la deterrenza, senza inoltrarci nel più complesso campo della generalprevenzione positiva – non sorgono meno problemi. L’effetto intimidativo rivolto verso una generalità di “consociati robotici”, infatti, sarebbe anzitutto minato dall’incapacità dei soggetti artificiali di provare sentimenti di timore o paura⁴⁷. Ma a monte, ancora più radicalmente, pare addirittura mancare una qualunque attitudine comunicativa della pena, inflitta a *uno*, rispetto agli *altri*. Come potrebbe una IA comprendere che una sanzione eseguita su di un altro soggetto robotico è in realtà finalizzata a veicolare un messaggio *generale* di dissuasione rispetto a un certo comportamento? Quella pena, in definitiva, rimarrebbe un fatto isolato al soggetto artificiale che la subisce, ed estraneo a tutti gli altri.

7. Terza critica: fallacia del parallelo con la corporate liability

Rimane adesso da affrontare l’ultimo – e probabilmente il più insidioso – degli

⁴⁵ Per tutti, ASARO, *A body to Kick, but Still No Soul to Damn*, cit., 181; PAGALLO, *Killers, fridges, and slaves*, cit., 350; LIMA, *Could AI Agents Be Held Criminally Liable?*, cit., 688-689; HILDEBRANDT, *Ambient Intelligence, Criminal Liability and Democracy*, cit., 167.

⁴⁶ In dettaglio sulla possibile “rieducazione” dell’IA e i suoi rapporti con la riprogrammazione ASARO, *Determinism, machine agency, and responsibility*, cit., 282 ss.; sul punto v. anche ID., *A body to Kick, but Still No Soul to Damn*, cit., 181.

⁴⁷ Su questo punto è in realtà concorde lo stesso HALLEVY, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, cit., 210-212, che nel più maturo lavoro monografico citato, tornando un po’ sui suoi passi, giunge a riconoscere la sicura operatività dei soli fini specialpreventivi della pena robotica – *rehabilitation e incapacitation* – senza peraltro interrogarsi di come possa ancora parlarsi di “pena” in mancanza di un momento generalpreventivo e soprattutto retributivo.

attacchi al *machina delinquere non potest*: imperniato, come detto, sul parallelo con la *corporate liability*.

È un argomento complesso, che meriterebbe senza dubbio uno sviluppo più ampio di quello consentito dai limiti del presente lavoro. Anzitutto, esso coinvolge la questione circa la natura della persona giuridica, che è stata, peraltro, al centro di un risalente e noto dibattito in ambito civilistico e di teoria generale del diritto, che non è possibile qui neanche riepilogare⁴⁸. Volendo, il problema potrebbe addirittura estendersi a uno scenario filosofico generale, finendo per riguardare cosa significhi “essere reale”. Una persona giuridica “esiste” davvero, in una qualche misura, nel mondo reale? O è solo una finzione giuridica, una metafora linguistica che sintetizzi un insieme di regole speciali applicabili a determinati settori dei rapporti sociali⁴⁹?

Com'è noto, la responsabilità da reato degli enti – quantomeno nella sua veste continentale – muove proprio dall'idea di attribuire almeno un minimo grado di “realità” alla persona giuridica. A essere imputato è infatti un fatto proprio dell'ente; e la colpevolezza che viene in rilievo è una colpa di organizzazione, cioè un qualcosa proprio della compagine sociale in via diretta, un qualcosa di *suo*.

Tuttavia, il fatto di attribuire o meno un certo grado di “realità” alle *corporations* nel *mondo sociale*, ci pare, non muta la semplice verità di come esse ne sono del tutto carenti nel *mondo fisico*, materiale. La persona giuridica, cioè, a differenza del robot, non ha realtà naturalistica indipendente dai suoi membri: e valorizzando questo dato, ci sembra sia forse possibile superare l'opposta prospettiva che accomunava i due tipi di responsabilità, muovendo, piuttosto, dal loro comune porsi come eccezioni rispetto all'antropocentrismo tradizionale del diritto penale.

Ragioniamo, così, per un attimo, in un'ottica puramente “fisicalista”. La *corporate liability* è diretta verso enti naturalisticamente fittizi, che esistono solo nel mondo giuridico e sociale. Il comando sotteso alla norma, che dunque solo apparentemente si appunta all'ente, è invece inevitabilmente rivolto ai soli soggetti che davvero esistono nel mondo fisico: cioè gli uomini, suoi rappresentanti. In questa

⁴⁸ Ci limitiamo a ricordare alcuni dei principali lavori sul tema, nella sola letteratura italiana: FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, 2a ed., Napoli, 1923, e ID., *Le persone giuridiche*, in Vassalli F. (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, 2a ed., Torino, 1958; FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 42 ss.; FALZEA, BASILE, voce *Persona giuridica (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 234 ss.; ASCARELLI, *Personalità giuridica e problemi delle società*, in ID., *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 233 ss.; D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Padova, 1989; GALGANO, voce *Persona giuridica*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, 392 ss., ID., *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, 2a ed., Bologna, 2006, 3 ss., nonché ID., *Trattato di diritto civile*, I, 3a ed., Padova, 2015, 201 ss.

⁴⁹ È il problema che anima, per tutti, un grande classico del pensiero sociologico: BERGER, LUCKMANN, *The Social Construction of Reality*, New York, 1966, ed. it. *La realtà come costruzione sociale*, Bologna, 1969.

logica, le persone giuridiche non sono che degli schermi, delle maschere, che vengono colpite dalla minaccia di sanzione (ovviamente economica) al fine di influenzare quei burattinai umani che le manovrano, le animano in tempo reale: il cui portafoglio è – in fondo – il vero destinatario della “pena”⁵⁰.

Le intelligenze artificiali, invece, non sono costrutti di rilievo soltanto sociale, ma esistono davvero nel mondo fisico. L’uomo si limita a crearle e programmarle. Dopo ciò, con il distacco dal proprio artefice, il loro centro decisionale si autonomizza. Così, esse iniziano ad agire nella realtà fisica “di propria mano”, autodefinendosi, senza fili che le muovano, in tempo reale, come marionette: libere della libertà che è stata loro elargita dal proprio creatore⁵¹.

Questa scissione tra uomo e macchina, creatore e (s)oggetto creato, non si limita tuttavia al lato dell’assenza di un controllo costante del primo sul secondo. Dal lato opposto, infatti, è anche vero che qualunque afflizione si imponga a un soggetto artificiale, di per sé, a differenza di quanto accade con gli enti, non è comunque in grado di intaccare gli interessi di figure umane che si trovano alle sue spalle. L’artefice si disinteressa del destino delle sue creature: con l’eccezione, forse, del proprietario della macchina su cui si è imposta la “pena”, che subisce un pregiudizio economico a seguito della distruzione o menomazione permanente del suo bene.

Una sanzione rivolta alle IA, così, si ripercuoterà essenzialmente su nessun altro all’infuori di loro medesime. Non influenzerà il comportamento di nessun umano dotato di libertà di scelta. E se anche ciò fosse possibile, in ogni caso, resterebbe sempre il fatto che l’uomo, pur minacciato di riflesso dalla pena della macchina, non può influenzare direttamente il comportamento del soggetto artificiale, spingendolo in tempo reale a non commettere delitti.

Anche sotto questo profilo, dunque, un diritto penale e una pena robotiche, se rivolte a entità artificiali come quelle ad oggi più evolute, perderebbe di ogni significato realmente “penale”.

8. *Oltre il machina delinquere non potest: prospettive attuali e future*

Concludendo, ci pare dunque che sotto ogni aspetto, al livello tecnologico at-

⁵⁰ ASARO, *A body to Kick, but Still No Soul to Damn*, cit., 182; GLESS, SILVERMAN, WEIGEND, *If robots cause harm, who is to blame?*, cit., 423-424; LIMA, *Could AI Agents Be Held Criminally Liable?*, cit., 688.

⁵¹ L’immagine più appropriata per le IA avanzate, crediamo, è quella dell’animale che si comporti in base a un addestramento umano; mentre per le persone giuridiche riteniamo che meglio si addica la metafora della marionetta e del burattinaio. Cfr. BECK, *Intelligent agents and criminal law*, cit., 142; LIMA, *Could AI Agents Be Held Criminally Liable?*, cit., 688, 695.

tuale e *de jure condito*, è ancora opportuno riaffermare con forza l'antico dogma del *machina delinquere non potest*. E qui la nostra indagine, dal tenore introduttivo, deve necessariamente fermarsi: non prima, tuttavia, di aver quantomeno tracciato alcune possibili linee di studio e approfondimento, per le quali si rinvia a un'occasione futura.

La riconferma del principio per cui i soggetti artificiali non possono commettere reati, infatti, lascia ancora aperto il problema iniziale, da cui ci eravamo mossi: ovvero la progressiva perdita di praticabilità del modello vicario tradizionale di responsabilità. Unendo i due dati, appare chiaro come lo sviluppo delle tecnologie legate all'IA rischia di generare un vuoto sempre più grande di protezione penale, rispetto a quelle offese che non possano essere attribuibili né al programmatore o utilizzatore umano, né alla macchina stessa⁵².

Fatti, questi ultimi, destinati dunque a essere ricondotti entro la categoria del caso fortuito, in quanto realizzazioni di un rischio imprevedibile e ineliminabile. Ma tale rischio è diverso da quelli naturalistici – quali la caduta di un fulmine o un terremoto – quegli “atti di Dio” che possono solo essere arginati dall'uomo, diminuendo la loro probabilità o rovinosità, ma mai annullati del tutto. Il pericolo in parola, invece, ha natura tecnologica: e pertanto sempre potenzialmente soggetto all'alternativa cautelare più radicale di tutte, ovvero la vera e propria *proibizione dell'attività*.

Si fronteggiano dunque due grandi, possibili indirizzi alternativi. Da un lato, il divieto *tout court*, ispirato a logiche di *precauzione* che certo impedirebbero il verificarsi di danni imprevedibili e ingovernabili, ma con il pericolo di gettare via in blocco, assieme ai rischi tecnologici, i benefici sociali derivanti dallo sviluppo e utilizzo della robotica. Dall'altro, la prospettiva di costruzione di un'area più o meno ampia di *rischio consentito*, che si radichi in una complessa operazione di bilanciamento tra i due aspetti dell'utilità collettiva e dei rischi imponderabili – tra loro, come visto, inscindibili – connaturati alla diffusione delle tecnologie dell'intelligenza artificiale⁵³.

Si capisce, dunque, come il problema assuma una portata ancora più grande, inserendosi in un dibattito squisitamente politico-criminale – anzi, forse politico in

⁵² BECK, *Intelligent agents and criminal law*, cit., 140-141; ID., *Google Cars, Software Agents, Autonomous Weapons Systems – New Challenges for Criminal Law*, cit., 244, 250-251; LIMA, *Could AI Agents Be Held Criminally Liable?*, cit., 693-694.

⁵³ In tema GLESS, SILVERMAN, WEIGEND, *If robots cause harm, who is to blame?*, cit., 430 ss.; BECK, *Dealing with the diffusion of legal responsibility: the case of robotics*, in Battaglia, Mukerji, Nida-Rümelin (eds.), *Rethinking Responsibility in Science and Technology*, Pisa, 2014, 173 ss.; ID., *Intelligent agents and criminal law*, cit., 141. V. anche QUINTERO OLIVARES, *La robótica ante el derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas*, cit., 17 ss., che tratta il tema del rischio consentito in ambito robotico nell'ottica del principio di precauzione. Più in generale, STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 82 ss.

senso lato – sull’opportunità ed eventualmente sulla misura in cui consentire la penetrazione delle IA nella vita dei consociati; dibattito cui peraltro non sono aliene suggestioni di stampo antropologico, sociologico, filosofico, e molte altre ancora.

Ma tornando coi piedi per terra rispetto alle altezze di “scelta” e di bilanciamento di interessi appena evocate, che in questa sede non possiamo certo approfondire, occorre ancora verificare che non vi siano vie alternative da esplorare: diverse da quella penalistica ortodossa che abbiamo esaminato in questo lavoro, e che abbiamo trovato ancora sbarrata dal *machina delinquere non potest*. Vie che permettano di restringere, se non addirittura di annullare, la descritta problematica prospettiva di un crescente vuoto di tutela penale nel mondo futuro, con IA potenzialmente sempre più diffuse e indipendenti.

In primo luogo, la prospettiva attuale. Se, come abbiamo detto, la tecnologia di oggi (e del futuro più prossimo) è ancora incapace di costruire macchine capaci di colpevolezza, una possibile strada da esplorare è quella dell’immaginare se sia possibile di costruire una “penalità” delle cose – o meglio delle soggettività minori, degli “attanti” – su basi totalmente diverse rispetto a quelle che ci sono familiari.

Le macchine, così come gli animali, dalla Rivoluzione Francese in poi sono sempre state trattate esclusivamente come *res*, totalmente aliene al mondo della penalità. Ciò non significa, tuttavia, che non subiscano afflizioni alcune da parte delle pubbliche autorità: soltanto, queste non hanno natura *penale*, ma di regolazione *amministrativa* di interessi. Ad esempio, il cane rabbioso e pericoloso può essere abbattuto, così come le mandrie infette possono essere eliminate al fine di evitare epidemie⁵⁴.

Ma le cose non sono sempre andate così. Nel mondo preilluministico, cose inanimate e soprattutto animali venivano processati, condannati e sottoposti a pena⁵⁵. Peraltro, per quanto barbaro e grottesco possa apparire tutto ciò ai nostri occhi, anche solo il gusto del paradosso non può esimerci dal far notare come gli animali a ciò sottoposti erano probabilmente più “garantiti” di quanto non lo siano oggi⁵⁶. Gli stessi “Topi di Autun”, cui la maestria forense di Chassenée ri-

⁵⁴ In Italia, v. in tal senso le norme vigenti del Regolamento di polizia veterinaria (D.P.R. 8 febbraio 1954, n. 320), con particolare riferimento agli artt. 75 ss.

⁵⁵ Tema di grandissima curiosità intellettuale, sul quale la letteratura è tuttavia tuttora molto limitata. Il volume di riferimento è senza dubbio ancora quello di EVANS, *The Criminal Prosecution and Capital Punishment of Animals*, Londra, 1906 (in traduzione italiana: *Animali al rogo*, Milano, 2012), sebbene possano ricordarsi altri importanti lavori del medesimo periodo, come D’ADDOSIO, *Bestie delinquenti*, Napoli, 1892, e VON AMIRA, *Thierstrafen und Thierprocesse*, Innsbruck, 1891. In tempi più recenti si sono avuti solo sporadici accostamenti al tema, peraltro senza rinnovare le medesime ricerche archivistiche effettuate dai citati autori a cavallo tra il XIX e il XX secolo.

⁵⁶ Cfr. FONDAROLI, *Le nuove frontiere della colpa d’autore: l’orso “problematico”*, in *Arch. pen.*, 2014, 657 ss.

sparmiò la condanna alla scomunica nel XVI secolo⁵⁷, di certo sarebbero stati “barbaramente” sterminati con il più chimico dei pesticidi – senza troppe cerimonie – se avessero nuociuto in epoche industriali...

Ciò che qui importa, tuttavia, è che lo studio dei significati ancora in parte misteriosi di tali bizzarre pratiche potrebbe forse, *mutatis mutandis*, suggerire dei possibili fondamenti alternativi – rispetto alla coppia colpevolezza-retribuzione che sempre aleggia dietro la pena come l’abbiamo sempre intesa – legittimanti pratiche afflittive *lato sensu* penali rivolte nei confronti delle macchine⁵⁸. Ad esempio, si è di recente suggerito come la rappresaglia condotta sul soggetto artificiale che si sia reso responsabile di un danno possa recare un beneficio psicologico alla vittima, assecondando la sua irrazionale brama di vendetta. In tale ottica, ciò parrebbe ammissibile proprio in quanto la macchina è una *res*, e come tale ben può essere sacrificata dall’ordinamento per apportare un beneficio psicologico a un “meritevole di tutela” umano⁵⁹. Non mancano, tuttavia, prese di posizioni critiche rispetto a idee di questo tipo⁶⁰.

In secondo luogo, la prospettiva futura. Il vuoto di tutela generato dall’imprevedibilità dei soggetti artificiali intelligenti non è necessariamente destinato a crescere sempre di più, man mano che le scienze robotiche conseguiranno autonomie artificiali sempre maggiori. Oltre una certa soglia, l’autonomia ottenuta dalle macchine potrebbe essere tale da fare avverare il miracolo della

⁵⁷ Si tratta di uno dei più famosi episodi di processi contro gli animali: i topi vennero citati davanti al tribunale della città borgognona per aver distrutto il raccolto del circondario. Il vicario del vescovo intentò un’azione formale contro di loro, nominando difensore dei roditori Bartolomeo Chassenée, un giurista del luogo che a seguito del caso diventerà uno dei più famosi di Francia. L’avvocato “vinse” infatti inaspettatamente la causa, facendola rinviare *sine die*, dato che non era possibile fissare un termine esatto entro il quale i topi, rimasti contumaci, sarebbero dovuti comparire. Il celebre episodio è ricordato da molti autori: si veda, per tutti, l’incipit di TEUBNER, *Ibridi ed attanti. Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, Milano, 2015, 19 (ovvero la parte del volume in cui è tradotto il già citato saggio ID., *Rights of Non-Humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law*), oppure *amplius* EVANS, *Animali al rogo*, cit., 41 ss.

⁵⁸ Opposta l’operazione condotta da ALSCHULER, *Two Ways to Think About the Punishment of Corporations*, in *American Criminal Law Review*, 2009, 1359 ss., che attacca al cuore la *corporate liability* tracciandone un parallelo con la penalità animale prevista dall’antico istituto di *common law* del *deodand*, considerandole entrambe inaccettabili forme di responsabilità senza colpevolezza.

⁵⁹ MULLIGAN, *Revenge Against Robots*, in *South Carolina Law Review*, 2018, 579 ss., la quale giunge a proporre la “dazione nossale” del robot dal proprietario alla vittima quale modello di sanzione da adottare (p. 595).

⁶⁰ Per tutte, quelle di DARLING, *Extending Legal Protection to Social Robots: The Effects of Anthropomorphism, Emphaty, and Violent Behaviour Towards Robotic Objects*, in Calo, Froomkin, Kerr (eds.), *Robot Law*, Cheltenham-Northampton (Massachusetts), 2016, 213 ss., che paventa il rischio che manifestazioni di violenza sopra “robot sociali”, ovvero capaci di interagire in modo basilare, “socialmente minimo” con l’uomo, in modo abbastanza simile a quanto fanno gli animali superiori, possano avere un risvolto “diseducativo” per i consociati, incentivando comportamenti violenti su vittime umane.

trasmutazione del metallo in *res cogitans*, facendole diventare, da *cose*, vere e proprie *persone*, capaci di pieni doveri morali e – soprattutto – *penali*. Una persona artificiale⁶¹ nuova di zecca che, evidentemente, colmerebbe benissimo il vuoto di tutela di cui si discute. Ma è solo un sogno o una possibile, futura realtà?

È sostanzialmente questo il quesito centrale dello storico dibattito, in seno alla filosofia della mente e alle scienze dell'IA, tra le due opposte tesi dell'IA debole e dell'IA forte⁶². Semplificando all'estremo, secondo la prima opinione tale miracolo è praticamente impossibile, perché le persone sono un qualcosa di tipo ontologicamente diverso dalle macchine: i *computers* non possono avere una mente, perché non sono fatti della “materia giusta”⁶³. In base alla tesi opposta, invece, ciò che conta davvero è l'aspetto fenomenico, cioè la capacità della macchina di rapportarsi con altri soggetti *come se* avesse un'intelligenza pari a quella umana⁶⁴. Dunque, in tale ottica il miracolo è possibile – anzi, diremmo quasi certo – in un futuro forse nemmeno troppo remoto.

Ma se tale ultima prospettiva fosse corretta, andandosi a chiudere il problema del possibile vuoto di tutela penale sopra descritto, se ne aprirebbero tuttavia altri mille, le cui complessità possiamo al momento solo congetturare. Come stabi-

⁶¹ Sulla possibile personalità dei soggetti artificiali, già SOLUM, *Legal Personhood for Artificial Intelligences*, in *North Carolina Law Review*, 1992, 1231 ss.; più di recente, per tutti v. CHOPRA, WHITE, *A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents*, Ann Arbor (Michigan), 2011, 153 ss.; KOOPS, HILDEBRANDT, JACQUET-CHIFFELLE, *Bridging the Accountability Gap: Rights for New Entities in the Information Society?*, in *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 2010, 497 ss.; SANTOSUOSSO, *If the agent is not necessarily a human being. Some legal thoughts*, in Provolo, Riondato, Yenisey, *Genetics, robotics, law, punishment*, Padova, 2014, 545 ss.; SOLAIMAN, *Legal personality of robots, corporations, idols and chimpanzees: a quest for legitimacy*, in *Artificial Intelligence and Law*, 2017, 155 ss.

⁶² Senza la minima pretesa di esaustività, giacché sostanzialmente si discute di un problema che abbraccia una intera disciplina filosofica, si richiamano soltanto nella letteratura italiana, rinviando per il resto alla bibliografia ivi citata: LOMBARDI VALLAURI, *Riduzionismo e oltre*, Padova, 2002, 35 ss.; TADDEI ELMI, *Logos e intelligenza artificiale*, in Lombardi Vallauri (a cura di), *Logos dell'essere, logos della norma*, Bari, 1999, 603 ss.; CORDESCHI, *Intelligenza artificiale e soggettività*, e TADDEI ELMI, *I diritti dell'«intelligenza artificiale» tra soggettività e valore: fantadiritto o ius condendum?*, entrambi in Lombardi Vallauri (a cura di), *Il meritevole di tutela*, Milano, 1990, risp. 657 ss. e 685 ss. Sinteticamente, da ultimo v. anche MAGRO, *Biorobotica, robotica e diritto penale*, cit., 510 ss., nonché MORO, *Biorobotica e diritti fondamentali. Problemi e limiti dell'intelligenza artificiale*, in Provolo, Riondato, Yenisey (a cura di), *Genetics, robotics, law, punishment*, Padova, 2014, 533 ss.

⁶³ Tale posizione è solitamente ricondotta a John SEARLE, *Menti, cervelli e programmi*, in Hofstadter, Dennett (a cura di), *L'io della mente*, Milano, 1985, 341 ss. (originale inglese *Minds, Brains, and Programs*, in *Behavioral and Brain Sciences*, 1980, 417 ss.).

⁶⁴ La tesi dell'IA forte, invece, può essere fatta risalire ad Alan TURING, *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind*, 1950, 236 ss. (reperibile in versione italiana ridotta, dal titolo *Calcolatori e intelligenza*, nel già menzionato Hofstadter, Dennett (a cura di), *L'io della mente*, cit., 61 ss.), lavoro in cui il matematico britannico propose per la prima volta il celebre *test* che ha poi assunto il suo nome.

lire il punto esatto in cui una IA cessa di essere *res* e diviene persona⁶⁵? Il “diritto penale robotico” sarà uguale o diverso da quello classico “umano? E a sua volta, al suo interno, sarà monolitico, uguale per tutte le macchine, o andrà differenziato in base alle concrete capacità di autonomia del soggetto artificiale⁶⁶?

Sono solo alcuni dei quesiti, dal sapore fantascientifico, che potranno probabilmente porsi un domani. Un futuro che – oggi – vediamo oscuramente, come nel riflesso di uno specchio: mentre si staglia ancora nitido, benché forse prossimo al tramonto, il rassicurante, umano principio del *machina delinquere non potest*.

⁶⁵ In proposito v. lo scritto di DENNETT, *When HAL Kills, Who's to Blame? Computer Ethics*, in Stork (ed.), *HAL's Legacy: 2011's Computer As Dream and Reality*, Cambridge (Massachusetts), 1997, 351 ss.

⁶⁶ Ad alcuni di questi quesiti tenta di dare risposta HU, *Robot Criminals*, in *The University of Michigan Journal of Law Reform*, 2019, 487 ss. Per alcune suggestioni cfr. altresì PAGALLO, *When Morals Ain't Enough: Robots, Ethics, and the Rules of the Law*, cit., 631.

GAETANO CARLIZZI

IL PRINCIPIO DEL LIBERO CONVINCIMENTO
COME GUIDA PER IL LEGISLATORE E PER IL GIUDICE
NEL CAMPO DEL PROCESSO PENALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Evoluzione storica dell’idea di libero convincimento. – 3. Lineamenti teorici del principio del libero convincimento.

1. *Premessa*

Nell’accezione corrente, “libero convincimento” (o formule analoghe, come “prudente apprezzamento”) indica il modo in cui gli organi giudicanti degli ordinamenti contemporanei (giudici o giurati) devono valutare gli elementi utili per risolvere le questioni probatorie di loro competenza. In sostanza, essi devono apprezzare autonomamente, nel senso che chiarirò via via, se e in che misura tali elementi sono in grado di confermare le ipotesi fattuali rilevanti nel processo. La più importante delle questioni probatorie, dunque non l’unica¹, è la c.d. *quaestio facti*, riguardante l’effettiva occorrenza dell’episodio che il promotore del processo adduce a sostegno della propria pretesa di giustizia (es.: fatto descritto nel capo di imputazione formulato dal pubblico ministero).

La semplicità della illustrata nozione di “libero convincimento” non deve trarre in inganno, perché costituisce soltanto il contenuto minimo delle prestazioni che la relativa idea può rendere per una migliore comprensione e attuazione della giustizia penale contemporanea. L’indagine seguente, che riprende un lavoro di più ampia portata², mira proprio a sviscerare questo complesso di possibilità, nella convinzione che l’idea in esame, rettamente intesa sul piano teorico, possa fungere da guida per le attività relative al giudizio penale. Anticipando le conclusioni dell’articolo, peraltro già fissate nel titolo, mi propongo di chiarire, da un lato, cosa significa che, e perché, l’idea di libero convincimento è parte integrante di un vero e proprio principio costituzionale, dall’altro, i vincoli derivanti da tale principio alle attività svolte dal legislatore e dal giudice nel campo del processo penale.

¹ Come conferma, in generale, l’art. 187 c.p.p.

² G. CARLIZZI, *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*, San Lazzaro di Savena (BO), 2018, al quale si rimanda per ulteriori approfondimenti, tematici e bibliografici.

In conformità a questo programma, l'articolo è suddiviso in due parti, dedicate, rispettivamente, all'evoluzione dell'idea di libero convincimento nella storia della giustizia penale (§ 2) e alla configurabilità del principio costituzionale del libero convincimento con le sue principali implicazioni (§ 3).

2. *Evoluzione storica dell'idea di libero convincimento*

2.1. Dal punto di vista storico, l'idea di libero convincimento viene alla luce come alternativa ai regimi vincolati di valutazione probatoria. Semplificando un discorso ben più complesso, tali regimi sono accomunati dal fatto di predeterminare attraverso precisi criteri il peso probatorio degli elementi raccolti nel corso del processo, cioè di prestabilire le evidenze che possono confermare o infirmare l'ipotesi accusatoria, nonché la misura di questa capacità.

I regimi vincolati di valutazione probatoria sono riconducibili a due tipi, a seconda che siano di impronta irrazionale oppure razionale, ed è proprio in relazione ai due capi dell'alternativa che si può distinguere il modo in cui l'idea di libero convincimento è penetrata, rispettivamente, negli ordinamenti britannici e in quelli continentali.

2.1.1. Nel primo ambito, tale idea emerse intorno al XIII secolo, per effetto della sostituzione del regime arcaico del giudizio ordalico con quello della decisione rimessa alla giuria. In questo senso, a un giudice che doveva assolvere o condannare a seconda che l'accusato di turno superasse o non una sfida particolarmente impegnativa, se non proibitiva (es.: sopravvivenza a un'immersione a mani e piedi legati in acque gelide)³, fu sostituita una giuria chiamata a decidere in base a una valutazione delle evidenze libera nel senso indicato. Lo stampo irrazionale del regime ordalico, apprezzabile secondo la sensibilità moderna, consisteva nel collegamento indefettibile instaurato tra il peso probatorio della suddetta sfida e la volontà divina. Più precisamente, il superamento di tale sfida era considerato prova certa di innocenza secondo una "logica" riassumibile come segue: poiché è impensabile che Dio voglia che un innocente soccomba all'ordalia cui viene sottoposto; poiché è impensabile che accada qualcosa che Dio non vuole; il superamento dell'ordalia è segno univoco di innocenza.

2.1.2. In ambito continentale, invece, l'idea di libero convincimento affiorò solo verso la fine del XVIII secolo⁴, allorché i costituenti della Francia rivoluzionaria, con i decreti 16-29 settembre 1791 e 8/9 ottobre-3 novembre 1789, decisero di af-

³ F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, 1981, 468-475.

⁴ Su tale fase storica e sui suoi sviluppi successivi, cfr. M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, Milano, 1974, 145-266.

fidare la decisione della *quaestio facti* a una giuria di ispirazione anglosassone⁵, dunque dotata di piena autonomia valutativa (“*intime conviction*”⁶) e non gravata da obbligo di motivazione. In tal caso, tuttavia, la scelta non costituì una reazione al sistema ordalico, bensì al regime di valutazione probatoria che lo aveva soppiantato in Europa a partire dal XIII secolo, il regime delle prove legali positive⁷.

La particolarità di tale regime consisteva nel fatto che il legislatore, dopo aver prestabilito i tipi di elementi in presenza dei quali il giudice avrebbe dovuto ritenere l'accusato responsabile della vicenda ascrittagli, graduava anche il peso probatorio posseduto da tali tipi⁸. Tutto ciò con la conseguenza che al giudice non restava altro che compiere due operazioni prive di reale discrezionalità: controllare se ciascuno degli elementi raccolti corrispondeva a un tipo di prova legale (es.: dichiarazione confessoria), e il peso che il legislatore aveva attribuito al tipo di volta in volta integrato (es.: la confessione costituiva di per sé prova piena di colpevolezza). In ogni caso, il regime delle prove legali positive, a differenza di quello parimenti vincolato delle ordalie, presentava un'impronta relativamente razionale. Esso, infatti, non faceva altro che assolutizzare il valore probatorio di massime di esperienza spesso abbastanza plausibili, quanto meno in via tendenziale (es.: se l'accusato si dichiara colpevole, in genere non sta mentendo, date le conseguenze sfavorevoli che si accompagnano alla confessione).

Fu proprio la democratica avversione per questa dispotica assolutezza, ritenuta in contrasto con l'autonomia dei giurati quali rappresentanti del popolo, che spinse

⁵ Sulla genesi di questa scelta, cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *La giuria penale in Francia. Dai "Philosophes" alla Costituente*, Milano, 1994.

⁶ Significativa la direttiva che il giudice impartiva alla giuria: “*la loi ne demande pas compte des moyens par lesquels [les jurés] se sont formé une conviction; elle ne leur prescrit point des règles auxquelles ils doivent attacher particulièrement la plénitude et la suffisance d'une preuve; elle leur demande de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont fait sur leur raison les preuves apportées contre l'accusé et les moyens de la défense*”; di qui la secca domanda conclusiva: “*avez-vous une intime conviction?*”. La direttiva induce a considerare caricaturali alcune rappresentazioni contemporanee dell'*intime conviction*: il monito rivolto ai giurati a “interrogarsi sull'impressione che le prove addotte a carico dell'accusato e i mezzi della difesa hanno esercitato sulla loro ragione”, cioè l'appello a una critica di tipo dialettico, mostra l'irriducibilità dell'*intime conviction* a un fenomeno puramente intuitivo ed emozionale.

⁷ Sul punto, G. ALESSI PALAZZOLO, *Prova legale e pena*, Napoli, 1979.

⁸ Per una rigorosa connotazione logico-formale della differenza tra prova legale positiva e prova legale negativa (propugnata da Gaetano Filangieri e operante nell'ordinamento tedesco fino alla metà del XIX secolo come alternativa alla prima forma), L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2000, 127. Così, prova legale positiva è l'elemento sufficiente (ma non necessario), prova legale negativa è l'elemento necessario (ma non sufficiente), per ritenere provata un'ipotesi fattuale. In sostanza, nel primo caso, la presenza dell'elemento impone al giudice di ritenere provata l'ipotesi; nel secondo caso, lo autorizza a ritenerla provata, ma non glielo impone, ben potendo il giudice ritenere prevalenti gli elementi di segno contrario.

i costituenti francesi e poi, via via, i legislatori di altri Paesi europei a incentrare i rispettivi regimi di valutazione probatoria sull'idea di libero convincimento.

2.2. Qui non è possibile dar conto delle varie forme in cui tale idea operò nei vari ordinamenti continentali, ma ci si deve accontentare di ricostruirne l'evoluzione nei codici pre- e postunitari italiani, suddividendo idealmente quattro fasi⁹. Sin d'ora può dirsi che la carrellata mette in luce un dato di grande importanza teorica: il ruolo svolto dall'idea di libero convincimento in ciascun sistema processuale non dipende soltanto dall'assenza di criteri legalmente pre-stabiliti di valutazione probatoria, bensì, più in generale, dalla complessiva disciplina dell'attività di accertamento fattuale¹⁰. In particolare, è importante tener conto anche dell'impronta, inquisitoria, accusatoria o mista, del rito di turno (quale variabile che condiziona la raccolta del materiale su cui si forma il libero convincimento), nonché dell'esistenza o non di un obbligo di motivazione a carico dell'organo competente a risolvere le questioni probatorie (giacché, se è vero che tale obbligo non implica di per sé la logicità del giudizio in fatto, è pur vero che ne garantisce il controllo, e quindi stimola il giudice a coltivarla, per evitare di incorrere in censure nei gradi successivi).

2.2.1. A differenza di quanto avvenne nella Francia rivoluzionaria, negli Stati italiani preunitari l'idea di libero convincimento non ebbe inizialmente un'ispirazione strettamente democratica. L'autonoma valutazione probatoria fu infatti affidata a giudici togati, anziché alla giuria popolare. Ciò avvenne innanzitutto nel codice del Regno (napoleonico) d'Italia del 1807, che diede vita a una soluzione dispotica, se non a una "cospicua stortura"¹¹: il suddetto deficit di democraticità fu persino incrementato dalla mancata previsione di qualsivoglia obbligo di motivazione fattuale. Analoga fu la soluzione seguita nel 1808 nel Granducato di Toscana. Altri testi normativi optarono invece per una soluzione intermedia: libero convincimento, sì, del giudice togato, ma con obbligo di motivazione (codice del Regno delle due Sicilie del 1819 e Regolamento di procedura criminale dello Stato Pontificio del 1831).

⁹ Su tale evoluzione storica, cfr., per tutti, M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 200-266; per un'efficace sintesi: E. AMODIO, *Dalla intime conviction alla legalità della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 19-32.

¹⁰ Anche su questo punto illuminante M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 217: "Parlare di 'libero convincimento' significa, quindi, porre un problema anziché risolverlo. Si tratta effettivamente di una formula polivalente, perché condizionata via via dalla struttura complessiva dei vari ordinamenti processuali che la adottarono, dalle scelte politiche in essi sottintesi, dalle ideologie dell'interprete, chiamato a dare un significato concreto a quella petizione di libertà".

¹¹ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2010, 69.

2.2.2. La seconda fase dell'evoluzione storica in esame coincise col ritorno all'archetipo democratico francese, cioè con l'introduzione della giuria e l'affidamento della *quaestio facti* alla sua autonoma valutazione probatoria, senza obbligo di motivazione. Soluzione, questa, in un primo momento limitata dalla codificazione albertina del 1848 ai reati di stampa, poi estesa nel 1859 a tutti i reati. Con l'unità di Italia del 1861 e l'estensione all'intera penisola della normativa sardo-piemontese nel 1865, lo stesso modello acquisì una portata autenticamente nazionale e fu conservato nella rielaborazione codicistica del 1913.

2.2.3. La terza fase fu inaugurata dal c.p.p. del 1930, che, nonostante la matrice fascista, riprese il modello borbonico garantista del 1819, affidando il giudizio di fatto a giudici di carriera tenuti a motivare sul punto. In effetti, se, da un lato, l'idea di libero convincimento continuò a valere per la mancanza di previsioni legali sulla forza probatoria di certi elementi, dall'altro, subì una degenerazione sul piano operativo, giacché la giurisprudenza la estese dall'attività di valutazione probatoria, cui è connaturale in quanto idea epistemica, alle attività di ammissione e assunzione probatoria, rientranti piuttosto nella dimensione pratica della funzione giudiziale. Il richiamo al libero convincimento venne così sfruttato per eludere surrettiziamente i divieti e i limiti di ammissione e di assunzione probatoria stabiliti in modo esplicito o implicito dallo stesso codice di rito (cd. "prova libera", ad es.: lettura, a fini di utilizzazione, delle dichiarazioni rese dall'imputato nell'interrogatorio, per superare il divieto di testimonianza sul punto)¹².

2.2.4. L'ultima fase, ancora in corso, riflette la lettura costituzionalmente orientata del codice di rito vigente. Ancora una volta l'idea di libero convincimento come guida della valutazione probatoria del giudice togato, soggetto a obbligo di motivazione, non trova un riscontro esplicito generale¹³ (come accade, invece, nell'art. 116, comma 1, c.p.c., nonché nell'art. 64, comma 4, c.p.a.), ma emerge solo "in controluce". Essa traspare, in generale, nel comb. disp. artt. 192, comma 1-187 c.p.p., in particolare, nelle altre norme che, pur disciplinando l'apprezzamento probatorio del giudice, ne rispettano sostanzialmente l'autonomia, cioè la relativa libertà di selezione dei sottostanti criteri ed elementi

¹² Per altri esempi di siffatte degenerazioni, cfr. il prezioso inventario di M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, cit., 297-449.

¹³ In effetti, da un lato, nei giudizi dinanzi alla *Corte di assise*, i giudici popolari devono recitare una formula di giuramento che fa riferimento al loro "intimo convincimento" (art. 30, comma 1, l. 10 aprile 1951, n. 287); dall'altro, l'art. 420 *ter*, comma 2, c.p.p., relativo alla *specificata* questione se la probabilità che l'assenza dell'imputato sia dovuta ad assoluta impossibilità a comparire per caso fortuito o forza maggiore, stabilisce che "tale probabilità [sia] liberamente valutata dal giudice" (al riguardo, v. anche *sub* 3.2.1).

(artt. 192, comma 3, 238, comma 4, 408, 425, commi 1 e 3 ecc.)¹⁴, in omaggio a ben precisi valori. Quali sono questi valori e, soprattutto, le implicazioni che ne derivano per la giustizia penale, sono questioni in parte controverse, in parte addirittura inesplorate. Di entrambe mi occuperò nel prossimo paragrafo.

2.3. Intanto, a completamento della carrellata storica, è utile passare in rassegna i casi principali in cui la giurisprudenza di legittimità ha invocato la nostra idea.

2.3.1. Ciò è avvenuto, innanzitutto, sotto i due profili fondamentali della ricostruzione del fatto in giudizio: quello dell'attendibilità probatoria, dove si è sostenuto in generale che possono risultare di per sé credibili le dichiarazioni della persona offesa, sebbene sia in conflitto con l'imputato, perché non esiste una gerarchia tra i diversi mezzi di prova¹⁵; quello della persuasività probatoria, dove si è concluso che la mancata presentazione in giudizio dell'imputato può valere come elemento concorrente a sostegno della tesi accusatoria¹⁶, oppure che i rapporti di parentela possono indiziare l'esistenza di un *pactum sceleris*¹⁷. In secondo luogo, suscettibile di valutazione autonoma è stato ritenuto il fatto processuale dell'impedimento dell'imputato a comparire all'udienza: il giudice potrebbe apprezzarlo in base alle regole di esperienza e conoscenze mediche comuni, persino in contrasto con la prognosi stabilita in un certificato specialistico¹⁸.

D'altro canto, tenendo conto della stretta inerenza del libero convincimento alla valutazione probatoria, inappropriato appare il richiamo fatto ad esso con riguardo: al potere del gip di archiviare prescindendo dalle ragioni addotte dal p.m.¹⁹ (che non coinvolge problemi di valore probatorio), al potere giudiziale di bilanciamento tra circostanze²⁰ (che dipende dall'interpretazione dell'art. 69 c.p.) e all'impiego in giudizio del riconoscimento fotografico di p.g.²¹ (che pone questioni di ammissibilità dei mezzi di prova).

2.3.2. D'altro canto, il terreno sul quale l'idea di libero convincimento è stata sfruttata maggiormente dalla giurisprudenza è quello della prova scientifica. Gli interrogativi emersi al riguardo, numerosi e complessi, investono i limiti entro cui il giudice può risolvere le questioni fattuali specialistiche prescindendo o, addirittura

¹⁴ Per un quadro più ampio di tali riferimenti normativi, cfr. M. NOBILI, *Esiti, errori, arbitrii dietro un'illustre formula: gli ultimi trent'anni*, in *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze. Atti del convegno, Siracusa, 6-8 dicembre 2002*, Milano, 2004, 49.

¹⁵ Cass., Sez. III, 18 settembre 2014, n. 42027, in CED Cass., n. 260986.

¹⁶ Cass., Sez. Sez. II, 1 marzo 2017, n. 16563, in CED Cass., n. 269507.

¹⁷ Cass., Sez. Sez. IV, 1 agosto 1996, n. 1956, in CED Cass., n. 205940.

¹⁸ Cass., Sez., V, 13 luglio 1993, n. 8236, in CED Cass., n. 195830.

¹⁹ Cass., Sez. IV, 16 novembre 2016, n. 51557, in CED Cass., n. 268343.

²⁰ Cass., Sez. II, 10 dicembre 2003, n. 14463, in CED Cass., n. 228774.

²¹ Cass., Sez. V, 1 ottobre 2010, n. 6456, in CED Cass., n. 266023.

tura, discostandosi dalle opinioni di un esperto in giudizio²². Per lungo tempo le risposte fornite hanno inteso l'autonomia valutativa del giudice in termini pressoché illimitati, cioè tali da lasciare al suo arbitrio ogni decisione sul se e come ricorrere al sapere dei cultori delle discipline scientifiche. È solo nell'ultimo decennio, in particolare a partire dalla celebre sentenza Cozzini²³, che la giurisprudenza di legittimità ha inteso la suddetta autonomia in modo pienamente equilibrato: se, da un lato, il giudice deve avvalersi dell'ausilio di esperti, dall'altro, non deve appiattirsi sulle loro conclusioni, bensì sottoporre a un preciso scrutinio epistemologico l'affidabilità dei criteri su cui poggiano (leggi, ma anche definizioni, descrizioni scientifiche ecc.²⁴).

3. Lineamenti teorici del principio del libero convincimento

3.1. Nella letteratura sul libero convincimento, un dato colpisce soprattutto: sebbene si usi spesso il termine "principio", manca in genere una riflessione sul senso e i corollari della tesi morfologica sottostante. La lacuna spicca già nel capolavoro giovanile di Massimo Nobile, che, pur parlando sin dal titolo di "principio del libero convincimento", non si sofferma mai sulla sua natura. Anzi, nella fase finale della propria attività scientifica, il grande studioso, memore delle distorsioni della "prova libera" proliferate sotto il vigore del c.p.p. del 1930 (v. *sub* 2.2.3), abbandona addirittura la locuzione "principio", in favore di formule ("assioma potente, magico", "figura", "clausola", "formula magica", "postulato"²⁵) che esprimono solo sfiducia nell'utilità teorica e nell'opportunità pratica del richiamo al libero convincimento²⁶.

²² Per un quadro più articolato di tali interrogativi e delle conseguenti risposte, cfr., volendo, G. CARLIZZI, *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale*, cit., 31. Sulla prova scientifica in generale, sia consentito il rinvio a ID., *La valutazione della prova scientifica*, Milano, 2019.

²³ Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, in CED Cass., n. 248943.

²⁴ Per questi e altri tipi di proposizioni scientifiche integranti i criteri della valutazione di persuasività probatoria, cfr., volendo, G. CARLIZZI, *La valutazione della prova scientifica*, cit., 36-42.

²⁵ M. NOBILI, *Esiti, errori, arbitrii dietro un'illustre formula*, cit., 34, 49, 59; in termini simili, P. FERRUA, *La prova nel processo penale. Volume I. Struttura e procedimento*, Torino, 2017, 185: "più che di libero convincimento, occorre parlare di valutazione *legale e razionale*" (corsivi nell'orig.); G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, 163 ("canone").

²⁶ Al riguardo, vale la pena citare testualmente il seguente passo, tratto da M. NOBILI, *Esiti, errori, arbitrii dietro un'illustre formula*, cit., 59: "Penso [...] che il 'convincimento libero' del giudice, quanto di benefico doveva partorire, già lo diede negli anni tra Voltaire e Carrara. Da allora, è stato solo un calvario, una tribolazione di storpiature, equivoci, concetti e categorie manipolate [... S]arebbe tempo di abbandonarlo, nel senso di parlarne, ammirati, come – ammirati – parliamo di Leopardi o del Rinascimento".

Può darsi che questo stato di cose dipenda anche dal fatto che lo statuto dei principi giuridici è stato approfondito dalla teoria del diritto soprattutto negli ultimi decenni, dunque che le relative acquisizioni non hanno ancora una collocazione stabile nel patrimonio della dogmatica giuridica. Oltretutto, come chiarirò tra breve, le peculiarità morfologiche dei principi giuridici sono ancora discusse nella stessa teoria del diritto, sicché è comprensibile la tendenza della dogmatica a non impegnarsi in indagini su temi per molti versi ancora oscuri.

Ad ogni modo, ferma restando l'inopportunità di ricorrere acriticamente a un'etichetta così impegnativa come "principio del libero convincimento", vi sono buone ragioni per ritenere che essa possa essere usata a giusto titolo. Pertanto, mi propongo, da un lato, di stabilire cosa significa che un'idea ha le sembianze di un principio giuridico, dall'altro, di chiarire perché l'idea di libero convincimento ha tali sembianze.

3.2. Per stabilire cosa significa che un'idea costituisce un principio giuridico, è necessario innanzitutto distinguere i principi giuridici (d'ora in poi: "principi") da due figure affini, le regole giuridiche (d'ora in poi: "regole") e le tendenze disciplinari.

3.2.1. Le regole sono prescrizioni che qualificano deonticamente (come obbligatori, vietati, leciti, potestativi ecc.²⁷), dal punto di vista del diritto, certi tipi di comportamenti, descritti in maniera più o meno precisa (es.: divieto di arricchirsi indebitamente a danno altrui con dichiarazioni o contegni ingannevoli, *ex art. 640 c.p.*). Data la natura artificiale di ogni ordinamento storico, tali qualificazioni e descrizioni sono in ultima analisi strumentali alla protezione/promozione dei valori riconosciuti nella relativa comunità (es.: patrimonio in senso lato e lealtà delle relazioni negoziali, nel caso dell'art. 640 c.p.). Il collegamento funzionale tra regole e sfera assiologica fa sorgere il problema della loro distinzione rispetto ai principi, che pure sono norme funzionali alla realizzazione di valori. La questione verrà affrontata *sub* 3.2.3. Per ora basti dire che i criteri discretivi maggiormente utilizzati non sono scorretti, ma hanno carattere epifenomenico, cioè sono il mero riflesso del criterio discretivo davvero primario.

Ciò posto, di "regola del libero convincimento" avrebbe senso parlare a proposito di una prescrizione secondo cui giudizi fattuali di un certo tipo (es.: apprezzamento degli elementi raccolti in dibattimento, volto a stabilire se l'imputato ha commesso il fatto ascrittogli) possono essere svolti dal giudice autonomamente, senza, cioè, sottostare a direttive prestabilite circa il valore probatorio (*scil.*: l'attendibilità o la persuasività) di elementi di una determinata specie

²⁷ Su queste e altre qualità deontiche, L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, 109-179.

(direttive quali: le dichiarazioni del teste pubblico ufficiale sono sommamente affidabili; il reperimento delle impronte digitali dell'imputato sul corpo della vittima conferma senz'altro la sua responsabilità per l'omicidio).

Sennonché, ciò non sembra avvenire nel nostro rito penale. Infatti, è vero che l'art. 420 *ter*, comma 2, c.p.p. dispone che “[La] probabilità [che l'assenza dell'imputato all'udienza sia dovuta ad assoluta impossibilità a comparire per caso fortuito o forza maggiore] è liberamente valutata dal giudice”. Ma è pur vero che, accanto a questa statuizione puntuale, vi è la norma derivante dal comb. disp. artt. 192, comma 1-187 c.p.p., secondo cui ogni forma di apprezzamento probatorio gode in linea di massima di piena autonomia. Sul punto tornerò più ampiamente *sub* 3.3.1.

Ad ogni modo, intesa come parte integrante di una regola, l'idea di libero convincimento avrebbe un rilievo dogmatico modesto, ma teorico e normativo infimo. Infatti, da un lato, nulla aggiungerebbe al contenuto della disposizione di turno, dall'altro, potrebbe essere limitata mediante prescrizioni derogatorie o addirittura neutralizzata tramite l'abrogazione delle suddette regole.

3.2.2. Le tendenze disciplinari sono situazioni che, per effetto della vigenza di regole omogenee relative a una stessa materia, si formano nel relativo campo di esperienza. Si pensi alle varie misure di contrasto di certe forme di criminalità economica, che creano limitazioni più o meno penalizzanti per i relativi autori e vantaggiose per i consociati.

Sempre con riguardo al nostro rito penale, l'idea di libero convincimento non potrebbe essere ricondotta a una semplice tendenza disciplinare. Nel punto precedente si è visto, infatti, che essa non si è tradotta in mere regole puntuali. In tale ambito, dunque, non accade semplicemente che il giudice è di fatto autonomo quando valuta le prove, bensì che tale autonomia costituisce un caposaldo, nel senso che sarà meglio illustrato nel prossimo punto.

Ora, se pure fosse intesa come parte integrante di una semplice tendenza disciplinare, l'idea di libero convincimento rivestirebbe interesse soprattutto per il sociologo del diritto, non tanto per il giurista teorico o pratico. Tale tendenza, infatti, sebbene fondata su una serie di regole, non costituirebbe a sua volta alcuna regola nuova, anzi potrebbe essere agevolmente limitata o neutralizzata con appositi interventi riformistici.

3.2.3. Così come le regole e a differenza delle tendenze disciplinari, i principi hanno carattere normativo. Anch'essi sono cioè prescrizioni, solo che qualificano in termini deontici, non già un tipo di comportamento che realizza un valore, bensì la generica attuazione di quest'ultimo. Per fare qualche esempio, limitato al

campo, capitale ma non esclusivo, dei principi costituzionali²⁸, il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) pretende che si realizzi (in qualche modo) la parità di trattamento delle situazioni significativamente analoghe e la disparità di trattamento delle situazioni significativamente diverse, il principio di inviolabilità della libertà personale (art. 13 Cost.) pretende che si realizzi (in qualche modo) l'autodeterminazione individuale, e così via²⁹.

Se questo è vero, se cioè i principi avanzano tipicamente una generica pretesa di realizzazione di certi valori, si comprende perché molti teorici del diritto hanno incentrato la distinzione principi/regole sull'alternativa norme indeterminate (defettibili e/o a fattispecie aperta e/o imprecise) / norme determinate (indefettibili e/o a fattispecie chiusa e/o precise)³⁰.

Senonché, tale criterio, contenutistico, valorizza un aspetto discretivo epifenomenico, cioè che non riflette la reale differenza tra principi e regole. A mio avviso, è preferibile ricorrere a un diverso criterio, funzionale, consistente nell'alternativa norme fondanti/norme fondate³¹. Così, posto che il diritto, specie nello Stato costituzionale contemporaneo³², serve in definitiva all'attuazione dei valori da cui dipende l'ottimale convivenza civile, i principi stabiliscono la generica pretesa di realizzazione di tali valori, mentre le regole specificano i modi della loro realizzazione, tenuto conto di tutte le particolarità delle situazioni di volta in volta disciplinate. Pertanto, i principi costituiscono le *rationes* sottostanti a insiemi omogenei e più o meno ampi di regole, che ne risultano così giustificate.

Pertanto, il rapporto fondativo, sebbene primario, non è l'unico che lega i principi alle regole, anzi genera una serie di rapporti ulteriori, che indicano altrettante funzioni assolvibili dai primi rispetto alle seconde. Mi riferisco soprattutto alla funzione ermeneutica, alla funzione maieutica e alla funzione critica. Così, se fanno da *rationes* alle regole, i principi consentono di: comprendere in modo più puntuale e profondo le regole espresse dalle varie fonti del diritto; ricavare regole non espresse

²⁸ Con riguardo, invece, ai "principi generali dell'ordinamento" ex art. 12 disp. prel. c.c., cfr. V. VELLUZZI, *Le preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, 2013, 101-106.

²⁹ Sul "passaggio dal diritto penale delle regole e delle categorie a quello dei principi come atto di nascita della scienza penale moderna", v. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 61-66.

³⁰ Sul punto, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 173-180; G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, 2016, 76-96.

³¹ Così anche R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 180, secondo cui ulteriori caratteristiche (apertura della fattispecie, defettibilità, genericità), in quanto non esclusive dei principi, non possono ritenersi propriamente costitutive della loro definizione. Relativamente diversa la posizione di G. PINO, *Teoria analitica del diritto*, cit., 85 s., 87, 90, secondo cui, posto che nessuna delle caratteristiche invocate per distinguere in modo forte i principi dalle regole è esclusiva dei primi, la distinzione va concepita in termini, non già categorici, bensì gradualistici, nel senso che i principi sono norme più generiche, più indeterminate e più importanti delle regole.

³² In tema, V. OMAGGIO, *Saggi sullo stato costituzionale*, Torino, 2016.

eppure immanenti al sistema giuridico che essi alimentano; censurare le regole prive di una *ratio* significativa o di pari rango a quello da essi rivestito.

3.3. Finalmente è giunto il momento di chiedersi, sempre con riguardo al nostro ordinamento, se l'idea di libero convincimento componga un vero e proprio principio giuridico.

3.3.1. Riprendendo e approfondendo uno spunto lanciato *sub* 3.2.1, là dove si è escluso che tale idea integri una semplice regola, la questione va risolta in senso positivo. Stabilendo, attraverso il comb. disp. artt. 192 (sulla “valutazione della prova”), comma 1-187 (sull’“oggetto della prova”), che il giudice può scegliere, purché li esponga chiaramente, i criteri utilizzati in ogni momento e per ogni tema probatorio, il nostro c.p.p. ha propeso in generale per la realizzazione di un ben preciso valore. È il valore dell'autonomia del giudizio fattuale, da intendere, secondo la tradizione filosofica relativa all'idea di autonomia³³, come libertà vincolata, come sintesi di altri due valori, egualmente meritevoli di realizzazione³⁴. Innanzitutto, la “concretezza della valutazione probatoria”, cioè la libera aderenza alle singolarità del fatto da provare, che ispira il rifiuto del regime della prova legale assoluta e il connesso riconoscimento del potere giudiziale di selezione e di impiego dei criteri probatori. Inoltre, la “logicità della valutazione probatoria”, cioè la soggezione di quel potere (soltanto) a parametri logici, che ispira l'obbligo di ricorrere a criteri logico-materiali (leggi scientifiche collaudate, massime di esperienza plausibili ecc.) e di impiegarli nel rispetto dei principi logico-formali (di identità, di non contraddizione ecc.), nonché l'obbligo di motivare a garanzia dell'adempimento del primo³⁵.

In definitiva, il vigente sistema processualpenalistico pretende che si realizzi l'autonomia della valutazione probatoria, in particolare la concretezza e la logica di quest'ultima, intese come precondizioni di accertamento della verità delle ipo-

³³ Il principale riferimento è I. KANT, *Critica della ragion pratica*, Roma-Bari, 1991, 35, che individua nella *possibilità* di determinarsi *sottostando* alle leggi della ragione la cifra dell'autonomia: «[la] indipendenza [da un oggetto desiderato] è la libertà nel senso *negativo*; invece, questa *legislazione propria* della ragion pura e, come tale, pratica, è la libertà nel senso *positivo*. Dunque la legge morale non esprime nient'altro che l'*autonomia* della ragion pura pratica, cioè della libertà» (sottolineature nell'orig., ma in forma spaziata).

³⁴ In termini analoghi, P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, 68: “Con l'espressione *libero convincimento* si vuole significare che il giudice è “libero” di convincersi e, al tempo stesso, è “obbligato” a motivare razionalmente [...]” (corsivi nell'orig.).

³⁵ Sui molteplici problemi della valutazione probatoria, cfr., per tutti, J. FERRER BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova*, Milano, 2012, spec. 87-143; G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2016, 249-284.

tesi fattuali prospettate nel processo (*in primis* di quella accusatoria)³⁶, dunque di giustizia della decisione finale³⁷. E tale pretesa costituisce un vero e proprio principio perché, avendo ad oggetto la realizzazione dei valori della materia probatoria prescelti dalla nostra cultura giuridica, può fungere da fondamento delle relative regole codicistiche: sia di quelle in cui si specifica l'obbligo di motivazione in fatto stabilito in generale dall'art. 192, comma 1, sia di quelle che stabiliscono particolari requisiti (es.: art. 192, comma 2) o standard (es.: artt. 408, 125 norme att., 425, commi 1 e 3, 533, comma 1) probatori.

Né, la descritta autonomia subisce eccezioni dalle sporadiche disposizioni relative al valore probatorio di determinati elementi. Tale valore, infatti, non è mai stabilito in termini assoluti: o perché è ammessa la prova contraria (es.: *ex* art. 275, comma 3, c.p.p., la presunzione di sussistenza di esigenze cautelari nel caso in cui sussistano gravi indizi di colpevolezza per i reati di cui agli artt. 270, 270 bis e 416 *bis* c.p. è solo relativa), oppure perché si esigono requisiti probatori, sì, supplementari, ma non collegati a specifici tipi di elementi (es.: *ex* art. 192, comma 3, c.p.p., le dichiarazioni del coimputato e dell'imputato in procedimento connesso non possono ritenersi da sole attendibili e devono essere confermate da altri elementi, ma questi possono essere di qualunque tipo). In sostanza, in entrambi gli ordini di ipotesi, il giudice può autonomamente stabilire se gli elementi raccolti integrano la prova contraria o, rispettivamente, il requisito supplementare di turno, sicché la sua libertà di convincimento resta integra.

3.3.2. Se il principio del libero convincimento fosse ricavabile soltanto dal comb. disp. artt. 192, comma 1-187 c.p.p., esso sarebbe di rango puramente legislativo. Nondimeno, per quanto in maniera sporadica, la dottrina e la giurisprudenza hanno prospettato anche la tesi del suo rango costituzionale. Ovviamente, seguire l'uno o l'altro capo dell'alternativa non è indifferente, come tenterò di mostrare in seguito.

Intanto consideriamo la principale tesi sul rango costituzionale del principio del libero convincimento: esso affonderebbe le proprie radici nell'art. 101, comma 2, Cost., il quale, stabilendo che solo la legge può limitare l'autonomia deci-

³⁶ Sui principali nessi (concettuale e teleologico) tra prova e verità, v. J. FERRER BELTRÁN, *Prova e verità nel diritto*, Bologna, 2004, 79-85. Sul ruolo della verità nel giudizio penale, cfr., F. CARRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in "Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo", a cura di G. Forti-G. Varraso-M. Caputo, Napoli, 2014, 199-218; G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, cit., 103-118.

³⁷ Sulle concezioni del processo secondo cui l'accertamento della verità delle ipotesi fattuali ivi prospettate costituisce un necessario presupposto di giustizia della decisione (cd. "concezioni aleliche"), cfr., volendo, G. CARLIZZI, *La valutazione della prova scientifica*, cit., 68 s.

sionale del giudice, fa valere quest'ultima in linea di massima³⁸. La tesi è stata criticata dal più attento studioso del tema, Massimo Nobili, e a giusta ragione, poiché genera un paradosso³⁹, riassumibile come segue. Il principio in esame ha sempre funzionato come alternativa al regime delle prove legali, sicché, considerandolo espressione del principio di soggezione del giudice alla legge, si finirebbe per farlo dipendere proprio da quel legislatore che esso dovrebbe limitare. D'altro canto, alla *pars destruens*, Nobili non fa seguire una tesi alternativa sul fondamento costituzionale del principio del libero convincimento, giacché questo, nel momento in cui scrive, gli appare più che mai evanescente. Anzi, al termine della propria riflessione, egli assume che persino la Corte costituzionale, in alcune decisioni del 2002, avrebbe concluso che "il principio del 'convincimento libero' non è stabilito dal nostro testo fondamentale"⁴⁰.

A mio avviso, se non è plausibile la tesi che collega il nostro principio all'art. 101, comma 2, Cost., neppure può condividersi la tesi che ne nega il rango costituzionale. Provo a riassumere brevemente gli argomenti rilevanti per questa seconda critica. Nel punto precedente si è detto che, nella prospettiva del comb. disp. artt. 192, comma 1-187 c.p.p., tale principio ha in definitiva di mira i valori della concretezza e della logicità della valutazione probatoria. Il primo, perché il giudice deve solo dar conto dei criteri probatori adottati (oltre che dei risultati raggiunti), mentre può sceglierli liberamente a seconda delle peculiarità dell'ipotesi fattuale da provare e degli elementi emersi al riguardo. Il secondo, perché il giudice, avendo l'obbligo di esporre i suddetti criteri (e risultati), da un lato, è indotto a rispettare i parametri logico-formali e logico-materiali correnti (v. *sub* 3.3.1), dall'altro, offre alle parti e ai terzi la possibilità di formulare censure fondate su questi ultimi. Ora, a ben vedere, i due suddetti valori non sono presi di mira soltanto dal legislatore, ma prima ancora dalla Carta fondamentale. L'esigenza di concretezza della valutazione probatoria discende dal principio di ragionevolezza della legge – tratto in origine dall'art. 3, comma 2, Cost., poi ritenuto ubiquitario nel nostro ordinamento⁴¹ –, il quale impone al legislatore di garantire la costante aderenza delle sue prescrizioni alle singolarità dei fatti che ne formano oggetto, ed è pertanto in conflitto con i cosiddetti "automatismi legisla-

³⁸ Sul punto, M. NOBILI, *Esiti, errori, arbitrii dietro un'illustre formula*, cit., 43, il quale attribuisce la tesi, da un lato, ad alcune ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, dall'altro, a P. Morosini.

³⁹ *Ibidem*: "Come una libertà dalla legge – per la critica delle prove penali – possa essere postulata da parole in cui sta scritto che il giudice (non ad altro, ma) alla legge deve essere soggetto, si pose da anni, per me come un mistero" (corsivi nell'orig.).

⁴⁰ *Ivi*, 47.

⁴¹ Cfr. V. OMAGGIO, *Saggi sullo stato costituzionale*, cit., 98-119, 145-150; S. ZORZETTO, *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Milano 2008, 17-40.

tivi”⁴², ivi comprese – appunto – le regole assolute di prova legale⁴³. L’esigenza di logicità della valutazione probatoria è invece implicata dall’art. 111, comma 6, Cost., il quale, prevedendo che “Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati”, cioè l’onnipresenza della principale garanzia di logicità giudiziale (v. *sub* 3.3.1), eleva anche quest’ultima – appunto – a valore fondamentale⁴⁴.

Stabilita la rilevanza costituzionale del principio del libero convincimento, vanno chiarite infine le conseguenze di questo inquadramento. Ed è proprio qui che si coglie appieno il senso del titolo del presente scritto. Infatti, se il nostro principio avesse rango meramente legislativo, esso si rivolgerebbe soltanto al giudice, da un lato, vietandogli di dar vita a presunzioni probatorie assolute⁴⁵, dall’altro, imponendogli di avvalersi dei comuni strumenti della logica (formale e materiale) nella formazione del suo giudizio in fatto. Se, invece, come sembra possibile e opportuno, al principio del libero convincimento si riconosce rango costituzionale, i suoi corollari risultano ben più significativi, in quanto esso vincola innanzitutto il legislatore, da un lato, vietandogli di introdurre regole assolute di prova legale, dall’altro, imponendogli di formulare regole che, nel rispetto del limite appena indicato, promuovano la logicità della valutazione probatoria del giudice.

I fondamenti del diritto delle prove penali possono ritenersi con ciò esauriti? La risposta, che qui può essere solo abbozzata, è senz’altro negativa. Il principio del libero convincimento, quale prescrizione tendenzialmente avversa al regime della

⁴² Esempi del passato (oltre a quello, centrale ai nostri fini, della prossima nota): inderogabilità della regola circa la differenza massima di età tra adottante e adottato, stabilita in 40 anni dall’art. 6, comma 2, l. 4 maggio 1983, n. 184; perdita automatica della potestà genitoriale in capo al responsabile del delitto di alterazione di stato. Sul punto, cfr. la preziosa ricostruzione di M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it, 2013.

⁴³ Tali potevano considerarsi le presunzioni assolute di cui all’art. 275, comma 3, c.p.p. *ante* l. 16 aprile 2015, n. 147 (la quale, trasformandole in relative, ha portato a compimento un *iter* avviato dalla giurisprudenza costituzionale). Più precisamente, prima di tale riforma, per certi tipi di reato, si prevedeva, senza possibilità di prova contraria, che l’unica forma di misura cautelare adeguata fosse la custodia cautelare in carcere. Che tali presunzioni assolute non fossero altro che regole di prova legale, va inteso nel senso seguente. Una volta accertata, peraltro sulla base di una presunzione legale relativa, la sussistenza di esigenze cautelari, l’ulteriore giudizio circa l’adeguatezza di una certa misura a fronteggiarle era rigidamente predeterminato dal legislatore, sulla scorta di una massima – *grosso modo* – del seguente tenore: “se qualcuno è presunto autore di omicidio volontario ecc. e vi è il pericolo di reiterazione del reato, allora è provato che tale pericolo può essere neutralizzato solo applicando la custodia cautelare in carcere”.

⁴⁴ Sullo “statuto epistemologico del processo penale”, cfr. G. CANZIO, *La motivazione della sentenza e la prova scientifica: “reasoning by probabilities”*, in Id.-L. Lupária (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Milano, 2017, 3, 7-9.

⁴⁵ Si noti che la stessa prassi tende ad escludere siffatte “presunzioni giurisprudenziali”: come visto *sub* 2.3.1, le sentenze si rifiutano in genere di ancorare l’attendibilità delle informazioni probatorie a gerarchie prestabilite tra le rispettive fonti. Sulle presunzioni giurisprudenziali, cfr. C. GAMBA, *Presunzioni [Dir. proc. civ.]*, in www.treccani.it, 2016, § 3.

prova legale e favorevole all'uso della logica, non basta a garantire la perfetta attuazione della giustizia penale⁴⁶. La quantità e l'importanza dei beni su cui quest'ultima può incidere (a cominciare dalla libertà, dignità ecc. dell'imputato) impone di correlarlo a un altro principio, quello del ragionevole dubbio, che valorizza l'ulteriore esigenza di "certezza ottimale della prova penale"⁴⁷. Nell'imporre tutto ciò che è utile, non solo sul piano epistemico, ma anche su quello pratico⁴⁸, per il rigore del controllo dell'ipotesi accusatoria, il principio del ragionevole dubbio massimizza infatti l'efficacia del principio del libero convincimento, così garantendo al meglio la giustizia della decisione conclusiva del giudice.

⁴⁶ Altro discorso vale per la giustizia civile e per quella amministrativa, che, in materia probatoria, da un lato, si ispirano principalmente al principio del libero convincimento, dall'altro, ammettono ancora ipotesi di prova legale in omaggio ad altri valori. Su questi temi, cfr. M. RUSSO, *Prova legale e libero convincimento*, Torino, 2017.

⁴⁷ Sul punto, sia consentito il rinvio a G. CARLIZZI, *Libero convincimento e ragionevole dubbio*, cit., 49-99.

⁴⁸ Sulla duplice funzione, "epistemica" e "pratica", del principio del ragionevole dubbio, cfr., volendo, ivi, 87 s. Qui basti rilevare che la "funzione pratica" è venuta alla luce grazie a due celeberrime sentenze delle Sezioni Unite, Dasgupta (28 aprile 2016, n. 27620, non massim. sul punto) e Patalano (19 gennaio 2017, n. 18620, non massim. sul punto), le quali, proprio richiamandosi all'idea di ragionevole dubbio, hanno imposto al giudice di appello che intenda ribaltare la sentenza di assoluzione resa dal giudice di primo grado (con rito ordinario o con rito abbreviato) di *riesaminare* (ecco l'attività pratica, anziché epistemica, doverosa) i testimoni su cui tale sentenza poggia (regola poi introdotta nell'art. 603, comma 3 *bis*, c.p.p., dalla l. 23 giugno 2017, n. 103: cd. "riforma Orlando").

RICHARD DUBÉ – MARGARIDA GARCIA

L'OPINIONE PUBBLICA COME FONDAMENTO DEL DIRITTO
DI PUNIRE: FRAMMENTI DI UNA NUOVA TEORIA DELLA PENA? ^(*)^(**)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La nozione di opinione pubblica: la sua «de-individualizzazione» (*dé-singularisation*) e la smaterializzazione (*dé-substantialisation*) delle aspettative che essa suscita. – 3. Considerazioni metodologiche. – 4. Regolarità argomentative nella politica di severità delle pene. – 5. Dalla protezione all'approvazione da parte della società: l'emergere di una nuova teoria della pena? – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'articolo ha come obiettivo la descrizione della traiettoria empirica e teorica di un progetto di ricerca¹ canadese sulla retorica politica che ha permesso di giustificare un consistente inasprimento del sistema sanzionatorio in materia penale. Siffatto inasprimento si registra nell'arco di quasi un decennio, ossia tra il 2006 e il 2015, periodo durante il quale si trovava al governo il partito conservatore di Stephen Harper. Nel corso di tale periodo, il governo ha presentato molteplici proposte di leggi di natura repressiva da cui emerge, con riguardo all'opinione pubblica, un modo del tutto inedito di concepire il diritto di punire. L'articolo

^(*) Traduzione dal francese a cura della dott.ssa Caterina Paonessa.

^(**) Il presente lavoro è apparso in lingua originale con il titolo “*L'opinion publique au fondement du droit de punir: fragments d'une nouvelle théorie de la peine?*” su *Déviance et Société* 2018, vol. 42, n. 2, pp. 243-275.

¹ La ricerca di cui tratta questo articolo ha ricevuto il sostegno finanziario del *Conseil des recherches en sciences humaines* del Canada. Anche se ambientata essenzialmente in Canada, le incursioni empiriche (a partire dai dibattiti parlamentari, dall'analisi giurisprudenziale e dalle interviste qualitative con giudici e procuratori) sono state realizzate anche in Portogallo. A tale riguardo, teniamo a ringraziare Pierre Guibentif, professore associato a l'ISCTE-IUL (*Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa – Instituto Universitário de Lisboa*) per la sua preziosa collaborazione nello sviluppo della parte europea, così come Patrícia André e Susana Santos, ricercatrici portoghesi che hanno ugualmente contribuito a questa parte. L'articolo si riferisce, tuttavia, soltanto ai dati canadesi. Per questa parte e soprattutto per la codifica del dibattito, i nostri ringraziamenti vanno a Sandrine Ferron-Ouellet, allieva del Master in Criminologia dell'Università di Ottawa. Ringraziamo anche Kristine Philippe, allieva del Master in Criminologia dell'Università di Ottawa, e Sébastien Labonté, dottorando in Criminologia nella stessa Università, per aver attivamente partecipato ai seminari e agli incontri in cui molte delle idee presentate nel lavoro sono state discusse.

tratta le forme assunte da questo richiamo politico all'opinione pubblica nell'ambito dei dibattiti parlamentari che si sono sviluppati intorno ai menzionati progetti di legge.

La nozione di opinione pubblica sarà esaminata da un punto di vista teorico nel paragrafo successivo. Preciseremo poi, sul piano metodologico, l'approccio che è stato privilegiato nell'elaborazione e nella valutazione del *corpus* empirico. Nel prosieguo dell'analisi cercheremo di comprendere, alla luce dei dibattiti parlamentari esaminati, le idee, la semantica o il fondamento giustificativo utilizzati dalla politica per sostenere, con proprie iniziative legislative, l'inasprimento delle pene. Proveremo in seguito a collegare questa analisi alla problematica generale della teoria della razionalità penale moderna, proposta da Pires, e a riprendere la questione del diritto di punire per problematizzare le implicazioni derivanti da ciò che, in forma embrionale, sembrano presentarsi come nuovi «vocabolari di motivi» (Garcia, 2013, 44)², diversi da quelli a cui ci hanno abituato la deterrenza (*dissuasion*), la retribuzione (*rétribution*), la riabilitazione (*réhabilitation*) o la stessa funzione confermativa della pena (*dénonciation*). A mo' di conclusione, cercheremo di definire lo statuto di questi frammenti e la specificità del loro ruolo nella legittimazione delle pene afflittive e carcerarie sostenute dai progetti di legge analizzati.

2. *La nozione di opinione pubblica: la sua «de-individualizzazione» (dé-singularisation) e la smaterializzazione (dé-substantialisation) delle aspettative che essa suscita*

La nostra revisione della letteratura attesta che in materia penale ci sono tante opinioni quante sono le tematiche trattate. Finora le ricerche si sono concentrate su vari temi quali le misure di prevenzione della criminalità³, le indagini di polizia⁴, la natura delle pene, il loro fondamento, o il loro grado di afflittività⁵, la procedura di liberazione condizionale⁶, i recidivi, i delinquenti minorenni, o ancora i

² L'espressione, tratta da Mills (1940), permette di caratterizzare sotto forma di vocabolari di motivi le giustificazioni che ogni teoria moderna della pena pone a fondamento del diritto di punire.

³ Si vedano specificamente: Roberts, Doob, 1989, 491; Roberts, Grossman, 1990, 75.

⁴ Cfr. tra gli altri: Percy, 1980, 75; Skogan 1996, 423; Allen et al., 2006.

⁵ Cfr., ad esempio: Roberts et al., 2007, 75; Walker et al., 1988; Sharp, Otto, 1909, 341; Vidmar, 1974, 337; Warr et al., 1983, 75; Reynolds et al., 2009, 166; Roberts, 1984, 283; Sarat, Vidmar, 1976, 171; Skovron et al., 1989, 546; Vidar, Dittenhoffer, 1981, 43; Erol, Brown, 1995; Taylor et al., 1979, 413.

⁶ A titolo esemplificativo: Roberts, 1988, 231; Cullen et al., 2000, 1; Roberts et al., 1999; Roberts, Hough, 2001.

differenti tipi di reato di cui un individuo può rendersi colpevole⁷. Si tratta di una prima forma di de-individualizzazione (*dé-singularisation*) dell'opinione pubblica direttamente attribuibile alla *diversità degli oggetti*.

Un'altra forma di de-individualizzazione può osservarsi parimenti in relazione a un medesimo oggetto. In effetti, intorno ad un unico oggetto, come qui, quello delle norme sanzionatorie – che interseca i temi della repressione, della natura della pena, della sua durata e della sua gravità – si può registrare una varietà di opinioni in seno alla collettività (*public*). L'opinione del criminologo critico non coincide probabilmente con quella delle forze di polizia, quella del magistrato differisce senza dubbio ugualmente da quella dei detenuti, quella di coloro che intervengono nei dibattiti probabilmente non si allinea a quella del cittadino mediaticamente informato, quella del governo contrasta spesso con quella di alcuni membri dell'opposizione, ecc. Si può attribuire questa seconda forma di de-individualizzazione non all'oggetto, ma alla *diversità del pubblico* evocato dai diversi sistemi di osservazione.

Queste prime due forme di de-individualizzazione inducono generalmente le ricerche a dare conto della diversità delle opinioni pubbliche attraverso una prospettiva realista. Sotto il profilo epistemologico, tali studi postulano la realtà oggettiva delle opinioni pubbliche e cercano di cogliere le loro peculiarità mobilitando una varietà di supporti empirici. Da questo angolo visuale, si ritiene che esistano più tipi di "pubblico", che essi siano identificabili, avvicinati, raggiungibili, descrivibili e che le loro opinioni possano essere sondate empiricamente o comprese attraverso una documentazione tangibile (memorie, comunicati stampa, pagine web, scritti, ritagli di giornale, ecc.).

A queste prime due forme di de-individualizzazione se ne aggiunge una terza che volta le spalle al realismo e viene concepita sulla base di un approccio più *co-struttivista*. Detto approccio non nega affatto l'esistenza di una pluralità di opinioni pubbliche, né mette in discussione il fatto che queste diverse opinioni possano essere afferrate empiricamente. Essa considera però come importante problematizzare anche, e forse soprattutto, i sistemi sociali che evocano le opinioni pubbliche, le strutture che consentono loro di farlo in un determinato modo piuttosto che in un altro. Questa terza forma di de-individualizzazione non si basa sulla diversità degli oggetti, e nemmeno sulla diversità di pubblico, ma piuttosto sulla *diversità degli osservatori* che fanno riferimento all'opinione pubblica per portare avanti una tesi o fondare una decisione. Si potrebbero alla fine immaginare, in tale contesto, tante opinioni pubbliche quanti sono gli osservatori che le evocano.

⁷ Cfr. analogamente: Simmons, 1966, 223; Reynolds *et al.*, 2009, 166; Grasmick, McGill, 1994, 23; Brown, 2009, 187.

Sulla scorta di un simile approccio, e attingendo più specificamente alla teoria dei sistemi di Niklas Luhmann, si è portati a concepire le diverse opinioni pubbliche e le loro aspettative come «presunzioni di realtà»⁸ (Luhmann, 1988, 337, nostra traduzione), come degli artefatti semantici provenienti dalle «strutture del sistema che li usa»⁹ (traduzione nostra). La qualità¹⁰ di questi artefatti non dipende dalle caratteristiche «oggettive» dell'opinione pubblica e dalle sue aspettative, ma dagli strumenti che un sistema di osservazione utilizza per costruire *la propria realtà*. È vero, come ha sottolineato Luhmann, che il sistema politico «molto più di altri sistemi funzionali [...] dipende a sua volta dall'opinione pubblica» (Luhmann, 2015, 176), ma l'opinione pubblica è sempre «un correlato di operazioni proprie del sistema, sempre sue proprie costruzioni»¹¹ (Luhmann, 2000, 12, traduzione nostra)¹².

Siffatte osservazioni ci invitano a mettere in discussione le prospettive tendenti a ridurre il rapporto *politica-opinione pubblica* a un rapporto di semplice adattamento del sistema al suo ambiente. Se diverse ricerche hanno in effetti pensato tale rapporto in termini di *input* e *output* – postulando l'adattamento della politica agli *input* propagati nell'ambiente dall'opinione pubblica –, la teoria dei sistemi muove piuttosto dal principio che «nessun sistema autopoietico può “adattarsi” al proprio ambiente», e che può funzionare solo «come se si fosse adattato» (Luhmann, 1997, 22). Nell'ambito di questa teoria, l'analisi del rapporto *sistema-ambiente* è fatta senza perdere mai di vista la fondamentale distinzione tra l'ambiente esistente o che può esistere e l'ambiente costruito dal sistema. Il sistema può ovviamente auto-describersi come pienamente in accordo con il suo ambiente e direttamente in contatto con le sue aspettative, sensibile alle sue esigenze, vicino alla sua realtà, ma sul piano dell'analisi, questa auto-descrizione deve essere concepita come manifestazione di un punto di vista specifico, quello del *sistema*. Dal punto di vista del *sociologo* che attinge alla teoria dei sistemi per osservare questo stesso rapporto, la descrizione si presenta in un modo completamente differente: sul piano sociologico, l'ambiente, senza l'intervento del sistema, è solo una fonte di rumore (*source de bruit*), una fonte di disturbo (*source*

⁸ Citazione originale: «*reality assumptions*».

⁹ Citazione originale: «*structures of the system that uses them*».

¹⁰ Il termine «qualità» è qui utilizzato in senso puramente descrittivo, non valutativo. Ma un altro osservatore potrebbe anche utilizzare il termine in un significato più normativo e porsi allora la questione di sapere se la qualità delle strutture è all'altezza delle aspettative sue proprie o di quelle della società.

¹¹ Egli specifica comunque «[un correlato] per il quale non c'è correlazione nell'ambiente (Luhmann, 2002, 51, traduzione nostra). Citazione originale: «*[a correlate] for which there is no correlate in the environment*».

¹² Citazione originale: «*a correlate of the system's own operations, always its own construction*».

d'irritation) priva di qualsiasi valore informativo. Il sociologo parte quindi dal principio che «nessuna informazione si sposta dall'esterno del sistema all'interno»¹³ (Luhmann, 2002, 135, traduzione nostra). L'informazione, precisa Luhmann, «sarà sempre un prodotto che appartiene al sistema, un momento del processo decisionale e non un fatto ambientale indipendente dall'osservazione e dalla valutazione»¹⁴ (2003, 41, corsivi e traduzione nostri). Così, dall'angolo visuale di questa teoria, e come ha sottolineato Ahlemeyer, «tutti i sistemi [...] osservano i loro ambienti complessi in modo *selettivo e specifico per i sistemi*»¹⁵ (2001, 63, corsivi e traduzione nostri). Un sistema sociale «non può fare a meno di produrre informazioni [...] *secondo le proprie preferenze*»¹⁶ (Luhmann, 2003, 41, corsivi e traduzione nostri). È esso che alla fine fa del suo ambiente «la differenza che fa la differenza»¹⁷ (Bateson, citato da Luhmann, 2003, 41).

Se applichiamo queste considerazioni alla nostra problematica specifica, piuttosto che considerare l'opinione pubblica repressiva richiamata dai conservatori nell'analisi che segue come un *input* dell'ambiente a cui il sistema ha dovuto adattarsi, si è portati a concepire l'opinione pubblica come un *output del sistema*. L'opinione pubblica non è allora né rumore (*bruit*), né «irritante (*irritant*)» (nel senso luhmanniano del termine)¹⁸, essa è già *informazione*, intrisa *delle preferenze del sistema*. Essa porta il marchio delle sue strutture, l'impronta delle sue teorie, la traccia dei suoi programmi. Approcciarsi all'opinione pubblica implica quindi che, in questa prospettiva, ci si avvicini *al sistema* piuttosto che al suo ambiente, per cercare di identificare e problematizzare al suo interno la specificità dei materiali che possono spiegare o rendere conto delle preferenze esercitate a favore di una certa opinione pubblica piuttosto che di un'altra, di certe aspettative piuttosto che di altre. Questa analisi ci sembra tanto più opportuna se si considera che nei dibattiti parlamentari che si sono potuti studiare, il riferimento all'opinione pubblica, come si vedrà, avviene generalmente in modo del tutto *astratto* e senza

¹³ Citazione originale: «*there is no information that moves from without to within the system*».

¹⁴ Citazione originale: «*will always be the product belonging to the system, a moment of decision processing and not an environmental fact existing independently from observation and evaluation*».

¹⁵ Citazione originale: «*all systems [...] observe their complex environments, selectively and system-specifically*».

¹⁶ Citazione originale: «*cannot refrain from producing [...] information according to its own preferences*».

¹⁷ Citazione originale: «*the difference that makes a difference*».

¹⁸ Dal punto di vista della teoria dei sistemi, si intende come «irritante (*irritant*)» il fatto comunicativo esterno che risuona nel perimetro del sistema in modo negativo o dissonante rispetto alla coerenza interna del sistema. È concepito come «rumore (*bruit*)» il fatto comunicativo esterno che non risuona nel perimetro del sistema e che, di conseguenza, non provoca alcun evento internamente. Si qualifica come «informazione» il fatto comunicativo esterno che risuona nel perimetro del sistema in modo positivo e ragionevole dal punto di vista della coerenza interna del sistema.

alcun supporto empirico. In assenza di supporto empirico, la questione per noi sarà quella di sapere quali supporti *teorici, cognitivi o strutturali sono responsabili*, all'interno del sistema, *di questa conformazione particolarmente repressiva dell'opinione pubblica e delle sue aspettative nel campo della giustizia penale*. È alla trattazione di siffatta problematica che sarà dedicata l'analisi.

3. Considerazioni metodologiche

Prima di addentrarci nell'analisi, è importante precisare il metodo seguito per costruire e lavorare la nostra base empirica. Il dato empirico su cui si basa la nostra indagine consiste in una serie di dibattiti parlamentari, quelli della Camera dei Comuni, del Senato e della Commissione permanente per la giustizia e i diritti umani (*Comité permanent de la justice et des droits de la personne*)¹⁹. Tali dibattiti hanno prodotto una serie di progetti che hanno consentito di osservare la circolazione delle idee in relazione ai diversi modi di intendere il diritto di punire. Nello specifico sono state prese in esame le discussioni sui progetti di legge C-9²⁰, C-10²¹, C-25²², C-32²³, C-36²⁴ e C-54²⁵. Si darà conto delle modifiche peculiari che

¹⁹ Nella struttura dello Stato canadese, al centro del processo legislativo, tale commissione fa parte delle commissioni permanenti incaricate «di supervisionare uno o più ministeri [...], di esaminare i testi legislativi pertinenti, le attività e le spese dei ministeri e l'efficacia delle loro politiche e dei loro programmi» (sito web del Parlamento canadese: http://www.parl.gc.ca/About/House/Compendium/web-content/c_g_committees-f.htm). Le commissioni permanenti intervengono nella fase di adozione dei progetti di legge «al fine di esaminare tutti gli aspetti e suggerire se necessario modifiche». Questo esame in commissione «è l'esame linea per linea e parola per parola di un progetto di legge. È in tale fase che i deputati hanno l'opportunità per la prima volta, e forse per l'unica volta, di modificarne le disposizioni. Una volta che la commissione ha emendato e modificato il progetto di legge, lo rimanda alla Camera nella sua forma modificata» (http://www.parl.gc.ca/About/House/Compendium/web-content/c_d_committeestagebill-f.htm).

²⁰ PL C-9, Legge di modifica del Codice penale (condanna a pena detentiva con sospensione dell'esecuzione, *emprisonnement avec sursis*), 1^a sess, 39^o parl, 31 maggio 2007, LO 2007, c 12.

²¹ PL C-10, Legge di modifica della legge sulla giustizia per le vittime di atti di terrorismo e di modifica della legge sull'immunità degli Stati, del codice penale, della legge che regola alcune droghe e altre sostanze stupefacenti, della legge sull'ordinamento penitenziario e la libertà provvisoria, della legge sul sistema penale minorile, della legge sull'immigrazione e la protezione dei rifugiati e altre leggi (*Loi édictant la Loi sur la justice pour les victimes d'actes de terrorisme et modifiant la Loi sur l'immunité des États, le Code criminel, la Loi réglementant certaines drogues et autres substances, la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté l'immigration et la protection des réfugiés et d'autres lois*), 1^a sess, 41^o parl, 13 marzo 2012, LO 2012, c 1.

²² PL C-25, Legge di modifica del Codice penale (diminuzione del tempo concesso per la custodia cautelare, *restriction du temps alloué pour détention sous garde avant prononcé de la peine*), 2^a sess, 42^o parl, 22 ottobre 2009, LO 2009, c 29.

²³ PL C-32, Legge di modifica della Carta canadese dei diritti delle vittime e di modifica di al-

hanno riguardato ciascuno di questi progetti di legge successivamente nel corso dell'analisi, ma si può fin d'ora, in una prospettiva più generale, raggrupparle nello stesso insieme di proposte legislative, volte, in un modo o nell'altro, a inasprire il sistema canadese delle pene²⁶. Per inasprimento del sistema delle pene intendiamo ciò che contribuisce ad incrementare il rigore delle sanzioni penali, sia che avvenga attraverso la loro durata (a titolo esemplificativo il prolungamento del periodo di detenzione) o la loro natura (ad esempio limitare la portata delle sanzioni sostitutive a favore della detenzione in carcere). Il complesso dei dati ci porta, dunque, al cuore delle «norme» sanzionatorie, zona definita «nevralgica» (Pires, 2002), che incide sulla determinazione della pena e sull'evoluzione stessa del diritto penale moderno. Non sono stati presi in considerazione i progetti di legge collocati al di fuori di questa area sensibile, quali, ad esempio quelli riguardanti le norme di comportamento (incriminazioni) o ancora le norme procedurali.

Il nostro particolare interesse per le norme sanzionatorie discende dalla teoria sulla razionalità penale moderna di Pires (1998, 2001). Siffatta prospettiva definisce la problematica generale entro cui si inseriscono le nostre riflessioni. La problematica generale della teoria piresiana fa leva sulla «non-evoluzione» del diritto penale moderno (Pires, 2002). Muovendo dallo studio delle condizioni che hanno consentito il passaggio o l'evoluzione del sistema dell'*Ancien Régime* al sistema di diritto penale moderno, Pires, al pari di Foucault (1975) e di molti altri studiosi del diritto, riconosce in questo processo importanti cambiamenti, addirittura nevralgici nell'ordine delle disposizioni sanzionatorie. Quest'ultime evolvono dai supplizi al carcere (*prison*) o, per citare Foucault (1975, 18), da «un'arte di sensazioni insopportabili a un'economia di diritti sospesi». I cambiamenti riguardanti le norme di comportamento e le norme procedurali sono per molti aspetti importanti, soprattutto sul piano umano, ma la teoria della razionalità penale moderna li considera insufficienti per giustificare, sul piano dell'identità del sistema, il riferimento a un cambiamento di regime di tipo evolutivo. Si distingue

tre leggi (*Loi édictant la Charte canadienne des droits des victimes et modifiant certaines lois*), 2^a sess, 41^o parl, 23 aprile 2015, LO 2015 c 13.

²⁴ PL C-36, Legge di modifica del Codice penale, 2^a sess, 40^o parl, prima lettura al Senato del 26 novembre 2009.

²⁵ PL C-54, Legge di modifica del Codice penale (violazioni sessuali nei confronti di minori, *infractions d'ordre sexuel à l'égard d'enfants*), 3^a sess, 40^o parl, seconda lettura al Senato del 24 marzo 2011.

²⁶ Per quanto altri progetti di legge avessero previsto un inasprimento del sistema delle pene e pertanto si sarebbero potuti includere nel *corpus* empirico, una loro lettura generale ci ha permesso di constatare che non potevamo ragionevolmente attenderci nulla di fondamentalmente nuovo rispetto alle idee che eravamo già stati in grado di rilevare dal nostro *corpus*. Il principio di saturazione ci ha permesso di limitare pertanto le dimensioni del nostro *corpus* empirico.

così il semplice cambiamento dall'evoluzione. Si può depenalizzare un comportamento o modificare le regole di ammissione delle prove, si tratterà certamente di cambiamenti, ma né il sistema né alcuno dei suoi studiosi vedrebbero in tutto questo una evoluzione o l'emergere di una nuova identità sistemica, nulla che giustifichi nuove descrizioni o autodescrizioni identitarie, nulla di paragonabile alle trasformazioni identitarie coinvolte nella transizione dall'*Ancien Régime* al sistema del diritto penale moderno. Sulla base di detta circostanza storica, la tesi di Pires è che le trasformazioni dello stesso tipo, quelle che influenzano profondamente le norme sanzionatorie e il nostro rapporto con la pena, costituirebbero ancora oggi le condizioni per una nuova evoluzione, per un nuovo cambio di paradigma, per una identità penale «postmoderna» o «diversamente moderna». È questa tesi che ha guidato le nostre scelte metodologiche a favore delle norme sanzionatorie: tutti i progetti di legge presi in considerazione determinano modifiche nel nucleo di questa area normativa. In tale zona, accanto alle tipologie di pena (carcere, *probation*, pena pecuniaria, ecc.), la teoria della razionalità penale moderna problematizza più specificamente le teorie volte a legittimarle, comunemente note come «teorie moderne della pena». All'interno della razionalità penale moderna, tutte queste teorie hanno come minimo comune denominatore la legittimazione dell'afflizione o dell'esclusione sociale come condizioni di convalida delle sanzioni penalmente ammissibili. Questo stesso retroterra teorico ci ha inoltre guidati nell'esplorazione dei dati empirici (*corpus*), nell'identificazione e nella problematizzazione delle idee che giustificherebbero il carattere repressivo e altamente «carcerario» dei progetti di legge studiati.

Tutto il materiale empirico è stato quindi codificato a partire dalle categorie di analisi suggerite dalla moderna razionalità criminale e dalle teorie moderne della pena (deterrenza, funzione confermativa, riabilitazione, retribuzione). Abbiamo aggiunto a queste categorie quella dell'opinione pubblica e infine – essendosi imposta per induzione nello sviluppo dell'indagine – quella della vittima. Abbiamo definito ciascuna delle prime categorie di analisi, quelle collegate alle teorie della pena dalla razionalità penale moderna, muovendo dalle definizioni già poste: in questo senso, la dissuasione continua a rinviare a Beccaria, la funzione confermativa della pena a Durkheim, la retribuzione a Kant²⁷. Invece, per quanto riguarda le nozioni di opinione pubblica e di vittima, anche se la letteratura ci offriva molti punti di partenza, ci siamo soprattutto interessati al significato o alle forme che la politica stessa andava ad attribuire a tali strumenti (*mediums*). In questo modo abbiamo voluto cogliere le forme emergenti dalla politica ed evitare di imporre alla

²⁷ Si veda per la razionalità penale moderna Garcia (2013); più specificamente per le teorie della pena, Dubé, Cauchie (2007), Dubé (2014) o, più di recente, Dubé, Labonté (2016).

nostra lettura della politica le forme costruite in altri settori (sociologia, filosofia, criminologia o persino la stessa vittimologia). Tale approccio trae spunto dalla visione luhmanniana della nozione di opinione pubblica come *strumento* (*médium*) e dei suoi diversi significati come *forme*²⁸. In questa prospettiva, contrariamente a quanto sosteneva Bourdieu, l'opinione pubblica esiste, ma esiste come strumento utilizzabile dai diversi sistemi sociali al fine di assegnargli forme diverse, differenti significati (Luhmann 2015, 170). È, per citare Luhmann, «ciò che si *osserva* e ciò che si *descrive* sotto il nome di opinione pubblica» (Luhmann, 2001, 34); detto altrimenti, essa corrisponde alle forme che si manifestano nella realtà empirica e che dovremo analizzare e problematizzare ulteriormente. Infine, abbiamo utilizzato la categoria «altre basi» in modo da poter prendere in considerazione, a fondamento dei progetti di legge, idee associate a qualcosa di diverso dalla razionalità penale moderna o dall'opinione pubblica.

La codifica del materiale empirico realizzata a partire da tutte queste categorie ha strutturato l'indagine al fine di consentire, in primo luogo, una analisi verticale incentrata su ciascuno dei progetti di legge presi singolarmente, e, in secondo luogo, un'analisi trasversale dove sono messe in relazione, attraverso l'insieme dei dati costituenti il *corpus*, le diverse fondamenta del diritto di punire. È sulla base di questa analisi trasversale che siamo stati in grado di osservare l'influenza molto chiara delle teorie moderne della pena, più in particolare quella esercitata dalle teorie della dissuasione e dalla funzione confermativa (*dénonciation*). Sotto l'egida della dissuasione e della *dénonciation*, è la protezione della società che ha permesso al governo conservatore di giustificare l'inasprimento del sistema. La società è protetta da una pena in grado di *disincentivare* l'individuo quando il suo il costo è maggiore dei benefici derivanti dal reato. Protegge ugualmente la società la pena che reitera i suoi valori fondamentali *stigmatizzando* il reato che li viola. Ma la codifica ci ha permesso altresì di osservare l'influenza dell'opinione pubblica, di investire le forme politiche di questa categoria e problematizzarle nelle loro implicazioni rispetto al diritto di punire, distinguendole dagli altri vocabolari di motivi a cui ci ha abituati la razionalità penale moderna. È a questi «punti di diffrazione», per usare l'espressione di Foucault (1969), che abbiamo associato due «nuove» teorie della pena, sicuramente ancora emergenti e frammentarie, ma che creano già effetti cognitivi, empiricamente osservabili, alla base stessa del diritto di punire. Come vedremo, queste teorie presentano la particolarità di mettere al primo posto delle loro preoccupazioni e ognuna a proprio modo, non la

²⁸ «L'opinione pubblica può essere intesa come uno strumento in cui la comunicazione continua crea forme e le dissolve incessantemente» (Luhmann, 2015, 169). Cfr., altresì, sullo stesso tema, Luhmann (2001).

protezione della società, ma piuttosto la fiducia pubblica nell'amministrazione della giustizia, in particolare quella delle vittime. Come si vedrà, queste teorie vengono mobilitate per la maggior parte dai conservatori, con argomentazioni che riflettono spesso un divario di percezione assai netto con i rappresentanti liberali.

4. *Regolarità argomentative nella politica di severità delle pene*

Tra le elezioni federali del 2006 e quelle del 2015, le discussioni sui progetti di legge alla Camera dei Comuni, al Senato e alla Commissione permanente per la giustizia e i diritti umani, postulano in modo sistematico una «crisi» di fiducia nell'amministrazione della giustizia. Siffatta preoccupazione si aggiunge a quella della protezione della società, solitamente più decisiva nei dibattiti politici che circondano la creazione di leggi penali.

È risaputo che, nel corso degli anni, molti canadesi hanno finito per perdere la fiducia nel sistema giudiziario (Daniel Lang, senatore conservatore, C-10, Senato, seduta 42 – 14 dicembre 2011, 1530: p. 954).

I canadesi e, in particolare, le vittime di reati, hanno perso fiducia nel sistema giudiziario canadese (Bruce Hyer, PV, C-32, Senato, numero 159 – 10 dicembre 2014, 1625: p. 10436).

La collettività non ha più fiducia nella giustizia. Ma noi dobbiamo avere fiducia nella giustizia. È questa la cosa più importante, e stiamo agendo per ripristinare quella fiducia (Rob Moore, deputato conservatore, C-9, Commissione permanente, numero 17 – 28 settembre 2006, 1715: p. 17).

Si è persa la fiducia nella giustizia. Voi dite che la giustizia implica una adesione volontaria e sembra che si sia persa la fiducia in essa (Daniel Petit, deputato conservatore, C-54, Commissione permanente, numero 45 – 2 febbraio 2011, 1630: p. 11).

Per i conservatori, ciò che è in discussione in questa crisi di fiducia sono le sanzioni troppo clementi consentite dal sistema canadese. Tutti i progetti di legge che fanno parte del *corpus* empirico studiato raccomandano, di conseguenza, in un modo o nell'altro, sanzioni più severe. Già nel 2006, all'indomani delle elezio-

ni, è innanzitutto il progetto di legge C-9²⁹ ad intervenire per promuovere il carcere e vietare la sospensione dell'esecuzione della pena (*sursis*) nei casi che coinvolgono persone imputate e condannate sulla base di una imputazione passibile di una pena di non inferiore a dieci anni. In tali ipotesi, si vuole dunque impedire al giudice, al momento della determinazione della pena in caso di condanna, di convertire la pena detentiva in carcere (*sanction carcérale*) in una ordinanza di sospensione (*ordonnance de sursis*), vale a dire in arresti domiciliari (*emprisonnement à domicile*).

Nei dibattiti sul progetto di legge anzidetto, sono soprattutto la questione della recidiva e quella della protezione della società ad essere indicate come le ragioni principali di esclusione della sospensione (*sursis*). I conservatori si troveranno, tuttavia, di fronte la rigida resistenza dell'opposizione che farà valere, con grafici e cifre a supporto, la circostanza che in materia di prevenzione della recidiva e di protezione della società, le *performance* della sospensione (*sursis*) non hanno nulla da invidiare alla pessima prestazione del sistema carcerario; al contrario insisterà il deputato liberale Larry Bagnell:

I numeri ci fanno riflettere sul fatto che coloro che sono stati condannati ad una pena sospesa (peine avec sursis) hanno minori probabilità di essere recidivi e che la popolazione sarà più al sicuro se si impone una pena sospesa piuttosto che una pena detentiva (Larry Bagnell, deputato liberale, C-9, Commissione permanente, seduta 14 – 21 novembre 2006, 1625: p. 9).

Al Senato, è il senatore liberale Tommy Banks ad insistere su questi rilievi:

In tutto il mondo, le statistiche [...] dimostrano inconfutabilmente che più lunghe sono pene detentive e più contribuiscono al tasso di recidività. È un fatto basato su cifre. È semplicemente una relazione causa-effetto (Tommy Banks, senatore liberale, C-10, Senato, numero 42 – 14 dicembre 2011, 1520: p. 952).

Il suo punto di vista si riflette in quello della senatrice liberale Céline Hervieux-Payette che, evocando uno studio realizzato dal Ministero della Sicurezza pubblica del Canada, riporta la tesi in territorio canadese:

Uno studio sull'impatto della detenzione sulla recidiva dei delinquenti che scontano la loro pena in carcere del Ministero della Sicurezza pubblica del Canada ha già

²⁹ Legge di modifica del Codice penale (condanna a pena detentiva con sospensione dell'esecuzione, *emprisonnement avec sursis*), promulgata il 31 maggio 2017.

confermato che la pena detentiva è inefficace poiché essa non riduce affatto il tasso di recidiva dei delinquenti (Céline Hervieux-Payette, senatrice liberale, C-10, Senato, numero 41 – 13 dicembre 2011, 2040: p. 920).

Di fronte a queste obiezioni, i conservatori replicano allora facendo leva sull'opinione pubblica, sulle sue aspettative e sull'importanza di garantire la sua fiducia nell'amministrazione della giustizia. Appare sotto queste sembianze la tensione che va a caratterizzare l'assetto delle discussioni tra coloro che, da un lato, fanno riferimento alla realtà dei «fatti» – come definita dalla conoscenza, in particolare derivante dalla ricerca o dall'esperienza maturata – e dall'altro lato, coloro che fanno riferimento prima di tutto e soprattutto alla realtà delle percezioni – come definita non tanto dall'opinione pubblica, ma dall'opinione *politica* dell'opinione pubblica³⁰. Per i conservatori, il problema della realtà dei «fatti», dei numeri e dei grafici, è che viene rappresentata spesso una realtà che non ha niente a che vedere con ciò che l'opinione pubblica considera come reale. Il deputato conservatore Rob Moore spiega:

È sempre pericoloso analizzare questo tipo di grafici. Sono molto utili, ma da un diverso angolo visuale, i numeri non sono in grado di tradurre le storie che ascoltiamo nei nostri collegi elettorali. Essi non sono in grado di attestare il sentimento di ingiustizia che alcune persone nutrono in relazione a determinati reati. Sono stati menzionati i reati sessuali (infractions sexuelles), gli abusi sessuali (agressions sexuelles), i reati gravi contro il patrimonio (crimes graves contre les biens) e le lesioni personali aggravate (voies de fait graves). Quando una persona che commette questo tipo di violazioni ottiene la pena della detenzione domiciliare, la popolazione canadese ritiene che giustizia non sia stata fatta (Robert Moore, deputato conservatore, C-9, Commissione permanente, numero 14 – 21 settembre 2006, 1640: p. 11).

Ciò che «pensa» l'opinione pubblica (o almeno secondo la rappresentazione che ne è fatta dai conservatori) continuerà a giocare un ruolo chiave nei dibattiti

³⁰ È importante notare che quando parliamo della realtà dei fatti, qui come altrove in questa analisi, ci riferiamo solo al modo in cui i partiti di opposizione considerano le fondamenta delle loro argomentazioni: per l'opposizione, ciò di cui si tratta e di cui si dovrebbe trattare, è la «realtà dei fatti» e non la «realtà delle percezioni». Con l'espressione «realtà dei fatti», non siamo dunque noi stessi, come ricercatori, a prendere posizione sulla validità di questi «fatti». Cosa noi pensiamo o conosciamo di questi «fatti», la loro validità o verità non rivestono alcuna importanza per l'analisi. Ciò che conta per l'analisi è piuttosto, da un punto di vista fenomenologico, il modo in cui i partiti di opposizione si relazionano a questi «fatti»: per questi partiti, qualunque cosa pensino i ricercatori, questi «fatti» sono percepiti, vissuti, presentati e definiti come validi, come veri, come la «realtà dei fatti».

intorno al progetto di legge C-25, presentato in Parlamento il 27 aprile 2009³¹. Detto progetto di legge mirava a rafforzare il sistema delle pene limitando il «credito di custodia cautelare (*détention provisoire*)» che un giudice poteva concedere ai detenuti nel corso dei procedimenti giudiziari. Prima dell'adozione di questo progetto di legge, al momento della determinazione della pena e ai sensi dell'art. 719 (3) del codice penale canadese, un giudice poteva prendere in considerazione, nel calcolo della pena da infliggere al colpevole, il numero di giorni trascorsi in custodia cautelare. Una pratica ricorrente (sebbene non obbligatoria) era allora quella di accordare un credito secondo un rapporto di due a uno: un credito di due giorni di reclusione (*incarcération*) per ogni giorno trascorso in custodia cautelare. Tale misura consentiva ai giudici di tenere conto dei ritardi accumulati nei procedimenti e di prendere in considerazione le condizioni di detenzione particolarmente difficili della custodia cautelare. In determinate circostanze, tale misura offriva altresì ai giudici la possibilità di punire meno severamente di quanto avrebbero altrimenti implicato i minimi edittali obbligatori. In altre circostanze ancora, essa consentiva di ridurre la pena al di sotto della soglia dei due anni per consentire a un condannato di scontare la pena in carcere (*prison*) piuttosto che in un penitenziario (*pénitencier*)³². Ma ciò che i conservatori hanno potuto soprattutto dedurre da questa pratica, era che essa alla fine consisteva nella riduzione delle pene in un rapporto che, dal loro punto di vista, contribuiva a minare la fiducia della collettività nell'amministrazione della giustizia. Come ha sottolineato l'allora Ministro della giustizia, ancora una volta, il problema non era tanto la misura in sé, quanto ciò che i cittadini e le cittadine canadesi avrebbero pensato:

È difficile per i canadesi comprendere come queste pene ridotte, che sono il risultato dell'applicazione di un rapporto di due a uno, in ragione del tempo trascorso in regime di detenzione prima del processo, possano stigmatizzare comportamenti illeciti, scoraggiare i trasgressori a commettere reati e proteggere la società (Rob Nicholson, ministro della Giustizia, C-25, Commissione permanente, numero 20 – 6 maggio 2009, 1635: p. 12).

Piuttosto che prediligere un approccio pedagogico volto a spiegare ai canadesi

³¹ Legge di modifica del Codice penale (limitazione del tempo concesso per la detenzione in custodia prima della condanna, *restriction du temps alloué pour détention sous garde avant prononcé de la peine*), promulgata il 22 ottobre 2009.

³² In Canada, una condanna inferiore ai due anni di detenzione è scontata in carcere (*prison*), un'istituzione carceraria sotto la giurisdizione provinciale, mentre le condanne a pene superiori ai due anni sono scontate in un penitenziario (*pénitencier*), un istituto sotto la giurisdizione federale.

ciò che è per loro difficile da comprendere, i conservatori fanno leva su un approccio più demagogico che consiste nel cercare di accontentare ciò che loro ritengono essere le aspettative della collettività. Si preferisce quindi sostituire una misura ritenuta impopolare con una misura che, senza necessariamente dimostrarsi più efficace nel campo della protezione della società, si ritiene suscettibile di «soddisfare» l'opinione pubblica.

I riscontri più importanti che ricevo sono quelli della gente della mia circoscrizione, dell'uomo della strada che non fa parte di una organizzazione e che parla solo a titolo personale. [...] Signor Alexander, io e i miei colleghi riceviamo appelli dei cittadini che ci esortano a fare qualcosa. Noi ci riuniamo allora in commissione per farci dire da un avvocato difensore che i nostri interventi possono solo peggiorare le cose. Ma agli occhi della gente, la situazione attuale non è accettabile (Rick Norlock, deputato conservatore, C-25, Commissione permanente, numero 24 – 25 maggio 2009, 1720: p. 17).

Dal punto di vista dei conservatori, si sarebbe peraltro insistito tradizionalmente molto sui «fatti», sulle statistiche, per non dire sugli indicatori di efficacia o di non efficacia delle misure penali. Per il ministro della Giustizia, è giunto il momento di rivedere gli approcci, di «tenere conto dell'opinione pubblica, della sua fede nella giustizia» (Rob Moore, Ministro della Giustizia, C-9, Commissione permanente, numero 17 – 28 settembre 2006, 1720: p. 17).

È questo «nuovo» approccio che consente di inquadrare altresì, nello stesso anno (2009), i dibattiti attorno al progetto di legge C-36³³. Lo scopo di questo progetto di legge era di rafforzare il sistema delle sanzioni vietando alle persone condannate all'ergastolo (*personnes condamnées à des peines à perpétuité*) di presentare istanza di liberazione condizionale anticipata (*demande de libération conditionnelle anticipée*), dopo aver scontato 15 anni di condanna. In origine, questa misura comunemente nota come «clausola dell'ultima *chance*» era stata creata per ridurre il peso psicologico che poteva rappresentare per un detenuto la prospettiva di lunghissimi anni detenzione. Si voleva specificamente evitare di demotivare il detenuto e di mettere a repentaglio la sua partecipazione ai programmi di

³³ Legge che rafforza la severità delle pene detentive (*peines d'emprisonnement*) per gravi reati (titolo abbreviato). Questo progetto di legge non è stato adottato, ma le misure da esso proposte sono state riprese per la gran parte nell'ambito del progetto di legge S-6, Legge di modifica del Codice penale e di altre leggi. Il progetto S-6 è stato promulgato il 23 marzo 2011, abolendo così la clausola dell'ultima *chance* (principale obiettivo del progetto C-36). Cfr. PL S-6, Legge di modifica del Codice penale di altre leggi, 3^a sess, 40° parl, promulgato il 23 marzo 2011, LO 2011, c 2.

reinserimento sociale. Si voleva ancora incoraggiarlo, per ragioni più disciplinari, a tenere una buona condotta all'interno dell'istituzione carceraria. Il progetto di legge C-36 proponeva di eliminare questa possibilità di liberazione condizionale anticipata per i casi di omicidio (*meurtre*) o di alto tradimento, eliminando di conseguenza per il detenuto ogni speranza di ottenere la liberazione condizionale prima della scadenza dei 25 anni a cui è stato condannato. I motivi evocati per giustificare questo cambiamento, collegati tra loro, sono quelli associati alla protezione della società e quelli della fiducia pubblica nell'amministrazione della giustizia.

Vogliamo proteggere meglio i canadesi; vogliamo ridurre la vittimizzazione; vogliamo che la gente abbia fiducia nel sistema di giustizia penale del nostro paese (Rob Nicholson, Ministro della Giustizia, C-36, Commissione permanente, numero 38 – 19 ottobre 2009, 1625: p. 9).

Se mettiamo per il momento da parte la questione della fiducia pubblica per esaminare più specificamente quella della protezione della società evocata qui dai conservatori, siamo allora chiamati ad interessarci dei tassi di recidiva delle persone sottoposte al regime della clausola dell'ultima *chance*. Questa misura rappresentata un rischio reale per la società? A tale riguardo, molteplici dati sono stati forniti da Michael Mandelcorn, direttore regionale della Criminal lawyers' Association (Ontario).

Stando alle statistiche, sembra che, su sette delinquenti la cui piena liberazione è stata revocata [...], due non avevano rispettato le loro condizioni di rilascio, tre avevano commesso un nuovo reato, ma senza violenza, e due avevano commesso un nuovo reato con violenza. La stragrande maggioranza dei condannati all'ergastolo che sono stati rilasciati non sono risultati recidivi, e soprattutto non hanno commesso un nuovo reato violento (C-36, Commissione permanente, numero 45 – 2 novembre 2009, 1530, p. 2).

La questione dell'omicidio, più di quella dell'alto tradimento, attira quindi l'attenzione dei parlamentari. A questo proposito, la deputata liberale Marlene Jennings ha voluto conoscere il numero esatto di persone che avevano commesso un altro omicidio durante il loro periodo di liberazione condizionale anticipata. La domanda è rivolta a Michael Mandelcorn, ma si indirizza anche a Kim Pate, direttore esecutivo dell'associazione canadese "Elizabeth Fry Societies":

[Quante persone] *hanno commesso un altro omicidio [...]?* Chiedo a entrambi se ne siete al corrente. Esiste questo dato? (Marlene Jennings, deputato liberale, C-36, Commissione permanente, numero 45 – 2 novembre 2009, 1645: p. 11).

La risposta di Michael Mandelcorn è inequivocabile: «Non ci sono casi di nuovi omicidi commessi da una persona in liberazione condizionale» (C-36, Commissione permanente, numero 45 – 2 novembre 2009, 1645: p. 11). Quella di Pate va nella stessa direzione: «Non ne conosco alcuno».

La protezione della società e il problema della recidiva³⁴ hanno sempre rappresentato nodi cruciali nei dibattiti che circondano la formulazione delle leggi, ma nel caso del C-36, stava diventando sempre più difficile per il governo difendere il suo progetto di legge sulla base di queste considerazioni. Le statistiche interferiscono e indicano che la clausola dell'ultima *chance* non ha mai rappresentato una minaccia. Sarà necessario allora fondare diversamente le basi del progetto di legge. Nei dibattiti, torna in auge quindi la questione della fiducia della collettività nell'amministrazione della giustizia. Che il progetto di legge possa contribuire o meno a incrementare la protezione della società, non è più il nodo cruciale, ciò che conta soprattutto, spiega il Ministro della Giustizia, è l'opinione della gente:

Questo progetto di legge ci consente di dare soddisfazione ai canadesi che credono che gli assassini devono scontare la loro pena e devono rimanere in carcere più a lungo di quanto non stiano ora. Ecco perché invito tutti i membri della Commissione a sostenere il progetto di legge. [...] Quando la gente legge sul giornale che un individuo che credeva in carcere per 25 anni si trova in tribunale per chiedere la liberazione, nuoce al sistema di giustizia penale. Nuoce all'amministrazione della giustizia in Canada. Nella misura in cui lottiamo contro questo, ci assumiamo le nostre responsabilità come legislatori. Non ne dubito un solo istante... (Rob Nicholson, Ministro della Giustizia, C-36, Commissione permanente, numero 38 – 19 ottobre 2009, 1605: p. 6 e 1540: p. 2).

In questa particolare concezione della democrazia, tutto si presenta come se la responsabilità legislativa per il processo decisionale si articoli a partire da ciò che

³⁴ È interessante notare, tuttavia, che sebbene la recidiva sia una preoccupazione politica assolutamente legittima, essa in genere non impatta tutte le pene nella stessa misura. Quando la recidiva è ascrivibile a una misura non carceraria, ad esempio la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva (*sursis*), è il regime carcerario stesso che si offre come alternativa, ma quando la recidiva è ascrivibile a pene carcerarie, non si cercano alternative; il carcerario si presenta quindi come «alternativa» a se stesso.

si crede più che da ciò che è noto. Se l'opinione pubblica ritiene che il sistema sia carente, che lo sia o non lo sia, è in virtù di questa convinzione che il legislatore definisce il suo mandato.

I dibattiti intorno a C-9, C-25 e C-36, così come quelli che si sono potuti osservare attraverso l'insieme del materiale empirico, illustrano quindi due diversi contesti argomentativi. Per chi si oppone all'inasprimento del sistema, ciò che è chiaramente centrale nell'analisi delle problematiche sollevate dai progetti di legge, è la prevenzione della criminalità e l'efficacia delle misure. Per stabilire questa efficacia, i sostenitori di tale impostazione fanno leva sulla conoscenza, sulla ricerca, sulle statistiche e all'esperienza accumulata. Il loro contesto argomentativo è un contesto di convalida *per dimostrazione*. Per coloro che, al contrario, sono favorevoli a pene più severe, non è tanto una questione di efficacia quanto di *rappresentazione di tale efficacia*, più precisamente di ciò che «pensa» in una certa misura l'opinione pubblica. Si tratta ancora di un contesto di convalida decisionale ma *attraverso la rappresentazione*, nella specie di un contesto di convalida da parte della rappresentanza *politica delle condizioni suscettibili di favorire la fiducia della collettività nell'amministrazione della giustizia*. In tale contesto, ciò che passa davanti alla «realtà dei fatti» è la «realtà di una percezione», quella del politico rispetto a ciò che esso considera corrispondere alle percezioni pubbliche.

Nei dibattiti sul C-9, il deputato del *Bloc Québécois* Serge Ménard ha richiamato esplicitamente l'attenzione dei conservatori sui rischi associati a questa deriva. Come spiega nel seguente stralcio, le informazioni che alimentano le percezioni pubbliche non scaturiscono da un'analisi obiettiva del funzionamento effettivo del sistema giudiziario, ma da rappresentazioni mediatiche necessariamente approssimative, spesso troncate, a volte persino errate.

Voi [conservatori] parlate spesso dell'importanza della percezione, ma la percezione del sistema di diritto penale è data per la maggioranza della gente dai giornali, dalla televisione e dalla radio. In effetti, poche persone hanno il tempo di sedersi in tribunale vedere come funziona il sistema. [...] La percezione dipende dunque molto di più dai giornali che dalla realtà (Serge Ménard, deputato *bloquista*, C-9, Commissione permanente, numero 17 – 28 settembre 2006, 1650: p. 13).

Nel contesto argomentativo della rappresentazione, si può moltiplicare questo tipo di avvertimento, citare le ricerche, espandere le consultazioni pubbliche, produrre nuovi rapporti, consultare un maggior numero di esperti e tentare di dimostrare in modo ancora più convincente l'efficacia reale di una misura. In effetti, se la percezione politica è che la percezione pubblica non supporta una de-

terminata misura, tale misura, per quanto efficace, sarà percepita come una minaccia alla fiducia della collettività nell'amministrazione della giustizia e necessita di essere modificata o abbandonata. Certo, ciò che i conservatori perdono di vista, è che il *processo* messo in atto per ripristinare una fiducia scossa deve essere di per sé affidabile. Come fidarsi di un processo decisionale che trae la sua principale fonte di informazione da una rappresentazione dell'opinione pubblica che, anche se esaminata empiricamente, si rivela cronicamente disinformata in materia di giustizia penale³⁵?

Durante le consultazioni pubbliche relative al progetto di legge C-54³⁶ – progetto che proponeva di rendere la condanna a pena detentiva sospesa (*emprisonnement avec sursis*) inapplicabile a quanti sono stati ritenuti responsabili di abusi sessuali sui minori (*agressions sexuelles sur des mineurs*) –, il problema è stato oggetto di un ragionevole intervento da parte di Lorraine Berzins, titolare della cattedra di *réflexion communautaire de la justice* del *Conseil des Églises pour la justice et la criminologie*. Essa si rivolgeva direttamente al governo:

non è a persone non informate che dovrete chiedere consigli su cosa dovete fare in un dossier così importante. [...] Mi piacerebbe ricordarvi ciò che Lord Auld del Regno Unito ha detto nella stessa situazione:

[...] La fiducia della collettività non è fine a se stessa; è o dovrebbe essere il risultato di un sistema giusto ed efficace. Ciò che è necessario è rendere il sistema giusto ed efficace, e se la collettività non può avere fiducia per via della sua ignoranza, occorre allora prendere le misure necessarie per mostrare alla collettività ciò che è giusto ed efficace (Lorraine Berzins, interveniente, C-54, Commissione permanente, numero 48 – 14 febbraio 2011, 1650: 10).

Per Lorraine Berzins, «[le] proposte [che riguardano il progetto di legge C-

³⁵ Alcune ricerche dimostrano che determinate opinioni pubbliche sono meglio informate di altre in materia di giustizia penale, ma quando si sonda l'opinione pubblica *generale*, essa continua ad essere male informata ed è questa ad essere evocata sistematicamente dai conservatori nei dibattiti. Ma è necessario soprattutto considerare qui il fatto che questa opinione pubblica generale evocata non è un'opinione pubblica sondata, è solo l'opinione pubblica privilegiata dai conservatori perché è direttamente allineata con il loro programma politico. Si riflettono in questa considerazione le osservazioni di Luhmann sull'opinione pubblica: «ciò che la politica può intravedere nello specchio dell'opinione pubblica è solo il suo riflesso incorporato nel contesto, scelto artificialmente, delle sue possibilità di movimento» (Luhmann, 2015, 177).

³⁶ Legge di modifica del Codice penale (reati sessuali nei confronti di minori, *infractions d'ordre sexuel à l'égard d'enfants*). Il progetto di legge C-54 non è stato adottato, ma molte sue disposizioni si ritroveranno successivamente nel *Bill omnibus* C-10, *Loi sur la sécurité des rues et des communautés* (titolo abbreviato) promulgato il 13 marzo 2012.

54] avranno l'effetto opposto: non faranno che peggiorare il sistema, il che avrà come conseguenza di ridurre la fiducia della collettività» (C-54, Commissione permanente, numero 48 – 14 febbraio 2011, 1650: 10). L'intervento della signora Berzins determinerà la forte reazione del deputato conservatore Bob Dechert che solleva a questo proposito la delicata e sensibile questione che pone un particolare tipo di pubblico, quello delle vittime:

Quando le vittime vedono gli aggressori che le hanno abusate sessualmente tornare a casa senza passare del tempo in carcere, tale fatto vuole dirgli che la società ritiene che la loro vita non vale molto. Sono disinformate, signora Berzins, queste vittime di aggressioni sessuali [...]? Direste che fanno parte del gruppo di cittadini canadesi disinformati che non capiscono, così bene come lei, perché questa legge non è necessaria? (Bob Dechert, deputato conservatore, C-54, Commissione permanente, numero 48 – 14 febbraio 2011, 1725: p. 15).

La reazione del deputato conservatore consente all'interveniente di chiarire il significato di ciò che ha detto: «Stiamo parlando di informazioni sul *funzionamento* del sistema di giustizia penale e [su] come i pubblici ministeri (*procureurs de la Couronne*) e le difese prendono le decisioni» (Lorraine Berzins, interveniente, C-54, Commissione permanente, numero 48 – 14 febbraio 2011, 1725: p. 15; corsivi nostri). Questa precisione ci consente di stabilizzare un'importante distinzione: in effetti si deve distinguere, da un lato, la conoscenza che le vittime hanno delle *conseguenze* del reato e, dall'altro lato, la conoscenza che esse hanno del *funzionamento* del sistema penale. È ovvio che nessuno è nella posizione migliore della vittima per parlare dei pregiudizi che il reato potrebbe aver causato nella sua vita, ma questa informazione o questa esperienza particolare non è necessariamente ciò che dà accesso a una buona comprensione del *funzionamento* del sistema penale, né conduce alla sua riforma. Come ha sottolineato Lord Auld, citato dalla signora Berzins, è certamente importante garantire la fiducia della collettività nell'amministrazione della giustizia, ma ciò non può tradursi in decisioni che legittimino l'approvazione (effettiva o percepita) delle vittime o di un altro tipo di pubblico. Garantire la fiducia della collettività nell'*amministrazione* della giustizia – occorre qui richiamare l'attenzione sul termine «*amministrazione*» – rientra piuttosto sotto la specifica capacità istituzionale di prendere decisioni in conformità con le regole e i valori che l'organo decisionale si è impegnata a rispettare nel processo decisionale. Intervenire più severamente in nome delle vittime non ha mai fatto parte di queste regole e valori. D'altra parte, prendere in considerazione i pregiudizi arrecati alle vittime, denunciarli o ripararli, costituiscono obiettivi canadesi ufficiali, recentemente ed esplicitamente inclusi nel processo di determinazione della pena. Tenere conto di queste considerazioni ci ri-

manda a ingiunzioni molto diverse da quelle che intimano alla politica o alla magistratura di legittimare le loro decisioni attraverso le reazioni anticipate che queste stesse decisioni sono suscettibili di generare all'interno di un particolare pubblico. Nei dibattiti analizzati, i conservatori sembrano confondere a tale riguardo due ordini di legittimazione: una legittimazione decisionale ispirata all'*interesse pubblico* e una legittimità decisionale ispirata dall'*opinione pubblica*. Ciò lo ha fatto notare la senatrice liberale Céline Hervieux-Payette nei dibattiti concernenti il progetto di legge C-10, progetto che facendo leva sulle aspettative della collettività aveva l'obiettivo di ovviare al ricorso della sospensione dell'esecuzione della pena (*sursis*) per reati gravi. La senatrice si affida a un documento del *Barreau* canadese per ricordare nel contesto più specifico del progetto di legge C-10 l'importanza della distinzione:

Pertanto, come sottolineato dal Barreau canadese nel suo documento, quando si legifera, si deve fare affidamento sulla nozione di interesse pubblico piuttosto che fermarsi all'opinione pubblica. Occorre puntare su una protezione duratura della collettività, una protezione che passa per la riabilitazione e per il reinserimento piuttosto che per l'inasprimento delle pene. È nell'interesse delle vittime, che questo progetto di legge di 114 pagine ignora totalmente. È nell'interesse di tutta la società canadese (Céline Hervieux-Payette, senatrice liberale, C-10, Senato, numero 41 – 13 dicembre 2011, 2050, p. 921).

In materia penale, legiferare in nome dell'opinione pubblica piuttosto che in nome dell'interesse pubblico comporta in effetti molteplici rischi, sia sul piano piano del sistema e della sua integrità, sia sul piano sociale e umano. In particolare, c'è il rischio di sostituire o negare l'accesso a «buone» o «meno peggiori» misure a favore di misure più discutibili ma malgrado tutto più popolari; c'è inoltre il rischio di favorire l'incarcerazione di persone che potrebbero altrimenti beneficiare delle influenze positive che i loro legami sociali possono avere sul loro processo di riabilitazione. In entrambi i casi, è la protezione della società, *inclusa quella delle vittime*, che alla fine è compromessa. Il rischio è ugualmente e paradossalmente di mettere a repentaglio le possibilità di riconquistare la fiducia della collettività nell'amministrazione della giustizia. Abbiamo già sollevato il problema in precedenza, ma nondimeno dobbiamo insistere: come possiamo sperare che la collettività possa reinvestire la sua fiducia in un processo che si fonda sul riformare il sistema in base a esigenze, reali o percepite, di opinioni pubbliche ritenute disinformate quanto al suo *funzionamento*?

Un'altra importante avvertenza compare nei dibattiti sul progetto di legge C-54. Ciò riguarda più specificamente le aspettative che sono attribuite a una collettività ben precisa: le vittime di reati. Per Andrew McWhinnie della Andrew

McWhinnie Consulting, che è intervenuto a titolo personale nell'ambito delle consultazioni pubbliche, se «a qualche persona piace pensare che le vittime auspichino che si puniscano severamente i colpevoli condannandoli a pene detentive più lunghe, [...] non è sempre così» (C-54, Commissione permanente, numero 46 – 7 febbraio 2011, 1535, p. 2). Alcune vittime richiedono invero qualcosa di diverso dalla repressione, alcune reclamano misure alternative, modi di agire e di pensare diversi in materia penale. Per loro, non è tanto la clemenza delle pene a minarne la fiducia, ma è soprattutto questa tendenza che punta a rendere le pene sempre più severe sperando che esse possano portare a un'evoluzione, diversa da quella che si è riscontrata dopo la metà del XVIII secolo. Per queste vittime, cambiare approccio, come si augurava il Ministro della Giustizia, non significa ignorare i fatti. Al contrario, cambiare approccio impone propriamente di tenerli (finalmente!) in considerazione nell'orientamento delle nostre politiche pubbliche. Si tratta infatti di prendere sul serio tutti i problemi che derivano dal carcere, la pena che i conservatori sopravvalutano in tutte le loro proposte di legge; prendere in considerazione il fatto che esso è fin dalla sua origine nella metà del XVIII secolo, come rilevato da Foucault (1975, 135), un dispositivo repressivo, «incapace di rispondere alla specificità dei crimini, [...] privo di effetti sui destinatari, [...] inutile per la società, dannoso anche [specialmente perché] è costoso, [perché] mantiene i detenuti nell'ozio, [perché] moltiplica i loro vizi». Considerare la totalità delle conoscenze e dell'esperienza in materia di giustizia penale presuppone un atteggiamento politico capace di tenerne conto, in grado di riconoscere l'inefficacia dell'approccio repressivo dominante, di impegnarsi coraggiosamente nella ricerca di alternative «reali» e quindi di onorare un principio di responsabilità politico-democratica rivolto all'interesse pubblico piuttosto che l'interesse politico di sedurre certe opinioni pubbliche. Per questi tipi di pubblico più «critico»³⁷, «più della cosa stessa»³⁸, per citare Watzlawick, non offre una vera alternativa: non risolve in alcun modo il problema percepito. Per questi tipi di pubblico, in modo controproducente, «più della cosa stessa» porta inevitabilmente alla riproduzione dello «stesso problema di fondo»³⁹ (Watzlawick, citato in Ahlemeyer, 2001, 62, nostra traduzione).

Ovviamente non è a questi tipi di pubblico più critico che si pensa quando si legifera più per reprimere che per rispondere a un problema, non sono le loro aspettative a cui ci si ispira per restringere le misure alternative, aumentare il ri-

³⁷ Per «tipi di pubblico più critico», ci riferiamo a quanti tengono conto dei «fallimenti» da lungo tempo documentati del sistema penale e del carcere, a quei tipi di pubblico che sulla base di questa storicità si pongono degli interrogativi, manifestano dubbi e considerano seriamente la possibilità di valorizzare altri modi di fare e pensare in materia di reati e pene.

³⁸ Citazione originale: «*more of the same*».

³⁹ Citazione originale: «*same underlying problem*».

corso alla pena detentiva e punire più severamente. Si pensa piuttosto a determinate vittime e a una determinata opinione pubblica, a quei tipi di pubblico che, dal canto loro, *dal punto di vista dei conservatori*, continuano, nonostante tutto, a mantenere verso la repressione le stesse aspettative – per non dire le stesse illusioni – di quelle a cui ci ha abituato la moderna razionalità penale.

La nostra analisi indica peraltro che, nel campo della formulazione delle leggi e della riforma del diritto penale, ci sono opinioni pubbliche politicamente apprezzate e altre che lo sono meno e talvolta non lo sono affatto. Queste considerazioni puntano verso la «de-individualizzazione» (*dé-singularisation*) della nozione di opinione pubblica e ci permettono di insistere, come altri hanno fatto prima di noi, sulla caratterizzazione necessariamente pluralistica dell'opinione pubblica. Esse ci spingono altresì a «smaterializzare» (*dé-substantialiser*) le aspettative che sono attribuite all'opinione pubblica e a concepirle come un complesso di aspettative *politiche* costruite da e per il sistema politico. Le stesse osservazioni si applicano ovviamente alla nozione di vittima che abbiamo qui concepito come un pubblico specifico.

5. *Dalla protezione all'approvazione da parte della società: l'emergere di una nuova teoria della pena?*

Nei primi sviluppi di questa ricerca, quando esploravamo ancora le prospettive teoriche in grado di aiutarci a formulare, sotto forma di ipotesi, una risposta provvisoria alla questione relativa a cosa collegare le forme di opinione pubblica poste alla base della nostra empiria, abbiamo esaminato le prospettive offerte dalla teoria sulla razionalità penale moderna di Pires. La nostra prima ipotesi attribuiva, invero, le forme repressive dell'opinione *politica* dell'opinione pubblica all'influenza determinante esercitata dalle moderne teorie della pena (deterrenza, riabilitazione, retribuzione, funzione confermativa) in modo da collegare la protezione della società a pene severe, afflittive, spesso di natura carceraria o favorevoli in un modo o nell'altro all'esclusione sociale. L'ipotesi avrebbe potuto quindi essere confermata empiricamente se, dal punto di vista politico, i dati avessero rivelato il desiderio di aumentare la protezione della società con misure repressive giudicate più efficaci, suscettibili di rassicurare anche la collettività e di aumentare la sua fiducia nell'amministrazione della giustizia. Ma alla fine, come si è visto a contatto con l'empiria, non è né la protezione della società, né l'efficacia delle misure a porsi al centro delle preoccupazioni politiche dei conservatori, quanto piuttosto *la rappresentazione pubblica di questa protezione*, o più precisamente, *la rappresentazione politica di questa rappresentazione pubblica*.

Abbiamo dovuto quindi abbandonare la nostra prima ipotesi in luogo di quest'altra: le forme repressive che la politica associa all'opinione pubblica ritenuta legislativamente rilevante sono attribuibili all'emergere – discreto, frammentario ma nondimeno empiricamente osservabile – di una nuova teoria della pena. Quest'ultima continua a difendere l'afflizione e/o l'esclusione sociale come valori penali fondamentali, ma lo fa in nome di qualcosa di diverso dalla deterrenza, dalla riabilitazione, dalla funzione confermativa della pena o dalla retribuzione. Questa teoria opera in nome di un'*approvazione pubblica*, reale o percepita tale, in via immediata o anticipata.

La teoria dell'approvazione pubblica fonda il diritto di punire sulle aspettative della collettività, sulla previsione del suo grado di soddisfazione con le pene, la loro natura e la loro gravità. Il problema sorge dunque là dove questa teoria postula un pubblico necessariamente repressivo e che può recuperare la sua fiducia nell'amministrazione della giustizia solo se la giustizia tende ad un inasprimento delle pene, ad una maggiore afflizione ed esclusione sociale. Secondo questa teoria, il problema fondamentale nel campo della giustizia penale non è più sapere se la pena protegge, scoraggia o riabilita, retribuisce o addirittura realizza una funzione confermativa della pena stessa. Nonostante le evidenti somiglianze, bisogna stare attenti a non confondere la teoria dell'approvazione pubblica con la funzione confermativa della pena (*dénonciation*). La funzione confermativa della pena ha come obiettivo quello di trasmettere la disapprovazione del reato attraverso la pena e reiterare così l'attaccamento ai valori fondamentali della società. Siffatta teoria determina la qualità e la forza della disapprovazione in funzione, non dell'opinione pubblica o delle sue aspettative, ma della gravità del reato e del grado di responsabilità del reo. Qui sta il punto fondamentale di divergenza tra queste due teorie che altrimenti si potrebbero facilmente confondere. La teoria dell'approvazione pubblica determina la natura e la durata della pena anticipando o postulando il grado di soddisfazione che è in grado di suscitare nella collettività. Essa permette così di giustificare ciò che la teoria della funzione confermativa della pena non può giustificare, cioè sanzioni più severe di quelle che sarebbero consentite in base alla gravità del reato e al grado di responsabilità del trasgressore. Portata all'estremo, essa potrebbe persino permettere di giustificare la gravità che potrebbe suscitare l'approvazione pubblica, *indipendentemente dalla gravità del reato e dalla responsabilità della persona*. Il problema centrale della teoria dell'approvazione pubblica è effettivamente quello di sapere se la pena è abbastanza severa da ispirare la fiducia della collettività, o per postulare ragionevolmente l'approvazione da parte di un pubblico repressivo. Condividendo questa teoria, non ci si oppone alle misure alternative perché sono inefficaci, ma perché sono impopolari agli occhi della gente. Che le sanzioni alternative più positi-

ve siano più efficaci o meno non ha alcuna importanza nel dibattito, ciò che conta, ciò su cosa dovrebbe basarsi il processo decisionale, è la percezione pubblica.

Come abbiamo visto nel paragrafo precedente, l'analisi dei nostri dibattiti ha fatto emergere preoccupazioni politiche più specifiche riguardo a un particolare tipo di pubblico: le vittime. Il problema del riconoscimento dei danni arrecati e della dignità della vittima di reati emerge effettivamente come un fattore importante alla base dei progetti di legge esaminati. Abbiamo già trattato più nel dettaglio tale aspetto (Dubé, Garcia, 2017), ma qui dobbiamo sottolinearne un punto essenziale.

Si può più specificamente concepire i vocabolari di motivi riferiti alle vittime come frammenti di una teoria vittimista che fonda il diritto di punire sul riconoscimento dei pregiudizi che il reato può aver causato alla vittima, così come sull'importanza di indicare con la pena il valore che noi attribuiamo alla dignità della vittima di un reato. È il *riconoscimento significativo* dei pregiudizi più che la loro concreta riparazione a costituire la finalità della pena; quest'ultima essendo allora il segno con cui viene comunicato questo riconoscimento, il mezzo a partire dal quale la gravità dei pregiudizi subiti dalla vittima e l'importanza della sua dignità umana è istituzionalmente riconosciuta. In questa prospettiva, le pene severe e di natura carceraria sono viste come segni più forti, strumenti di comunicazione più chiari rispetto a pene meno severe o non carcerarie. Secondo la teoria in esame, come si è visto, riconoscere in questo modo le vittime di reato, equivale a promuovere la loro fiducia nell'amministrazione della giustizia, nonché a promuovere parimenti il loro proprio «riconoscimento» rispetto a un sistema che li ha tradizionalmente, per lungo tempo, ignorati o ridotti al ruolo di testimone privilegiato nella determinazione dei pregiudizi subito dalla principale, o addirittura l'unica, parte lesa: la società.

Queste considerazioni ci avvicinano a ciò che Denis Salas ha osservato personalmente nel contesto più specifico del sistema giudiziario, dove effetti comparabili sono associati a ciò che egli definisce come «ideologia vittimista» (Salas, 2005, 229). Per Salas, «le vittime inconsolabili delle società democratiche non trovano più i rituali che permettevano loro di tramutare la loro sofferenza in pena, esse cessano di essere i soggetti passivi del reato e, nel cercare di riparare il male irreparabile, diventano agenti vendicativi di repressione» (Salas, 2000, 86). Tuttavia, dobbiamo chiarire che la teoria del riconoscimento delle vittime di cui stiamo discutendo non sembra emergere – o almeno non ancora esplicitamente – con la finalità di sostituirsi alla «teoria del lutto», né per difendere una pena «salvifica per la vittima» (Salas, 2000, 87). La funzione primaria che le si attribuisce, in altre parole, non sembra essere quella della «chiusura (*closure*)» (Cauchie, Sauvageau, 2013), almeno non principalmente nei nostri dibattiti. In modo molto più autoreferenziale, essa sembra piuttosto attribuirsi la funzione di riproduzione del siste-

ma in un ambiente meno irritante o più conciliante. Riconoscere le vittime attraverso pene più severe si presenta quindi come la condizione del loro proprio «riconoscimento» nei confronti del sistema. L'obiettivo non è definito in termini di prestazioni o servizi resi, ma in termini di condizioni operative in un contesto attualmente fortemente impregnato di richieste e contestazioni da parte delle vittime. *Da un punto di vista sociologico*, e qualunque cosa ne dicano i conservatori, non ci sembra una questione di riparazione dei danni subiti né di ripristino della dignità. Se i pregiudizi assumono le sembianze di danni materiali, fisico o psicologici, non possono essere riparati né da una pena pecuniaria (*amende*), né da una sospensione della pena (*sursis*), né parimenti dal carcere. Per quanto riguarda la dignità umana, è il reato (*le crime*) e non il "penale" (*le pénal*) che l'ha offesa. Essa è stata lesa nell'ambito di una interazione molto specifica che coinvolge il comportamento del delinquente e non quello del "penale". Il penale potrebbe al limite sforzarsi di preservare il legame sociale e quindi provare a offrire *all'autore del reato e alla vittima* le condizioni di interazione suscettibili di favorire il più possibile il ripristino della dignità lesa. Ma in questa interazione, il "penale" non può in alcun modo sostituirsi al delinquente e ragionevolmente attendersi che la pena possa servire come premio di consolazione. Si deve in effetti poter distinguere qui, come fa chiaramente Axel Honneth (2000) nella sua teoria del riconoscimento, da un lato, il riconoscimento che risponde ad aspettative reciproche che le tengono insieme e, dall'altro lato, il riconoscimento relativo a norme istituzionali che definiscono i diritti e i doveri di ciascuno. Nell'interazione, la vittima ha il diritto di aspettarsi che l'autore del reato rispetti e riconosca la sua dignità umana, ha e continua ad avere il diritto di aspettarsi che il "penale" e le altre istituzioni sociali riconoscano questa aspettativa come una aspettativa valida, come un *diritto*. Ma nessuna di queste forme di riconoscimento porta in sé *al diritto di punire*, a riconoscere aspettative *punitive*. È solo sotto l'influenza della teoria della vittima qui osservata che tale deriva diventa possibile. Nonostante attraverso la sua teoria del riconoscimento Honneth miri più fundamentalmente allo sviluppo di una nuova teoria critica volta a valutare «le istituzioni del riconoscimento e ad esaminare fino a che punto sono in grado di realizzare l'ideale democratico della "libertà sociale"» (Carré, 2013, 30), il filosofo e sociologo tedesco sarebbe verosimilmente uno dei primi a riconoscere i rischi della deriva, specialmente quelli che potrebbero compromettere un altro aspetto ugualmente fondamentale del nostro ideale democratico, ossia il riconoscimento «dei diritti dei degli autori delle violazioni» (Salas, 2005, 228).

L'osservazione empirica di questi nuovi vocabolari di motivi con cui abbiamo potuto confrontare i nostri dati empirici – quelli che si riferiscono all'opinione pubblica e quelli associati alle vittime – dovrà ovviamente essere intensificata. Altri *corpora* politici dovranno essere analizzati. I *corpora* giurisprudenziali potreb-

bero altresì permettere di testarne la possibile influenza sulla determinazione della pena. Ma da un lato e dall'altro del confine che separa i mondi della politica e del diritto, il ricercatore deve rimanere vigile sul piano epistemologico. In relazione a questi vocabolari di motivi, non può aspettarsi di trovare nel suo materiale empirico riferimenti espliciti paragonabili a quelli che costituiscono regolarmente oggetto delle teorie più classiche (dissuasione, funzione confermativa della pena, ecc.). Deve piuttosto rivolgere la sua attenzione verso gli *effetti* che sono loro attribuibili. Questa osservazione ci sembra importante, perché qui ci troviamo di fronte a «razionalità introvabil[i]», per usare l'espressione di Ricoeur (citata in Salas, 2000, 209), con le sottostanti razionalità che, all'ombra dei loro effetti possono passare inosservati e sfuggire all'occhio critico del ricercatore. Dobbiamo praticare nei loro riguardi una vera «archeologia del sapere» in cui «sotto le grandi linee di continuità del pensiero [...] si cerca ora di rilevare l'incidenza delle interruzioni» (Foucault, 1969, 10-11). Dobbiamo avvicinarci alla realtà di questi vocabolari di motivi come ci avviciniamo alla realtà degli assiomi nelle scienze fisiche, particelle subatomiche che l'occhio non può osservare, ma di cui si può postulare l'esistenza *a partire dai loro effetti*, che sono osservabili. I frammenti di idee che abbiamo associato alle nuove teorie della pena non si sono potuti analizzare che *a partire dai loro effetti*. Sono i loro effetti che ci hanno aiutato a postularne l'esistenza e ci permettono ora, in conclusione, di affrontare la questione del loro statuto e del loro ruolo nelle basi contemporanee del diritto di punire.

6. Conclusioni

Alla base del diritto di punire, in termini di importanza, vi è evidentemente uno statuto ancora precario che attribuiamo alle teorie dell'approvazione pubblica e del riconoscimento delle vittime. È in effetti ancora troppo presto per andare oltre le tracce empiriche di questa evidenza e pronunciarsi sulle condizioni della loro stabilizzazione. I conservatori hanno perso le elezioni del 2015 e sono stati sostituiti alla guida del potere dai liberali di Justin Trudeau. Le nuove teorie della punizione che siamo stati in grado di postulare alla fine della nostra indagine ispirano il nuovo governo e quindi si dimostrano altrettanto «meta-politic[he]» (Pires *et al.*, 2001, 200) come le teorie della deterrenza, della retribuzione, della funzione confermativa della pena o della riabilitazione? L'interrogativo rimane aperto e dovrà attendere l'accumularsi di progetti di legge liberali prima di poter essere affrontato con rigore. Nel frattempo, ricerche condotte altrove, in particolare in Francia, quella di Salas e Mingasson (2005), ci consentono di ritenere altamente improbabile che il fenomeno che abbiamo qui osservato rimanga confinato in Canada. La tendenza sembra davvero più generale.

Al centro di questa «nuova» tendenza, una delle sfide principali concerne l'evoluzione del diritto penale moderno. Le teorie dell'approvazione pubblica e del riconoscimento delle vittime (*reconnaissance victimaire*) continuano a valorizzare l'afflizione e l'esclusione sociale nello stesso modo in cui hanno lo hanno fatto e lo continuano a fare le teorie moderne della razionalità penale moderna. Pertanto, queste nuove teorie non possono essere concepite come insiemi di idee innovative che partecipano alla nascita di un sistema di pensiero diverso da quello rappresentato da questa razionalità penale moderna. Siffatte teorie dovrebbero piuttosto essere concepite come forme di maggiore complessità interna che diversificano, all'interno di uno stesso sistema di pensiero, i vocabolari dei motivi evocati per giustificare la severità delle pene, il loro carattere affettivo e la loro (sopra)valutazione dell'esclusione sociale. La teoria dell'approvazione pubblica e quella del riconoscimento delle vittime appartengono quindi a uno stesso sistema di pensiero, che condividono entrambi i valori della razionalità penale moderna e rafforzano le pareti della stessa «bottiglia per le mosche»⁴⁰ (Pires, Acosta, 1994, 8). Si uniscono così ad altre teorie sulla pena per tenere ben fermo ciò che Pires (2002) aveva descritto in termini di «non-evoluzione» del diritto penale moderno. A tale riguardo, esse creano nuovi ostacoli cognitivi che possono ritardare ulteriormente l'avvento di un sistema penale più responsabile, in grado di imparare dal passato, di auto-correggersi e rivalutare l'*interesse pubblico*, incluso quello delle vittime nei loro criteri di *governance*.

Bibliografia

AHLEMEYER H.W., 2001, *Management by complexity: redundancy and variety in organizations*, in GEYER F., VAN DER ZOUMEN J. (Eds.), *Sociocybernetics: Complexity, Autopoiesis and Observation of social systems*, Westport (Connecticut), Greenwood Press, 59-72.

⁴⁰ Sul piano della cognizione, Pires e Acosta hanno confrontato gli effetti della razionalità penale moderna con quelli che erano stati problematizzati da Watzlawick riferendosi alle mosche intrappolate in vecchie "bottiglie per mosche". Queste bottiglie, spiegava Watzlawick, citato qui da Pires e Acosta (1994, 8), erano costituite da «una larga apertura, a forma di imbuto, che creavano una parvenza di sicurezza per le mosche che si avventuravano nel collo sempre più stretto del contenitore. Una volta nella pancia della bottiglia, l'unico modo per la mosca di uscire era quello di imboccare la stessa stretta condotta attraverso cui era entrata. Ma, vista dall'interno, essa sembrava ancora più stretta e pericolosa dello spazio in cui era intrappolata. [...] Sarebbe stato necessario, in una simile situazione, convincere la mosca che l'unica soluzione al suo dilemma era in effetti fare ciò che sembrava meno appropriato, e più pericoloso», nel caso specifico, per noi qui, l'esplorazione di alternative, di un modo non ostile e non afflittivo di concepire l'intervento penale, la protezione della società e le condizioni che possono favorire la fiducia della collettività nell'amministrazione della giustizia.

ALLEN J., EDMONDS S., PATTERSON A., SMITH D., 2006, *Policing and the Criminal Justice System – Public Confidence and Perceptions: Findings from the 2004/2005 British Crime Survey*, Home Office Online Report 07/06, London, Home Office.

BROWN S.J., 2009, *Attitudes towards sexual offenders and their rehabilitation: a special case?*, in WOOD J., GANNON T.A. (Eds.), *Public Opinion and Criminal Justice*, Cullompton, Willian, 187-213.

CAUCHIE J., SAUVAGEAU J., 2013, *La montée du closure: un allié ou un trublion pour la rationalité moderne?*, in DUBÉ R., GARCIA M., MACHADO M. (dir.), *La rationalité pénale moderne. Réflexions théoriques et explorations empiriques*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 165-190.

CARRÉ L., 2013, *Axel Honneth. Le droit de la reconnaissance*, Paris, Éditions Michalon.

CULLEN F.T., FISHER B.S., APPLGATE B.K., 2000, *Public opinion about punishment and corrections*, in TONRY M. (Ed.), *Crime and Justice, a review of research*, Chicago, The University of Chicago Press, 1-87.

DUBÉ R., 2014, *Michel Foucault et les cachots conceptuels de l'incarcération: une évacuation cognitive est-elle possible?*, Champ Pénal/Penal Field XI, 25, [en ligne] <http://champpenal.revues.org/8720>, DOI:10.4000/champpenal.8720 (17 mai 2017).

DUBÉ R., CAUCHIE J.-F., 2007, *Enjeux autour de l'évolution du droit criminel moderne: quand les variations de la périphérie défient l'autorité redondante du centre*, *Déviance et Société*, 31, 4, 465-485.

DUBÉ R., GARCIA M., 2017, *La construction politique des attentes victimaires dans les débats parlementaires entourant la création de la loi pénale*, Champ Pénal/Penal Field XIV, [en ligne] <http://champpenal.revues.org/9501> (17 mai 2017).

DUBÉ R., LABONTÉ S., 2016, *Dénonciation, rétribution et dissuasion: repenser trois obstacles à l'évolution du droit criminel moderne*, *Les Cahiers de Droit*, 57, 4, 685-713.

ELROD P., BROWN M., 1995, *Predicting Public Support for Electronic House Arrest: Results from a New York Country Survey*, Charlotte, University of North Carolina.

FOUCAULT M., 1969, *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard.

FOUCAULT M., 1975, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard.

GARCIA M., 2013, *La théorie de la rationalité pénale moderne: un cadre d'observation, d'organisation et de description des idées propres au système de droit criminel*, in DUBÉ R., GARCIA M., MACHADO M. (dir.), *La rationalité pénale moderne. Réflexions théoriques et explorations empiriques*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 37-72.

GRASMICK H.G., MCGILL A.L., 1994, *Religion, attribution style, and punitiveness towards juvenile offenders*, *Criminology*, 32, 1, 23-46.

HONNETH A., 2000, *La lutte pour la reconnaissance*, Paris, Les Éditions du Cerf.

LUHMANN N., 1988, *Closure and Openness: on the Reality in the World of Law*, in TEUBNER G. (Ed.), *Autopoietic Law: a New Approach to Law and Society*, New York, De Gruyter, 335-348.

LUHMANN N., 1997, *Globalisation ou société du monde: comment concevoir la société moderne?*, in KALOGEROPOULOS D. (dir.), *Regards sur la complexité sociale et l'ordre légal à la fin du XXe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 7-31.

LUHMANN N., 2000, *The Reality of the Mass Media*, Cambridge, Polity Press.

LUHMANN N., 2001, *L'opinion publique*, *Politix*, 14, 55, 25-59.

LUHMANN N., 2002, *Theories of Distinction: Redescribing the Descriptions of Modernity*, Stanford, Stanford University Press.

LUHMANN N., 2003, *Organization*, in BAKKEN T., HERNES T. (Eds.), *Autopoietic organization theory: Drawing on Niklas Luhmann's Social Systems Perspective*, Copenhagen, Copenhagen Business School Press, 31-52.

LUHMANN N., 2015, *Complexité de la société et opinion publique*, *Tracés. Revue de Sciences humaines*, [en ligne] <http://traces.revues.org/6359>, DOI: 10.4000/traces.6359, 165-180 (18 novembre 2015).

MILLS C.W., 1940, *Situated actions and vocabularies of motive*, *American Sociological Review*, 5, 904-913.

PERCY S.L., 1980, *Response time and Citizen Evaluation of Police*, *Journal of Police Science and Administration*, 8, 75-86

PIRES A.P., 1998, *Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne*, in DE-BUYST Ch., DIGNEFFE F., PIRES A.P. (dir.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine (vol. 2): la rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles, Éditions De Boeck, 1-52.

PIRES A.P., 2001, *La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique*, Sociologie et Sociétés, 33, 1, 179-204.

PIRES A.P., 2002, *Codifications et réformes pénales*, in MUCCHIELLI L., ROBERT Ph. (dir.), *Crime et sécurité. L'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 84-92.

PIRES A.P., ACOSTA F., 1994, *Les mouches et la bouteille à mouches: utilitarisme et rétributivisme devant la question pénale*, Carrefour, revue de réflexion interdisciplinaire, 16, 2, 3-39.

PIRES A.P., CELLARD A., PELLETIER G., 2001, *L'énigme des demandes de modifications législatives au Code criminel canadien*, in FRAILE P. (dir.), *Régulation et gouvernance. Le contrôle des populations et du territoire en Europe et au Canada. Une perspective historique*, Barcelone, Publicacions Universitat de Barcelona, 195-217.

REYNOLDS N., CRAIG L.A., BOER D.P., 2009, *Public attitudes towards offending, offenders and reintegration*, in WOOD J., GANNON T.A. (Eds.), *Public Opinion and Criminal Justice*, Cullompton, Willian, 166-186.

ROBERTS J.V., 1984, *Public Opinion and Capital Punishment: The Effects of Attitudes Upon Memory*, Canadian Journal of Criminology, 26, 283-291.

ROBERTS J.V., 1988, *Early Release From Prison: What Do the Canadian Public Really Think?*, Canadian Journal of Criminology, 30, 231-249.

ROBERTS J.V., DOOB A.N., 1989, *Sentencing and Public Opinion: Taking False Shadows for True Substances*, Osgoode Hall Law Journal, 27, 491-515.

ROBERTS J.V., GROSSMAN M.G., 1990, *Crime Prevention and Public Opinion*, Canadian Journal of Criminology, 32, 75- 90.

ROBERTS J.V., HOUGH M.J., 2001, *Public opinion, sentencing and parole: international trends*, in ROESCH R., CORRADO R.R, DEMPSTER R.J. (Eds.), *Psychology in the Courts*, London and New York, Routledge.

ROBERTS J.V., CRUTCHER N., VERBRUGGE P., 2007, *Public attitudes to sentencing in Canada: exploring recent findings*, Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice, 49, 75-107.

ROBERTS J.V., DOOB A., MARINOS V., 1999, *Judicial attitudes to conditional terms of imprisonment: results of a national survey*, Toronto, Report to the Department of Justice Canada.

SALAS D., 2000, *Le tiers pouvoir: vers une autre justice*, Paris, Hachette littératures.

SALAS D., 2005, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette Littératures.

SALAS D., MINGASSON L., 2005, *Une transformation de l'économie pénale. Le poids de l'opinion publique et des médias*, Caisse nationale d'Allocations familiales. Informations sociales, 127, 12-20.

SARAT A., VIDMAR N., 1976, *Public Opinion, the Death Penalty, and the Eight Amendment: Testing the Marshall Hypothesis*, Wisconsin Law Review, 171- 191.

SHARP F.C., OTTO M.C., 1909, *A Study of the Popular Attitude Towards Retributive Punishment*, International Journal of Ethics, 20, 341-357.

SIMMONS J. L., 1966, *Public Stereotypes of Deviants*, Social Problems, 13, 223-232.

SKOGAN W.G., 1996, *The police and public opinion in Britain*, American Behavioral Scientist, 39, 4, 423-434.

SKOVRON S.E., SCOTT J.E., CULLEN F.T., 1989, *The Death Penalty for Juveniles: An Assessment of Public Support*, Crime and Delinquency, 35, 4, 546-561.

TAYLOR D.G., SCHEPPELE K.L., STINCHCOMBE A.L., 1979, *Salience of Crime and Support for Harsher Criminal Sanctions*, Social Problems, 26, 413-424.

VIDMAR N., 1974, *Retributive and Utilitarian Motives and Other Correlates of Canadian Attitudes Toward the Death Penalty*, The Canadian Psychologist, 15, 337-356.

VIDMAR N., DITTENHOFFER T., 1981, *Informed Public Opinion and Death Penalty Attitudes*, Canadian Journal of Criminology, 23, 43-55.

WALKER J., COLLINS M., WILSON M.P., 1988, *How the public sees sentencing: an Australian survey*, in WALKER N., HOUGH M. (Eds.), *Public Attitudes to Sentencing. Surveys from Five Countries*, Cambridge Studies in Criminology, Aldershot, Gower Publishing Company.

WARR M., MEIER R.F., ERICKSON M.L., 1983, *Norms, Theories of Punishment and Publicly Preferred Penalties for Crimes*, Sociological Quarterly, 24, 75-91.

FAUSTO GIUNTA
CULPA, CULPAE (*)

*A Giovanni Flora
per il suo 70° compleanno*

SOMMARIO: Sez. I. Introduzione. – 1. Il pregiudizio potenziale: verosimiglianza, magnitudo, sopportabilità. – 2. Rischio (consentito) e pericolo (illecito). – 3. Agire cautelare e astensione dall'agire. – 4. Le cautele nell'agire lecito e nell'ambito dei divieti con funzione cautelare. – 5. Fattispecie di pericolo e tecniche normative. – 6. Colpa generica e colpa specifica. – 7. Il ruolo della “prevedibilità” quale presupposto operativo della regola cautelare. – Sez. II. La colpa normativa. – 8. Lo stato dell'arte. – 8.1. La rivoluzione mancata. – 8.2. Il rigorismo della giurisprudenza. – 9. L'an e il *quomodo* del dovere di diligenza. – 9.1. L'*Anlaß*. – 9.2. Segnali di allarme. – 10. La regola cautelare: precisazioni. – 10.1. La natura modale. – 10.2. L'efficacia preventiva. – 10.3. La preesistenza. – 10.4. Le fonti. – 10.5. L'esecuzione. – 11. Il trattamento differenziato. Notazioni politico-criminali *de iure condito* e *de iure condendo*. – 11.1. La colpa antinfortunistica e stradale. – 11.2. La colpa medica: l'art. 2236 c.c., il decreto Balduzzi e la legge Gelli-Bianco. – 11.3. La protezione dai rischi e i rischi della Protezione. – Sez. III. Il concorso colposo. – 12. La fattispecie colposa plurisoggettiva eventuale. – 13. Le ipotesi di concorso problematiche nella cornice dell'art. 110 c.p. – 13.1. Il concorso doloso nel delitto colposo. – 13.2. Il concorso doloso nel delitto preterintenzionale e nei delitti qualificati dall'evento. – 13.3. Il concorso nelle contravvenzioni. – 14. Le ipotesi di concorso estranee all'art. 110 c.p. In particolare: il concorso colposo nel delitto doloso. – 15. La cooperazione colposa.

SEZIONE I
INTRODUZIONE

1. *Il pregiudizio potenziale: verosimiglianza, magnitudo, sopportabilità*

I sostantivi “rischio” e “pericolo”, al pari delle corrispondenti forme aggettivali “rischioso” e “pericoloso”, indicano, con diversità di accenti, le potenzialità pregiudizievoli di una data situazione, vale a dire la sua attitudine a degenerare in accadimenti indesiderati. Non si tratta di un concetto indifferenziato. La prognosi di lesività, infatti, può variare in ragione di diversi fattori. Per quel che qui più interessa, ne vengono in rilievo tre.

Il primo è costituito dal grado di accadibilità dell'evento avverso, che impone

(*) Il testo rielabora, riunisce e integra i contenuti delle relazioni svolte a due Corsi organizzati dalla Scuola Superiore della Magistratura, intitolati “*Il reato plurisoggettivo*” (Scandicci, 24 maggio 2017) e “*Il sistema di protezione civile: profili organizzativi, poteri ed ipotesi di responsabilità penale degli operatori*” (Roma, 29 maggio 2018).

di distinguere tra l'ambito del possibile e quello del probabile, con una gradazione intermedia tra i poli del quasi-impossibile e del quasi-certo.

Il secondo consiste nella gravità del pregiudizio prevedibile, tenuto conto, anche, ma non solo, della sua natura personale o materiale, della sua estensione oggettiva e soggettiva, della sua riparabilità o irreversibilità.

Com'è evidente, si tratta fin qui di valutazioni predittive destinate a combinarsi e integrarsi tra loro. Si delineano, conseguentemente, gli estremi opposti, da un lato, dell'evento massimamente pregiudizievole, irreparabile e pressoché certo, che va tenuto nella massima considerazione, e dall'altro di quello lievissimo, reversibile e assai improbabile, come tale trascurabile. In posizione intermedia si colloca l'eventualità di eventi sfavorevoli, che si caratterizzano per una magnitudo non particolarmente elevata, ma comunque apprezzabile, a loro volta ordinabile a seconda che tali eventi appaiano solamente possibili, mediamente probabili o prossimi alla certezza, e – quanto a effetti – reversibili o meno.

Il terzo parametro, sul quale si riverberano i criteri di classificazione già enunciati, è deontico, attiene cioè al dover essere.

In relazione alle condotte caratterizzate da rischio minimo, potenzialmente foci di eventi del tutto improbabili e modesti per entità, le consuetudini sociali esimono finanche dall'adozione di cautele. *Minima non curat civis*. Si pensi all'uso delle mascherine c.d. chirurgiche per non trasmettere a terzi virus influenzali.

Per converso, la prevedibilità di un evento, ancorché gravemente pregiudizievole e altamente probabile, non preclude il diritto di compiere la condotta da cui potrebbe scaturire la conseguenza non voluta, a meno che l'agire non sia espressamente interdetto. Per le condotte non vietate l'ordinamento prescrive, tuttavia, l'osservanza del dovere di diligenza, ossia l'ottimale gestione delle loro potenzialità lesive.

2. *Rischio (consentito) e pericolo (illicito)*

Considerate dall'angolo visuale dell'ordinamento giuridico, le situazioni astrattamente lesive, di cui si è detto, possono dar luogo a valutazioni di sopportabilità antitetiche, espresse dai concetti di "rischio" e "pericolo".

Il primo, caratteristico delle condotte lecite compiute nel rispetto delle cautele doverose, designa le probabilità di lesione che permangono nonostante le contromisure preventive adottabili (rischio residuo) oppure in mancanza della loro adozione, quando essa non è ritenuta doverosa per il carattere marginale degli effetti prevedibili (rischio accettabile). Il rischio è consentito perché il suo abbattimento potrebbe avvenire solamente rinunciando al fattore che lo genera, ossia astenendosi dall'agire non vietato o addirittura espressamente autorizzato per via

della sua utilità sociale. Ogni altra sua modalità di gestione, diversa dall'adozione delle cautele disponibili, accrescerebbe l'attitudine lesiva della condotta e la trasformerebbe nel rischio illecito, ossia nel pericolo.

Quest'ultimo, infatti, indica la potenzialità offensiva della condotta quando la sua esecuzione è incontrollata, perché non assistita dalle cautele disponibili e doverose, o quando la mancata adozione di cautele dipende dalla voluta finalizzazione della condotta alla verificazione di un evento offensivo.

Mentre il rischio è tollerato, il pericolo non lo è, indipendentemente dalla circostanza che la sua creazione sia di per sé punita o meno. Le fattispecie che sanzionano la creazione di situazioni di pericolo sono diverse per struttura e conseguenze: si va dalla figura generale del delitto tentato, quale archetipo di condotta pericolosa in concreto, alle fattispecie di pericolo astratto e finanche presunto, punite con sanzione penale o amministrativa. In particolare, l'illiceità del pericolo è dimostrata, per un verso, dalla fattispecie oggettiva del delitto tentato, per l'altro, dall'ambito operativo della legittima difesa, che non vi è ragione di limitare alle aggressioni dolose. La condotta non assistita dalle cautele doverose diventa pericolosa, integrando un tentativo colposo, non penalmente rilevante, ma qualificabile come "pericolo attuale di un'offesa ingiusta" ai fini della legittima difesa. Nonostante che nelle trattazioni correnti l'aggressione colposa non venga annoverata tra le condotte in relazione alle quali può operare la legittima difesa, non vi sono ragioni di escluderla tra i presupposti dell'art. 52 c.p., come non manca di rilevare la dottrina più attenta.

La circostanza che, per una condivisibile scelta politico-criminale, il delitto colposo non sia punito nella forma del tentativo, non esclude affatto che la condotta pericolosa sia, a differenza di quella rischiosa, *contra ius*. Ne discende altresì che nell'agire lecito l'adozione delle cautele non è un onere, ma costituisce un obbligo, ancorché a volte normativamente imperfetto perché non sempre presidiato da sanzione per il caso della sua inosservanza. Le regole cautelari non costituiscono, dunque, una sorta di *soft law*. Integrando la fattispecie colposa, ne costituiscono piuttosto il nucleo precettivo, rappresentando l'*hard law* regolativo della colpa; e ciò indipendentemente dal posto che nella gerarchia delle fonti riveste la cornice normativa entro cui esse si inscrivono. Ciò spiega la necessità di estendere alle regole cautelari, quali norme integratrici del tipo colposo, tutti i corollari garantistici dell'art. 25, comma 2, Cost. Se questi ultimi non operassero nei confronti delle disposizioni integratrici, ne discenderebbe che il sottobosco normativo, da cui più dipende in concreto il raggio di azione della penalità, sarebbe del tutto sottratto all'irradiazione della legalità.

Nei limiti in cui il singolo può acconsentire alla lesione di un bene giuridico di cui è titolare, a maggior ragione, e nella stessa misura, può disporre del pericolo della sua lesione. Questa simmetria manca nell'ambito del rischio, al quale si pos-

sono esporre beni ritenuti indisponibili, anche quando esso è molto elevato. La ragione di ciò risiede, ancora una volta, nella circostanza che il rischio è intrinsecamente lecito, per cui esporsi ad esso rientra tra i diritti di libertà. Si pensi agli sport estremi, a talune professioni pericolose ma anche a scelte sicuramente insindacabili come avere rapporti sessuali non protetti con persona affetta da virus HIV. Il consenso al rischio deve essere espresso, consapevole ed è sempre revocabile, salvo che tale ripensamento, facendo venir meno l'affidamento di terzi, incrementi altri fattori di pericolo (così, lo stuntman può rinunciare alla sua esibizione, salvo ad andare incontro a eventuali profili di responsabilità civile per inadempimento contrattuale; diversamente, il comandante di una nave in avaria non può abbandonarla prima di aver messo in salvo i passeggeri).

D'ora in avanti, e con i margini di convenzionalità delle definizioni, si ometterà di aggettivare il rischio quando è consentito e si chiamerà pericolo la potenzialità dell'offesa non tollerata dall'ordinamento. Solo il pericolo, non anche il rischio, può dare vita a una responsabilità penale. Il rischio, infatti, è la proiezione lesiva dell'agire conforme a cautela. Esso, pertanto, non aiuta a individuare la regola di comportamento; è quest'ultima che segna l'area del rischio lecito.

Al riguardo è opportuno spendere qualche altra parola. L'opposta impostazione, per il vero molto diffusa, si connota per una precisa matrice ideologica, che qui si contesta, perché addossa interamente al singolo cittadino, non solo la gestione concreta del rischio, ma la sua corretta perimetrazione in astratto, elevando l'agente, per il solo fatto di agire, a garante assoluto di se stesso; e deresponsabilizzando, per converso, sia l'ordinamento, che il corpo sociale quali principali produttori, seppure non monopolisti, di regole prudenziali. L'agente è, di regola, il fruitore dell'esperienza cautelare collettiva; non ne è il supervisore, né tantomeno il facitore.

Il dovere di diligenza, quale precipitato dell'*alterum non laedere*, non grava solo sul cittadino, ma anche sulle istituzioni, cui compete la disciplina delle attività socialmente utili o comunque lecite che, per le loro intrinseche caratteristiche, richiedono standard comportamentali peculiari o particolarmente elevati.

3. *Agire cautelare e astensione dall'agire*

Il rischio, per via della sua immanenza, non è solo l'altra faccia dell'agire, è l'ombra dell'esistenza stessa. Si può dire: finché c'è rischio, c'è esistenza. Per converso, l'espressione "rischio zero" è una *contradictio in adiecto*, un fuorviante miraggio e una formula retorica, ora con intenti di assicurazione sociale, ora con funzione accusatoria. Anche attività di regola non pericolose – come per esempio dormire – possono comportare un qual certo rischio (si pensi all'apnea nel son-

no); e diventano pericolose a seconda del contesto (si pensi all'esempio al medico ospedaliero che si assopisce durante il turno di notte venendo meno al suo dovere di tempestivo intervento a beneficio dei pazienti).

Come si diceva, ci sono rischi che, essendo già molto bassi, non meritano particolari trattamenti; e ve ne sono altri che, non risultando tali, richiedono di essere contenuti attraverso apposite contromisure. Il più comune di questi rimedi è rappresentato, per l'appunto, dall'adozione di regole cautelari, intese a ridurre ragionevolmente il rischio, contemperando il valore liberale dell'agire con le ragioni della sicurezza. La ricerca e il raggiungimento di questo delicato punto di equilibrio è l'obiettivo precipuo del dovere di diligenza al quale deve conformarsi ciascun consociato.

La contromisura più radicale ed efficace di contenimento del rischio consiste, invece, nell'astensione dallo svolgimento dell'attività potenzialmente dannosa. Si tratta, però, di una opzione all'evidenza socialmente costosa, specie quando l'attività cui si rinuncia è utile per la collettività. Ma anche quando l'agire soddisfa unicamente l'interesse individuale, la soluzione dell'astensione contrasta pur sempre con il primato fondamentale della libertà. Infatti, per un principio generale di matrice liberale, condivisibile e largamente condiviso, ciò che non è vietato è consentito. Da questa premessa ideologica – che funge da “norma generale di chiusura”, perché disciplina quanto non espressamente regolato – discende che negli ordinamenti, come il nostro, fondati sul valore assoluto della libertà personale, i divieti hanno carattere eccezionale e derogatorio.

L'inazione, dunque, può essere una libera scelta del singolo, il quale, salvo che non sia gravato da una posizione di garanzia, si sottrae in tal modo alla gestione prudenziale del rischio e alle sue possibili conseguenze. Altre volte, invece, l'astensione è imposta dall'ordinamento attraverso l'espressa previsione di un divieto, il quale, interdicensi l'insorgere o il persistere del pericolo, ha una funzione preventiva simile, negli effetti, a quella di una regola cautelare, ma ben più efficace.

Sia chiaro: dal punto di vista operativo, il divieto non si trasforma in regola cautelare. Sul piano della natura e dei contenuti precettivi, infatti, la norma cautelare ha carattere modale, ossia è una regola (di comportamento) permissiva, in quanto indica il modo in cui può essere svolta la condotta rischiosa. La cautela è l'opposto simmetrico del divieto, sebbene per entrambi valga il divieto di applicazione analogica. Per parte sua, il divieto con funzione cautelare non cessa di consistere in un'interdizione. In breve: altro è la *ratio* preventiva, che accomuna sia il divieto, sia la regola cautelare; altro il modo in cui viene contrastata la potenzialità di lesione.

4. *Le cautele nell'agire lecito e nell'ambito dei divieti con funzione cautelare*

Il governo giuridico del rischio si ispira al canone del *neminem ledere* quale principio generale dell'ordinamento, che opera come contrappunto operativo del principio, altrettanto generale, della libertà dell'agire. L'obbligo di adottare le migliori cautele disponibili è il precipitato comportamentale in cui sostanzia la regola del *neminem ledere*.

La colpa penale, in particolare, è una forma di responsabilità per il non voluto, causato dal malgoverno del rischio. Si tratta di una responsabilità che origina nell'ambito di un'attività ab origine lecita, perché la regola cautelare, in quanto norma permissiva, è logicamente incompatibile, dal punto di vista deontico, con lo svolgimento di attività che siano vietate in vista del medesimo scopo preventivo perseguito dalla cautela. In tal caso, il dovere di diligenza è assorbito dal dovere dell'inazione espresso dal divieto. L'ordinamento opta per la non sopportabilità del rischio, sottraendone la gestione al singolo cittadino. Il divieto prevale sul dovere di diligenza sia perché assicura un effetto preventivo maggiore (vale a dire l'abbattimento del rischio), sia perché l'osservanza del divieto è per il cittadino più agevole (ancorché, magari, più costosa sul piano del sacrificio dei diritti di libertà) dell'agire diligente: per conformarsi alla pretesa comportamentale espressa dal divieto, basta rinunciare all'azione vietata.

In breve: quando una condotta è vietata per la sua pericolosità, l'agente non è tenuto ad adottare le regole cautelari che perseguono lo stesso obiettivo preventivo; ne ha facoltà, però, nel suo stesso interesse, che è quello di non aggravare le conseguenze della propria condotta. Anche nell'agire illecito, dunque, possono adottarsi tecniche idonee al contenimento del rischio (relativo a beni diversi da quello tutelato) e del pericolo (per i beni giuridici tutelati). In quest'ultimo caso, tuttavia, l'adozione delle cautele non ha un'autonomia precettiva: è un onere dell'agente, posto che il suo dovere è circoscritto all'astensione dall'attività pericolosa. Le contromisure adottabili dall'agente assumono una rilevanza esclusivamente empirica, non deontica.

Nei termini anzidetti, dunque, divieti e regole cautelari possono interferire vicendevolmente nello svolgimento della comune funzione preventiva.

5. *Fattispecie di pericolo e tecniche normative*

Sostando ancora sulla funzione cautelare del divieto, quest'ultima non può che emergere all'esito di una corretta interpretazione della norma interdittiva dell'attività. In linea di massima presentano l'anzidetta funzione cautelare i reati

di pericolo astratto e le fattispecie a struttura preterintenzionale, che muovono da una valutazione politico-criminale di non tollerabilità del pericolo insito nella condotta vietata.

Quanto ai primi, si pensi al delitto di incendio (art. 423, comma 1, c.p.). La pretesa comportamentale dell'ordinamento è quella dell'astensione, per via dell'intrinseca pericolosità dell'incendio che superi un certo grado di diffusività, tale da renderne difficile il controllo. Ciò non esclude che la pericolosità dell'incendio possa essere contenuta, magari con minore efficacia, in altro modo: predisponendo, per esempio, dei potenti getti d'acqua idonei a contenere l'espansione del fuoco. L'adozione di queste misure però, se non assicura una assoluta controllabilità del pericolo, è irrilevante per il diritto penale, dal punto di vista sia precettivo, che preventivo. Può avere un riflesso sul piano della commisurazione. L'aspettativa fatta valere dal divieto, infatti, è che il cittadino non realizzi il fatto vietato, in quanto ritenuto, in base alle massime di esperienza fatte proprie dal legislatore, il comportamento preventivo più efficace e necessario rispetto a quel dato fattore di pericolo.

Con riguardo alle fattispecie preterintenzionali (tali sono, oltre all'ipotesi di cui all'art. 584 c.p., i reati qualificati dall'evento in cui l'evento aggravatore deve essere necessariamente non voluto, perché altrimenti integrerebbe un distinto reato doloso), si pensi ai maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p. La struttura della fattispecie, che ricomprende gli eventi aggravatori delle lesioni personali e della morte in un'apposita cornice sanzionatoria, consente di ritenere che il divieto di maltrattamenti abbia una funzione preventiva, a base presuntiva, anche rispetto a detti eventi. Le eventuali precauzioni che assumerà l'agente, onde evitare che la propria condotta di maltrattamento evolva negli eventi più gravi non voluti, restano irrilevanti perché assorbiti nella *ratio* preventiva del divieto di maltrattare.

La condotta vietata non è considerata rischiosa, bensì pericolosa per i beni aggrediti involontariamente. In tali casi, infatti, l'evento non è attribuito in base alla violazione di una regola cautelare, ma sulla sola base della riconoscibilità della situazione di pericolo, quale presupposto del dovere di astensione di per sé autonomamente sanzionato in sede penale.

Diversamente deve dirsi per le ipotesi in cui l'evento aggravatore non costituisce una proiezione del rischio insito nella condotta vietata, come nel sequestro di persona estorsivo (art. 630 c.p.). Considerato che la fattispecie incriminatrice è posta a tutela della libertà personale e al più del patrimonio, ma non certo della vita, la morte non voluta dell'ostaggio può essere imputata al sequestratore solo se sono state violate regole cautelari idonee a ridurre il rischio di verificazione dell'evento (si pensi, per esempio, all'omessa somministrazione delle cure di cui necessita l'ostaggio cardiopatico).

Anche con riguardo alle fattispecie di pericolo concreto, la pretesa compor-

tamentale risiede nell'astensione dall'attività pericolosa. L'adozione di regole cautelari, però, può escludere la prognosi di pericolosità, ossia la tipicità, e finanche il dolo. Si pensi a colui che, nel suo podere, abbatte una costruzione al fine di edificarne un'altra nella medesima area. Prescindendo dalla verosimile integrazione di violazioni urbanistiche, il fatto non costituirà il delitto di crollo di costruzioni se sarà adottata ogni cautela necessaria a tutelare l'altrui incolumità. L'efficace e incisiva riduzione del rischio sconfessa la prognosi di pericolosità in concreto che è richiesta dall'art. 434 c.p. In effetti è ben difficile che, a fronte delle contromisure prese, l'agente si sia rappresentato un reale pericolo per la pubblica incolumità.

Un'ultima precisazione merita la distinzione tra i divieti per così dire "tombali", che interdicono in radice la condotta pericolosa, assorbendo del tutto il dovere di diligenza, e quelli che precludono solamente una specifica modalità esecutiva della condotta, in quanto reputata pericolosa, funzionando l'enunciato normativo come regola modale rispetto alle rimanenti forme di esecuzione dell'attività, ritenute solamente rischiose se svolte nell'osservanza delle opportune cautele. Mentre, come si è rilevato, nel primo caso l'osservanza del divieto assorbe l'obbligo di adottare le cautele disponibili, nel secondo il divieto è null'altro che una tecnica normativa attraverso la quale viene imposta la regola cautelare. Talvolta, infatti, specialmente le regole cautelari positivizzate sono descritte sotto forma di divieto, la cui funzione, però, è consentire, in chiave permissiva, la corretta gestione del rischio.

Si pensi, nell'ambito della circolazione stradale, al divieto di transitare con il semaforo rosso. L'art. 41, comma 2, cod. strada non vieta l'attività della circolazione, ma impone una cautela modale, solo temporaneamente interdittiva, ossia l'arresto della marcia del veicolo. In effetti, divieti di questo tipo sono assai frequenti, mentre sono alquanto più rari i divieti che impediscono in radice ed espressamente lo svolgimento dell'attività di genere, come nel caso, già considerato, dei maltrattamenti. E ancora: la contravvenzione del getto pericoloso di cose (art. 674 c.p.) punisce penalmente, tra l'altro, colui che lancia dal finestrino del treno rifiuti o altro tipo di oggetti. A ben vedere la fattispecie in questione munisce di sanzione, per il caso della sua violazione, la regola cautelare secondo la quale i rifiuti e gli oggetti in genere vanno smaltiti lasciandoli nei contenitori destinati alla loro raccolta. Il divieto di gettarli non preclude, ma disciplina, la loro dismissione da parte del possessore in modo coerente con un accettabile livello di rischio. Conseguentemente, chi ferisce taluno, lanciando dal finestrino una bottiglia di vetro, risponderà di lesioni personali colpose in concorso formale con la contravvenzione di getto pericoloso di cose.

6. *Colpa generica e colpa specifica*

Traendo spunto dalla formula definitoria dell'art. 43 c.p., comunemente si distingue tra colpa generica e colpa specifica, a seconda della fonte della regola cautelare.

È generica la colpa dovuta a negligenza, imprudenza e imperizia.

È specifica la colpa che è causata dalla violazione di leggi, regolamenti, ordini e discipline.

La distinzione tra colpa generica e specifica è meno solida e meno utile di quanto comunemente si ritenga. Essa, infatti, vorrebbe far luce sul livello di legalità della colpa, maggiore in presenza di regole positivizzate e determinate. Senonché, non sempre le leggi e i regolamenti cautelari sono precisi. A ciò si aggiunga che gli ordini e le discipline non sono fonti del diritto. Con essi, infatti, si fa riferimento alle regole cautelari impartite dal soggetto garante a un singolo sottoposto (ordini) o a una classe di sottoposti (discipline). Né può dirsi che la distinzione tra colpa generica e colpa specifica serva a definire la latitudine dell'eterointegrazione del fatto tipico colposo e a decretare la compatibilità della colpa con il principio (ancora di rilevanza costituzionale, seppure in crisi) della riserva di legge. Questo fondamentale fenomeno non è esclusivo della colpa specifica, perché anche nella colpa generica abbiamo regole cautelari che sia l'agente, sia il giudice trovano e non creano. Si tratta degli usi cautelari di natura consuetudinaria. Rilievo, questo, che conferma l'eterointegrazione del tipo colposo anche nel caso della colpa generica.

Fino a un recente passato, in nome della *reductio ad unitatem*, si è cercato di ricondurre la colpa specifica alle caratteristiche identitarie della colpa generica. La preoccupazione principale era quella di contrastare proprio nella colpa specifica la logica del *versari in re illicita* e la tesi di quanti ritenevano che, a seguito della violazione di regole cautelari positivizzate, l'evento colposo andasse imputato oggettivamente, a prescindere da quel processo di concretizzazione svolto dai criteri della prevedibilità ed evitabilità.

Oggi, però, vi è consapevolezza che il problema dell'imputazione dell'evento non è il solo nodo gordiano della colpa. Ancora più gravido di implicazioni appare il profilo della indeterminatezza della colpa, che a sua volta si riflette, accentuandola, sulla complessità del momento imputativo (non fosse altro perché uno dei fondamentali criteri di imputazione, qual è il fine di tutela della norma cautelare, presuppone che il dovere di diligenza disatteso sia determinato anche sotto il profilo teleologico, al fine di precludere al giudicante la sua applicazione analogica). Per uscire dall'impasse, dunque, è la colpa generica che va ricostruita alla stregua della colpa specifica (quando fondata su obblighi cautelari positivizzati in modo preciso), tenendo conto che le regole cautelari esistono indipendentemente

dal loro rilievo penalistico e dalla loro cogenza. Esse sono il frutto dell'esperienza individuale e collettiva. Ogni ambito di attività ha regole cautelari sue proprie; ma esistono anche cautele di portata generale, perché valide per più settori dell'agire rischioso.

Con ciò non si intende negare che la colpa generica si caratterizza per la violazione di regole cautelari sociali, maggiormente esposte all'inconveniente dell'indeterminatezza. Questa convinzione, però, è corretta solo in parte. La positivizzazione della regola, infatti, non assicura uno standard elevato di precisione. Basti pensare alla genericità delle norme del codice della strada che prescrivono di moderare la velocità, di procedere con prudenza ecc. La regola cautelare è precisa solo quando descrive i suoi presupposti di operatività e il suo specifico precipitato comportamentale.

Ebbene, l'indeterminatezza della colpa generica dipende anche e soprattutto dai criteri che l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale prevalente utilizza per l'individuazione della condotta prudente doverosa. Il riferimento è alla declinazione della c.d. prevedibilità-evitabilità in base ora alla migliore scienza ed esperienza, ora alla figura dell'agente modello; criteri, questi, insoddisfacenti perché troppo pretenzioso, il primo, eccessivamente elastico, il secondo.

7. Il ruolo della "prevedibilità" quale presupposto operativo della regola cautelare

Nella storia teorica della colpa la prevedibilità ha svolto una duplice funzione, rilevando, da un lato, come criterio diagnostico della situazione di pericolo che concretizza il dovere cautelare, dall'altro, come base valutativa esperienziale e scientifica per la formazione della regola di comportamento doverosa, espressiva della c.d. evitabilità.

In origine questi due momenti erano di fatto simbiotici (come conferma l'espressione unitaria "prevedibilità-evitabilità", ancora ricorrente), perché il modello colposo di riferimento era quello, come si è anticipato, della colpa generica, intesa come delega al cittadino dell'intera gestione del rischio, comprensiva del confezionamento della regola cautelare.

Un esempio aiuterà a comprendere. L'automobilista che viaggia in autostrada alla velocità di 100 km/h deve ridurre la sua andatura in presenza, tra l'altro, di banchi di nebbia. Questa situazione, nel rendere prevedibile il tamponamento di chi precede, suggerisce (rectius: impone) la riduzione della velocità. La prevedibilità, dunque, fa scattare il dovere di adottare la cautela idonea all'ottimale ridimensionamento del rischio. Ma di quanto deve ridursi la velocità? Torna in gioco la prevedibilità, questa volta come parametro di formazione della regola cautela-

re: la velocità corretta sarà quella che rende scarsamente verosimile il tamponamento ovvero ne riduce la magnitudo.

In breve: la regola cautelare, la cui violazione dà vita a negligenza, imprudenza e imperizia, deve essere confezionata dall'agente, azzeccando la combinazione ottimale delle varie sfaccettature del giudizio di prevedibilità (ossia probabilità e magnitudo dell'evento, tenuto conto altresì della riduzione di rischio connessa all'adozione della regola cautelare).

Senonché, questo approccio, alquanto cervelotico, alla colpa generica non è privo di inconvenienti. È nota da tempo, infatti, la duttilità del giudizio di prevedibilità, che non a caso trova il suo limite nel fortuito. Da qui l'adagio secondo cui, se non tutto, quasi tutto è prevedibile, specie se il parametro della prevedibilità è dato dalla capacità previsionale della migliore scienza ed esperienza e dallo standard di cautela cui si sarebbe adeguato l'agente modello ansioso. Tali parametri, sebbene ambiscano a contenere la variabilità soggettiva del giudizio di prevedibilità, finiscono per elevare il dovere di diligenza verso standard preventivi irrealistici, quando non lo sospingono, in mancanza di una prognosi ampiamente rassicurante, sulla riva rinunciataria dell'obbligo di astensione.

Per ovviare agli inconvenienti anzidetti, che si traducono in un'abnorme dilatazione della responsabilità colposa, si rende necessario un ripensamento del giudizio di prevedibilità, sia sotto il profilo della sua funzione, sia sotto quello della sua identità.

Con riguardo al primo, la prevedibilità gioca troppi ruoli. In particolare, la pretesa che l'agente forgi da sé la regola cautelare, sulla base della prevedibilità dell'evento, non tiene conto dell'importanza che assume nell'agire di tutti noi l'esperienza collettiva, che si traduce in modelli di comportamento prudenziale – quando non positivizzati – comunque codificati negli usi e pertanto imitabili. In considerazione di ciò, il ruolo imprescindibile della prevedibilità merita di essere circoscritto; esso deve limitarsi a operare come presupposto operativo della regola cautelare, ossia come condizione della sua doverosità. La separazione dei due momenti dell'*an* e del *quomodo* del dovere di diligenza porta con sé la loro diversa declinazione ideologica, con una migliore messa a fuoco della dialettica incrociata tra “oggettivo e soggettivo”, “individuale e sociale-ordinamentale”. Nel senso che la prevedibilità diventa un'enclave soggettiva nella tipicità oggettiva, espressiva della responsabilità esclusiva dell'agente, là dove la formazione della regola cautelare – che incarna l'evitabilità – è attività partecipata, ponendo il cittadino nella posizione di fruitore di un sapere cautelare condiviso, sul quale è lecito e ragionevole fare affidamento.

Detto altrimenti: la prevedibilità è attività valutativa che delinea continue descrizioni di possibili eventi; l'evitabilità, passando per l'adozione della cautela doverosa, è regola di condotta preesistente e necessariamente modale.

SEZIONE II
LA COLPA NORMATIVA

8. *Lo stato dell'arte*

Tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza, è oramai acquisita la natura normativa della colpa penale, ossia l'irrilevanza, sotto il profilo identitario, delle eventuali componenti psicologiche effettive dell'illecito colposo e, per converso, la funzione caratterizzante dell'inosservanza delle regole cautelari, la cui rilevanza interessa la struttura del delitto colposo, prima ancora che a livello della colpevolezza, già sul piano della tipicità.

Capita talvolta ai dogmi del diritto penale quanto accade, talaltra, alle canzoni di successo, allorché, diventando familiari, subiscono vistose perdite di senso. Se si passa l'inusuale paragone, anche la normatività della colpa è diventata un gettonato ritornello penalistico, una innovazione per lo più nominale.

8.1. *La rivoluzione mancata*

Sviluppata in modo coerente, la normatività della colpa avrebbe dovuto significare ben altro: le potenzialità di questa acquisizione erano autenticamente sovversive della dogmatica preesistente. La sua storia, invece, è quella di una rivoluzione mancata. La novità, costituita dalla concezione della colpa come tipo, si è esaurita in un rimpasto sistematico: la costruzione separata di matrice quadripartita (delitto commissivo doloso, delitto omissivo doloso, delitto commissivo colposo, delitto omissivo colposo). Sono state opportunamente distanziate essenze tra loro eterogenee (dolo e colpa, azione ed omissione), senza però adeguare i contenuti delle categorie del reato alle rispettive funzioni garantistiche (che sono identiche nel delitto doloso e in quello colposo, trattandosi pur sempre di reati, ossia di fatti tipici, antigiuridici e colpevoli). Una sorta di gattopardismo dogmatico ha consentito di traslocare nel nuovo edificio del tipo colposo il vecchio arredo di cui sarebbe stato meglio disfarsi.

In breve: nell'elaborazione prevalente la colpa continua a incarnare la logica tipica della regola di giudizio (pensata per il giudice), che era coerente con la sua originaria concezione come forma di colpevolezza; per converso, è rimasta nell'ombra proprio la dimensione descrittiva del fatto colposo, ossia il funzionamento del dovere di diligenza come regola di condotta (rivolta al cittadino), la cui violazione integra una specifica e peculiare tecnica di tipizzazione.

Nella sistematica del reato di matrice belinghiana, tuttora seguita dalla criminalistica di lingua tedesca, italiana e spagnola, la categoria del fatto tipico condensa l'oggettivismo garantistico dei tre fondamentali principi di legalità, mate-

rialità e offensività. Nel perimetrare il raggio di azione della giurisdizione, l'accezione descrittiva del "fatto" offre inoltre il vantaggio di depoliticizzare la decisione del giudice, mettendola al riparo da una diretta valutazione da parte del corpo sociale.

In coerenza con questa impostazione, la colpa del fatto tipico dovrebbe persistere alla colpa del fatto storico e guidarne l'accertamento. La predeterminabilità della pretesa comportamentale conforme a diligenza andrebbe sottratta al senno di poi, troppo facilmente sapienziale, e resa riconoscibile ex ante dal cittadino, che è chiamato a districarsi tra i rischi dell'agire, prima ancora che dal giudice, che non può indossare i panni di inventore a tavolino di regole cautelari buone per affermazioni di responsabilità. Per il cittadino e il giudice la tipicità colposa è una strada a doppio senso di circolazione (il primo la percorre agendo, il secondo giudicando), ma con un identico tracciato.

8.2. Il rigorismo della giurisprudenza

Le cose – si diceva – non stanno così. Il metro di misurazione della colpa scende dall'alto di una deontica ispirata dalla prevenzione generale e da intenti di palingenesi sociale, quando non dichiaratamente moralistici; non sale dal basso dell'esperienza disponibile. Un dover essere salvifico ad ogni costo prevale sulla concezione realistica ed empirico-sociologica dell'agire diligente. La colpa, come ogni parametro normativo, sta nella mente di chi giudica, non nella condotta dell'agente. Ma altro è la preesistenza del parametro che guida il giudizio, altro è l'assoluta libertà valutativa del giudicante.

La giurisprudenza cavalca l'onda lunga di una diffusa istanza di rigorismo, che ha smesso di essere solo dichiarativo di colpevolezze colpose; le condanne cominciano a superare la franchigia della sospensione condizionale della pena (si pensi alla materia della colpa stradale e antinfortunistica). Non c'è dubbio che spetti al diritto vivente affrontare una casistica a volte oggettivamente complessa; ma la tavola da surf, con cui taglia acque spesso agitate, è di fabbrica dottrinale. La teorizzazione della colpa è alquanto flou, ricalca la logica delle clausole generali di matrice civilistica, inadeguate alla materia penale e antitetiche rispetto alla funzione garantistica della tipicità, quale *sedes materiae*, tra l'altro, del principio di determinatezza e del divieto di applicazione analogica delle regole cautelari.

Dominano incontrastate tre categorie osmotiche, alle quali si è già fatto cenno: la prevedibilità, come criterio sincretistico di riconoscibilità del rischio di verificazione dell'evento e, al contempo, come impasto della regola cautelare; il rischio consentito come autonoma valutazione di sopportabilità dell'agire di per sé lecito o autorizzato; l'agente modello come incarnazione dell'assoluto preventivo nell'adempimento del dovere di diligenza, capace di rendere normale (e preten-

dibile) l'impresa eccezionale. In realtà si tratta di tre sipari dietro i quali il decisore ha carta bianca: fatto e diritto si intrecciano, così anche tipicità e prova. Non c'è da meravigliarsi se non vi è quasi mai corrispondenza tra capi di imputazione e motivazioni. Sorprenderebbe il contrario. La regola è che l'imputazione colposa sia continuamente cangiante.

Del tutto prioritaria dovrebbe essere invece la ricerca di un reale bilanciamento tra le indubbie esigenze di tutela, cui è chiamata sempre più a contribuire la responsabilità per colpa nell'odierna società del rischio, e le altrettanto irrinunciabili istanze di garanzia, che ne legittimano la rilevanza penale.

9. *L'an e il quomodo del dovere di diligenza*

Volendo procedere in questa direzione, bisogna riprendere e sviluppare un rilievo che si è già espresso. Il punto di partenza di questo ripensamento sta nel collegamento funzionale tra due momenti i quali, contrariamente all'opinione dominante che li salda l'uno all'altro attraverso il collante ectoplasmatico e liberticida dell'agente modello, devono essere costantemente distinti concettualmente: da un lato, il riconoscimento della situazione di rischio, che impone l'adozione della regola cautelare, e dall'altro la violazione della cautela doverosa. Vale a dire il nesso tra l'*an* e il *quomodo* di quello che comunemente si indica con l'espressione "dovere di diligenza".

9.1. *L'Anlaß*

Con riguardo al primo dei due momenti anzidetti, la dottrina tedesca parla di *Anlaß*, per indicare le circostanze che, in un dato quadro di vita reale, concretizzano l'obbligo di adottare la cautela doverosa. Il riconoscimento della situazione di rischio, al di là della sua dimensione sensoriale (strettamente connessa al nostro modo di percepire il mondo esterno), ha una ineliminabile componente congetturale, ossia valutativa, anche nei casi di *culpa in executivis*. L'*Anlaß* segna il momento iniziale della tipicità colposa, la cui individuazione può risultare agevole in presenza di regole cautelari positivizzate in modo esautivo e determinato, ossia attraverso l'indicazione non soltanto del comportamento diligente richiesto, ma anche dei suoi presupposti di obbligatorietà. Si pensi all'art. 145, comma 2, del codice della strada, che impone all'automobilista di dare precedenza ai veicoli provenienti da destra o, in presenza di apposita segnalazione, da altra direzione. Oltre a indicare la regola cautelare (dare precedenza), la norma stabilisce, in modo presuntivo e implicito, la situazione di rischio e l'evento da evitare (la collisione). Ma si tratta di casi

assai poco frequenti. Perlopiù i presupposti del dovere di diligenza non sono tipizzati e il loro riconoscimento in concreto viene rimesso all'agente.

A questo proposito si impone una precisazione: l'*Anlaß* si fonda su segnali di allarme, la cui rilevazione è influenzata dal patrimonio conoscitivo ed esperienziale del singolo agente. La loro corretta decifrazione dipende dalle capacità dell'agente. Viene a delinearsi una prima e autentica dimensione individuale della colpa, cui si aggiunge la capacità soggettiva di conformarsi alla regola cautelare; diversamente, la modulazione della regola cautelare, appartenendo al piano della tipicità, non può che essere oggettiva. La dimensione individuale dell'*Anlaß* introduce, dunque, una componente soggettiva nella tipicità oggettiva, che tuttavia non è esclusiva della colpa. Anche nel delitto doloso di evento la tipicità oggettiva consiste nella finalizzazione della causalità in stretta connessione con l'interpretazione che l'agente dà del quadro di vita concreto nel quale interviene la sua condotta. La base ricognitiva è la medesima, con la particolarità che nella colpa la cornice di rischio non viene finalizzata alla causazione dell'evento, ma deve essere sfruttata nella direzione opposta del suo impedimento (ossia in modo che l'azione venga svolta senza pregiudizio per alcuno). Breve: l'accertamento dell'*Anlaß* non può prescindere dalle capacità individuali di lettura del mondo esterno. L'agente viene misurato con se stesso. Operazione, questa, per nulla sofisticata, se affidata a una anamnesi completa e accurata. Per esempio: l'automobilista che percorre abitualmente una via cittadina dove si trova una scuola elementare, sa che, specie in certe fasce orarie, sono presenti bambini che giocano in prossimità della carreggiata, indipendentemente dalla circostanza che la scuola sia segnalata o meno (perché la segnalazione non è stata effettuata o è stata divelta da una azione vandalica). È di questa conoscenza che bisogna tenere conto; se essa manca, il segnale di allarme o sussiste perché è oggettivamente rilevabile o non può essere inventato dal giudice incaricando per ciò la sua seconda voce, quella dell'agente modello, il cui standard di diligenza è fisiologicamente irraggiungibile (altrimenti non sarebbe un modello ideale) e fatalmente postumo.

Ne consegue la natura ricognitiva, non investigativa dell'*Anlaß*. L'agente non è tenuto a un'esplorazione di tutti i fattori che rendono astrattamente possibile l'offesa; non deve cercare, bensì solo registrare e interpretare correttamente i segnali di allarme nei quali si imbatte, i quali devono essere visti, non previsti; sono materia di rilevazione, non di preveggenza. A questa regola fanno eccezione i doveri cautelari che si innestano nel perimetro di posizioni di garanzia finalizzate all'approfondimento precipuo dei segnali di allarme per così dire muti o equivoci in quanto polivalenti. Si pensi al medico specialista che viene interpellato dal paziente in ragione di una sintomatologia incerta. Il medico è chiamato – a pena di inutilità del suo ruolo – proprio a scandagliare altri indicatori rilevanti per la salute del paziente, collegati a quelli manifesti.

Tutto parte, però, sempre da fattori di allerta per così dire di primo grado, magari equivoci, ma pur sempre presenti, in mancanza dei quali l'*Anlaß* si trasformerebbe, da congettura empiricamente fondata su evidenze, in una ricerca del rischio parossistica e ansiogena.

9.2. *Segnali di allarme*

In questa prospettiva la prevedibilità è la proiezione congetturale dei segnali di allarme. Muove dal concreto per ritagliare verosimili valutazioni di rischio, circa l'accadibilità o meno di esiti avversi indesiderati, corrispondenti agli eventi tipizzati nelle fattispecie incriminatrici colpose. Sul piano ricognitivo, e considerato che, come si dice per significare l'intrinseca rischiosità dell'agire, "chi cammina inciampa" (o "cu mancia fa muddichi", per attingere a uno dei significati di un equivalente proverbio siciliano), la prevedibilità dà rilievo a una pluralità di eventi, alcuni probabili, altri solo possibili o non impossibili, ordinandoli – lo si è già detto – a seconda del loro grado di accadibilità e della loro magnitudo.

Nella vasta e variegata casistica che giunge all'attenzione del giudice penale, sono meno problematici i casi di autentica *culpa in executivis*, espressione dell'agire maldestro. Lo stesso deve dirsi nei casi di eventi non voluti causati da una erronea percezione sensoriale.

Diverso discorso va fatto per la colpa, oggi maggiormente al centro dell'attenzione, per così dire congetturale. L'individuazione dell'ambito del rischio consentito non può essere prerogativa postuma del giudicante, ma deve dipendere da criteri stabiliti ex ante, che, seppure non positivizzati, afferiscono al piano della tipicità.

10. *La regola cautelare: precisazioni*

Passando adesso all'adozione della regola cautelare, si rendono necessarie alcune precisazioni finalizzate a mettere a fuoco il momento attuativo del dovere di diligenza.

10.1. *La natura modale*

Come si è anticipato, le regole cautelari hanno natura modale e sono irriducibilmente liberali, ossia indicano il modo in cui va svolta la condotta pericolosa. Conseguentemente, nonostante il diverso avviso di parte della dottrina, non può annoverarsi tra le cautele doverose la regola dell'astensione, da ultimo rilanciata dalle letture della colpa ispirate al c.d. principio di precauzione, che la

vorrebbe operante nei casi, intuitivamente problematici, in cui l'agente non è in grado di assicurare l'assoluta innocuità del suo agire.

Sul piano del diritto sostanziale, bisogna evitare, cioè, di trasformare surrettiziamente la cautela, da norma *agendi*, qual è, nel suo opposto logico e funzionale, ossia in un divieto.

Del resto, quest'ultima conclusione è frutto di una lettura eterodossa e finanche arbitraria del principio di precauzione, che, nella sua traduzione giuridica, non opera come regola di condotta per il cittadino, ma come indirizzo di politica securitaria di competenza delle istituzioni. Il precauzionismo può legittimare invece l'introduzione di reati di pericolo astratto e, in deroga al principio di offensività, può consentire finanche la previsione di reati di pericolo presunto, purché destinati a una vigenza temporanea, coerente con la logica della moratoria. Sul piano processuale, poi, la regola dell'astensione nasconde una evidente funzione di semplificazione probatoria, perché consente di bypassare la verifica di eventuali negligenze modali, per punire direttamente l'assunzione di rischio, di per sé insufficiente all'affermazione di responsabilità, in quanto lecita, socialmente utile o addirittura doverosa se connessa a una posizione di garanzia.

10.2. *L'efficacia preventiva*

La seconda precisazione riguarda l'efficacia preventiva delle regole cautelari, le quali – va riconosciuto con disincantato realismo – raramente eliminano del tutto il rischio dell'azione; in molti casi esse si limitano a ridurlo sotto il profilo della probabilità e della magnitudo dei suoi effetti, rendendolo accettabile e in quanto tale consentito. Solo l'inazione garantisce sempre e comunque il rischio zero. Ancora una volta affiora la differenza tra la logica della cautela e quella del divieto, sebbene entrambe siano accomunate dalla finalità preventiva.

10.3. *La preesistenza*

La terza precisazione concerne la preesistenza delle regole cautelari rispetto alla condotta. L'agente, come si imbatte nei segnali di allarme, così trova la regola cautelare. Come si è anticipato, il cittadino e il giudice non sono fattori, bensì fruitori di cautele, al pari delle leggi causali. La sperimentazione cautelare, ossia la ricerca di nuove e più efficaci precauzioni, al pari di ogni attività sperimentale, rientra tra i diritti di libertà costituzionalmente garantiti, nella specie quello della ricerca scientifica, ma non costituisce un dovere.

Il cittadino non è il garante della regola cautelare, non deve migliorarla sotto la minaccia di pena, ma adottarla, scegliendo la più efficace tra quelle disponibili.

Non manca chi opina diversamente. Soprattutto nei casi di regola positivizzata, la tesi qui avversata porta alla conseguenza paradossale che il cittadino sia te-

nuto a correggere l'inerzia del sistema aggiornando la cautela vetusta e colmando le lacune dell'ordinamento che, essendo venuto meno al suo compito precipuo, proprio in ragione della sua negligenza ritiene di avere titolo per punire, per difetto di diligenza, il cittadino che non vi ha posto rimedio.

Né, a tal fine, può farsi appello alla figura tanto abusata dell'agente modello, che certamente avrebbe fatto meglio, in quanto condensato ideale di virtù, ma in realtà comodo parametro per l'affermazione di responsabilità penali semplificate e semplificanti. L'agente modello è colpevolista per definizione. Le sue rarissime applicazioni innocentiste non ne smentiscono la vocazione liberticida, perché si tratta, a ben vedere, di pronunce nelle quali il parametro dell'agente modello ha una funzione *ad colorandum*, non fonda la decisione. Si tratta di casi in cui l'assoluzione discende da altre categorie dell'universo colposo, di talché la sua invocazione è addirittura arbitraria. Per quanto la si voglia camuffare, l'inclinazione dell'agente modello è accusatoria. Se si consente la provocazione, la sentenza di condanna basata sull'agente modello non dovrebbe essere motivata, essendo già chiaro che il giudice ha optato per l'opacità motivazionale già nel momento in cui si è affidato a un siffatto parametro di giudizio. Parafrasando il fraseggio di un famoso film di Sergio Leone: "quando un uomo imputato incontra l'agente modello, l'imputato è un uomo condannato".

10.4. *Le fonti*

La quarta precisazione attiene alle fonti della regola cautelare e all'ipotesi, per nulla infrequente, del concorso apparente di regole prudenziali. Le cautele non appositamente positivizzate sono di fonte sociale, si sostanziano cioè in consuetudini o usi preventivi, il cui ambito operativo è doppiamente residuale, in quanto destinato a operare in mancanza di regole positivizzate o in presenza di regole positivizzate generiche sotto il profilo contenutistico o *ictu oculi vetuste*. Nel caso di concorso apparente di regole cautelari, tutte ugualmente preesistenti e fruibili, l'agente è tenuto a scegliere quella più efficace, indipendentemente dalla gerarchia della fonte che la pone. Come noto, il principio della gerarchia delle fonti trova una correzione nel criterio della specificità della fonte, per cui la regola consuetudinaria speciale prevale su quella positivizzata generica. Il concorso apparente tra cautele presuppone poi la loro validità sostanziale, ossia preventiva, che manca nelle cautele superate. In materia vale il principio antihobbessiano "*veritas non auctoritas facit cautelam*".

Sia chiaro: altro è l'obbligo di preferire la regola più efficace disponibile derogando a quella vetusta, altro è l'obbligo di inventare una nuova cautela da utilizzare in luogo di quella non sufficientemente efficace. Una particolare ipotesi di regola cautelare è il protocollo, che si è affermato da tempo in molti campi (il noto ricetta-

rio di Pellegrino Artusi è un florilegio *ante litteram* di protocolli gastronomici), tra cui quello della medicina, in relazione al quale esistono protocolli sia diagnostici, che terapeutici, i quali si caratterizzano per un elevato grado di formalizzazione e, quanto al contenuto, per il carattere sequenziale-procedimentale. Il protocollo aspira a essere una cerniera tra il sapere più avanzato e la sua traduzione pratica in regole di condotta; la validità del suo precipitato comportamentale sta e cade con il valore del suo razionale scientifico ed esperienziale, che funge da retroterra giustificativo della procedura cautelare. Nel settore aeronautico, per esempio, le check list sono regole cautelari condivise a livello planetario. Nel mondo della medicina l'impiego massivo e variegato della logica protocollare ne ha compromesso in parte l'utilità. In questo settore non esiste il protocollo, ma la ressa dei protocolli: una realtà promiscua nella quale convivono l'opera degli scienziati e quella dei millantatori. Ciò rende difficile la scelta dell'agente, prima, e il compito del giudice, poi; quest'ultimo, però, può essere validamente indirizzato dalla prova scientifica, cui contribuiscono periti e consulenti tecnici, il cui apporto sarà fondamentale se argomentato e documentato; inutili e fuorvianti sono invece le esibizioni consulenziali e peritali degli affabulatori in cerca di ribalte processuali per tentare di accreditare in modo revanscistico un sapere isolato nella comunità scientifica di appartenenza.

Pur con tutte le riserve, il parametro offerto dal protocollo è sempre preferibile a quello dell'*homo eiusdem*. Il primo, in quanto regola cautelare autoprodotta da una data comunità sociale o professionale, preesiste e funge da regola di condotta; il secondo è postumo, funziona da regola di giudizio ed è di fatto carente di razionalità contenitiva, essendo l'incarnazione della prevenzione generale.

Vale per il concorso apparente tra protocolli quanto si è già osservato in relazione al concorso di regole cautelari, del quale è una specie: l'agente deve scegliere il più accreditato ed efficace, lontano da convenienze, presunzioni e dogmatismi, verificando la sua pertinenza alla situazione concreta, pena la sua inutilità o addirittura la sua nocività. La violazione del protocollo rileva sul piano della tipicità, al pari di qualunque altra regola cautelare. Per converso, l'agente non ha il dovere di migliorare il protocollo, ma ha il diritto di farlo, agendo nel rispetto di metodologie scientifiche, per lo più anch'esse protocollari. Duole rilevare la vocazione illiberale della nostra giurisprudenza secondo la quale, già in linea di principio, mentre la violazione del protocollo ben può fondare la responsabilità penale, il suo rispetto non ha di per sé effetto liberatorio.

10.5. L'esecuzione

La quinta precisazione attiene all'esecuzione della regola cautelare, quale risulta nella sua oggettività. Come, ai fini dell'interpretazione dei segnali di allarme, rilevano le capacità individuali dell'agente considerate nella loro massima espres-

sione, così, anche in relazione all'esecuzione della cautela oggettiva, vanno considerate le caratteristiche del soggetto attivo in concreto. L'agente è tenuto a impiegare tutte le sue capacità: intellettive, sensoriali e manuali.

Tanto considerato, stante il principio generale *ad impossibilia nemo tenetur*, le conoscenze e le capacità inferiori dell'agente concreto possono ridurre l'aspettativa comportamentale conforme a diligenza o giustificarne l'inadempimento.

Il dibattito sulle capacità superiori dell'agente, che molto ha impegnato la dottrina, viene allora a ridimensionarsi, fino a diventare un falso problema, derivante dalla costruzione dell'intero edificio del delitto colposo sulla figura dell'agente modello.

Tale impostazione, infatti, si trova stretta tra due alternative: da un lato, ritagliare la pretesa di diligenza sul parametro del massimo esperto universale, con la conseguenza di rendere di fatto impossibile un dovere di diligenza superiore; dall'altro lato, attenersi a una misura media del dovere di diligenza, nel qual caso diventa problematico il rilievo da attribuire al mancato uso delle capacità superiori, come dimostrano le discordanze che si registrano sul punto (ossia se innalzino o meno la pretesa di diligenza già a partire dal confezionamento della regola cautelare). Questo spiega il carattere velleitario dei tentativi di fuga nella misura soggettiva della colpa, in realtà ancora e inevitabilmente oggettiva.

Una volta chiarito, invece, che la tipicità colposa si fonda su regole modali che preesistono all'azione e alle quali l'agente deve conformare la propria condotta, ciò che possono rilevare in fase esecutiva sono solamente le capacità insufficienti rispetto alla pretesa di diligenza, non quelle eccedenti, in quanto solo le prime possono esimere da responsabilità.

11. *Il trattamento differenziato. Notazioni politico-criminali* de iure condito e de iure condendo

I contesti umani e sociali nei quali rilevano i rischi sono suscettibili, in ragione delle loro particolarità, di giudizi di valore opportunamente diversificati. Ne consegue che il trattamento differenziato della colpa può dipendere, oltre che dal disvalore di evento, anche dal disvalore di azione, ossia dal tipo di cautela violata, dalle motivazioni sottese alla condotta, dalle particolari difficoltà e incertezze che accompagnano l'agire. Le regole cautelari, che il penalista è abituato a vedere appiattite nell'ottica formalistica della loro violazione, si distinguono per una diversa intensità di antisocialità.

11.1. *La colpa antinfortunistica e stradale*

Si pensi alle violazioni antinfortunistiche quando sono espressione di una poli-

tica aziendale volta al risparmio di spesa, ossia intese a perseguire il maggior profitto imprenditoriale, al costo tuttavia di una esposizione a pericolo di beni fondamentali della persona del lavoratore. In tal caso la maggiore gravità del reato colposo, come noto recepita dalla normativa vigente, è del tutto giustificata, stante la spiccata antisocialità che è sottesa alla negligente svalutazione della sicurezza sul lavoro. La dimensione antiprecettiva della negligenza, ancorché involontaria, può lasciare trasparire perfino una latente e inaccettabile filigrana ideologica.

Lo stesso deve dirsi di talune ipotesi di colpa stradale. Senza con ciò avallare l'estremo e indifferenziato rigorismo dei nuovi artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p., altro è la mera disattenzione in cui può incorrere l'automobilista stanco dopo una giornata particolarmente pesante di lavoro, altro è l'automobilista che, rompendo il patto fondamentale che sottoscrivono tacitamente tutti gli utenti della strada, si metta alla guida in condizioni di inidoneità, ossia dopo avere assunto sostanze alcoliche o stupefacenti che compromettono in modo significativo la sicurezza dei terzi.

11.2. *La colpa medica: l'art. 2236 c.c., il decreto Balduzzi e la legge Gelli-Bianco*

E ancora. Si pensi al disposto dell'art. 2236 c.c.: una saggia disposizione, un tempo valorizzata dalla giurisprudenza in materia di colpa medica, che l'ha successivamente marginalizzata, salvo occasionali e nostalgici ripensamenti. La limitazione della responsabilità alla colpa grave, in presenza di problemi particolarmente complessi da risolvere, non costituisce un ingiustificato privilegio. A suo tempo lo ha confermato, del resto, la Corte costituzionale (sentenza n. 166 del 1973). Si tratta di una differenziazione del trattamento del tutto ragionevole, la cui svalutazione interpretativa porta al paradosso di allargare, in dispregio del principio di sussidiarietà, la responsabilità penale oltre il perimetro di quella civile.

Come noto, questa norma venne delimitata, *in primis* dalla Consulta nella pronuncia ricordata, alla sola imperizia.

Sennonché il concetto di imperizia è tutt'altro che definito. Anzi è opinione condivisa e condivisibile che le espressioni negligenza, imprudenza e imperizia, usate dal nostro codice penale, siano convenzionalmente sinonimi.

D'altro canto, sostenere che l'imperizia è la negligenza professionale non risolve il problema definitorio, che viene spostato sul concetto di colpa professionale. Senza contare la sostanza del discorso: perché mai la colpa professionale dovrebbe godere di un trattamento privilegiato?

Per questa ragione la nozione di imperizia va ripensata e limitata ai casi in cui il dovere di diligenza, inscrivendosi entro il perimetro di una posizione di garanzia, esclude la facoltà dell'astensione: il soggetto gravato dal debito di diligenza deve essere pronto ad operare efficacemente a tutela del bene giuridico, non quando sceglie di agire, ma quando le circostanze gli impongono di intervenire in

modo salvifico. In queste situazioni e in presenza di problemi tecnici particolarmente complessi, la limitazione di responsabilità alla colpa grave appare adeguata alla contestualità e all'indubbia gravosità del doppio dovere di azione e diligenza.

Questa pareva, in fondo, l'idea di fondo del c.d. decreto Balduzzi, sempre che, come pure probabile, il recupero dell'art. 2236 c.c. non fosse frutto di un transfert ermeneutico, favorito dalla pacifica opacità del testo normativo.

Ad ogni modo, altro è la limitazione della responsabilità professionale del medico alla sola colpa grave, altro è la rilevanza dei protocolli (o linee-guida, che dir si voglia) come criterio integratore della tipicità colposa, il cui impiego non c'è ragione di limitare alla sola imperizia, trattandosi di regole cautelari al pari di altre. È quello che chiarisce oggi la legge Gelli-Bianco, la quale richiama il valore tipizzante dei protocolli, senza più fare riferimento alla colpa grave, e lasciando alla giurisprudenza la possibilità di riabilitare il tuttora vigente disposto dell'art. 2236 c.c.

11.3. - *La protezione dai rischi e i rischi della Protezione*

Questi rilievi portano a esplorare la possibilità e la stessa utilità, *de lege ferenda*, di uno statuto differenziato della colpa penale per gli operatori della Protezione civile, anch'essi divenuti potenziali clienti della nostra giustizia penale.

Prima di entrare in argomento è opportuno tornare al valore della condotta rischiosa, che, presente anche nel mero esercizio di diritti di libertà (si pensi all'aeronautica sportiva), è certamente maggiore nelle attività socialmente utili. In relazione a queste ultime, infatti, si può ulteriormente distinguere a seconda che i fattori di rischio da fronteggiare siano solamente endogeni, ossia creati dall'azione socialmente utile, come nel caso della collocazione di tralicci per il passaggio dell'energia elettrica ad alta tensione, o (anche) esogeni, ossia indipendenti (perché opera di terzi o della natura) e tali da richiedere un agire diligente con funzione sia preventiva, che soccorritrice.

La distinzione ha una sua rilevanza, già sul piano dell'*Anlaß*, perché, per un principio di proporzione, i rischi endogeni della condotta soccorritrice non devono superare quelli esogeni che essa è chiamata a contrastare. In questi casi il dovere di diligenza del garante si concretizza solo se, in base a una valutazione ex ante, è prevedibile una riduzione complessiva del rischio. Si pensi alla evacuazione della popolazione in occasione di inondazioni. Essa, sia chiaro, può rendersi indispensabile, ma di per sé non è priva di rischi; per questa ragione, non va ordinata sempre e comunque, potendo anzi costituire, al di fuori dei casi di effettiva necessità, una negligenza.

Tanto considerato, con riferimento agli operatori della Protezione civile, si potrebbe pensare alla positivizzazione, *de lege ferenda*, di criteri speciali di imputazione della *culpa in omittendo* analoghi a quelli previsti oggi per i sanitari, stante

la similitudine delle rispettive posizioni d'obbligo. Ma sia consentito un certo scetticismo sulla tenuta di siffatte soluzioni, posto che, da un lato, l'elaborazione dei criteri di imputazione è compito della cultura giuridica, dall'altro, la base normativa per una ragionevole contrazione della responsabilità c'è già, ed è costituita dall'art. 2236 c.c. Di fronte all'incertezza del nuovo, appare un traguardo ragguardevole, e forse ambizioso, la riscoperta e la piena valorizzazione dell'esistente normativo.

SEZIONE III IL CONCORSO COLPOSO

12. *La fattispecie colposa plurisoggettiva eventuale*

Nel bene come nel male, l'unione fa la forza, consentendo o agevolando attività di impossibile o più difficile realizzazione ad opera di un singolo agente, ovvero ancora rafforzando le motivazioni individuali rispetto alla realizzazione di un determinato programma.

Il fenomeno concorsuale non è un'esclusiva della criminalità dolosa. La pluralità degli agenti accresce l'attitudine lesiva delle loro condotte, a prescindere dall'elemento soggettivo che le connota (si pensi al volo acrobatico: più sono gli aerei e i piloti, più aumentano le probabilità di incidenti e la loro magnitudo). Al contempo, però, la plurisoggettività incrementa l'evitabilità dell'offesa non voluta: quando le competenze cui si può attingere sono plurime, cresce il livello di diligenza complessiva disponibile e l'aspettativa che non si verifichino eventi indesiderati (si pensi al paziente soccorso, anziché da un singolo medico, da un'équipe di medici). In breve: mentre, con riguardo alla realizzazione dei fatti dolosi, la sinergia degli agenti e delle rispettive condotte ne aumenta l'attitudine offensiva, nell'ambito del non voluto la pluralità degli agenti presenta un profilo speculare potenzialmente virtuoso, nel senso che la loro ottimale organizzazione svolge, già di per sé, un'efficacia preventiva degli eventi indesiderati.

Come il concorso di persone, disciplinato dagli art. 110 e seg. c.p., è una forma di manifestazione del reato "generale", che opera in relazione a tutti gli illeciti penali, così la cooperazione colposa, di cui parla l'art. 113 c.p., è una forma di manifestazione del reato "speciale", che concerne i soli delitti colposi. L'art. 113 c.p. non costituisce un inutile doppione dell'art. 110 c.p., posto che soddisfa, con riguardo alla fattispecie delittuosa concorsuale, il principio dell'espressa previsione della responsabilità colposa, stabilito dall'art. 42, comma 2, c.p.

Stante la struttura causalmente orientata dell'art. 113 c.p., nei delitti colposi di evento l'istituto della fattispecie concorsuale svolge una funzione non già incri-

minatrice, bensì di disciplina per lo più sfavorevole al reo (si pensi all'effetto estensivo della querela) e segnatamente sanzionatoria, affidata a circostanze aggravanti, che prevedono, a seconda dei casi, anche aumenti in misura indipendente. Le circostanze attenuanti (art. 114 c.p.) sono invece facoltative.

13. *Le ipotesi di concorso problematiche nella cornice dell'art. 110 c.p.*

Come conferma il suo tenore letterale ("Quando più persone concorrono nel medesimo reato..."), l'art. 110 c.p. si presta a comprendere tutte le forme di concorso di persone diverse da quella colposa nella fattispecie delittuosa colposa, contemplata in via esclusiva dall'art. 113 c.p.

Acquisito che nell'ambito dell'art. 110 c.p. rientra pacificamente il concorso doloso nel delitto doloso, controversa risulta la rilevanza penale di altre forme di concorso, cui si farà adesso un rapido cenno.

13.1. *Il concorso doloso nel delitto colposo*

La figura della compartecipazione dolosa nel delitto colposo, sebbene sia largamente contestata in dottrina, è ammessa in giurisprudenza. In linea di principio non ha torto il c.d. diritto vivente, non frapponendosi alla tesi della configurabilità alcun ostacolo testuale, né obiezioni di natura logico-sistematica. Del resto, il postulato di partenza della soluzione negazionista, ossia la ritenuta unitarietà del titolo di responsabilità dei concorrenti, non è pacifico nemmeno in dottrina, e comunque non trova riscontro nel diritto positivo. A favore dell'ammissibilità di questa figura di concorso depone, invece, un'esigenza di efficacia operativa: negando il concorso doloso nel delitto colposo, si consentirebbe all'agente accusato di aver cooperato colposamente all'altrui condotta colposa, di liberarsi da ogni addebito confessando di avere agito con dolo.

Il concorso doloso nel delitto colposo va ammesso, dunque, quando il concorrente strumentalizza dolosamente l'altrui agire colposo, realizzando una condotta di partecipazione che, se non fosse accompagnata dal dolo, costituirebbe comunque una negligenza idonea a integrare una cooperazione colposa. Si faccia il caso del farmacista ospedaliero che consegna all'infermiere medicinali scaduti, confidando che questi li somministri ai pazienti senza prima controllarne la data di scadenza.

13.2. *Il concorso doloso nel delitto preterintenzionale e nei delitti qualificati dall'evento*

Se l'art. 110 c.p. non frapponesse di per sé elementi ostativi al concorso doloso nel delitto con struttura preterintenzionale, lo stesso non può dirsi con riguardo

all'art. 42, comma 2, c.p., che per la repressione delle fattispecie preterintenzionali e colpose richiede l'espressa previsione legislativa. Sennonché, a differenza della cooperazione colposa, che è appositamente prevista dall'art. 113 c.p., in relazione al concorso nel delitto preterintenzionale manca una norma simmetrica. Il sistema, stante il suo ancoraggio al principio di legalità, ammette, dunque, soltanto e in via di eccezione specifiche fattispecie preterintenzionali di parte speciale (qual è l'omicidio di cui all'art. 584 c.p.), non anche la loro realizzazione nella forma plurisoggettiva eventuale.

La giurisprudenza opina diversamente, trascurando, tra l'altro, che nel delitto preterintenzionale vi è uno stretto nesso di pericolo tra il reato doloso di base (percosse e lesioni) e l'evento aggravatore non voluto. Come si diceva, nell'ambito della preterintenzione il legislatore attribuisce al divieto penale una funzione cautelare. Per questa ragione non vi è spazio per una autentica imputazione a titolo di colpa del fatto tipico, fondata cioè sulla violazione di una regola cautelare modale (che indica la *quomodo*); può esservi solo un giudizio di colpa fondato su prevedibilità e prevedibilità in concreto. Vero ciò, quand'anche si volesse ammettere il concorso di persone nel delitto preterintenzionale, esso andrebbe delimitato ai casi in cui il concorrente realizzi *manu propria* la condotta pericolosa di base. La colpa in concreto, infatti, non ammette valutazioni delegate. Detto altrimenti: non vi sarebbe comunque spazio per un concorso agevolativo o morale che si concretizzi in una condotta frazionata antecedente alla soglia di pericolo ritenuta intollerabile dal legislatore (per esempio, costituirà concorso nelle percosse o nelle lesioni personali e non nell'omicidio preterintenzionale la condotta di chi esorti a percuotere la vittima, senza compiere atti diretti al pestaggio, o addirittura senza essere presente).

Per quanto riguarda i delitti qualificati dall'evento a struttura preterintenzionale, di cui si è detto, essi non sono fattispecie preterintenzionali in senso formale, per cui a rigore non varrebbe l'argomento testuale della mancata previsione legislativa. Stante, però, la loro affinità strutturale con il delitto preterintenzionale, non c'è ragione per non estendere ad essi la funzione garantistica del principio di legalità, posto che detto principio presenta una diversa rigidità a seconda che la soluzione non prevista operi *in malam partem*, ossia in violazione del principio di libertà, o *in bonam partem*, ossia facendo prevalere la sostanza regolativa su una qualificazione legislativa di fatto priva di funzione garantistica. In ogni caso, quand'anche non si condividesse questa concezione della legalità a geometria variabile, in relazione ai delitti qualificati dall'evento con struttura preterintenzionale non possono non valere le rimanenti considerazioni svolte a proposito dell'omicidio preterintenzionale, ossia che, per essere punibile, il concorrente debba quantomeno eseguire personalmente la condotta pericolosa di base.

Diverso discorso va fatto con riguardo al concorso doloso nei delitti qualificati

dall'evento a struttura non preterintenzionale, come nel caso del sequestro di persona a scopo di estorsione, a cui si è fatto pure riferimento. Il concorrente a qualsiasi titolo nell'altrui privazione della libertà, ai sensi dell'art. 630 c.p., risponderà della morte non voluta dell'ostaggio, ai sensi del terzo comma, solo se ne ha contribuito a realizzare, altresì, la condotta concausale della morte in violazione delle cautele idonee a scongiurare la verifica.

13.3. *Il concorso nelle contravvenzioni*

L'art. 42, comma 2, c.p. richiede l'espressa previsione della colpa e della preterintenzione solo in relazione ai delitti, non anche con riguardo alle contravvenzioni, il cui criterio di imputazione, caratterizzato dall'intercambiabilità tra dolo e colpa, è fissato dall'art. 42, comma 4, c.p. in termini generali.

Il concorso nelle contravvenzioni non è disciplinato dal combinato disposto degli artt. 113 e 43, ultimo comma, c.p., là dove estende la distinzione tra reato doloso e reato colposo alle contravvenzioni, posto che l'art. 113 c.p. regola esclusivamente il concorso nel delitto colposo. Il percorso argomentativo da seguire pare, invece, un altro, ossia fare leva sull'art. 110 c.p., che parla del reato come categoria di genere, comprensiva delle contravvenzioni. In questa cornice normativa si può distinguere il concorso nelle contravvenzioni omogeneo – doloso o colposo – e quello eterogeneo, che si ha quando la condotta colposa concorre con quella dolosa o viceversa.

Ciò detto, va tenuto presente che le contravvenzioni sono illeciti formali. Conseguentemente, solo quando hanno natura commissiva, esse sono suscettibili di esecuzione frazionata ad opera di più agenti, ciascuno dei quali risponderà a titolo di concorso (si pensi alla fattispecie di cui all'art. 703 c.p., in materia di accensioni ed esplosioni pericolose). Lo stesso non si può dire delle contravvenzioni omissive, in relazione alle quali ciascun concorrente risponderà della sua omissione (si pensi all'omessa custodia di animali, ex art. 672 c.p.). Con altre parole: l'art. 110 c.p. svolge una funzione incriminatrice nel primo caso, non anche nel secondo.

Stanti le particolarità dell'elemento soggettivo del reato contravvenzionale, per la responsabilità del concorrente è sufficiente la prevedibilità ed evitabilità del fatto tipico anche in considerazione dell'apporto pericoloso di ciascun concorrente.

14. *Le ipotesi di concorso estranee all'art. 110 c.p. In particolare: il concorso colposo nel delitto doloso*

Esorbitano dalla portata dell'art. 110 c.p. sia il concorso colposo nel delitto doloso, sia il concorso colposo nel delitto colposo, che saranno esaminati separatamente.

Con riguardo al concorso colposo nel delitto doloso, ancora una volta va registrato il diverso approdo di dottrina e giurisprudenza. Infatti, mentre la prima lo nega, la seconda lo ammette pacificamente.

Le ragioni ostative fatte valere in dottrina sono essenzialmente due.

Da un lato, si fa leva sulla mancata previsione del fenomeno. L'art. 110 c.p. – si osserva – si riferisce al concorso doloso e al concorso colposo limitatamente al reato contravvenzionale; quanto all'art. 113 c.p., esso contempla il solo concorso nel delitto colposo. Dall'altro lato, si aggiunge un rilievo sistematico: il codice penale prevede già nella parte speciale reati di agevolazione colposa, quali ipotesi eccezionali, ossia previste in numero chiuso, di concorso colposo nell'altrui delitto doloso (si pensi alla fattispecie di evasione per colpa del custode, di cui all'art. 387 c.p.). Una clausola generale intesa a punire altre ipotesi di agevolazione colposa priverebbe di senso la previsione delle singole fattispecie di parte speciale.

Sennonché, a ben vedere, questo argomento non è insuperabile. Anzitutto, sul piano politico-criminale le singole fattispecie di agevolazione possono giustificarsi in ragione della loro funzione di disciplina, consistente nel prevedere una risposta punitiva diversa da quella che ne discenderebbe sulla base della fattispecie plurisoggettiva eventuale. In secondo luogo, lo sbarramento legalistico, cui si è fatto cenno, non può invocarsi in relazione alle fattispecie causalmente orientate, le quali, come si è detto, sono in grado di rendere tipico ogni contributo causale, senza ricorrere all'art. 110 c.p.

Il problema sta allora nel legare la condotta di agevolazione colposa a quella dolosa agevolata. Quando la condotta di agevolazione è commissiva, questa operazione richiede l'intervento del legislatore, che vi provvede con apposite fattispecie di parte speciale. Il sistema è invece già predisposto per assegnare rilevanza all'agevolazione colposa che si iscrive nella cornice di una posizione di garanzia.

In effetti, non vi è ragione di esentare da pena il soggetto gravato da un'apposita posizione di garanzia, quando, in violazione dell'obbligo di impedire l'evento, consente colposamente l'altrui offesa dolosa. Viene qui in rilievo una articolata costellazione di casi, rilevanti ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p., i quali vanno distinti a seconda che la posizione di garanzia abbia ad oggetto:

a) un dato bene giuridico, con il conseguente obbligo di proteggerlo da tutte le fonti di pericolo (si faccia il caso della turista alla ricerca di forti emozioni, che, disattendendo l'invito alla prudenza rivoltole dalla guida turistica, percorre nottetempo con la figlia minore le vie di Iztapalapa, quartiere di Città del Messico considerato tra i meno sicuri al mondo, esponendo così, oltre che se stessa, anche la figlia a possibili aggressioni);

b) il controllo di una determinata fonte di pericolo, in relazione alle conseguenze dannose che ne possono discendere per tutti i beni giuridici ad essa esposti (si

pensi al custode di armi da fuoco che, lasciandole abbandonate in un deposito, ne agevola il furto da parte di terroristi che le usano per commettere omicidi);

c) l'attività penalmente illecita di terzi (si ipotizzi il comportamento dell'infermiere di una struttura psichiatrica, che non sorveglia il paziente aggressivo).

In tali casi, per la configurabilità del concorso colposo nell'altrui delitto doloso occorre che:

a) l'evento dolosamente realizzato dal terzo sia previsto come elemento costitutivo di un reato colposo, ragion per cui rimarrà esente da pena la madre che, per trascuratezza e disinteresse nei confronti della figlia minore, non si accorge degli abusi sessuali che la giovane subisce dal patrigno;

b) la posizione di garanzia sia stabilita da una fonte a ciò abilitata e abbia ad oggetto il bene giuridico dolosamente offeso dal terzo. Si pensi al problematico caso del pubblico ministero che non dispone la custodia cautelare in carcere di uno stalker, segnalato dalla polizia giudiziaria come pericoloso. Ove quest'ultimo uccida la sua vittima, il pubblico ministero potrebbe essere ritenuto responsabile a titolo di concorso colposo solo previa dimostrazione che l'ufficio della Procura della Repubblica sia gravato da una posizione di garanzia a favore della collettività (tesi, questa, che sembra sprovvista di un'espressa base normativa);

c) sia stata violata una regola cautelare, positivizzata o di comune esperienza, nel cui spettro rientrava la gestione del fattore di pericolo, ragion per cui, tornando al caso del pubblico ministero sopra esemplificato, se ne potrà affermare la responsabilità solo desumendo dall'art. 274, comma 1, lett. c, c.p.p. la funzione (anche) cautelare sostanziale della custodia in carcere.

Ora, questa impostazione sembrerebbe incapace di disciplinare in modo ottimale i casi in cui, dal punto di vista naturalistico, la condotta del cooperante assume connotazioni commissive (ovviamente diverse da quelle descritte nelle fattispecie di agevolazione colposa di parte speciale). Si pensi all'attività che svolge, negli aeroporti, nei palazzi di giustizia e in altri luoghi molto frequentati, il personale addetto ai controlli, effettuati attraverso, anche, ma non solo, il metal detector. Si pensi ancora, per rimanere alla giurisprudenza recente, al rilascio o al rinnovo, da parte dell'ufficio competente, del porto d'armi, precluso per legge nei confronti dei soggetti pericolosi. Quale ultimo esempio, si consideri il caso del direttore del carcere che dispone la collocazione di un detenuto nella stessa cella in cui sono ospitati membri di una associazione criminale rivale.

Senonché, nelle ipotesi esemplificate la condotta è a ben vedere omissiva. Infatti, ciò che rileva non è la dimensione naturalistica dell'agire, ma l'aspettativa di comportamento disattesa: la condotta è attiva, quando l'agente trasgredisce il dovere di astensione espresso dal divieto; è omissiva quando, gravando sull'agente l'obbligo di agire, non impedisce l'evento. Non deve fuorviare, invece, tanto il momento omissivo della colpa, ossia l'aspettativa di diligenza, del tutto compatibile

con la realizzazione commissiva del fatto di reato, quanto la componente eventualmente commissiva dell'omissione, ossia l'*aliud agere*. Detto altrimenti: in presenza di una posizione di garanzia la verifica dell'evento (se impedibile e rimproverabile al garante) dà vita a una responsabilità omissiva, a meno che l'evento non sia causato attivamente dal garante stesso (come nel caso del medico che, avendo in cura il paziente, lo avveleni nel sonno). La posizione di garanzia, infatti, rileva in relazione ai processi causali esterni al garante (in quanto opera di terzi o della natura), che questi deve impedire; perde di significato nei confronti delle aggressioni del garante stesso, sul quale grava l'obbligo di astensione tipico del reato commissivo, non quello di impedimento, peculiare dell'omissione impropria.

15. La cooperazione colposa

Passando adesso al concorso colposo nel delitto colposo, si è già avuto modo di rilevare che l'art. 113 c.p., oltre a dirimere ogni eventuale dubbio concernente la rilevanza penalistica del fenomeno, soddisfa l'istanza garantistica dell'espressa previsione di legge, affermata dall'art. 42, comma 2, c.p.

La cooperazione nel delitto colposo (per usare il *nomen iuris* presente nella rubrica dell'art. 113 c.p.) è sempre più frequente sul piano empirico, perché sono in costante crescita le attività rischiose svolte, con vicendevoli intersezioni cautelari, da una pluralità di soggetti. Ciò spiega come mai molte regole cautelari presentino un carattere relazionale, includendo nel loro oggetto modalità esecutive che tengano conto dell'attività concorrente altrui.

Basti pensare alla circolazione stradale, all'attività medica e al settore della sicurezza sul lavoro: un fascio di doveri di diligenza si intrecciano facendo capo, cumulativamente o alternativamente, a più soggetti, chiamati a collaborare talvolta contestualmente (c.d. cooperazione sincronica, come nel caso dell'operazione chirurgica svolta in *équipe*), talaltra in momenti diversi (c.d. cooperazione diacronica, come nel caso del paziente che, dopo aver subito un intervento chirurgico, viene trasferito nel reparto di terapia intensiva per una prima fase di degenza); talvolta sulla base di una posizione d'obbligo esclusiva (si pensi a colui che commercia armi da fuoco), talaltra condivisa (è quanto accade con il c.d. debito di sicurezza nei confronti dei lavoratori, che non grava solo sul datore di lavoro, secondo il modello dell'art. 2087 c.c., ma è ripartito, oggi, dal d. lgs. 81/2008, tra una molteplicità di altre figure di garanti, quali il dirigente, il preposto, il responsabile del servizio di prevenzione e protezione, il medico competente e lo stesso lavoratore).

Tra i requisiti della cooperazione colposa il più controverso attiene al collegamento delle condotte colpose concorrenti.

Secondo l'opinione prevalente in dottrina e in giurisprudenza, la cooperazione colposa si caratterizzerebbe, infatti, per una componente psicologica unificante, di natura intellettuale, ravvisata nella consapevolezza dell'altrui agire pericoloso, in assenza della quale ricorrerebbe il concorso di cause colpose indipendenti di cui all'art. 41, comma 2, c.p., la cui disciplina è complessivamente più favorevole non trovando applicazione le circostanze proprie della cooperazione.

La ragione che sta alla base di questa impostazione sembra consistere in una concessione alle vecchie concezioni psicologiche della colpa.

Si potrebbe, però, ritenere che il momento rappresentativo abbia una sua rilevanza funzionale. Come nella colpa cosciente la previsione dell'evento favorirebbe l'*Anlaß*, un analogo schema di ragionamento potrebbe prospettarsi per la cooperazione colposa: la consapevolezza dell'agire pericoloso di più agenti dovrebbe agevolare, cioè, il riconoscimento della situazione che concretizza il dovere di diligenza, spiegando in tal modo la maggiore gravità della cooperazione colposa, come la previsione dell'evento giustificerebbe l'aggravante della colpa cosciente. Così ricostruito, il fenomeno concorsuale troverebbe il suo perno nella più agevole evitabilità dell'evento, ossia sul piano della colpevolezza.

Senonché, questa chiave di lettura sarebbe eccentrica rispetto alla struttura generale del fenomeno concorsuale, che attiene innanzitutto al piano della illiceità oggettiva, come conferma indirettamente l'art. 113, comma 2, c.p., che, qualificando come aggravante la determinazione di altri a cooperare nel delitto colposo, fa rilevare la maggiore colpevolezza del determinatore nella cornice di una diversa forma di manifestazione, qual è la fattispecie circostanziale. Detto altrimenti: quando il legislatore ha inteso rimarcare la più grave colpevolezza della cooperazione colposa per via di una componente psicologica effettiva, lo ha previsto espressamente. La qual cosa porta a escludere che il requisito della consapevolezza dell'altrui cooperazione assuma una rilevanza strutturale.

I rilievi che precedono aprono la strada a una diversa ricostruzione del discrimine tra cooperazione e concorso di cause colpose indipendenti, maggiormente aderente alla natura normativa della colpa e alla rilevanza unitaria del concorso colposo. Come si è detto, sul versante colposo, la peculiarità dell'agire plurisoggettivo non sta solo nell'incremento del rischio complessivo prodotto dalle condotte dei cooperanti, fenomeno, questo, comune al concorso di cause colpose indipendenti, ma nell'incipite e accresciuta attitudine dell'agire coordinato a impedire l'evento dannoso. Ciò considerato, allora, la peculiarità della cooperazione va cercata al livello della illiceità oggettiva, ossia in ragione del tipo di rischio e delle regole cautelari in grado di contenerlo efficacemente.

Assumono rilevanza due fondamentali requisiti che caratterizzano il fenomeno disciplinato dall'art. 113 c.p.

Il primo consiste nella unicità e nella medesimezza del rischio, che i cooperan-

ti sono chiamati a contrastare. Per aversi cooperazione, occorre, cioè, che il rischio creato dalla condotta degli agenti sia lo stesso non solo per natura (ossia in ragione del tipo di evento indesiderato), ma anche per origine (dovendosi riconnettere alla violazione di regole cautelari relazionali, collegate tra loro in quanto parte di un medesimo procedimento o programma preventivo).

Così, per fare degli esempi, costituirà concorso di cause colpose indipendenti il fatto dell'automobilista che tampona il motociclista, la cui ferita viene aggravata da una negligenza non grave del medico del pronto soccorso. Qui i programmi preventivi – l'uno attinente alla disciplina della circolazione stradale, l'altro alla gestione della salute del paziente – sono distinti e tra la violazione cautelare dell'automobilista e quella del medico non vi è alcun nesso teleologico accomunante. Non potrà parlarsi di cooperazione colposa nemmeno nell'ipotesi in cui, al momento del tamponamento, l'automobilista fosse a conoscenza che il medico di turno quel giorno era particolarmente affaticato e stanco. Per converso, costituiranno cooperazione colposa le negligenze del datore di lavoro e degli altri soggetti tenuti al debito di sicurezza, causative dell'infortunio del lavoratore, in quanto espressione di un difetto di gestione del rischio condiviso in vista del suo migliore contenimento. Lo stesso vale per l'attività medica svolta in modo sincronico o diacronico da più medici, indipendentemente dalla circostanza che ciascuno di essi abbia violato la stessa regola cautelare o *leges artis* diverse. E ancora: ricorrerà la cooperazione colposa nel caso della violazione di regole cautelari relazionali che abbiano ad oggetto l'agire altrui, come il difetto controllo e la mancata correzione, da parte dell'istruttore pilota, dell'errore di manovra dell'allievo pilota che, in fase di rullaggio, provoca il contatto con un altro velivolo.

Il secondo requisito attiene all'incidenza causale di ciascuna delle negligenze concorrenti, che per essere rilevanti devono aumentare il rischio di verificazione dell'evento tipico, a sua volta rientrante nello spettro preventivo della regola cautelare disattesa.

GAETANO INSOLERA

DALLA DIFESA LEGITTIMA ALL'OFFESA LEGITTIMATA?
RAGIONI A CONFRONTO SULLE
PROPOSTE DI MODIFICA DELL'ART. 52 C.P. (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La riforma del 2006. – 3. Dai progetti di riforma del codice penale ad oggi. – 4. Qualche osservazione sulla riforma del 2006. – 5. Il ruolo della riforma della legittima difesa nel grande gioco per distruggere lo Stato costituzionale di diritto.

1. *Premessa*

Tra i temi contenuti nel “contratto” stipulato dalle attuali forze di governo in materia penale, quello della legittima difesa è quello che manifesta in modo evidente la costruzione di una emergenza e di una retorica disancorate da razionali considerazioni volte a contemperare la molteplicità delle situazioni fattuali e la ponderazione degli interessi in gioco con la rigidità di un dato normativo. La retorica adottata corrisponde invece ad opzioni viscerali, estreme, riducibili alla logica semplificata della *Castle Doctrine* nordamericana: il cittadino è re nella propria casa libero di fare fuoco su chiunque senza invito vi faccia ingresso¹.

Si preannunciano così interventi anche in tema di normativa sulle armi. Una prima provvisoria conclusione: la riforma della legittima difesa è entrata nel *menu* del “governo del cambiamento”, al servizio di un *marketing* elettorale che si vuole permanente: un'ascesa al potere attraverso le istituzioni della democrazia liberale, ma con progetti che sono in palese conflitto con i suoi fondamenti. Il controllo dei *media* alimenta le paure quotidiane – in termini paralleli opera l'equivalenza immigrazione/criminalità².

E anticipo la mia opinione: non condivido proprio posizioni che colgono comunque limiti eccessivi nella attuale disciplina scriminante della legittima difesa cd. domiciliare, tali da imporre con urgenza modifiche normative. Opi-

(*) È il testo della relazione tenuta al Convegno organizzato da Associazione Nazionale Giuristi Democratici, Magistratura Democratica, Ordine dei Giornalisti del Veneto, svoltosi a Venezia Zelarino, il 5 ottobre 2018.

¹ E. Grande, *La legittima difesa armata negli USA: un buon modello per l'Italia?*, in <http://temi.repubblica.it/micromega-online>, 28 giugno 2018.

² Si veda l'intervista al criminologo M. Barbagli, *Non basta dare i numeri giusti sugli immigrati per fermare la paura*, in *Il Foglio*, 29 agosto 2018.

nione confermata dall'esiguità dei casi problematici rinvenibili esaminando la giurisprudenza³.

Un *marketing* permanente, dicevo, per due ragioni:

a) la metastatica devastazione della democrazia liberale – realizzata con un'irresistibile ascesa attraverso le sue istituzioni rappresentative – è in pieno svolgimento, non si è ancora compiuta: deve perfezionarsi uno *spoils system* finalizzato a fare un deserto di qualsiasi voce di opposizione. Si tratta di ottenere dalla proprietà la liquidazione di direttori di testate sgraditi, di maramaldeggiare sulle nomine RAI, infischandosene delle regole.

b) non si confidi poi su una dialettica esistente tra le due forze al governo: altro non è che un gioco delle tre carte [giocato dall'azzimato e telegenico presidente del consiglio e dalle truci, onnipresenti, quotidiane esternazioni di un vicepresidente e da quelle sardoniche dell'altro]. Dovrebbe seguirne una mediazione tra il sovranismo reazionario, da una parte, e il declamato afflato sociale, pauperistico, nel solco messianico della "tradizione degli oppressi"⁴, dall'altra, con la mediazione competente di un professore. Accidenti, allora possiamo stare tranquilli!

Il messaggio è giustizialista e vittimologico – tutto il popolo è vittima, cioè tutti quelli che ci hanno votato⁵, noi, *leader* al governo, ne siamo la voce, siamo lo Stato. Anche questo si è sentito.

2. La riforma del 2006

La questione di una riforma dell'art. 52 c.p. occupò un vivace dibattito politico e giuridico alla metà del primo decennio di questo secolo, che produsse la L. n. 59/2006 e l'introduzione di un secondo comma, con una disciplina speciale della cd. legittima difesa domiciliare. Come visto anche oggi è questo l'aspetto al centro dell'attenzione.

Una prima osservazione: se quel dibattito, in sede politica, vide l'utilizzo di

³ Si veda, ad esempio, I. Proietti, *Lega e legittima difesa, tanti tweet per nulla: solo 2 processi l'anno*, in *Il fatto quotidiano*, 7 ottobre 2018.

⁴ B. De Giovanni, *Kelsen e Schmitt*, Napoli, 2018, p. 21 ss.; è questo un ingrediente fondamentale delle retoriche populiste e presupposto della loro trasformazione totalitaria: in proposito rimando alla efficacissima descrizione della evoluzione del populismo russo ad opera di I. Berlin, *Il riccio e la volpe*, Milano, 1986, p. 343 ss.

⁵ "Il populismo prevede un'argomentazione *pars pro toto* e la rivendicazione di una rappresentanza esclusiva, entrambe intese in senso morale, anziché empirico. In altre parole, non ci può essere populismo senza qualcuno che parli a nome del popolo nel suo insieme". Un popolo immaginario, ben si intende, ci avverte J.-W. Mueller, *Cos'è il populismo?*, Milano, 2017, p. 26 ss. Lettura da consigliare a chi ha visto analogie tra il popolo (e il populismo) di Dostoevskij e l'elettorato giallo-verde. Anche a questo proposito con l'aiuto di I. Berlin, *Il riccio e la volpe*, cit., p. 71 ss.

argomenti e di spunti polemici di cui oggi ancora troviamo traccia, esso comunque si svolse con maggiore approfondimento e consapevolezza, sia tra i penalisti, sia nel discorso pubblico: anche a questo proposito bisogna notare come, sui nostri temi, il confronto, anche aspro, tra centro destra (*i.e.* Berlusconi) e centro sinistra, abbia conservato una grammatica accettabile.

Certo l'istanza di cambiamento dei limiti, ritenuti, nel caso di difesa domiciliare, troppo angusti, si iscriveva anche nella insofferenza nei confronti di un potere giudiziario in generale ritenuto troppo invasivo, troppo "all'opposizione" rispetto al potere legislativo espresso dai governi di centro destra: già allora si stigmatizzava il rigorismo giudiziario, autorizzato dalla interpretazione dominante, nei confronti di omicidi o lesioni provocati in difesa dei propri beni, nel contesto domiciliare o dell'attività lavorativa e di impresa.

Del pari il contrapposto schieramento politico si opponeva ad interventi in materia, più che sulla base di una ragionata rivisitazione del tema alla luce di dati di esperienza e di analisi della casistica giudiziaria, nella logica di un generale e permanente testa a testa rispetto ai provvedimenti legislativi in tema di giustizia penale: fu questo un *leit motiv* del confronto politico nella seconda Repubblica.

D'altra parte, si può notare come la riforma del 2006 abbia costituito il catalizzatore dell'ingresso nel discorso pubblico di un tema – quello più generale della difesa legittima, ricco di implicazioni politiche e di concezioni di fondo – così da farlo uscire dagli spazi angusti della sola riflessione dogmatica.

Una apertura si poteva già cogliere per altro nei testi prodotti nella stagione delle progettazioni di riforma del codice penale, almeno, in alcuni casi, meno condizionati dalla polemica politica contingente.

Così l'elaborato di legge delega della "commissione Pagliaro" (1991) se da un lato lasciava spazio ad una considerazione della proporzionalità in base a "tutti gli elementi significativi dell'aggressione", dall'altro prevedeva cause soggettive di esclusione della responsabilità nei casi di pericolo attuale non evitabile di morte o di danno grave all'incolumità fisica o alla libertà personale o sessuale purché l'interesse salvato presenti una sostanziale equivalenza rispetto a quello offeso.

Orientato ad una conservatrice concezione oggettivistica della scriminante l'elaborato della commissione Grosso (2001), con l'affermazione della necessaria valutazione della proporzionalità alla stregua dei beni contrapposti e della scelta della reazione meno lesiva per l'aggressore.

Nel testo della commissione Nordio si esplicitava come il giudizio di proporzionalità, oltre che ai beni, dovesse essere riferito ai mezzi a disposizione della vittima e alle modalità concrete dell'aggressione.

Al 3° comma dell'art. 30, dedicato all'uso legittimo delle armi, compariva poi la previsione speciale della legittimità dell'uso delle armi "perché costretto dalla necessità di difendere l'invulnerabilità del domicilio contro l'intromissione ingiusta,

violenta o clandestina e tale da destare ragionevole timore per l'incolumità o la libertà delle persone presenti nel domicilio". È così, in quel contesto che ritroviamo il collegamento tra scriminante ed uso delle armi⁶.

Infine nell'elaborato della commissione Pisapia (2006), da un lato, si riprendeva la formulazione della commissione Pagliaro, dall'altro, era prevista una causa di esclusione della responsabilità in caso di "eccesso dai limiti della legittima difesa per grave turbamento psichico, timore o panico, in situazioni oggettive di rilevante pericolo per la vita, per l'integrità fisica, per la libertà personale o per la libertà sessuale di un soggetto aggredito in luoghi isolati o chiusi o comunque di minorata difesa".

In sintesi.

In alcuni casi cogliamo l'allentamento della proporzionalità valutata con il troppo rigido parametro oggettivistico della sola ponderazione dei beni in conflitto, in altri vediamo l'esplicita configurazione di una scusante sulla base della concretezza del caso, ovvero la specialità dell'uso delle armi nella difesa domiciliare.

3. *Dai progetti di riforma del codice penale ad oggi*

Nel procedere dei progetti di riforma era tuttavia già possibile cogliere i nodi che caratterizzano l'esasperazione mistificatoria della questione precipitata nell'attuale dibattito.

Cosa è presentato come inammissibile agli occhi del "popolo"?

La sottoposizione a indagini per omicidio volontario di chi abbia reagito all'aggressione domiciliare, ovvero, nella ipotesi frequente, ricondotta infine alla previsione dell'art. 55 c.p. (eccesso colposo), comunque una – seppure più mite – condanna penale, con il risarcimento dei danni patiti dall'"aggressore/vittima". Nell'era di Trump, il tema si interseca con quello dell'uso delle armi e, quindi, con quello del rigore della connessa disciplina amministrativa in materia di detenzione e porto⁷.

⁶ Occorre poi ricordare come in quell'elaborato (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 244 ss.), nell'art. 27, punto 3, si prevedesse che "in presenza di una scriminante, il fatto di reato si considera insussistente". L'irruzione di un'opzione dogmatica esplicita in punto di natura delle scriminanti, esclusa in altre esperienze progettuali, mi parve, e continua a sembrarmi, un modo per corrispondere alla volontà di esentare dalle indagini, anche in caso di omicidio o di lesioni, chi potesse accampare una difesa legittima. Idea quanto meno bizzarra e pericolosa: è infatti impensabile che a fronte dei fatti di cui ragioniamo difetti una *notitia criminis*.

⁷ Sui rapporti tra il ministro degli interni e il "Comitato Direttiva 477" (associazione che tutela i cittadini possessori di armi) con la sottoscrizione, in campagna elettorale, di un documento che impegna a coinvolgere i produttori di armi nei provvedimenti che riguardano il settore, si veda Mensurati –Tanucci, "Gli Italiani devono difendersi". *E il patto pro armi diventa un caso*, in *La Repubblica*, 17 luglio 2018, p. 6.

Ma torniamo ora alla riforma del 2006.

Si è già detto delle componenti che animarono il serrato dibattito politico; ad esso corrisposero le prese di posizione di gran parte dei penalisti.

Sia prima, sia dopo, il varo della legge, il *mainstream* fu critico nei confronti della stessa idea di intervenire sull'originale testo del codice: si temeva che l'invocato superamento del requisito della proporzione con l'uso legittimo delle armi nel caso di aggressioni domiciliari conducesse al *far west*, ad una licenza di uccidere concessa indiscriminatamente nella difesa di interessi di natura patrimoniale.

In alcuni casi il tema fu affrontato con particolare approfondimento ponendo in evidenza come esso andasse circoscritto ad una casistica limitata di situazioni di difficile valutazione e problematiche nell'intento, comunque da perseguire, di definire una maggiore precisione normativa. Fermo comunque il rifiuto di strumentalizzazioni in chiave di prevenzione generale dell'inflizione privata della pena di morte sulla base di presunzioni di proporzionalità. Non condivisa anche la eventualità di una fattispecie scusante capace di escludere l'eccesso colposo in considerazione di una ponderazione della reazione inesigibile da parte della vittima dell'aggressione⁸.

Mostrava invece maggiore attenzione per gli argomenti a sostegno della riforma, altro autore, con una accurata ricerca sul piano sia storico, sia comparatistico, volta a dimostrare come, al di là, delle strumentalizzazioni politiche, sia le soluzioni che facciano riferimento alle incursioni nel domicilio, sia quelle soggettive, riferibili alla inesigibilità di un diverso comportamento della vittima, non possano ritenersi affatto una eccezione⁹.

Successivamente all'entrata in vigore della nuova norma non mancarono poi voci critiche per la cattiva formulazione, per le sue incoerenze e irragionevolezza¹⁰.

Le ragioni di allarme, anche da parte di chi aveva contrastato a spada tratta l'iniziativa governativa, parvero attenuarsi¹¹, rispetto agli scenari drammatici che l'avevano preceduta: un ridimensionamento dell'allarme a cui mi sembra abbia corrisposto l'evoluzione della giurisprudenza, fermo restando, forse, il nodo problematico dell'eccesso colposo¹².

⁸ F. Viganò, *Spunti per un "progetto alternativo" di riforma della legittima difesa*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, 2006, p. 2001 ss.

⁹ A. Cadoppi, "Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto". *Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, cit., p. 1378.

¹⁰ Posizioni molto diffuse, ricordo in particolare quella di M. Gallo, *Diritto penale italiano*, I, Torino, 2014, p. 320 ss.

¹¹ F. Viganò, *Sulla "nuova" legittima difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 189 ss.

¹² Proprio alla luce delle attuali posizioni governative, M. Spina, *La Cassazione ritiene (già) inutile quel che la politica promette di eliminare. Il paradosso dell'eccesso colposo in legittima difesa (art. 55 C.P.)* in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 7/2018, p. 21 ss.; G. Gatta, *Sulla legittima difesa "domiciliare": una sentenza emblematica della Cassazione (caso Birolo) e una riforma affrettata all'esame del Parlamento*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 ottobre 2018.

4. *Qualche osservazione sulla riforma del 2006*

a) Come sappiamo essa fu osteggiata dal fronte politico “progressista”, i suoi allarmi, colti dalla maggior parte dei penalisti, forse contribuirono ad evitare sgangherate soluzioni estremistiche. D’altra parte, la ricorrente affermazione circa il fatto che qualsiasi modifica avrebbe provocato una generalizzata licenza di uccidere, ebbe il paradossale effetto di diffondere questo convincimento nell’immediatezza dell’entrata in vigore della legge¹³. Un effetto indesiderato prodotto dal trascinarsi di quell’argomento da parte di alcuni media.

b) La cattiva formulazione del nuovo art. 52.

Condivido tutte le critiche. Ma, quanto meno dalla fine della prima Repubblica, credo che non vi sia stato prodotto legislativo, anche in campo penale, che ne vada esente. E qui il discorso si farebbe assai complesso riguardando, solo per citare alcuni aspetti, le caratteristiche assunte dalla nostra democrazia parlamentare, il suo rapporto con la cultura giuridica, il peso e l’ascolto di essa nel discorso pubblico e, perché no, i suoi meriti e la sua autorevolezza¹⁴.

c) La precisa tipizzazione dei limiti della difesa nei casi difficili, da un lato, è probabilmente obiettivo utopistico, dall’altro, per le soluzioni forse già ci si poteva basare sul testo originario degli artt. 52 e 55 c.p., attraverso l’interpretazione dei requisiti di attualità del pericolo, di proporzione, di costrizione, di eccesso, di colpa. Diviene quindi un campo inevitabilmente percorso da valutazioni giudiziarie casistiche, fortemente influenzate da precomprensioni assiologiche, dalle ideologie giudiziarie.

d) È sulla base di queste considerazioni che ritengo, più che mai, che la questione della riforma della legittima difesa sia oggi posta esclusivamente nel contesto dei patteggiamenti tra le due anime del governo, accomunate tuttavia da più generali progetti rozzi e liberticidi a proposito dei fondamenti di uno Stato costituzionale di diritto¹⁵.

5. *Il ruolo della riforma della legittima difesa nel grande gioco per distruggere lo Stato costituzionale di diritto*

Queste conclusioni non valgono però a sdrammatizzare la questione di un atte-

¹³ Cfr. A. Bevere, *Pistolieri fatti in casa*, in *Il Manifesto*, 1 marzo 2006, a proposito del tabaccaio salernitano che, appena entrata in vigore la legge, aveva freddato chi gli stava rubando le *chicas* piantate davanti al suo locale.

¹⁴ Qualche considerazione in proposito in G. Insolera, *Oltre il giardino*, in *Ind. pen.*, 2018, p. 1 ss.

¹⁵ Una sintesi efficace di quello che ci attende in E. Antonucci, *Il governo della forza*, in *Il Foglio*, 20 agosto 2018.

so “potenziamento” della legittima difesa, ma solo ad assegnarle un ruolo limitato, come detto, nel contesto della programmata demolizione del diritto penale liberale, ma anche in quello, più vasto, degli scambi tra le due forze di governo: penso in particolare a due diverse retoriche a proposito delle questioni economiche.

Sicurezza e giustizia penale costituiscono però temi sui quali non è dato cogliere sostanziali distinzioni tra i due schieramenti: le leggi in materia costano poco o nulla, vellicano e gratificano gli istinti e l'immaginazione semplificatrice più crudele del *popolace* che frequenta bar, stadi e social network e, in generale, di un ceto medio conservatore che si ritiene troppo impoverito per colpa dei precedenti governi, dell'Europa, della globalizzazione, delle élites, dei poteri forti, e chi più ne ha più ne metta.

È questo l'elettorato che i due *leaders* si contendono, certo, ma di una tenzone in cui possa giocare un'anima garantista dei 5Stelle non è proprio il caso di parlare, nonostante gli sforzi di qualcuno, non si sa bene se ingenuo o in malafede.

Ho parlato di equivoci che già caratterizzarono il dibattito a metà dello scorso decennio.

Essi riguardavano la filosofia che animò larga parte dello schieramento che si opponeva a qualsiasi intervento volto a dare rilievo a quei casi nei quali le interpretazioni consolidate dei requisiti della scriminante potevano portare ad immolare il diritto di autodifesa dell'agredito. In questo modo la questione veniva consegnata alle sole, brutali, rozze, inaccettabili ideologie reazionarie.

Penso che questa logica – ho parlato, in modo di certo impreciso, di un fronte progressista – a sostegno di una rigida applicazione di criteri oggettivistici, basata esclusivamente sul confronto tra beni aggrediti e beni lesi in situazione di difesa, manifestasse una solo apparente assonanza con i fondamenti di un diritto penale liberale.

Quale l'equivoco spesso riscontrabile nella posizione che confina il problema nel truce reazionarismo pistolero?

Quello di cadere in una concezione statualista che attribuisce allo Stato l'esclusiva di difendere beni fondamentali, ciò anche quando questo non riesce e realizzarsi, immolando così il diritto dell'agredito ad una finalità di prevenzione generale simmetrica a quella di chi vuole si possa “sparare sul ladro che fugge”¹⁶: una concezione aperta ad una interpretazione della scelta fatta del codice Rocco attraverso gli artt. 52 e 53, che conferma la ricorrente ibridazione, realizzatasi in quel corpo normativo, tra ideologie autoritarie e connotazioni penalistiche liberali.

¹⁶ Rinvio al bel saggio di D. Siciliano, *Sull'omicidio per legittima difesa a tutela del patrimonio nel diritto penale tedesco ovvero: la rimozione dell'illuminismo e le sue conseguenze*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 2001, p. 579 ss.

Questa riflessione è suggerita, con la consueta lucidità, da Marcello Gallo¹⁷ all'indomani della riforma del 2006, e penso che debba orientarci su questo argomento.

Ma lo faremo quando verranno tempi migliori, con interlocutori politici che conoscano la grammatica dello Stato di diritto.

La facile scoperta della strumentalità mercantilistica di un "potenziamento" della legittima difesa (e la figura del "contratto" di governo la dice lunga in proposito!) nel convulso – tra loro competitivo – arrembaggio al potere delle attuali forze al governo, mi suggerisce un'opposizione generale alle loro proposte su giustizia e sicurezza.

Post-scriptum – Il 23 ottobre il Senato ha approvato il testo definito dalla Commissione Giustizia, che ora, senza sorprese, sarà confermato dalla Camera. Non entro nel merito della legge che ci attende: le nuove formule dovrebbero

¹⁷ «La l. 13 febbraio 2006, ha aggiunto due commi all'art. 52 c.p.: "Nei casi previsti dall'art. 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione. La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale". Il coro di critiche che essa ha suscitato mi ha confermato nell'opinione che a noi italiani la legittima difesa proprio non piace. Chi agisce in istato di auto-tutela corre il rischio di apparire come un pistolero del West. Che si sia trovato nella necessità di sostituirsi, nella salvaguardia di diritti propri o altrui, ad uno Stato che, nel caso concreto, non poteva intervenire, è ritenuta circostanza di poco conto, sulla quale si può agevolmente sorvolare. Quello che disturba è che il singolo abbia provveduto alla difesa di sé o di terzi con le proprie mani, quasi usurpando una prerogativa dei poteri giuridicamente organizzati. Altrettanto poco sembra, poi, contare il fatto che presupposto della facoltà di autoprotezione sia l'impossibilità di intervento di chi è, per legge, deputato alla difesa della società. Sembra, in un certo senso, che vi sia il convincimento che, ove lo Stato non possa interporre, sia opportuno lasciar correre: tutto sommato, meglio un'ingiustizia che un disordine. E si badi: una siffatta diffusa mentalità non resta confinata a sentimenti più o meno confusi e, spesso, contraddittori. La ritroviamo in non poche decisioni giudiziarie, anche della Suprema Corte. Il rigore con il quale si procede all'accertamento del requisito della proporzione tra offesa e difesa, l'oblio del vecchio, saggio ammonimento che *adgreditus non habet staderam*, il frequente ricorso alla eventualità del *commodus discessus* per limitare *contra legem* (all'art. 52 c.p. non è fatta menzione, a differenza di quanto avviene per lo stato di necessità, della inevitabilità della reazione) il diritto di difesa stanno tutti a dimostrare quanto faccia fatica ad affermarsi l'idea che, a certe condizioni, ci si può – si faccia attenzione: non è che si debba – aggiustare da soli. Il legislatore del 13 febbraio 2006 ha cercato di correggere non tanto la norma, quanto la prassi che su di essa, e intorno ad essa, si era venuta creando», in *Diritto penale italiano*, cit., p. 320. Sul tema l'autore era intervenuto in due precedenti occasioni nella rubrica *Moralité* della rivista *Critica del diritto*. Quei saggi [*Due cose che non piacciono (troppo)* e *La legittima difesa continua a piacer poco agli italiani*] ora sono raccolti in M. Gallo, *Moralité*, Napoli, 2011.

“azzerare” la valutazione del giudice¹⁸, il nuovo quarto comma dell’art. 52 anticiperebbe le possibilità di difesa domiciliare armata, già previste, ad ulteriori, preliminari, fasi di pericolo. Si interviene per escludere l’eccesso colposo in presenza di “grave turbamento”: si recepisce, come detto, un’idea non nuova e, forse, condivisibile. Ciò che non convince proprio è l’equiparazione alla situazione, oggettiva, descritta dall’art. 61, 1°, n. 5. Altre norme raccolgono spunti presenti nei vari progetti a proposito delle spese di difesa, risarcimento della vittima dell’eccesso colposo etc. Confermata la folle corsa agli aumenti di pena per violazione di domicilio e furti aggravati.

¹⁸ G. Negri, *La legittima difesa azzerata la valutazione del giudice*, in *24Ore*, 25 ottobre 2018.

MASSIMILIANO LANZI

PRETERINTENZIONE E REATO ABERRANTE,
TRA VECCHI PARADIGMI E NUOVE ESIGENZE DI TUTELA

SOMMARIO: 1. Un caso recente su una questione “antica”. – 2. Lo “strano” caso del reato preterintenzionale aberrante. – 2.1. Al confine tra preterintenzione e *aberratio delicti*: la posizione giurisprudenziale. – 2.2. (segue) ... e l’esegesi dottrinale. – 2.3. Le peculiarità dell’*aberratio* plurilesiva. – 3. In tema di tipicità preterintenzionale, tra identità di bene giuridico e rischio causale. – 4. Nuovi orizzonti di tutela dell’incolumità pubblica.

1. *Un caso recente su una questione “antica”*

Un’ultima sentenza della Corte di Cassazione, inerente ad un fatto piuttosto noto alla cronaca degli ultimi anni, offre l’occasione per tornare a riflettere su un tema “classico” del dibattito penalistico. Si tratta del delicato rapporto sussistente tra reato aberrante e omicidio preterintenzionale, e segnatamente delle condizioni al ricorrere delle quali le due fattispecie possono combinarsi tra loro, ogni qualvolta si verifichi una divergenza tra il voluto e il realizzato che riguardi, allo stesso tempo, tanto la persona offesa, quanto la lesione arrecata “oltre l’intenzione” dell’agente. Una simile interazione è stata oggetto di particolare approfondimento nella letteratura penalistica, stimolato dalle numerose pronunce della giurisprudenza di legittimità che, negli anni, sono intervenute sul tema.

Il caso odierno di cui si è occupata la Corte di Cassazione, e dal quale prendono spunto queste riflessioni, presenta, tuttavia, degli innegabili profili di diversità rispetto ai precedenti; peculiarità che consentono – ed è questo l’obiettivo del contributo – di declinare il problema secondo una prospettiva forse diversa rispetto al passato. Non si tratta, infatti, solo di ripercorrere i passaggi della *querelle* dogmatica sviluppatasi in merito al perimetro e ai contenuti dell’*aberratio ictus* e dei suoi rapporti rispetto ai reati aggravati dall’evento (terreno su cui si sono cimentati molti illustri Autori, anche in tempi meno recenti), ma di verificare, altresì, se tale esercizio sia pienamente appagante, anche in una prospettiva di *lex ferenda*, per fornire risposte effettivamente utili alle istanze di tutela che si manifestano in simili casi.

Muovendo l’analisi dal caso recentemente affrontato dalla Corte di Cassazione, si proverà, anzitutto, a fornire un quadro – sintetico ma il più possibile com-

pleto – dello stato dell’arte in tema di “omicidio preterintenzionale aberrante”, per poi verificarne la piena coerenza rispetto alle esigenze di tutela che vengono in esame.

La vicenda alla base delle presenti riflessioni, con ogni probabilità, torna alla memoria di ogni lettore di queste pagine. La sera del 3 giugno 2017 una grande folla è riunita in Piazza San Carlo, a Torino, per assistere alla proiezione della partita Juventus-Real Madrid, su un maxischermo installato per l’occasione.

Secondo la ricostruzione in fatto offerta dalla sentenza¹, una persona spruzza del gas urticante all’indirizzo di un gruppo di spettatori, per rapinarli. I tifosi interessati dallo spruzzo urticante avvertono odori e bruciori alla gola e da ciò hanno inizio, tra la folla, una serie di movimenti repentini e violentissimi. Nella piazza si scatena il panico, diffondendosi la irrazionale ma dirompente convinzione che sia in corso un attacco terroristico. La massa umana inizia quindi una fuga scomposta e precipitosa in ogni direzione, in conseguenza della quale si registrano centinaia di feriti; una donna, Erika Pioletti, perde la vita, schiacciata dalla folla.

Con riferimento a tale evento – non voluto dall’agente, autore della rapina – viene affermata la sussistenza di un omicidio preterintenzionale, secondo la ricostruzione propria dell’*aberratio ictus ex art. 82 c.p.*

La pronuncia in esame involge almeno due temi molto interessanti, ciascuno dei quali meriterebbe un adeguato ed autonomo approfondimento.

Anzitutto – come evidenziato dai primi commentatori² – rileva un problema di causalità, dal momento che la teoria della *conditio sine qua non* “pura” sembra entrare in crisi in casi come quello di specie, in cui prendono corpo delle tragiche “catene causali” obiettivamente distanti dal soggetto agente, il cui reato doloso è “separato” dall’evento non voluto da una quantità quasi indeterminabile di condizioni sopravvenute, quante possono riscontrarsi – con riferimento al caso torinese – nel comportamento di una grande folla fuori controllo³.

¹ Si tratta della sentenza Cass., Sez. V pen., 11.12.2018 (dep. 2019), n. 13192. Occorre considerare che in questo provvedimento la Cassazione si pronuncia in materia cautelare; e che tuttavia proprio la qualificazione giuridica dei fatti sembra essere stata (seppur ai soli fini incidentali dell’accertamento del *fumus*, proprio del procedimento cautelare) al centro del giudizio di legittimità. Si comprende dal testo del provvedimento, infatti, che il Giudice per le indagini preliminari ha inizialmente contestato i reati di rapina pluriaggravata (essendosi la rapina, evidentemente, consumata) e morte come conseguenza di altro delitto, di cui all’art. 586. Il Tribunale del Riesame di Torino ha riqualificato il fatto, su appello del pubblico ministero e con riferimento quanto meno all’evento morte non voluto, in omicidio preterintenzionale c.d. aberrante ai sensi degli artt. 584 e 82. La Cassazione ha confermato, quindi, tale ultima impostazione.

² Vd. S. ZIRULIA, *Morte per “effetto domino” innescato dall’utilizzo di spray urticante: configurabile l’omicidio preterintenzionale c.d. aberrante? La Cassazione sui fatti di Piazza San Carlo a Torino*, in *Dir. Pen. cont.*, 2019.

³ Non possono non ricordarsi, a tale proposito, quegli orientamenti giurisprudenziali (pure risalenti nel tempo) che guardavano, in tema di omicidio preterintenzionale, alla sola causalità im-

L'altro tema concerne la configurabilità dell'omicidio preterintenzionale c.d. aberrante, ovvero la possibilità di legare insieme le fattispecie di cui agli artt. 584 e 82, nel caso in cui dalle condotte consumate di violenza o percosse si determini, per un errore c.d. inabilità o per «altra causa», la morte di una persona diversa rispetto al soggetto passivo del fatto doloso di base.

Ebbene, noi riteniamo che tale ultimo argomento meriti una particolare riflessione. Anzitutto perché, di per sé, capace di mettere sotto stress alcune categorie di grande rilevanza della parte generale del diritto penale, essendo molto dibattuta in letteratura la configurabilità, in astratto, del suddetto “reato preterintenzionale aberrante”. E in secondo luogo perché – come accennato – il caso da ultimo affrontato dalla Corte di Cassazione nel 2018, inerente ai fatti di Torino, presenta dei tratti peculiari, che lo differenziano da quelli su cui si è espressa in passato la giurisprudenza di legittimità, che pure ha tradizionalmente fornito risposta positiva al quesito di cui sopra. Dall'accertamento del carattere differenziale del caso torinese rispetto a quelli pregressi consegue la necessità di un più generale ripensamento in merito all'idoneità degli strumenti di tutela vigenti, rispetto a fatti antigiuridici di tale portata.

2. Lo “strano” caso del reato preterintenzionale aberrante

Il problema di fondo è comprendere se, in estrema sintesi, la morte non voluta del soggetto diverso rientri nello schema proprio dell'*aberratio ictus*, ovvero se vada considerato piuttosto un reato “diverso” rispetto a quello che intendeva commettersi o che, nelle ipotesi plurilesive, si è commesso.

Nel primo caso, infatti, opererebbe la fungibilità propria dell'art. 82, e la conseguente ascrizione dell'offesa al soggetto diverso *come se* la stessa fosse occorsa alla vittima designata; con l'eventuale ricorso alla disciplina del secondo comma nel caso in cui si verifici anche l'offesa a quest'ultima.

Nel secondo caso, invece, si tratterebbe all'evidenza di un concorso di reati, sussumibile entro lo schema dell'*aberratio delicti ex* art. 83 e, in ragione della spe-

mediata, e non già mediata, dell'evento morte rispetto al fatto verificatosi. Vd. in questo senso STILE, voce *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, p. 151, nota 56, il quale richiama giurisprudenza di merito che esclude l'omicidio preterintenzionale per la morte di un individuo, pure soggetto passivo di percosse, il quale tuttavia muore non in virtù dell'aggressione ma per un attacco cardiaco, causato dallo spavento nell'assistere all'aggressione portata, da parte degli stessi soggetti, a propri congiunti ed amici. In tale caso, a ben vedere, la condotta dolosa di base, causale all'evento morte, non sono le percosse subite dal soggetto deceduto quanto quelle portate ai congiunti dello stesso. Il giudice affermava la configurabilità (quanto all'evento morte) della fattispecie di cui all'art. 586, non già di un omicidio preterintenzionale aberrante.

cificità dell'evento diverso non voluto, ovvero la morte di una persona, troverebbe applicazione la fattispecie speciale di morte come conseguenza non voluta di altro delitto, di cui all'art. 586 c.p.

Due soluzioni molto distanti sul piano qualitativo, stante il diverso titolo subiettivo di ascrizione della responsabilità; e altresì su quello quantitativo, alla luce della rilevante differenza sanzionatoria: se si tratta infatti di una *aberratio ictus*, declinato dalla combinazione tra gli artt. 82 e 584, la forbice edittale riguarda la reclusione da dieci a diciotto anni (con l'aumento di pena ai sensi del secondo comma dell'art. 82 nell'evenienza di ipotesi plurilesiva). Qualora sia invece un reato diverso, si applicherebbe il cumulo giuridico tra le pene dell'illecito doloso di base (che nel caso di Piazza San Carlo a Torino sarebbe quella della rapina, punita la reclusione da quattro a dieci anni) e dell'omicidio colposo (sanzionato con la reclusione da sei mesi a cinque anni, al netto dell'aggravante ad effetto comune di cui all'art. 586).

Sul piano esegetico, riteniamo che la soluzione del quesito passi attraverso due momenti. Il primo guarda al problema nella prospettiva propria del reato aberrante, essendo necessario verificare in che modo una disposizione "complicata" quale l'art. 82 dialoghi con una fattispecie dall'ascrizione soggettiva unica, com'è appunto il reato preterintenzionale, e se l'equivalenza soggettiva della prima (sia essa *dichiarativa* dei confini generali del dolo, ovvero *costitutiva* di un criterio di imputazione solo equivalente al dolo, ma fondato sulla responsabilità oggettiva) sia compatibile con la progressione bifasica tipica della seconda.

Il secondo passaggio, poi, è per così dire "interno" al reato preterintenzionale, e si rivela invero centrale, a questi fini. Esso riguarda limiti e modalità per cui nella tipicità preterintenzionale possano o debbano trovare dimora eventi che, pure riconducibili sul mero piano causale-condizionalistico "puro" ad un fatto doloso di base, siano eterogenei rispetto a quest'ultimo; tanto sul piano della "adeguatezza" rispetto al risultato raggiunto, quanto su quello della offensività.

2.1. *Al confine tra preterintenzione e aberratio delicti: la posizione giurisprudenziale*

Sul primo dei piani così delineati, si rileva anzitutto che la giurisprudenza, in maniera sembra unanime, riconosce la configurabilità di questo (a prima vista) "curioso" reato preterintenzionale aberrante. I percorsi motivazionali delle sentenze di riferimento si ripetono in maniera piuttosto costante, senza novità argomentative degne di rilievo e, invero, prendono le mosse da considerazioni comuni su di un medesimo tema, diverso anche se strettamente connesso a quello di nostro interesse.

Tutto nasce, a ben vedere, prima ancora che venga in esame l'ipotesi "aberrante", in cui cioè l'evento "eccessivo" e non voluto si verifichi in danno di un soggetto diverso rispetto alla vittima designata delle lesioni o delle percosse.

È opportuno considerare infatti – come fa del resto la sentenza della Cassazione in merito ai fatti di Torino – il consolidato orientamento inerente alla distinzione tra l'omicidio preterintenzionale e la fattispecie di morte come conseguenza non voluta di altro delitto, di cui all'art. 586. Secondo la giurisprudenza, il criterio differenziale risiede nella natura del fatto doloso di base, causale alla morte (pure non voluta) del soggetto passivo: qualora questa, infatti, sia conseguenza di un atto di lesioni o di percosse trova applicazione l'omicidio preterintenzionale, di cui all'art. 584; ricorrendo invece la fattispecie di cui all'art. 586 nell'ipotesi di delitto doloso di base diverso da questi⁴. Il criterio selettivo tra le due fattispecie sarebbe in questo senso di tipo prettamente *qualitativo*, e si configurerebbe l'omicidio preterintenzionale nei casi in cui il fatto base doloso riguardi, e offenda, un bene giuridico dello stesso genere di quello leso dall'ulteriore evento non voluto⁵.

Nell'ultimo caso segnalato, relativo ai fatti di Piazza San Carlo a Torino, il Giudice di legittimità rappresenta che lo spruzzo del gas urticante (che pure rileva come modalità realizzativa della rapina) integra il requisito della «violenza», trattandosi – sul mero piano della condotta – di una energia fisica adoperata dall'agente per limitare «la capacità di autodeterminazione» dei soggetti passivi⁶, causale – sul piano dell'evento – ad alterazioni funzionali nel corpo (bruciori alla gola, difficoltà respiratorie, ecc.), rilevanti quale «malattia» tipica ai sensi della fattispecie di lesione⁷.

Rappresentata la differenza strutturale tra l'omicidio preterintenzionale e la fattispecie *ex art. 586*, ed individuata, nel caso di specie, una violenza sussumibile entro la tipicità di una «lesione» – pure nella cornice di una fattispecie plurioffensiva, quale è la rapina – la sentenza passa quindi al "cuore" del problema, dal

⁴ Vedi in questo senso Cass., Sez. V pen., 20 aprile 2015, n. 21002, in *CED Cass. rv. 263712*; Cass., Sez. I pen., 26 aprile 2005, n. 21039, in *Riv. Pen.*, 2006, 7-8, p. 866; Cass., Sez. V pen., 13 febbraio 1999, imp. Giorgione, in *Cass. pen.*, 2000, 385. Così anche la giurisprudenza richiamata nella sentenza qui in esame, per cui «il delitto previsto dall'art. 586 c.p. (morte come conseguenza di altro delitto) si differenzia dall'omicidio preterintenzionale perché, nel primo reato, l'attività del colpevole è diretta a realizzare un delitto doloso diverso dalle percosse o dalle lesioni personali, mentre nel secondo, l'attività è finalizzata a realizzare un evento che, ove non si verificasse la morte, costituirebbe un reato di percosse o lesioni» (Cass., sez. V pen., 4.4.2018, n. 23606, in *CED Cass. rv. 273284*).

⁵ In questo senso è anche la dottrina maggioritaria; vd. *infra* § 2.3.

⁶ Richiamando la sentenza, a tale proposito, Cass., sez. II pen., 19 marzo 2015, n. 14901.

⁷ Malattia pure riconosciuta come «non definitiva», ma pur sempre tipica – nella motivazione della pronuncia – in ragione di quella giurisprudenza per la quale «la lesione rilevante ai sensi dell'art. 582 c.p. può consistere anche in un trauma contusivo che non si accompagni ad alterazioni di natura anatomica» (richiamando sul punto, a tale riguardo, Cass., Sez. IV pen., 19 marzo 2008, n. 17505 e Cass., sez. V pen., 6 maggio 2014, n. 40978).

momento che l'evento morte, ulteriore e non voluto, si è verificato non già in capo ai soggetti passivi della condotta violenta della rapina (cioè alle persone investite dallo spray urticante), quanto ad un soggetto terzo. Verrebbe quindi in evidenza, ad opinione della Corte, una *aberratio ictus plurilesiva*, di cui all'art. 82, comma 2, in ragione del fatto che, oltre alla persona a cui l'offesa era diretta, è stata offesa una persona diversa.

Sulla generale configurabilità del reato preterintenzionale aberrante la pronuncia non richiama precedenti giurisprudenziali, i quali pure non mancano.

E infatti, la giurisprudenza di legittimità è costante nell'affermare che la morte non voluta di persona diversa da quella oggetto di un fatto base doloso di lesione non sarebbe da ricondursi ad una *aberratio delicti* – o più precisamente alla fattispecie di cui all'art. 586, che peraltro secondo una parte della dottrina ne è una specificazione⁸ – quanto ad una *aberratio ictus*, integrando un'ipotesi di omicidio preterintenzionale, per l'appunto, aberrante. Solo pochi tra i precedenti giurisprudenziali si spingono, a tale proposito, ad una disamina approfondita della questione. Fra tutti, forse il più valido, spesso citato dalla letteratura che si è occupata del tema, è una sentenza della Corte di Cassazione del 1975, Pappararo⁹. La

⁸ In questo senso, nella letteratura più risalente, PANNAIN, voce *Omicidio (diritto penale)*, in *Nov. dig. it.*, vol. XI, Torino, 1965, p. 872, per il quale l'art. 586 c.p. «ha non già lo scopo di innovare alla disciplina fondamentale dell'art. 83 c.p., bensì quello di una più rigorosa tutela in tema di delitti di sangue, stabilendo un aumento di pena per i delitti di omicidio o lesione, che siano conseguenza non volute dal colpevole». Più di recente, vd. BASILE, *La colpa in attività illecita*, Milano, 2005, p. 32, di cui alla corposa bibliografia citata a nota 46; ID., *Delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in MARINUCCI-DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale – parte speciale*, Vol. III, Tomo III, Padova, 2015, p. 234 ss., il quale individua, quali elementi specializzanti della fattispecie di cui all'art. 586 rispetto all'*aberratio delicti* "ordinaria" di cui all'art. 83, la natura dell'evento diverso non voluto (corrispondente alla morte o alla lesione del soggetto passivo), ma anche la natura del fatto base doloso, posto che l'art. 586 riguarda i soli delitti. Nella manualistica, fra tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Padova, 2017, p. 384. Vd. tuttavia *contra* – sebbene in posizione minoritaria – NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II ed., Padova, 1982, p. 201, il quale nega una relazione di specialità tra le due fattispecie in ragione di una differente individuazione dell'antecedente causale dell'evento non voluto morte o lesioni, posto che nella fattispecie ex art. 586 questo è costituito dal reato voluto e consumato, mentre nell'*aberratio delicti* «il reato progettato, in genere, non viene realizzato e la deviazione, rispetto alla volontà, avviene nell'iter esecutivo per un errore di esecuzione».

⁹ Vd. Cass., Sez. I pen., 19 giugno 1975, ric. P. M. e Pappararo, in *Foro. it.*, 1976, II, 41; nel caso di specie l'agente si trova all'interno di un bar ed esplose un colpo di pistola all'indirizzo di un soggetto, colpendo ed uccidendo tuttavia un terzo, avventore del locale, che si trovava seduto alle spalle della vittima designata. L'agente viene dapprima condannato per omicidio volontario, rilevando il dolo diretto per la morte della vittima designata, "traslato" sul soggetto diverso in ragione della *factio* del primo comma dell'art. 82 c.p.; nel giudizio di secondo grado viene accertato che l'intenzione dell'agente fosse quella non già di uccidere la vittima designata quanto di ferirla, comportando la riqualificazione in omicidio preterintenzionale, fatta salva l'applicazione dell'*aberratio ictus* per avere cagionato le lesioni dolose di base, nonché l'ulteriore evento morte non voluto, a soggetto diverso da quello designato.

motivazione, in tale pronuncia, fa leva in particolare sulla circostanza che il fatto base doloso e l'evento ulteriore non voluto ineriscano a beni giuridici «distintamente tutelati, ma omogenei», e che proprio tale omogeneità quanto all'interesse oggetto di tutela comporti la sottrazione dell'art. 584, per espressa volontà normativa, dal perimetro dell'*aberratio delicti*, alla quale sarebbe pure astrattamente riconducibile¹⁰; non si potrebbe quindi parlare di un evento *diverso*, e quindi di una *aberratio delicti*, quanto di un evento meramente *più grave*, tipico ai sensi della struttura del reato preterintenzionale¹¹. Eppure, la Corte in allora individua quello che, ancora oggi, è da considerarsi forse il principale “punto debole” della combinazione tra omicidio preterintenzionale e *aberratio ictus*; ovvero che, in tali ipotesi, «l'elemento deviante, determinante la divergenza fra volizione e realizzazione, investe non soltanto la persona cui l'offesa era diretta, ma anche l'evento cagionato rispetto a quello voluto».

Si tratta, come anticipato, di uno dei profili più critici nella configurazione del reato preterintenzionale aberrante.

Nella sentenza, tuttavia, il problema viene superato considerando che – ad opinione della Corte – l'imputazione all'agente di un ulteriore evento non voluto è fisiologico della struttura dell'omicidio preterintenzionale; il giudice di legittimità afferma inoltre, a questo riguardo, che la configurabilità di una *aberratio delicti* sarebbe in ogni caso esclusa, in tali ipotesi, dalla circostanza che difetterebbe «l'estremo della diversità del bene giuridico leso rispetto a quello cui mirava l'offesa». Anche la successiva giurisprudenza risolve tale criticità ribadendo costantemente – e, in vero, senza grandi variazioni sul punto – che in simili evenienze si riscontrerebbe una omogeneità di bene giuridico tra offesa voluta e offesa concretamente realizzatasi, e che non si potrebbe parlare, dunque, di un evento *diverso* o «assolutamente diverso»¹² rispetto a quello voluto, quanto solo *più grave*, con conseguente applicazione dello schema dell'omicidio preterintenzionale¹³.

¹⁰ Si afferma a tale proposito che «l'omicidio preterintenzionale, previsto dall'art. 584 cod. pen. costituisce anch'esso una forma di reato aberrante in senso lato, astrattamente inquadrabile nello schema teorico dell'*aberratio delicti*, perché l'oggetto del dolo (percosse o lesioni personali) diverge dall'evento realizzato (omicidio). Tuttavia, secondo il vigente sistema penale, l'omicidio preterintenzionale costituisce una figura autonoma di reato, perché, coerentemente alla disciplina positiva accolta in tema di *aberratio delicti* (art. 83) e di morte come conseguenza di altro delitto (art. 586 c.p.) esso implica la realizzazione di un evento, non diverso, ma soltanto più grave di quello voluto». Si rinvia un inciso adesivo a tale passaggio motivazionale in DONINI, *Il reato aberrante*, in BRICOLA-ZAGREBELSKY (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, 1984, p. 789.

¹¹ Per cui «trattandosi di stadi diversi di offesa di un bene giuridico omogeneo, il legislatore del 1931 ha sottratto la disciplina dell'omicidio preterintenzionale alla normativa concernente l'*aberratio delicti* (art. 83), di cui l'art. 586 costituisce una specifica applicazione».

¹² Cfr. Cass., Sez. V., 28 maggio 1990, Moschetti, in *Giust. pen.*, 1991, II, 559, ove si rappresenta – a fondamento della configurabilità dell'omicidio preterintenzionale aberrante – come la «costante giurisprudenza» applichi l'*aberratio delicti* «solo allorché l'evento non voluto sia di natura

Tale giurisprudenza mostra invero, a nostro parere, motivazioni piuttosto “appiattite” a quel criterio *qualitativo* elaborato per la distinzione tra l’omicidio preterintenzionale e la fattispecie di morte o lesioni come conseguenza non voluta di altro delitto dell’art. 586. Criterio forse valido e sufficiente per risolvere i casi “ordinari”, ma inidoneo di per sé a fornire soluzioni appaganti nei casi in cui si creino divergenze anche soggettive tra il “voluto” e il “realizzato”. Casi in cui, invero, diversi canoni di ascrizione soggettiva della responsabilità si accavallano in maniera quasi inestricabile, verificandosi delle difficoltà esegetiche rispetto alle quali l’omogeneità del bene giuridico appare francamente una guida niente affatto sufficiente¹⁴.

2.2. (segue) ... e l’esegesi dottrinale

La letteratura, particolarmente “ricca” su questo tema, parte, si può dire, da una condivisione di fondo della giurisprudenza testé esaminata, ovvero che è nell’omogeneità del bene giuridico offeso dalla condotta dolosa di base, rispetto al più grave evento poi verificatosi, che va tracciata la distinzione tra l’omicidio preterintenzionale e la fattispecie di morte (o lesioni) come conseguenza non voluta di altro delitto. La dottrina maggioritaria, infatti, rappresenta un rapporto da

completamente diversa da quello voluto e non quando si leda lo stesso bene-interesse di altra persona, nel qual caso deve trovare applicazione l’art. 82 c.p.», precisando a tale proposito che ricorre *aberratio ictus* «non solo quando si tratti di gradi diversi di offesa dello stesso bene giuridico ma anche quando si tratti di lesioni di beni giuridici distintamente tutelati ma omogenei».

¹³ Rilevano in questo senso una serie di sentenze, tra cui Cass., 3 maggio 2000, n. 9561, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2371, con nota di BRUNELLI, *Omicidio preterintenzionale aberrante: un disinvoltato impiego delle “finzioni” normative di dolo da parte della Cassazione*. In tale pronuncia si afferma che l’art. 586 richiama direttamente la disciplina dell’*aberratio delicti ex art. 83 c.p.* «proprio perché pone in rilievo la ‘diversità’ dell’evento. Si spiega, pertanto, la facile attraibilità dell’omicidio preterintenzionale nel disposto dell’art. 82 c.p.» nel caso di offesa a persona diversa da quella designata; continua quindi la Corte affermando che «sarebbe difficile, invece, ipotizzare l’*aberratio ictus* qualora (anche in presenza di divario tra soggetto nei cui confronti l’azione era diretta e soggetto effettivamente attinto) sia ‘diverso’ (nel senso voluto dall’art. 586 c.p.) il reato voluto, sicché il legislatore ha inteso valorizzare piuttosto la separata materialità dell’evento non voluto». E poi, ancora, Cass., Sez. V pen., 6 luglio 2006 (dep. 2007), n. 1796, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 6, p. 762, con commento di ARRIGONI. Nella giurisprudenza di merito, vd. Ass. Foggia, 28 giugno 2002, imp. Facciorusso, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3172, con nota di SALCUNI, *Aberratio ictus e preterintenzione: un’endiadi mal riuscita*.

¹⁴ È opportuno considerare, a tale riguardo, come tradizionalmente la dottrina consideri la tematica dei reati aggravati dall’evento particolarmente “ostica”, proprio in ragione della sovrapposizione di rilevanti problemi esegetici di stampo sia soggettivo che oggettivo; così ad esempio VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee e “reati aggravati dall’evento”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 25, il quale ne rappresentava i «grovigli e accavallamenti di teorie nei quali l’interprete rischia di perdersi». In senso analogo TAGLIARINI, *I delitti aggravati dall’evento*, Padova, 1979, p. 13, dove si evidenzia una notevole disparità di vedute, esistente in dottrina, «sia circa la collocazione sistematica dei delitti in esame, sia in ordine alla loro definizione fondamentale».

genere a specie tra le due fattispecie: l'art. 584 riguarda, infatti, le sole condotte rivolte programmaticamente – cioè dolosamente – contro l'incolumità individuale (e, nella specie, le percosse o le lesioni), ed è quindi speciale rispetto all'art. 586, il quale rilevarebbe in tutte le altre ipotesi, in modo cioè generale e residuale – pur con i correttivi proposti da alcuni¹⁵ – rispetto al primo¹⁶.

Pur a fronte di una posizione di partenza tutto sommato ampiamente condivisa, l'elaborazione dottrinale diviene molto più articolata – e niente affatto unanime – nel momento in cui si passa a considerare non già le ipotesi “ordinarie”, bensì quelle “aberranti”.

¹⁵ Cfr. STILE, voce *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*, cit., p. 147, per il quale sarebbe più aderente alle linee fondanti del sistema che, per la responsabilità ex art. 586, «il fatto doloso posto in essere presenti una seria potenzialità lesiva»; così, altresì, CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989, p. 226 ss., ove si afferma in particolare che, ricondotta la fattispecie dell'art. 586 allo schema del reato preterintenzionale, si imporrebbe comunque «all'interprete ed al giudice di prendere in considerazione solamente illeciti dolosi di base che esprimano una situazione di pericolo astratto verso i beni della vita e dell'incolumità individuale» (p. 229). Vd. a tale proposito le considerazioni formulate, in tema di tipicità preterintenzionale, *infra*, § 3.

¹⁶ Cfr. in dottrina, a sostegno della prospettiva della fattispecie ex art. 586 come norma speciale rispetto all'omicidio preterintenzionale, V. MILITELLO, voce *Morte o lesione come conseguenza di altro delitto*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 199, il quale evidenzia appunto il «rapporto di genere a specie» tra le due fattispecie; pur aggiungendo che tale delimitazione in senso solamente negativo della base dolosa dell'art. 586 (integrata cioè da tutto ciò che *non* è lesioni o percosse) lasci la fattispecie «indeterminata nei suoi limiti esterni», mancando in particolare «una più precisa definizione qualitativa» dei reati che possano fungere da base per l'imputazione dell'evento più grave. In senso analogo, individuano un rapporto di genere a specie tra l'art. 586 e l'art. 584, fra i molti, TAGLIARINI, *I delitti aggravati dall'evento*, cit., p. 181, per il quale «sul piano oggettivo, v'è perfetta coincidenza fra le fattispecie esaminate [tra cui l'art. 586] e quella del delitto preterintenzionale»; F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., pp. 49-50, il quale sottolinea, nella medesima prospettiva, come risultino speciali rispetto alla fattispecie di cui all'art. 586 tutti i delitti dolosi aggravati dall'evento non voluto di morte o lesioni e ID., *Delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., p. 236. Così anche STILE, voce *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*, cit., p. 145, per cui l'art. 586 costituisce «una norma sussidiaria rispetto ai delitti aggravati dall'evento di morte o lesioni».

È da considerare tuttavia come la prospettiva non sia unanime, e come una parte della dottrina escluda al contrario la riconducibilità della fattispecie dell'art. 586 al *genus* della preterintenzione. Cfr. in questo senso VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee e “reati aggravati dall'evento”*, cit., p. 21; più di recente, PLANTAMURA, *L'omicidio preterintenzionale*, in MANNA-PLANTAMURA (a cura di), *I reati di omicidio tra teoria e prassi*, Pisa, 2017, p. 72, il quale riconosce tale fattispecie esclusivamente come forma speciale di *aberratio delicti* plurilesiva, sottolineando a questo proposito, per escluderne la natura preterintenzionale, «la notevole differenza di pena rispetto a quella prevista per l'art. 584». Le due soluzioni invero non ci sembrano incompatibili, dal momento che la fattispecie di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto ben si presta ad essere letta in senso speciale rispetto tanto all'omicidio preterintenzionale quanto all'*aberratio delicti* plurilesiva, considerando quale elemento specializzante il fatto base doloso rispetto all'omicidio preterintenzionale, e l'evento morte o lesioni rispetto ai casi generali di *aberratio delicti*: in questo senso, ancora, F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., *passim*, il quale pur riconoscendo l'art. 586 quale manifestazione dell'*aberratio delicti* ex art. 83, ne afferma altresì, come visto, il rapporto di genere a specie rispetto a tutti i delitti aggravati dal medesimo evento non voluto di morte o lesioni.

Una parte degli autori condivide l'opinione per la quale si configurerebbe un omicidio preterintenzionale nei casi in cui, per errore nei mezzi di esecuzione del reato o per altra causa, atti diretti a commettere percosse o lesioni cagionino la morte di una persona diversa dalla vittima designata. Pur con delle differenziazioni di non poco momento, che è necessario riassumere.

E così, anzitutto, una prima strada parrebbe quella di impiegare direttamente l'art. 584, senza neppure chiamare in causa la fattispecie aberrante dell'art. 82, dal momento che la formula «chiunque, con atti diretti a commettere uno dei delitti preveduti agli articoli 581 e 582, cagiona la morte di un uomo», di cui alla fattispecie dell'omicidio preterintenzionale, «di per sé esclude che nell'omicidio preterintenzionale la vittima debba essere necessariamente la stessa persona contro la quale l'azione era diretta»¹⁷. In questo senso sembrerebbe del resto muoversi anche il giudice della più recente sentenza inerente ai fatti di Torino, laddove afferma che «la circostanza che la morte della spettatrice Pioletti sia stata determinata non dallo spruzzo del gas urticante, ma dall'effetto domino che si è verificato nell'immediatezza della prima azione è pienamente compatibile con la struttura dell'omicidio preterintenzionale». La pronuncia richiama in particolare, a tale proposito, quella giurisprudenza per la quale l'evento morte non voluto è addebitabile a titolo preterintenzionale per il solo fatto di essere *causato* dal fatto doloso di lesioni, qualora anche ne rappresenti uno sviluppo successivo e non immediato¹⁸.

L'omicidio preterintenzionale, a tale stregua, sembrerebbe configurabile alla luce del mero nesso causale tra le lesioni volontarie e l'evento morte non voluto, a prescindere dall'identità del soggetto passivo delle une e dell'altro.

La maggior parte degli interpreti respinge, tuttavia, questa impostazione. Già il Carrara individuava tra i presupposti dell'omicidio preterintenzionale «l'animo di nuocere alla persona di colui che si è ucciso»¹⁹, rappresentando quindi la necessaria identità soggettiva tra il destinatario degli atti dolosi di lesioni e percosse e il soggetto passivo dell'evento morte, non voluto dall'agente. L'omicidio preterintenzionale è tradizionalmente considerato, in questi termini, «una sorta di progressione criminosa in danno dello stesso soggetto nei confronti del quale non

¹⁷ Così SERIANNI, voce *Omicidio*, in *Enc. giur.*, vol. XXI, Roma, p. 14,

¹⁸ Si richiama in particolare Cass., Sez. V pen., 12 luglio 2012, n. 41017, in *CED Cass.* n. 253744, fattispecie in cui la vittima di un fatto di lesioni precipita da un parapetto, nel tentativo di fuggire dai propri aggressori.

¹⁹ Vd. CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale. Parte Speciale*, Vol. I, IX ed., Firenze, 1912, § 1101, il quale proseguiva rappresentando che sarebbe un errore «credere che ogni atto doloso, quando oltre la previsione dello agente ne consegua un omicidio, faccia sorgere il titolo di omicidio preterintenzionale», poiché «vi possono essere atti dolosi costituenti anche un vero delitto, i quali diano occasione ad un omicidio, e malgrado ciò l'omicidio resterà nei termini di omicidio meramente colposo se quell'atto non era destinato ad offendere la persona dell'ucciso».

si vuole l'ulteriore evento lesivo»²⁰, e la norma farebbe quindi riferimento ad un'offesa diretta nei confronti di una persona determinata, di cui poi, "oltre l'intenzione", si causa la morte. In dottrina si è valorizzata, a tale proposito, la struttura stessa della fattispecie preterintenzionale, la quale presenterebbe un circuito causale "chiuso" e non "aperto", per cui assumerebbero rilevanza quelle sole condotte direttamente causali a far sorgere o aumentare il rischio di quel determinato evento; e, in tal modo, cagionandolo²¹.

A ben vedere, del resto, quella pronuncia richiamata dalla sentenza sui fatti di Torino (vd. *supra*, nota 16), riguarda la morte del medesimo soggetto vittima dei precedenti fatti di lesione (pur a seguito di un decorso causale articolato e non immediato), e la circostanza che la giurisprudenza consolidata impieghi – in caso di evento morte occorso a soggetto diverso dalla vittima designata delle lesioni – la fattispecie "assimilativa" di cui all'art. 82, significa che non viene ritenuta estensibile, in via diretta, la fattispecie dell'omicidio preterintenzionale a tali ipotesi di divergenza, non solo *oggettiva* ma anche *soggettiva*, tra il voluto e il realizzato.

Altra parte della letteratura condivide, piuttosto, l'impiego in tal senso della fattispecie aberrante dell'art. 82, e gli argomenti spesi in questo senso sono invero diversi²².

È stato rilevato ad esempio che la clausola di apertura dell'art. 83 «fuori dei casi preveduti dall'articolo precedente», indurrebbe a ritenere che se la persona offesa è diversa da quella designata «è sempre applicabile l'art. 82, nonostante l'eventuale diversità dell'evento che in concreto si verifica»²³.

Occorre poi distinguere, secondo altri autori, le ipotesi di *aberratio* monolesiva (ovvero quelle in cui l'agente ha dolo di lesioni verso A, ma per errore colpisce e uccide B) da quelle plurilesive (in cui cioè l'agente colpisce la vittima designata

²⁰ Così PATALANO, voce *Omicidio* (*dir. Pen.*), in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 992; ID., *I delitti contro la vita*, Padova, 1984, p. 270, per cui l'omicidio preterintenzionale «si presenta come un risultato più grave di quello che si era previsto, ma realizzato sempre nei riguardi della medesima persona avuta di mira». Conf. in questo senso PANNAIN, voce *Omicidio*, cit., p. 870; G. DE FRANCESCO, *Aberratio. Teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza nell'esecuzione del reato*, Torino, 1998, p. 156.

²¹ Così BRUNELLI, *Omicidio preterintenzionale aberrante*, cit., pp. 2379-2380.

²² In senso affermativo rispetto alla configurabilità dell'omicidio preterintenzionale aberrante vedi, in particolare, VANNINI, *Quid iuris? Manuale di esercitazioni pratiche in diritto penale*, vol. V, Milano, 1950, *passim*, il quale sostiene la configurabilità dell'omicidio preterintenzionale aberrante nel caso di *aberratio* tanto monolesiva (ovvero A mira B per ferirlo ma colpisce e uccide C – vd. pp. 101-102) quanto plurilesiva (per cui A mira e ferisce B ma colpisce e uccide anche C – vd. p. 103). E ancora PISA, *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, Vol. I, 3^a ed., Padova, 1999, p. 86; PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, vol. I, Torino, 1950, p. 480; entrambi gli A., tuttavia, sembra che considerino la sola ipotesi di *aberratio ictus* monolesiva.

²³ Vd. SERIANNI, voce *Omicidio*, cit., p. 14, il quale rappresentava tale ragionamento in senso alternativo rispetto alla tesi dell'applicazione "diretta" della fattispecie dell'art. 584 c.p.

A, uccidendo altresì, per errore, B). Una parte della dottrina ritiene invero configurabile l'omicidio preterintenzionale aberrante nel primo caso, considerando che se per il fatto doloso di base opera l'assimilazione di cui all'art. 82 (perché l'agente risponde delle lesioni a B *come se* avesse colpito la vittima designata A), il successivo decorso causale non voluto a danno di B può essere imputato senza particolari problemi²⁴. In tale ipotesi, a ben vedere, più che di "omicidio preterintenzionale aberrante" sarebbe corretto parlare di "lesioni dolose aberranti", cui consegue la responsabilità, a titolo preterintenzionale "puro", per la morte del soggetto effettivamente colpito, per errore o per «altra causa».

Potrebbe poi rafforzare l'idea della configurabilità dell'omicidio preterintenzionale aberrante l'eventuale condivisione di quella prospettiva per la quale l'art. 82 (quantomeno nell'ipotesi monolesiva del primo comma) altro non sarebbe che una disposizione "dichiarativa" dei principi generali in tema di oggetto del dolo²⁵. Autorevole parte della dottrina afferma infatti, come noto, che la norma sull'*aberratio ictus* esplicita quanto già contenuto nell'art. 43, e cioè che – nei reati contro la persona – oggetto del dolo è l'offesa che si intende arrecare ad un altro soggetto, essendone indifferente l'identità. A tale stregua, quindi, il dolo di colpi-

²⁴ Vd. RAMACCI, *I delitti di omicidio*, IV ed., Torino, 2016, p. 74, nota 86, il quale argomenta tale opinione alla luce del fatto che «questo sarebbe il reato ascrivibile al colpevole se il fatto fosse accaduto nei confronti» della vittima designata. Vd. a tale proposito altresì M. ROMANO, *Contributo all'analisi della aberratio ictus*, Milano, 1970, pp. 136-137, il quale rappresenta a nota 48 che, in caso di *aberratio* monolesiva, ci si trova pur sempre «nell'ambito della innovazione consueta dell'art. 82, poiché, presente il dolo di A nei confronti di B, il titolo dell'offesa a C è quello che si sarebbe avuto nel caso in cui fosse stata arrecata la medesima offesa a B». Così anche, più di recente, TRINCHERA, *Questioni in tema di aberratio ictus*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1441. È altresì adesiva alla prospettiva della preterintenzione aberrante monolesiva ARRIGONI, *L'offesa*, cit., p. 765, per la quale in ragione del meccanismo dell'equivalenza di cui al primo comma dell'art. 82 «non è l'intero omicidio preterintenzionale ad essere attratto nel meccanismo del reato aberrante, ma soltanto il primo segmento».

²⁵ Teoria notoriamente rinvenibile negli scritti di Marcello Gallo (*Il dolo – oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951 e 1952, p. 187 ss., per cui «l'erronea rappresentazione, o l'ignoranza, di requisiti che nella realtà caratterizzano l'accadimento concreto, ma non trovano riscontro nella fattispecie astratta, non esclude il dolo»; in termini analoghi ID., voce *Aberratio*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 59). Cfr. altresì, nella manualistica, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale – P.G.*, XIV ed., Milano, 2000, p. 427; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Milano, 2003, p. 622; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 381-382; GROSSO-PELISSERO-PETRINI-PISA, *Manuale di diritto penale – P.G.*, II ed., Giuffrè, 2017, pp. 402-403. Vedi anche, a tale proposito, M. TRAPANI, *La divergenza tra il voluto e il realizzato*, Torino, 1988, p. 24, il quale – pure rappresentando di non voler prendere posizione in merito alle divergenti teorie sulla natura "dichiarativa" ovvero "costitutiva" dell'*aberratio ictus* – afferma che «dall'art. 82, comunque interpretato, si ricava infatti inequivocabilmente che, di regola [...] nel nostro sistema non rientrano, nell'oggetto del dolo, né l'identità della persona offesa né l'individualità dell'oggetto materiale della condotta; con la conseguenza che un'eventuale divergenza in ordine ad uno dei suddetti requisiti, non escludendo la piena conformità, sul piano normativo, tra il fatto voluto e quello realizzato, e quindi la loro riconduzione sotto la medesima fattispecie astratta di reato, sarebbe penalmente irrilevante».

re A sarebbe *lo stesso* che sorregge l'imputazione per lesioni dolose occorse (per errore dell'agente, o per altra causa) a B, e, ci sembra di poter affermare, l'eventuale successivo decorso causale (fino alla morte dello stesso B) non parrebbe inconciliabile rispetto allo schema tipico dell'art. 584.

La parte più consistente della letteratura, tuttavia, esclude la possibilità di combinare omicidio preterintenzionale e *aberratio ictus*, per svariate ragioni.

La più diffusa tra le argomentazioni che escludono tale evenienza trae spunto dalla considerazione per cui l'istituto dell'*aberratio ictus* ex art. 82 riguarda i casi in cui l'agente cagiona, a persona diversa, la medesima offesa che si *voleva* produrre a danno della vittima designata. Esso pertanto varrebbe esclusivamente per i reati dolosi, e non già per gli illeciti puniti a titolo diverso²⁶; ne sarebbe quindi escluso il reato preterintenzionale, in cui l'unica offesa *voluta* sono le lesioni o le percosse, e non così l'ulteriore evento morte²⁷. In tali evenienze, infatti, l'errore non riguarda solo la persona offesa, ma altresì la lesione a questi procurata.

Tale conclusione sembra poi essere rafforzata dalla prospettiva – forse preferita dalla dottrina più recente²⁸ – di una funzione “costitutiva” della disposizione dell'*aberratio ictus* monolesiva, capace cioè di introdurre una finzione legale che “maschera” di dolo un fatto (l'offesa alla persona diversa da quella designata) che in realtà doloso non è affatto. Aderendo a tale teoria, infatti, ci sembra di poter affermare che l'evento, oltre che “non voluto”, poggerebbe altresì su basi ben poco solide, dal momento che lo stesso fatto di lesioni in realtà non potrebbe de-

²⁶ Vedi in questo senso MARINI, voce *Omicidio*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 522, secondo il quale, perché scatti la disciplina dell'art. 82, sarebbe necessaria una «medesimezza del modello criminoso» tra il voluto e il realizzato, «che nell'omicidio preterintenzionale per definizione non si ha». Vd. altresì PATALANO, *I delitti contro la vita*, cit., pp. 267-268, per il quale «l'art. 82 c.p. si riferisce ad un'offesa cagionata intenzionalmente e non alla semplice volontarietà della condotta». In linea con tale prospettiva SALCUNI, *Aberratio ictus e preterintenzione*, cit., p. 3179, il quale argomenta, in questo senso, che il termine «offesa» di cui all'art. 82 «deve essere letto come concretizzazione o realizzazione del voluto dall'agente», e che pertanto il soggetto risponderà «nei limiti dell'ampiezza del suo dolo».

²⁷ Così ancora, in letteratura, PATALANO, *I delitti contro la vita*, cit., p. 267 ss., per cui la norma di cui all'art. 584, a differenza dell'*aberratio*, «incrimina un'ipotesi in cui la condotta produce un'offesa di tipo diverso da quello progettata».

²⁸ Per la tesi della natura “costitutiva” del primo comma dell'art. 82, per cui la disciplina dell'*aberratio ictus* costituisce una deroga al regime generale del dolo, vedi M. ROMANO, *Contributo all'analisi dell'aberratio ictus*, cit., p. 15 ss. In senso conforme CORNACCHIA, voce *Reato aberrante*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, 1996, p. 168 ss. Nella manualistica, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Bologna, 2011, p. 384, per cui, nelle ipotesi di *aberratio ictus* monolesiva, «il contenuto della volontà colpevole non si è tradotto in realizzazione»; PULITANÒ, *Diritto penale, Torino*, 2005, p. 409; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2005, p. 263; CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Bologna, 2017, cit., p. 542, per cui l'art. 82 introduce una forma di «presunzione di dolo», il quale «non assume come nucleo essenziale l'evento nella sua conformazione concreta».

finirsi genuinamente “doloso”, venendo piuttosto imputato in questo modo solo in ragione della finzione disposta dall’art. 82.

2.3. *Le peculiarità dell’aberratio plurilesiva*

Merita un approfondimento distinto l’ipotesi della configurabilità dell’omicidio preterintenzionale in caso di *aberratio plurilesiva*, e segnatamente bioffensiva²⁹. E si tratta peraltro di un tema maggiormente attinente al già citato caso torinese, nel quale infatti si sommano una pluralità di offese, un certo numero volute (le lesioni a danno dei soggetti passivi della rapina) e almeno una non voluta (la morte della donna travolta dalla folla), occorse ad una pluralità di soggetti: contro le vittime designate, le offese volute; contro la vittima occasionale, quella non voluta.

A tale proposito, occorre anzitutto considerare che almeno parte della letteratura che ammette la configurabilità dell’omicidio preterintenzionale aberrante nelle ipotesi monolesive esprime opinioni diverse e differenziate quando si tratta di ipotesi bilesive³⁰.

Si pone infatti in tali casi, in linea generale, un potenziale problema di duplicazione dell’imputazione del fatto base doloso, il quale, configurando l’omicidio preterintenzionale per la morte del soggetto diverso, verrebbe sostanzialmente imputato due volte: la prima a titolo di lesioni dolose nei confronti della vittima designata; la seconda, quale base dolosa dell’omicidio preterintenzionale del soggetto terzo, attinto per errore³¹.

²⁹ Assumendo, in questo senso, la distinzione tra l’*aberratio ictus bilesiva*, espressamente disciplinata dal comma secondo dell’art. 82, e quella plurilesiva – nella quale oltre alla vittima designata se ne offendono una pluralità – priva di disciplina legale e per la quale è discussa, in letteratura, la relativa disciplina applicabile. Stando ai riferimenti istituzionali, si vedano per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 383, il quale esclude, in ragione del divieto di analogia *in malam partem*, che alle ipotesi plurilesive con più di un’offesa ulteriore si applichi la disciplina del secondo comma dell’art. 82, affermando piuttosto la configurabilità, in quei casi, della più «benevola e regolare» disciplina del concorso formale del delitto doloso con gli eventuali delitti colposi (dato e non concesso che le offese non volute siano addebitabili a titolo di colpa). Soluzione analoga è espressa in PADOVANI, *Diritto penale*, X ed., Milano, 2012, p. 238, per il quale la riconducibilità delle suddette ipotesi alla disciplina del concorso formale di reati è altresì motivabile in ragione del fatto che la stessa sia oggi «del tutto priva di quel rigore sanzionatorio che ispirava un tempo i tentativi di dilatare la sfera di applicazione dell’*aberratio ictus plurilesiva*».

³⁰ Vedi in questo senso LEONE, *Il reato aberrante*, Napoli, 1964, p. 145, secondo il quale sarebbe configurabile l’omicidio preterintenzionale nelle sole ipotesi monolesive, da escludersi invece in quelle bioffensive: in queste ultime, infatti, l’evento morte non voluto in danno di persona diversa sarebbe addebitabile quale omicidio colposo, «in quanto la quota di colpa (o, comunque, di non intenzionalità) che inerisce al *plus* dell’evento preterintenzionale si è concretata in un secondo evento fornito di rilevanza autonoma».

³¹ Vedi BRUNELLI, *Omicidio preterintenzionale aberrante*, cit., p. 2375, per il quale la configurabilità dell’omicidio preterintenzionale per la morte del soggetto non voluto comporterebbe un

L'interprete si imbatte poi in una serie di problematiche molto complesse, strettamente legate alla particolare fattispecie aberrante plurilesiva. Segnatamente, emerge uno degli interrogativi "classici" della materia, e cioè se, nel caso in cui si offendano tanto la persona diversa quanto quella designata, per entrambe le offese continui ad operare l'equivalenza subiettiva di cui al primo comma, e quindi entrambi i reati vadano ascritti a titolo di dolo (e si tratta della prospettiva ad oggi ancora maggioritaria in letteratura³²); ovvero se, piuttosto, il secondo reato non debba essere imputato a titolo di colpa³³. In secondo luogo, occorre tenere in considerazione un altro quesito di grande rilevanza, ovvero se la figura di cui al secondo comma dell'art. 82 configuri un'unica fattispecie di reato ovvero se non si tratti piuttosto di una ipotesi speciale di concorso di reati, corrispondenti a quelli cagionati nei confronti della vittima designata e della persona diversa.

Quanto al primo tema, la dottrina maggioritaria, come anticipato, è propensa a riscontrare in ogni caso una duplicazione del dolo tra l'offesa voluta e quella

«cumulo normativo convergente sul medesimo fatto [...] in deroga al principio del *ne bis in idem*». L'A. coglie del resto un problema di possibile «duplice valutazione normativa» anche con riferimento alle ipotesi monolesive; questa riguarderebbe, in simile evenienza, «l'intenzione lesiva», valutata dapprima quale requisito per l'equivalenza propria dell'art. 82, e poi per fondare la preterintenzione.

³² Vedi, a sostegno della tesi della doppia imputazione dolosa, DELITALA, *In tema di «aberratio ictus»: unità o pluralità di reati?*, in *Riv. it.*, 1948, p. 325, per cui l'offesa nei confronti della vittima designata sarebbe sorretta dal proprio dolo, mentre l'offesa alla persona diversa vedrebbe applicarsi la *fictio doli* di cui al primo comma dell'art. 82; così anche M. ROMANO, *Art. 82*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, Milano, 1987, p. 683, il quale pure manifesta dubbi in ordine alla legittimità costituzionale di tale criterio di imputazione; CORNACCHIA, voce *Reato aberrante*, cit., p. 178. Riconoscono nella manualistica l'*aberratio delicti* plurilesiva quale ipotesi di responsabilità oggettiva, addebitabile a titolo di dolo, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 386; CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., 541; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 264, per il quale «la disciplina dell'art. 82.2 c.p. comporta una specie di "estensione" del dolo da un fatto rispetto al quale c'è rappresentazione e volontà ad un fatto ulteriore – omogeneo al primo ma relativo ad una vittima ulteriore – non voluto né rappresentato e verificatosi a causa di un errore di esecuzione».

³³ In questo senso nella manualistica, che lo definisce un criterio «preferibile» perché più conforme allo statuto costituzionale della colpevolezza, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 383, il quale sembra riferirsi pur sempre ad un titolo di responsabilità anomala, posto che il fatto accertato come colposo fonderebbe pur sempre la sussistenza di un reato doloso. Richiamavano altresì la colpa come criterio di ascrizione del secondo reato, in precedenza, BETTIOL, *Diritto penale*, XI ed., Padova, 1982, p. 506 ss.; NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., p. 313, i quali pure adottavano la prospettiva della colpa presunta, per cui la colpa per l'offesa alla persona diversa sarebbe integrata dalla violazione dolosa della legge penale nei confronti della vittima designata.

Vedi, nella prospettiva invece di una declinazione colposa del secondo reato, PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 238, per il quale la punibilità a titolo di colpa per il secondo reato deriverebbe dalla lettera del capoverso dell'art. 82 il quale, riferendosi al «reato più grave», esprimerebbe un giudizio di valore tra i due reati, uno doloso e l'altro, appunto, colposo (con la rilevante considerazione che «poiché la valutazione deve avvenire in concreto, non è escluso che sia il reato colposo a risultare più grave»).

non voluta, applicando l'aumento di pena fino alla metà al più grave dei due reati *dolosi*, così ricostruiti.

Nella misura in cui, al contrario e come sostengono alcuni³⁴, del reato diverso si debba rispondere “a titolo di colpa”, ci pare allora che l'omicidio preterintenzionale aberrante dovrebbe essere escluso, proprio perché la responsabilità per l'offesa cagionata a persona diversa andrebbe imputata in virtù della propria effettiva qualificazione giuridica colposa, ben diversa da quella preterintenzionale, corrispondente a dolo misto a responsabilità oggettiva o, al più, dolo mista a colpa.

È in questo senso da condividersi la prospettiva per cui, nei casi aberranti plurilesivi, la “quota di dolo”, pur presente nella complessiva vicenda, esaurirebbe la propria rilevanza nell'ascrizione dolosa dell'offesa *voluta*: l'offesa ulteriore, non voluta, sarebbe piuttosto un reato “interamente colposo”³⁵.

Giova, al riguardo, richiamare quella teoria per la quale, nelle ipotesi in cui l'offesa *voluta* si sia effettivamente realizzata nei confronti della persona *designata*, e vi si aggiunga una seconda offesa, non voluta e meno grave, a persona diversa, si sarebbe fuori delle ipotesi di *aberratio ictus*, e andrebbe piuttosto applicata l'ordinaria disciplina del concorso formale di reati³⁶. Anche tale impostazione, se accolta, potrebbe avere delle ricadute interessanti, ad esempio, in casi analoghi a quello oggetto della sentenza del 2018, poiché non si è verificata alcuna «divergenza tra vittima designata e offesa voluta», potendosi quindi applicare – ricorrendone i requisiti³⁷ – la normale disciplina dell'art. 81 c.p.

³⁴ Oltre a quanto rappresentato *supra*, a nota 33, Vedi altresì in questo senso TRINCHERA, *Questioni in tema di aberratio ictus*, cit., p. 1444, il quale evidenzia come la regola della duplicazione del dolo crei attriti con i principi di colpevolezza e di uguaglianza, in quanto «determinerebbe l'assurda conseguenza di trattare allo stesso modo chi ha voluto cagionare due offese [...] a chi invece ha voluto una sola offesa e ne ha cagionata un'altra per colpa».

³⁵ Vedi in questo senso LEONE, *Il reato aberrante*, cit., p. 144, che individuava così il criterio a cui risponde l'intera disciplina dell'*aberratio ictus*, per cui «l'offesa dolosa non sarà già quella che si verificherà in danno della persona designata, sebbene quella che corrisponde come entità alla intenzione dell'agente»; tale regola invero, proseguiva l'A., non è arbitraria, ma applicazione della regola di equivalenza del dolo disposta per ipotesi monolesive al primo comma, che è presupposto del secondo.

³⁶ Così G. DE FRANCESCO, *Aberratio*, cit., p. 89 ss.; e altresì GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, p. 447, il quale fonda tale impostazione sull'esigenza di garantire una lettura omogenea tra primo e secondo comma dell'art. 82: «premesso che l'*aberratio ictus* monolesiva si ha quando l'offesa voluta viene arrecata a un soggetto diverso da quello designato, per ragioni di unitarietà sistematica deve ritenersi che anche nel caso di *aberratio ictus* plurioffensiva un punto fermo sia quello della divergenza tra vittima designata e offesa voluta».

³⁷ A condizione cioè che venga accertata la sussistenza di una “colpa in attività illecita” che, dopo l'intervento in questo senso delle Sezioni Unite della Cassazione, qualifica in senso sostanziale e contenutistico i criteri di ascrizione della responsabilità per morte come conseguenza non voluta di altro delitto, in senso più coerente rispetto allo statuto costituzionale della colpevolezza (vedi così Cass., SS.UU. pen., 22 gennaio 2009, n. 22676, imp. Ronci, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 55 ss., con nota di Beltrani).

Altra questione rilevante è, come ricordato, se l'*aberratio ictus* plurilesiva vada considerata una figura di reato unitaria ovvero una pluralità di reati. A tale proposito, secondo la dottrina più risalente la "pluralità" dell'ipotesi del secondo comma dell'art. 82 riguarderebbe *le offese* e non già *i reati*. L'offesa occorsa alla persona diversa, infatti, non potrebbe definirsi come un *reato*, completo di tutti i suoi elementi essenziali, perché pur in presenza, sul piano oggettivo, dell'evento di danno al bene giuridico protetto, non si potrebbe rinvenire un coefficiente soggettivo sufficiente ed idoneo alla configurazione di un reato. L'offesa non voluta, infatti, non potrebbe che essere ascritta a titolo di responsabilità oggettiva, e non esisterebbero nell'ordinamento reati punibili esclusivamente a tale titolo³⁸; non si tratterebbe dunque né di una figura di reato unitaria, né, all'opposto, di un concorso di reati, quanto piuttosto di una figura *sui generis*³⁹. Non è mancato chi ha individuato tuttavia nell'*aberratio ictus* plurilesiva un concorso di reati in piena regola. Vuoi per la collocazione sistematica della norma (che si trova infatti nel capo del codice che riguarda proprio il concorso di reati)⁴⁰; vuoi nell'ottica di una declinazione dell'*aberratio ictus* attenta ai requisiti della colpevolezza, per cui la fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 82 descriverebbe due reati: uno doloso, nei confronti della vittima designata, l'altro colposo, nei confronti della persona colpita per errore⁴¹. Tale prospettiva, se accolta, rafforzerebbe di certo l'idea per la quale, nel caso in cui alla persona diversa si causi una offesa non voluta e "oltre l'intenzione", la condotta dolosa di base sia idonea ad integrare esclusivamente le lesioni dolose nei confronti della vittima designata (o anche l'omicidio preterintenzionale, se ne sopraggiunge la morte), mentre quanto accade nei confronti della vittima occasionale sia unicamente ascrivibile, ricorrendone i presupposti, entro una figura tipica colposa. È molto interessante, in questo senso, la prospettiva di chi (sempre in ragione di una lettura costituzionalmente orientata dell'istituto) ritiene l'offesa alla persona diversa addebitabile per colpa, pur sottoposta alla disciplina sanzionatoria speciale del secondo comma dell'art. 82, ov-

³⁸ Nella manualistica, ravvisano nell'ipotesi del secondo comma lo schema della responsabilità oggettiva CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 541; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 406.

³⁹ In questi termini GALLO, voce *Aberratio*, cit., p. 73; M. ROMANO, *Art. 82*, cit., cit., p. 684, per cui occorre constatare «l'assenza di una precisa sintesi normativa» riconducibile all'istituto dell'*aberratio ictus* plurilesiva, residuando la convinzione che questo non possa essere portatore «di una disciplina più rigida anche di quella che si avrebbe se vi fossero due offese dolose»; PATRONO, *Rilievi sulla c.d. aberratio ictus plurilesiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 102 ss., il quale escludeva in particolare che l'*aberratio ictus* plurilesiva possa essere ricondotta al modello del reato preterintenzionale, dal momento che non si verifica alcun assorbimento dell'offesa meno grave in quella non voluta e più grave, come invece accade in quel modello criminoso.

⁴⁰ Cfr. G. DE FRANCESCO, *Aberratio*, cit., p. 15.

⁴¹ Così TRINCHERA, *Questioni in tema di aberratio ictus*, cit., p. 1434, il quale invero riconduce alla disciplina del concorso di reati non solo le ipotesi plurilesive ma anche quelle monolesive.

vero con applicazione della pena prevista per il reato più grave aumentata fino alla metà; ma, allo stesso tempo, considera che tale trattamento straordinario possa trovare applicazione solo «per l'evento colposo immediatamente collegato», mentre gli ulteriori eventi, se addebitabili per colpa, dovrebbero essere puniti come delitti colposi in concorso formale⁴².

Non è mancato chi ha sottolineato che, tuttavia, ammettere l'omicidio preterintenzionale aberrante nelle sole ipotesi monolesive, escludendolo in quelle plurilesive, condurrebbe a delle disparità di trattamento abbastanza paradossali⁴³. Un fatto *più grave* (perché plurilesivo) sarebbe trattato, infatti, in maniera più mite rispetto ad uno *meno grave* (in quanto monolesivo)⁴⁴.

Ma tale paradosso non riteniamo davvero che possa essere risolto “alzando l'asticella” per tutti, ovvero imputando “per forza”, anche per l'ipotesi in cui ciò appare meno ragionevole, l'omicidio preterintenzionale. Piuttosto, la causa di tale paradosso risiede, a nostra opinione, nella circostanza che molti e fondati interrogativi sorgono in merito alla configurabilità della figura preterintenzionale aberrante anche nelle ipotesi monolesive, e in questo senso del resto, come visto, si esprime ad oggi la maggioranza della dottrina.

Da un lato, molte ragioni portano a limitare la responsabilità aberrante *ex art. 82* a quelle sole ipotesi in cui in danno di soggetto *diverso* si verifichi una offesa *voluta* dall'agente, escludendone quindi l'omicidio preterintenzionale, il cui elemento più qualificante è proprio l'esclusione dell'evento più grave dal perimetro del dolo. Dall'altro lato, tuttavia, l'equivalenza dolosa disposta dal primo comma, e confermata – almeno secondo la maggior parte degli interpreti – nell'ipotesi plurilesiva del secondo comma, radica la responsabilità dolosa per le lesioni subite dalla persona diversa, e da lì l'imputazione dell'evento più grave non voluto –

⁴² Vedi GROSSO-PELLISSERO-PETRINI-PISA, *Manuale di diritto penale.*, cit., pp. 403-404.

⁴³ Così RAMACCI, *I delitti di omicidio*, cit., p. 74, nota 86, il quale afferma che la soluzione dell'omicidio preterintenzionale nelle ipotesi plurilesive «non è del tutto ortodossa», pure avvertendo tuttavia delle conseguenze potenzialmente irragionevoli laddove si adottasse, in caso di morte di persona diversa da quella designata, una soluzione differenziata, a seconda che si sia nell'ambito dell'*aberratio* monolesiva oppure plurilesiva. E infatti, laddove nei casi plurilesivi si imputassero, ai sensi dell'art. 83 e non già dell'art. 82, lesioni dolose in concorso con l'omicidio colposo, la risposta sanzionatoria sarebbe più mite rispetto all'ipotesi monolesiva, in cui cioè si configurerebbe l'omicidio preterintenzionale per il solo ferimento (e successiva morte) del soggetto diverso dalla vittima designata delle lesioni.

⁴⁴ Da qui le critiche del Patalano alle tesi “differenziale” del Leone, la cui impostazione era definita «paradossale», in quanto «sarebbe irragionevole punire con una pena più severa l'azione che ha cagionato un danno complessivamente meno grave» (PATALANO, *I delitti contro la vita*, cit., p. 269). Analoghe critiche, in questo senso, esprimeva DELITALA, *In tema di aberratio ictus: unità o pluralità di reati?*, cit., p. 323, per il quale «inteso in questo modo, il capoverso dell'art. 82 è veramente aberrante».

proprio dell'omicidio preterintenzionale – sembra poter conseguire in modo inesorabile; come accade, del resto, in giurisprudenza.

La disciplina dell'*aberratio ictus* non sembra in grado di fornire indicazioni risolutive per risolvere la complessa questione in esame. In questo articolato e complesso labirinto di dolo, colpa, eventi voluti e non voluti, ipotesi mono o bilensive, si rischia di non mettere a fuoco, con la dovuta centralità, alcuni temi che attengono, piuttosto, al reato preterintenzionale e alla sua tipicità. Questi sì – riteniamo – decisivi nel definire limiti e modi per l'ascrizione di responsabilità per eventi lesivi oltre l'intenzione.

È dunque nella prospettiva del reato preterintenzionale, più che in quella del reato aberrante, che possono trovarsi, in casi come quello oggetto della più recente pronuncia in argomento della Corte di Cassazione, soluzioni più appaganti e insieme più adeguate alle specifiche esigenze di tutela in gioco.

3. In tema di tipicità preterintenzionale, tra identità di bene giuridico e rischio causale

Parte della letteratura ha affermato che una configurazione “aberrante” sarebbe incompatibile con la stessa struttura dell'omicidio preterintenzionale. E ciò, in ragione non solo della carenza in tale fattispecie, già anticipata, di un evento *voluto* idoneo ad essere imputato secondo l'equivalenza dell'art. 82; ma altresì – ed è il profilo, riteniamo, di maggiore interesse in questa sede – perché il reato di cui all'art. 584 si fonda su un «nesso di rischio» del fatto doloso rispetto all'offesa più grave, la quale potrebbe essere riferita solo alla persona che si voleva ledere, e non anche a terzi⁴⁵. La progressione offensiva, tipica dell'omicidio preterintenzionale⁴⁶, si basa infatti su un potenziale lesivo insito nella condotta

⁴⁵ Vedi di recente PLANTAMURA, *L'omicidio preterintenzionale*, Pisa, 2016, p. 139, il quale si riferisce alla natura «unitaria e logica» della fattispecie di cui all'art. 584. Anche CORNACCHIA, voce *Reato aberrante*, cit., p. 175 è critico a tale proposito, rappresentando che, «almeno ad una prima impressione», gli istituti dell'*aberratio ictus* e della preterintenzione sarebbero apparentati da dati strutturali che, tuttavia, «appaiono estrinseci alla ratio sottesa alle norme». In senso critico altresì F. BASILE, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., p. 219, il quale richiama sul punto una risalente pronuncia di merito (C. Ass. Salerno, 19 luglio 1972, in *FN*, 1972, II, p. 17, riferita ad un caso in cui si verificava la morte di un soggetto cardiopatico, avvenuta a causa dell'emozione nell'assistere ad atti di lesione commessi, in sua presenza, nei confronti di un'altra persona. Il giudice, in quella vicenda, qualificava il fatto come omicidio colposo ex art. 586, e non già quale omicidio preterintenzionale “aberrante” ai sensi dell'art. 82).

⁴⁶ Cfr. PANNAIN, voce *Omicidio*, cit., p. 869, per il quale tra evento voluto e non voluto, nella fattispecie preterintenzionale ex art. 584, in senso differenziale rispetto all'*aberratio delicti* e all'art. 586, si ha «progressione e omogeneità»; PATALANO, *I delitti contro la vita*, cit., p. 247, per cui «nell'art. 584 c.p. l'evento si pone oltre l'intenzione del reo e realizza una lesione progressivamente

dolosa di base, il quale non potrebbe “rivelarsi” all’agente nei casi in cui il fatto coinvolga un soggetto diverso rispetto a quello designato⁴⁷.

La fattispecie di cui all’art. 584, infatti, considera come fatto base doloso «atti diretti a commettere» lesioni o percosse nei confronti del soggetto che subisce poi l’offesa più grave. È in prima battuta, quindi, un problema di tipicità, che si manifesta vieppiù, riteniamo, nelle ipotesi di *aberratio* plurilesiva; il riferimento normativo agli atti «diretti a commettere» lesioni o percosse sta a significare che, al fine della tipicità della norma, è indifferente che tali illeciti si siano consumati, dal momento che è la morte (non voluta) l’evento del reato⁴⁸. Ebbene, se, nelle ipotesi “plurilesive”, gli atti diretti contro la vittima designata sono stati portati a compimento, solo il successivo evento non voluto contro la vittima occasionale può dirsi “aberrante”. Nella misura in cui il reato di cui all’art. 584 è una fattispecie unitaria e non già una mera “sommatoria” di elementi voluti e non voluti – e ciò anche alla luce di quegli studi che hanno appurato come la natura preterintenzionale si esprima secondo una tipicità propria e ben definita, e non già quale mero criterio di imputazione “misto”, tra dolo, colpa e responsabilità oggettiva⁴⁹ – allora non è possibile attribuire all’agente in forma aberrante un reato preterintenzionale “per intero” laddove l’unico elemento “aberrante” è l’evento ulteriore e non voluto (che peraltro, come anticipato, proprio perché “non voluto” non sem-

più grave del bene intenzionalmente aggredito: l’incolumità individuale»; RAMACCI, *I delitti di omicidio*, cit., p. 86, per il quale la previsione unificante della fattispecie di cui all’art. 584 «dimostra che l’aberrazione dell’evento-morte perde importanza in considerazione dell’omogeneità tra questo evento e il fatto voluto (percosse oppure lesioni)».

⁴⁷ Vedi così G. DE FRANCESCO, *Aberratio*, cit., p. 156 ss., il quale valorizza appunto «il coefficiente di maggior gravità insito nel più accentuato nesso di collegamento tra una condotta volontaria e l’esito ulteriore» derivato a danno del destinatario dell’aggressione; ribadisce quindi l’A. che, nelle ipotesi aberranti, non può ritenersi che «il “voluto” si sia effettivamente “concretizzato” in un comportamento, il cui potenziale di rilevanza sotto il profilo “prognostico”, per così dire, rispetto all’ulteriore offesa, potesse realmente manifestarsi e “rivelarsi” all’agente, allo stesso modo che – “come se” – il fatto fosse stato commesso nei confronti della vittima designata»: in sostanza, il procedimento di assimilazione tra le due offese, pure disposta dall’art. 82 c.p., «non sembra, per vero, potersi spingere fino a tanto».

⁴⁸ Così PATALANO, voce *Omicidio* (*dir. Pen.*), cit., p. 977; RAMACCI, *I delitti di omicidio*, cit., p. 66, il quale afferma in questo senso che, considerata l’irrelevanza della consumazione – nella descrizione della fattispecie – delle lesioni o delle percosse, «determinante è la sussistenza del dolo del delitto di percosse o di lesioni», che deve guidare la condotta da cui deriva, non voluta, la morte della medesima persona offesa. In senso analogo vedi, di recente, AMBROSETTI, *I reati contro la vita e l’incolumità individuale*, in AMBROSETTI-COCCO (a cura di), *Trattato breve di diritto penale – parte speciale*, vol. I, *I reati contro le persone*, Padova, p. 32.

⁴⁹ In questo senso vedi *infra*, § 3, a proposito della riscoperta di una categoria di preterintenzione comprensiva – a certe condizioni – dei reati aggravati dall’evento nonché di talune circostanze aggravanti.

bra davvero poter rientrare nella struttura propria dell'art. 82, che dovrebbe piuttosto riguardare le sole ipotesi di divergenza del *voluto* rispetto al realizzato)⁵⁰.

Non sarebbe corretto, infatti, “spezzare” la fattispecie separandone gli atti dolosi di base (“diretti” a colpire la vittima designata), rispetto all’ulteriore evento *soggettivamente* divergente, considerando quest’ultimo idoneo di per sé ad integrare un fatto tipico di omicidio preterintenzionale in ragione della mera derivazione causale da atti che hanno cagionato (ad altri) lesioni o percosse.

Tale considerazione è senz’altro supportata dalla constatazione di come sia proprio la natura del fatto base doloso – in quanto idoneo a generare la condizione di rischio poi concretizzatasi nella verifica del successivo evento non voluto – il “cuore” della tipicità preterintenzionale. Un decorso causale ulteriore e mediato rispetto ad atti «diretti» contro un altro soggetto non può fondare un fatto tipico preterintenzionale, il quale richiede piuttosto un rapporto qualificato tra rischio doloso di base ed evento di danno concretamente realizzatosi.

A questo riguardo, occorre considerare come sia notoriamente in corso, da diversi anni, un progressivo riallineamento delle fattispecie preterintenzionali rispetto al principio di colpevolezza, il quale ha riguardato, in particolare, i criteri di ascrizione soggettiva dell’evento “oltre l’intenzione”, attraverso la declinazione dello statuto della “colpa in attività illecita”⁵¹, che ha goduto peraltro di una importante conferma giurisprudenziale⁵². Ma anche con riferimento alla dimensione oggettiva del reato la letteratura si è impegnata nella ricerca di una tipicità più appagante, nell’elaborazione cioè di criteri selettivi del fatto base doloso maggiormente coerenti rispetto alla particolare struttura di tali fattispecie. Anche sul piano materiale della condotta, cioè, si riscontra la comprensibile – e condivisibile – tendenza, nei reati “oltre l’intenzione”, a richiedere qualcosa in più rispetto ad un mero nesso di causalità materiale tra il fatto doloso di base e l’evento ulteriore e non voluto; quanto, piuttosto, un rapporto qualificato in una cornice di rischio doloso, in ragione della quale è la natura del comportamento pericoloso doloso di base a giustificare l’importante reazione sanzionatoria propria di tali fattispecie⁵³.

⁵⁰ Confronta, a tale proposito, BRUNELLI, *Omicidio preterintenzionale aberrante*, cit., p. 2376, il quale infatti afferma che «il meccanismo dell’equivalenza descritto nell’art. 82 si riferisce al risultato causale degli atti, il solo che può nella realtà mostrarsi aberrante in relazione alla volontà e/o in relazione alla direzione impressa agli atti stessi dall’agente, in conformità con quella volontà».

⁵¹ Vedi su tutti F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., *passim*.

⁵² A partire dalla nota sentenza Cass., SS.UU. pen., 22 gennaio 2009, n. 22676, imp. Ronci, cit.

⁵³ Si veda tra tutti, a tale riguardo, CANESTRARI, *L’illecito penale preterintenzionale*, cit., *passim*, ed in particolare la “sintesi” di cui alle pagine 178 ss., in cui si rappresenta che il rischio si colloca nel perimetro tracciato dal precetto del delitto doloso di base, «ma con esso non si identifica, disegnando una sfera più ristretta, la quale esprime un pericolo con un tasso di maggior concretezza» (p. 180); ID., voce *Preterintenzione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 710 ss., ove in

È delineato così un percorso di ricerca che, informato ad una prospettiva ormai matura e largamente condivisa, guarda a tutti gli illeciti “a struttura preterintenzionale”, ovvero a quel vasto *genus* di reati caratterizzati dal verificarsi, a seguito di una condotta base dolosa, di un evento più grave e non voluto, quali sono anche i reati aggravati dall’evento e, a certe condizioni, talune circostanze aggravanti “in senso stretto”⁵⁴.

In senso tutto sommato analogo rilevano, nella prospettiva di meglio definire la tipicità preterintenzionale, anche al fine di superare le impostazioni più rigorosamente oggettivistiche della giurisprudenza, quei correttivi che si rivolgevano – sul piano oggettivo del reato – alla causalità adeguata⁵⁵; ma anche, in certo modo,

particolare si rappresenta lo stretto legame tra l’area di rischio qualificato e la dimensione oggettiva colpa, al fine dell’individuazione dello «specifico nesso che lega, nella configurazione degli illeciti qualificati, il dovere oggettivo di cautela violato nell’esecuzione della condotta dolosa e l’evento ulteriore concretamente realizzatosi». Cfr. anche a tale proposito, BRUNELLI, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione*, Padova, 1995, p. 333 ss., il quale si riferisce al «limite ontologico cui va incontro la tipizzazione di delitti preterintenzionali», corrispondente alla «attualizzazione della messa in pericolo potenziale presente tipicamente nell’illecito di base doloso» (p. 335). Vedi altresì, nella manualistica, PADOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 221-222, per il quale il fondamento della preterintenzione continua ad essere la violazione del divieto di determinare la condizione di rischio penalmente illecito.

⁵⁴ Cfr. PUTINATI, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, Torino, 2008, p. 304, per il quale «aggravanti in senso stretto, delitti aggravati dall’evento e illecito preterintenzionale altro non sono che variabili di un’unica matrice: accidenti e/o modalità esecutive di una condotta dolosa di base, che definiremo come “condotta nucleare tipica”». Ed è altresì la prospettiva espressa in precedenza in GROSSO, *Struttura e sistematica dei c.d. delitti aggravati dall’evento*, Milano, 1963, p. 445 ss.; ID., voce *Preterintenzione*, in *Enc. giur.*, Treccani, 1991, p. 5, il quale afferma che il legislatore ha provveduto ad una definizione generale di preterintenzione «sul presupposto che l’interprete fosse chiamato a riconoscere la preterintenzionalità in tutte le fattispecie criminose, pure in quelle non espressamente definite come tali»; TAGLIARINI, *I delitti aggravati dall’evento*, cit., p. 175 ss.; CANESTRARI, voce *Preterintenzione*, cit., p. 697, dove pure si specifica che l’unitarietà del *genus* preterintenzionale è qualificata da un «legame tra l’illecito doloso di base ed il risultato qualificante», assai «più intimo e stringente di quello proprio della fattispecie in cui si articola la c.d. *aberratio delicti* plurilesiva». Tale prospettiva è altresì assunta nella manualistica, fra tutti, da ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 389 ss.; cfr. altresì MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 396 ss., i quali trattano congiuntamente, entro una medesima parte dedicata al tema della «Responsabilità oggettiva in relazione all’evento» tanto le ipotesi di delitti aggravati dall’evento quanto quelle di delitto preterintenzionale; rappresentando per entrambe, indistintamente, l’esigenza della prevedibilità in concreto dell’evento. E così anche, più di recente, CATERINI, *Il reato eccessivo*, Napoli, 2008, p. 294 ss.

⁵⁵ Così, *ex plurimis*, PATALANO, *I delitti contro la vita*, cit., p. 272, per il quale «mai come nel caso dell’omicidio preterintenzionale il rapporto di causalità va concepito come una successione necessaria, ma anche uniforme, nel senso che la condotta può dirsi condizione dell’evento sempre che sia in astratto idonea a produrlo. Non è sufficiente cioè che l’azione del colpevole si ponga come antecedente causale, ma è necessario che ne costituisca un antecedente idoneo, adeguato a produrlo». Tesi riconducibile ad ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, 1960, *passim* e quindi, nella manualistica, ID., *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 389 ss., per il quale la

quelle teorie che includono nel tipo preterintenzionale i soli atti non solo diretti al risultato lesivo di base, ma anche idonei a tale scopo⁵⁶.

In questa prospettiva, il disvalore del fatto non si esaurisce già nella portata offensiva dell'evento (che può essere il medesimo rispetto, ad esempio, ad una contigua fattispecie colposa; come si riscontra proprio nel rapporto tra omicidio preterintenzionale ed omicidio colposo), quanto nel significato qualificante della condotta, la quale è in grado di giustificare un inasprimento della reazione sanzionatoria di tale entità (anche solo considerando, ancora, l'intuitivo confronto tra omicidio preterintenzionale e colposo). E ciò comporta, con ogni evidenza, un particolare onere del legislatore, il quale deve selezionare, attraverso l'esperienza e il confronto con la realtà, quegli illeciti di base in grado di esprimere «una situazione illecita di rischio nei confronti dell'evento qualificante»⁵⁷.

Rispetto a questa prospettiva e alle problematiche ch'essa pone, la giurisprudenza, per lo meno quella inerente alla figura criminosa dell'omicidio preterintenzionale aberrante, fornisce delle risposte del tutto insoddisfacenti. Essa appare invero appiattita su considerazioni meramente qualitative, le quali guardano alla omogeneità dei beni giuridici coinvolti per determinare i casi in cui il risultato sarebbe solo più grave, e non già diverso, rispetto a quello voluto.

Meglio sarebbe, piuttosto, considerare i reati preterintenzionali quali fattispecie in cui l'evento non voluto (la morte, nel caso dell'omicidio *ex art. 584*) è un coerente sviluppo di quella particolare condotta pericolosa; non solo sul piano meramente condizionalistico causale, quanto su quello della concreta potenzialità lesiva⁵⁸. In buona sostanza, non è solo nelle pieghe dei criteri di imputazione soggettiva del più grave evento non voluto che si esprime la natura, e con essa la tipicità, del reato preterintenzionale.

Essa corrisponde altresì alla progressione lesiva di quel particolare rischio doloso generato dall'illecito di base. È nel decorso causale di tale condizione di pericolo che si coglie appieno il disvalore, e con esso il contenuto d'illiceità, del fatto preterintenzionale⁵⁹.

ricerca di un limite applicativo alla tipicità preterintenzionale sul piano della causalità ha tuttora rilievo, anche dopo l'affermazione giurisprudenziale del requisito della prevedibilità dell'evento.

⁵⁶ Sulla circostanza che il fatto base doloso debba, nella tipicità preterintenzionale dell'art. 584 c.p., raggiungere almeno la soglia del tentativo punibile *ex art. 56*, vd. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, VI ed., Padova, 2016, p. 109; RAMACCI, *I delitti di omicidio*, cit., p. 65 ss.

⁵⁷ Vd. CANESTRARI, voce *Preterintenzione*, cit., p. 707.

⁵⁸ Si tratta invero di uno dei nodi centrali, per la definizione di una «tipicità preterintenzionale», individuata, in letteratura, «nell'elemento (oggettivo) dello specifico pericolo (illecito) presente nella fattispecie dolosa di base in relazione al verificarsi dell'evento aggravante» (così ancora CANESTRARI, voce *Preterintenzione*, cit., p. 700).

⁵⁹ Vd. BRUNELLI, *Omicidio preterintenzionale aberrante*, cit., p. 2380, che si riferisce alla «tipizzazione causale chiusa» del reato preterintenzionale, nel quale il disvalore dell'evento di danno «si fonda [...] con la dimensione *ex ante* del disvalore di condotta («causante») legata all'idea della

Mettiamo il caso di Tizio che spara in un bar affollato, mirando alle gambe di Caio; ferisce Caio ma il colpo, di rimbalzo, colpisce anche alla testa Sempronio, con esiti mortali⁶⁰.

In tale ipotesi la morte di Caio – non avvenuta – sarebbe stata la concretizzazione del rischio per il quale è fatto divieto di portare lesioni ad altro soggetto. Perché le conseguenze di tali lesioni possono andare oltre rispetto a quanto voluto dall'agente, con conseguenze più gravi: da qui la responsabilità, in caso di morte, a titolo di omicidio preterintenzionale (al netto chiaramente di non voler riconoscere il dolo, anche solo eventuale, dell'evento morte, qualificando così il fatto in omicidio volontario).

La morte di Sempronio, non solo non voluta da Tizio ma anche verificatasi in conseguenza di un rimbalzo del proiettile, è piuttosto la concretizzazione di un rischio diverso, per il quale è fatto divieto di esplodere colpi di arma da fuoco in un locale affollato; proprio perché i colpi potrebbero, pur non volendolo l'agente, colpire ignari avventori. Non è tanto l'aver compiuto atti diretti a cagionare lesioni o percosse che ha determinato il rischio per la vita di Sempronio, quanto l'aver esploso un colpo di pistola in un luogo affollato. A tale stregua, la morte di Sempronio dovrebbe essere addebitabile a Tizio esattamente nello stesso modo in cui lo sarebbe stata se questi, anziché alle gambe di Caio, avesse mirato, per scopi intimidatori, ad una finestra, e gli atti dolosi di base fossero diretti a commettere un danneggiamento, tipico *ex art. 635*.

In questo senso pare potersi affermare l'inadeguatezza di una declinazione del problema sul piano meramente soggettivo della colpevolezza e della colpa; perché in entrambe le ipotesi (colpo alle gambe di Caio e colpo alla finestra del locale) la morte non voluta di Sempronio può dirsi – con ogni probabilità – prevedibile ed evitabile. Nessun dubbio infatti che tale condotta pericolosa sia anche colpevole, con riguardo all'evento morte di Sempronio.

E dunque, anche considerando – in senso più “moderno” e garantista – la responsabilità preterintenzionale quale dolo misto a colpa, il successivo evento più grave e non voluto sarebbe comunque rispettoso dello statuto della colpa in attività illecita (proprio in quanto prevedibile conseguenza di quella condotta); e a

sfera di rischio illecito». Cfr. altresì, a tale proposito, N. MAZZACUVA, *Il disvalore d'evento nell'illecito penale*, Milano, 1983, p. 40, il quale rappresenta – pur nell'ottica di un generale approccio critico alle (almeno in allora) attuali tendenze del soggettivismo penale – che, anche nella prospettiva di un pieno allineamento dei reati aggravati dall'evento rispetto al principio di colpevolezza, la “fattispecie di illiceità” di tali crimini è primariamente concentrata sul disvalore d'azione e «rappresentata esclusivamente dal pericolo di verificazione dell'evento che è connesso al compimento dell'azione-base»; vd. la dottrina, anche straniera, richiamata *ivi*, note 99 e 100.

⁶⁰ Si tratta di un caso analogo a quello considerato in Cass., sez. V. pen., 14 dicembre 1999, Vito, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2371 ss., con nota di BRUNELLI, *Omicidio preterintenzionale aberrante*, cit.

tale stregua, laddove si adottasse come criterio selettivo l'omogeneità del bene giuridico offeso dalla condotta dolosa di base (come fa la giurisprudenza), nulla osterebbe (e nella prassi nulla osta, infatti) alla configurazione di un omicidio preterintenzionale aberrante.

Questo esempio conferma piuttosto l'esigenza di individuare un settore che operi già a monte, a livello di previsione astratta⁶¹, subordinando la configurabilità dell'illecito preterintenzionale ad una attenta individuazione del fatto base doloso, nonché all'accertamento che l'evento più grave che si è verificato corrisponda proprio alla concretizzazione di quel rischio di base. Occorre richiamare, come già accennato, quelle teorie che guardano al tipo penale quale «modo di pensare la realtà», espresso attraverso la capacità del legislatore di «ritagliare nella indistinta superficie della realtà ben delimitate tipologie offensive rese evidenti dalla loro omogeneità di disvalore»⁶². Tanto si verifica, come visto, anche nella enucleazione della fattispecie preterintenzionale, con riferimento alla quale è proprio tale rapporto qualificato tra rischio illecito di base ed evento lesivo non voluto a rendere «omogenee» l'offesa voluta rispetto a quella seguente e non voluta. In costanza, pertanto, di un evento lesivo estraneo all'area di rischio tipico della condotta di base, non potrebbe riscontrarsi alcuna «omogeneità» tra porzione voluta e non voluta, e il fatto sarebbe estraneo al reato preterintenzionale, configurando piuttosto – ricorrendone i presupposti – illeciti di tipo diverso.

⁶¹ In questo senso, autorevole dottrina sottolinea che, nelle fattispecie qualificate dal verificarsi di un evento più grave e non voluto, il carattere della *prevedibilità* opera già in astratto, in senso oggettivo e a livello del delitto doloso di base, «il quale esprime una situazione di pericolo in vista dell'esito ulteriore tipizzato nel complessivo illecito aggravato» (così CANESTRARI, voce *Preterintenzione*, cit., p. 702). Vd. anche ID., *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., *passim*, in particolare p. 153 ss., a proposito della «prevedibilità oggettiva dell'evento qualificante».

⁶² Così PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 342, per il quale la citata «omogeneità valutativa» propria della formulazione del tipo penale opera in una duplice direzione. Da un lato, essa contribuisce alla conoscibilità del precetto da parte del consociato, da intendersi come «afferrabilità» dei contenuti della disposizione; allo stesso tempo, la stessa garantisce il rispetto del vincolo della proporzione nella dosimetria sanzionatoria. Questo secondo aspetto assume particolare rilevanza in tema di illecito preterintenzionale, nel quale è proprio, come visto, l'attualizzazione di quel particolare rischio qualificato a giustificare una reazione sanzionatoria ben superiore rispetto ad altre fattispecie pure equivalenti sul mero piano della portata lesiva dell'evento. Vedi altresì, in merito alla definizione del concetto di «tipo» nel pensiero penalistico, PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, p. 350 ss. Potrebbe del resto sostenersi, a tale riguardo, che la forzata ascrizione di un reato preterintenzionale, anche in assenza di un rapporto qualificato tra rischio di base ed evento lesivo non voluto, comporta la frustrazione delle stesse finalità general e special-preventive della norma, perché solo rispettando la logica di *adeguatezza allo scopo* (il quale consiste nell'evitare che si concretizzi l'evento lesivo tipico e qualificato) può garantirsi l'effettività e l'efficacia dell'illecito in questione. Vedi su tali temi, per tutti, PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430 ss.

Vi è da dire che, per lo meno, nell'esempio da ultimo declinato – che poi è analogo rispetto a quello considerato nella sentenza Pappararo del 1975 – l'offesa non voluta, concretamente cagionata al terzo estraneo, non può dirsi del tutto eterogenea – anche in punto di modalità di offesa – rispetto al fatto base doloso. E ciò, si badi bene, non solo sul piano della mera omogeneità dei beni giuridici interessati; ma anche su quello dell'*intensità* della lesione arrecata, come verificatasi *hic et nunc*, nonché del percorso causale incorrente tra la condotta rischiosa e l'offesa.

Quanto al primo aspetto, Tizio voleva cagionare delle lesioni con una condotta (l'esplosione di un colpo di pistola) grandemente rischiosa per la vita umana, e l'evento morte di Sempronio (pure aberrante, e aggiuntivo rispetto all'offesa voluta contro la vittima designata, che si è infatti realizzata) è coerente rispetto a tale condotta.

Sul piano della progressione causale, poi, la morte di Sempronio è una conseguenza diretta della condotta di Tizio, essendo proprio il colpo di pistola di questi a ferire mortalmente l'estraneo Sempronio.

Occorre considerare, a tale proposito, che, approfondendo la relativa casistica giurisprudenziale, l'omicidio preterintenzionale aberrante viene configurato in casi che presentano, in fatto, profili analoghi a quelli così esemplificati. Nel caso di cui alla pronuncia «Moschetti»⁶³, infatti, accade che nel corso di un "colpo" in banca uno dei rapinatori colpisce un ostaggio alla base del collo con il calcio della pistola: l'arma è carica e inavvertitamente parte un colpo, che ferisce alla testa e uccide un altro ostaggio, che si trovava a terra sulla traiettoria del proiettile. E così ancora, nel caso «Vito»⁶⁴, l'agente ferisce un altro soggetto ad una mano con un colpo di pistola e il proiettile, di rimbalzo, colpisce e uccide un'altra persona casualmente presente in quel luogo. Ed anche, in senso analogo, il caso di cui alla pronuncia della Cassazione n. 1796/2007⁶⁵, in cui una giovane donna, estranea alla vicenda in corso, viene colpita da un proiettile sparato all'indirizzo di due rapinatori, nel corso di un inseguimento; in senso analogo è il caso di cui alla pronuncia di merito «Facciorusso»⁶⁶, in cui l'agente insegue un rapinatore e spara verso questi un colpo di pistola, colpendo ed uccidendo tuttavia, per errore, una ignara passante.

Ebbene, tali circostanze, che per lo meno avvicinano sul piano quantitativo (oltre che qualitativo) le condotte dolose di base rispetto all'evento non voluto – pure occorso ad un soggetto diverso rispetto alla vittima designata – paiono del

⁶³ Cass., Sez. V pen., 28 maggio 1990, cit., pronunciata a seguito di uno dei processi storici ai componenti del gruppo terroristico «Prima Linea».

⁶⁴ Cass., Sez. V pen., 14 dicembre 1999, n. 2183, cit.

⁶⁵ Cass., Sez. V pen., 6 luglio 2006 (dep. 2007), n. 1796, cit.

⁶⁶ Ass. Foggia, 28 giugno 2002, cit.

tutto assenti in casi analoghi a quanto avvenuto a Torino, oggetto della recente sentenza della Cassazione.

Nel caso *de qua*, infatti, l'illecito doloso di base è lo spruzzo di gas urticante, il quale esprime, avendo riguardo al bene giuridico dell'incolumità delle persone offese, una potenzialità lesiva modesta, dal momento che gli effetti nocivi sui soggetti passivi – pure qualificabili come “malattia” – si limitano a bruciore alla gola, irritazioni e fastidi.

In questa prospettiva, non è dato riscontrare alcuna progressione *quantitativa* né *qualitativa* tra il bruciore agli occhi conseguente allo spruzzo di gas urticante (effettivamente sofferto dai soggetti passivi della rapina) e la (atroce) morte per schiacciamento di una persona estranea rispetto al fatto doloso di base, verificatasi in seguito.

La morte non voluta non è stata, infatti, la concretizzazione del rischio lesivo – per il bene giuridico dell'incolumità fisica – tipizzato nell'illecito doloso di base. Piuttosto, tale azione rileva, rispetto all'evento non voluto morte, in quanto rischiosa per l'incolumità pubblica, ovvero per la sicurezza delle persone presenti nella piazza. Essa era infatti idonea a diffondere un panico generale tra la folla, con ogni conseguenza lesiva del caso: è stata la progressione di *questo* rischio doloso a cagionare l'evento morte, non già del modesto bruciore alla gola sofferto dalle vittime della rapina.

Così ricostruito, l'illecito doloso non esprime un disvalore maggiore dell'ipotetico comportamento di chi, nella piazza gremita, avesse falsamente e dolosamente gridato ad un fantomatico attentato, ovvero avesse fatto esplodere dei petardi in terra, ai piedi delle persone intente a guardare il maxischermo. Si sarebbe infatti trattato, in tali evenienze, di condotte inidonee a cagionare direttamente alcuna lesione personale, ma idonee tuttavia a procurare le medesime conseguenze lesive occorse a seguito dell'uso dello spray urticante, attraverso la diffusione di un panico irrazionale tra la folla, e il successivo effetto domino della fuga di massa.

A tali condizioni, la condotta dell'agente non rileva, nella prospettiva dell'evento morte non voluto, in quanto atto di lesioni o di percosse, tipico per la configurabilità dell'omicidio preterintenzionale, quanto piuttosto come gesto pericoloso per la generale incolumità dei presenti.

E nulla sposta la considerazione per cui per l'agente fosse prevedibile che quel gesto doloso di base – pure rivolto alla lesione *particolare* di alcuni soggetti – avrebbe potuto determinare conseguenze lesive *generali*, coinvolgenti cioè una pluralità di individui. Proprio come nell'esempio formulato poco sopra (relativo al colpo di pistola nel locale affollato) la prevedibilità del panico e dei pericoli ad esso conseguenti, infatti, è tale e quale, ancora una volta, a quella che si sarebbe avuta nel caso di un getto di petardi tra la folla, o di altro comportamento pericoloso per l'incolumità pubblica. La prevedibilità tipica ai fini della fattispecie pre-

terintenzionale, come visto, deve essere intesa, anzitutto, in senso oggettivo e astratto, capace così di unire, a livello di tipo legale, la condotta pericolosa di base rispetto all'evento lesivo qualificato e non voluto.

Pare davvero non potersi che rigettare, in casi che presentano tale struttura, la sussistenza di un omicidio preterintenzionale; guardando infatti all'evento quale concretizzazione di quel particolare rischio doloso, la morte non voluta si qualifica come conseguenza di un comportamento imprudente, riconducibile quindi entro il perimetro dell'omicidio colposo; più specificamente, alla fattispecie dell'art. 586, dal momento che il comportamento rischioso di base costituisce, esso stesso, un delitto doloso.

4. Nuovi orizzonti di tutela dell'incolumità pubblica

L'esclusione della ricorrenza di un omicidio preterintenzionale – rispetto a fatti analoghi a quelli oggetto del provvedimento della Cassazione del 2018, più volte richiamato – è più coerente, riteniamo, rispetto alla generale struttura dei reati a tutela della vita. Ma è opportuno domandarsi se anche le fattispecie di omicidio colposo (e di morte come conseguenza non voluta di altro delitto) siano, a loro volta, la risposta più appagante che l'ordinamento possa riservare a fatti di tale specie; ovvero, se costituiscano un efficace strumento di tutela.

E infatti, abbiamo appurato come in queste ipotesi la condotta dolosa di base si declini come atto lesivo della incolumità pubblica, di cui presenta infatti tutti gli aspetti più qualificanti: tanto sul piano della prospettiva teleologicamente rivolta ad un pregiudizio alla generalità dei consociati (almeno di quelli interessati dall'area di rischio, si intende), quanto su quello dell'espansività indomabile degli effetti⁶⁷.

L'omogeneità del bene giuridico offeso rispetto a quello verso cui l'offesa era diretta (di cui al supposto carattere “preterintenzionale” del fatto) rischia insomma, in un certo senso, di trarre in inganno, così come anche il tema della verifica di un evento lesivo anche nei confronti di persona diversa dalla vittima designata, il quale chiama in causa le complesse tematiche dell'*aberratio ictus* plurilesiva.

Piuttosto, mutando la visuale da una prospettiva individualistica (propria tanto della preterintenzione quanto dell'*aberratio ictus*) ad una collettiva, si finisce

⁶⁷ Vd. per tale declinazione dei contenuti portanti dei reati contro l'incolumità pubblica LAI, voce *Incolunità pubblica (reati contro la)*, in *Enc. giur.*, vol. XVI, Roma, 1989, p. 3, che richiama le categorie della “diffusività dei pericoli” e della “indeterminatezza delle vittime”. Così altresì CANESTRARI-CORNACCHIA, *Lineamenti generali del concetto di incolumità pubblica*, in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, vol. IV, Torino, 2010, p. 3 ss.

per mettere al centro dell'indagine il tema della tutela penale dell'incolumità pubblica.

Sia intendendo tale categoria in chiave tradizionale e pubblicistica⁶⁸, sia preferendo una accezione forse più coerente con il principio personalistico costituzionale⁶⁹, è indubbio che il legislatore abbia inteso articolare i reati contro la pubblica incolumità in modo minuzioso, idealmente omnicomprensivo di ogni condizione di pericolo comune. Una tutela anticipata totale che troverebbe nelle fattispecie di disastro, e segnatamente di disastro innominato, la cerniera idonea ad «espandere e adattare in continuazione l'ambito di protezione penale in funzione dei mutamenti tecnologici e delle nuove esigenze indotte dal progresso»⁷⁰. Si deve tuttavia considerare che fatti pericolosi, della specie di quelli oggetto di approfondimento in questa sede, non paiono davvero inquadrabili in alcuna fattispecie contro l'incolumità pubblica; e l'unica risposta sanzionatoria, piuttosto, consisterebbe nella fattispecie dell'art. 586, data l'ascrivibilità causale dell'evento lesivo ad una precedente condotta delittuosa.

Tale soluzione non lascia pienamente soddisfatti.

Anzitutto perché parrebbe in ogni caso stridere con la natura dell'art. 586, e dell'omicidio colposo in generale, i quali operano pur sempre in una prospettiva di tutela individualistica, quale lesione non voluta entro un perimetro di rischio doloso⁷¹; potrebbe invero eccedere tali ristretti ma ben definiti ambiti di tutela la

⁶⁸ Come è del resto impostato il codice penale, secondo la nota concezione teorizzata da AR. ROCCO ne *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913, p. 597 ss., il quale riconduce i delitti contro l'incolumità pubblica alla tutela di «interessi giuridici della società». Vd. anche ARDIZZONE, voce *Incolumità pubblica (delitti e contravvenzioni contro la)*, in *Dig. disc. pen.*, vo. VI, Padova, 1992, pp. 364-367, per il quale sarebbe illogica una mancata differenziazione qualitativa tra il bene dell'incolumità pubblica e i beni individuali, pur riconoscendo l'esigenza che i beni collettivi abbiano «una qualche relazione concreta nei confronti dei beni individuali, contro una eccessiva astrattezza» (p. 367).

⁶⁹ Di cui alle teorie che vedono nei reati contro l'incolumità pubblica una mera anticipazione di tutela dei beni individuali. Cfr. in quest'ottica CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica. I delitti di comune pericolo mediante violenza*, in MARINUCCI-DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Vol. II, Tomo 2, Padova, 2003, p. 16 ss., per cui l'incolumità pubblica costituirebbe una proiezione superindividuale dei beni della vita e dell'integrità fisica dei singoli; così anche ALESSANDRI, *Il pericolo per l'incolumità pubblica nel delitto previsto dall'art. 437 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 271 ss., pur nella specifica prospettiva della sicurezza sul lavoro, per cui «il nucleo dell'oggettività giuridica del reato [dell'art. 437 c.p.] risulta costituito dall'integrità fisica dei soggetti esposti alle dinamiche potenzialmente lesive che operano nell'ambiente di lavoro».

⁷⁰ CANESTRARI-CORNACCHIA, *Lineamenti generali del concetto di incolumità pubblica*, cit., p. 19.

⁷¹ Depone del resto in questo senso la stessa collocazione della fattispecie di morte o lesione come conseguenza di altro delitto tra i delitti contro «l'incolumità individuale». Vedi altresì, a tale proposito, quanto già espresso *supra*, § 3, nella prospettiva di una migliore qualificazione del tipo dell'art. 586 attraverso una più attenta selezione del delitto doloso di base.

messa in pericolo di un numero indeterminato di individui, rispetto a percorsi causali “indominabili” dal soggetto agente⁷².

E inoltre perché, a tale stregua, solo la causazione non voluta dell'evento determina una risposta sanzionatoria, quale che ne sia la qualificazione; al di fuori dell'area di interesse delle fattispecie di cui al Titolo VI, infatti, la condizione di pericolo – sia esso presunto o concreto – di per sé non è punita.

Si potrebbe ribattere che, in conseguenza di fatti come quelli accaduti a Torino, l'illecito doloso di base troverebbe comunque adeguata risposta sanzionatoria, trattandosi di un delitto consumato. Ma tale rilievo non sposta i termini della questione. Anzitutto, ciò varrebbe per lo specifico accadimento storico torinese, ma non per forza per altri fatti pure espressivi di esigenze di tutela analoghe⁷³. E in ogni caso, a ben vedere e per restare su quei fatti di piazza San Carlo, la rapina sanziona un comportamento antiggiuridico lesivo di interessi diversi rispetto alla incolumità pubblica. Anche considerando la natura plurioffensiva della fattispecie, quest'ultima è pur sempre un reato contro il patrimonio in cui la violenza, e le conseguenti lesioni, sono qualificate in un rapporto di mezzo a fine rispetto all'offesa patrimoniale.

In simili ipotesi, piuttosto, l'incolumità pubblica, intesa come oggettività giuridica anticipata ed “autonoma” rispetto ai beni individuali finali⁷⁴, non riceve alcuna autonoma e idonea tutela. E ciò è invero irragionevole, anche alla luce del fatto che, come detto, l'evento lesivo si presenta di per sé, in tali casi, quale sviluppo “indominabile” da parte dell'agente: entro un ventaglio di possibili decorsi causali (anche in ipotesi tutti egualmente prevedibili, e quindi in un quadro conforme allo statuto della colpevolezza) la risposta sanzionatoria è casuale più che

⁷² Pur consapevoli, naturalmente, di come la giurisprudenza tenda a dilatare l'area di applicazione dell'art. 586 comprendendovi eventi lesivi anche molto distanti rispetto alla condotta dolosa di base. Si consideri la casistica, in particolare, in tema di responsabilità dello spacciatore per morte del consumatore di stupefacente, intervenuta a seguito di plurime cessioni della sostanza mediate da altri soggetti: vedi a tale proposito M. LANZI, *Reati del codice penale e del codice della strada*, in INSOLERA-SPANGHER-DELLA RAGIONE (a cura di), *I reati in materia di stupefacenti*, Milano, 2019, p. 970. Cfr., per interessanti spunti nella prospettiva di una ridefinizione, in tali ipotesi, dei criteri di accertamento della causalità, MEZZETTI, *Giurisprudenza “creativa” nell'accertamento del nesso causale per la morte del tossicodipendente*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2837 ss.

⁷³ Vengono alla mente alcuni fatti noti alla cronaca degli ultimi anni, quali ad esempio la “strage” accaduta in una discoteca nei pressi di Ancona il 7 dicembre 2018 in cui, sempre a seguito di un analogo spruzzo di gas urticante funzionale – pare – alla commissione di una rapina, hanno perso la vita 6 persone, schiacciate dalla folla in fuga.

⁷⁴ Vedi in questo senso DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in DONINI-CASTRONUOVO (a cura di), *La riforma dei reati contro la sicurezza pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, 2007, p. 205, per il quale le fattispecie a tutela della incolumità pubblica sono del tutto autonomi da quelle che riguardano l'offesa ai singoli beni, in quanto riguardano situazioni strumentali e prodromiche «attinenti alla sicurezza che presiede e governa la protezione dei beni individuali finali».

causale. Il verificarsi dell'offesa nulla aggiunge in punto di disvalore e di meritevolezza di pena per la condotta pericolosa di base; eppure è capace di tracciare il confine tra il (quasi) lecito e l'illecito.

Piuttosto che stressare e stirare – oltre il dovuto – istituti e categorie ideati per altri scopi, viene da domandarsi allora se non sia il caso di pensare ad un intervento di riforma che consenta, in prospettiva, di configurare un adeguato strumento proprio nel perimetro delle norme a tutela della incolumità pubblica. Non è certo questa la sede idonea per spingersi oltre, trattandosi peraltro di un settore grandemente “presidiato” dall'interesse della dottrina penalistica. È comunque opportuno ricordare come sia necessario non solo individuare strumenti di risposta sanzionatoria proporzionati rispetto ai livelli di offesa agli interessi protetti (anche in presenza, all'evenienza, di soglie di pericolo apprezzabili e quindi illegittime), ma che la medesima risposta debba essere equilibrata ed omogenea rispetto alle categorie e ai caratteri fondanti del sistema penale, pena una compromissione degli assetti francamente non giustificabile neppure in ragione di esigenze di tutela (e di retribuzione) particolarmente qualificate.

GIORGIO MANIACI

HARM PRINCIPLE E OFFENCE PRINCIPLE
SECONDO UN'ETICA LIBERALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Sette tipi di danno. – 3. Molestie e *coming out*. – 4. *Offence principle*. – 5. Alcune critiche al principio del danno. – 6. L'indeterminatezza del principio del danno.

1. *Introduzione*

In questo articolo, individuerò sette tipi di danni, che possono essere considerati rilevanti o non rilevanti per giustificare l'uso della sanzione penale. Sette tipi di danni utili per spiegare il Principio del danno, che secondo gran parte della dottrina liberale è l'unica ragione o la ragione fondamentale per giustificare l'uso della coercizione da parte dello Stato. Questa operazione concettuale è propeudeutica per chiarire il cagionare quali tipi di danni possa essere legittimamente punito in base ad un'etica liberale, e per risolvere un problema fondamentale. Il problema è se, come vorrebbe la strategia di Feinberg, non solo l'*Harm principle*, ma anche l'*Offence principle* sia da considerarsi un principio liberale in grado di giustificare l'uso della coazione statale. In tal senso, sosterrò che difficilmente l'*Offence principle* può considerarsi un principio rigorosamente liberale, e che, in base al Principio del danno, è possibile risolvere molti casi, probabilmente tutti i casi di *offences* o *nuisances* rilevanti, svuotando, in tal senso, di utilità l'*Offence Principle*. In seguito, analizzerò alcune obiezioni classiche addotte contro il Principio del danno.

2. *Sette tipi di danno*

Il concetto di danno è centrale all'interno di una concezione liberale o antipaternalista, come nella medesima concezione di Mill¹. Una delle due tesi fondamentali dell'antipaternalismo moderato, infatti, è l'idea secondo la quale lo Stato può legittimamente usare la coercizione esclusivamente, o principalmente, per evitare che un danno sia cagionato a terzi. L'altra tesi è che lo Stato, o un sogget-

¹ Sul concetto di danno in *On Liberty* di Mill cfr. Tincani 2009.

to agente autorizzato dallo Stato, *non* ha il diritto di usare la coercizione contro la volontà di un individuo adulto al fine, esclusivo o principale, di evitare che questi, tramite un'azione o un'omissione, cagioni, o rischi, o tenti in modo significativo di cagionare, a sé stesso (ciò che viene considerato) un danno, ad esempio fisico, psicofisico, economico (ledendo in questo modo il suo bene), se è certo o verosimile che la volontà di tale individuo adulto di compiere attività pericolose e/o dannose si sia formata in modo razionale, sia espressa da persona capace di intendere e volere, sia basata sulla conoscenza dei fatti rilevanti, sia stabile nel tempo, e sia sufficientemente libera da pressioni coercitive. A maggior ragione, ovviamente, lo Stato non può legittimamente limitare la libertà dell'individuo, se l'azione che vuole compiere non cagiona alcun danno all'individuo medesimo².

Ma che significa "danno"? Qual è l'interpretazione corretta di tale principio?

Le azioni che concernono solo noi stessi (*self-regarding*), che cagionano (ciò che molti o alcuni considerano un) danno solo a noi stessi, devono essere distinte dalle azioni che cagionano danno a terzi (*other-regarding*). Diversamente, una concezione antipaternalista è inapplicabile. Il concetto di danno è chiaramente descrittivo-prescrittivo, ovvero secondariamente valutativo. Come sottolinea Fiandaca «quella di "danno" (...) non è né nozione puramente concettuale, né nozione puramente empirica; si tratta al contrario di nozione profondamente intrisa di giudizi di valore»³. Una nozione, dunque, che ha una inevitabile dimensione normativo-valutativa, ma anche una dimensione fattuale. Nella misura in

² D'ora in poi, per semplicità, parlerò di antipaternalismo per riferirmi sempre all'antipaternalismo giuridico *moderato*. L'antipaternalismo è moderato perché l'individuo che ha piena sovranità sul suo corpo e sulla sua mente è un individuo che ha le caratteristiche sopraindividuate, cioè razionalità, conoscenza dei fatti rilevanti ecc. Cfr. Alemany 2006, 381 ss.; Diciotti 2005, 100 ss., 112; Feinberg 1986, 10 ss.; Feinberg 1984, 31 ss.; Mill 1997, 12 ss. Sul tema cfr. Maniaci 2012, cap. I, § 1. Feinberg denomina una concezione analoga a quella qui difesa paternalismo moderato. Cfr. Feinberg 1986, 12 ss. Secondo Feinberg «Soft paternalism holds that the state has the right to prevent self-regarding harmful conduct (...) *when but only when* that conduct is substantially nonvoluntary, or when temporary intervention is necessary to establish whether it is voluntary or not». Sul tema che, in questa sede, non posso approfondire cfr. Maniaci 2012.

Possiamo denominare, invece, *paternalismo giuridico* la concezione etico-politica in base alla quale lo Stato, o un soggetto autorizzato dallo Stato, ha il diritto di usare la coercizione, contro la volontà di un individuo adulto, anche qualora le sue scelte siano, ad esempio, sufficientemente coerenti, basate sulla conoscenza dei fatti rilevanti e libere da coazione, al fine, esclusivo o principale, di tutelare (quelli che vengono considerati) i suoi interessi, ovvero (ciò che viene qualificato come) *il suo bene*; in particolare al fine di evitare che questi, tramite un'azione o un'omissione, cagioni, o rischi, o tenti in modo significativo di cagionare, a sé stesso (ciò che viene considerato) un danno, ad esempio fisico, psicofisico, economico. Cfr. Dworkin 1983, 20; Feinberg 1983, 3; Garzón Valdés 1988, 156; Atienza 1988; Garzón Valdés 2005. Per una definizione più ampia di interferenze o interventi paternalisti cfr. Gert, Culver 1976; VanDeVeer 1986, 22. Per un'approfondita analisi del concetto di paternalismo politico e giuridico cfr. Alemany 2006, cap. I, in particolare 343 ss.; Diciotti 1986, 557 ss. In questo saggio, per semplicità, parlerò di paternalismo per riferirmi sempre al paternalismo giuridico.

³ Fiandaca 2010, 225.

cui non è un concetto semanticamente “vuoto”. Vi sono chiaramente enti, fatti, eventi che non possono essere, di per sé, qualificati come un “danno” (una casa, una sedia, un fulmine, un pesce).

Altrettanto facile è immaginare dei casi paradigmatici di azioni che concernono verosimilmente solo l'agente, che non ledono verosimilmente interessi di terzi. Ad esempio, il sesso sadomaso praticato da Tizio, persona benestante, a casa sua, all'insaputa di parenti, amici, vicini di casa. Si tratta, infatti, di una pratica che soddisfa un interesse di Tizio, che cagiona a Tizio lesioni al corpo al massimo guaribili in due settimane, che è del tutto improbabile (sebbene non impossibile) cagioni alcun danno economico, fisico, psicofisico, o un qualche stress emotivo ad altri soggetti agenti non consenzienti. Le spese mediche per la guarigione di tali lesioni sono, infatti, sempre sostenute da Tizio medesimo. Un caso paradigmatico di azione che lede interessi altrui potrebbe, ovviamente, essere quella di uccidere, rapinare, sequestrare un altro individuo. Vi sono, tuttavia, molti casi in relazione ai quali la risposta non è così semplice.

Qual è, dunque, la nozione preferibile di “danno”? La strategia di Joel Feinberg e di altri autori è quella, da un lato, di offrire una definizione molto vaga, indeterminata di “danno”. Dall'altro lato, consentire, in base ad una concezione etico-politica liberale, allo Stato di usare legittimamente la coercizione, non solo per evitare che vengano cagionati danni a terzi, ma anche per impedire che vengano arrecate determinate *offences* alle persone. In particolare, Feinberg distingue tra “hurts”, ad esempio iperattività, affaticamento, insonnia, debolezza, tensione, sensazione eccessiva di caldo o freddo; “offences”, stati mentali spiacevoli, ad esempio irritazione, frustrazione, disgusto, imbarazzo, ansia, senso di colpa, rabbia, vergogna, rimorso, rimpianto, noia, cagionati da una condotta sbagliata (*wrongful*) di qualcuno; e “harms” veri e propri, ad esempio danni fisici, psicofisici, economici. Sia *hurts* che *offences* sono stati mentali o fisici spiacevoli, ma che non rappresentano veri e propri danni, salvo siano esperienze prolungate o che avvengano in modo intenso e continuativo. Le “offences” a terzi non consenzienti che, secondo Feinberg, potrebbero essere proibite dal diritto penale sono quelle gravi, serie, profonde, quelle relative al disgusto, alla vergogna, all'imbarazzo che proviamo (o che alcuni provano) a causa di determinati comportamenti ingiusti adottati dagli altri (urinare o vomitare in pubblico, fare l'amore per strada)⁴.

Qual è, dunque, la definizione di danno di Feinberg e di altri autori?

Danno viene definito come “ciò che lede ingiustamente (*wrongly*) interessi o diritti altrui ritenuti meritevoli di tutela”⁵. Ora, questa ultima definizione di “danno” non è sbagliata, ma è troppo vaga, dunque si potrebbe ricadere nel pa-

⁴ Cfr. Feinberg 1985, 2 ss.; cfr. Feinberg 1984, 45 ss.

⁵ Cfr. Feinberg 1984, 36 ss.; Spina 2010; cfr. Duff 2001, 17 ss.

ternalismo, ad esempio di matrice utilitarista, in quanto un “danno” potrebbe essere la lesione di ciò che la maggioranza considera un interesse socialmente rilevante. Oppure si potrebbe ricadere in un paternalismo di matrice perfezionista, cioè considerare rilevante l’interesse ad una «corretta fioritura» dell’essere umano, nella direzione di una vita integra, virtuosa, coraggiosa.

In tal senso, è necessario restringere il campo dei danni il cagionare i quali giustifica l’uso della coazione penale secondo un’etica genuinamente liberale. Per far ciò inizierò con l’elencare alcuni tipi di danno, abbastanza determinati, che sono considerati, in gran parte della letteratura, rilevanti al fine di giustificare l’uso della coazione penale (salvo la definizione di “danno esistenziale” che è in gran parte stipulativa):

1) *Danno fisico* (lesione della vita, dell’integrità fisica);

2) *Danno psicofisico* (lesione, sufficientemente continuativa nel tempo, della salute psicofisica, ad esempio gravi disturbi d’ansia, depressione maggiore, disturbo bipolare);

3) *Danno economico* (lesione di un bene materiale di valore, di un bene d’impresa);

4) *Danno esistenziale* (interferenza significativa nella sfera corporea/percettiva di una persona, nel suo domicilio, ovvero lesione della sua identità personale, cioè del nome, dell’immagine, della reputazione, della rappresentazione veritiera della propria identità, della riservatezza);

5) *Danno psicologico o psichico* (dolore psichico intenso, sufficientemente prolungato nel tempo, ad esempio per molti giorni, o per settimane, spesso accompagnato da sintomi più o meno gravi, come angoscia, insonnia, inappetenza, malinconia, debolezza. Si tratta, normalmente, di un dolore intenso che segue ad un lutto, ad una grave perdita affettiva, ad un incidente che produce invalidità, ad una malattia);

6) *Danno relazionale* (essere poco considerato, stimato, apprezzato in un certo gruppo sociale, in termini di qualità/quantità di relazioni sociali, amicali, partecipazioni a eventi/associazioni/riunioni di vario genere, come feste, cene, viaggi, escursioni);

7) *Danni*, in termini di opportunità o risorse temporali perdute, che dipendono dalla *violazione delle regole di imparzialità* della pubblica amministrazione o dalla violazione di altri diritti fondamentali residuali costituzionalmente protetti, purché compatibili con una concezione liberal-egualitaria (come il diritto all’istruzione): ad esempio Tizio riceve una prestazione burocratica molto dopo il dovuto, a causa di un abuso di ufficio o di corruzione, o è costretto a spendere ingiustamente numerose risorse temporali per ottenere la medesima prestazione. Nel caso di mancata ricezione della prestazione o nel caso in cui un soggetto agente ricevesse una prestazione burocratica non dovuta si potrebbe configurare

un danno economico, un lucro cessante o un danno emergente nel primo caso, un danno erariale nel secondo caso. Ugualmente, se Tizio viene ingiustamente discriminato nell'accesso ad una università privata⁶.

Oltre ai danni sopra identificati, possiamo per completezza individuare il *mero stress psicologico*, cioè l'insieme degli stati mentali spiacevoli, normalmente di breve durata (ore, pochi giorni), che un soggetto agente prova quando si trova in una situazione, ad esempio, di iperattività, affaticamento, insonnia, debolezza, tensione, sensazione eccessiva di caldo o freddo, irritazione, frustrazione, disgusto, imbarazzo, ansia, senso di colpa, rabbia, vergogna, rimorso, rimpianto, noia, dispiacere, invidia (lo stress, a sua volta, può, dal punto di vista psicologico, coincidere con alcune di queste emozioni negative, come ansia, tensione, rabbia). Tali stati spiacevoli possono derivare da eventi di qualunque tipo, come la fine di un amore o di un'amicizia, oppure un amore non corrisposto, scarsa considerazione sociale, un comportamento altrui poco rispettoso, poco gentile o educato. Non è facile, lo ammetto, distinguere il "danno psicologico" dal danno psicofisico e dal mero "stress psicologico". La differenza potrebbe essere questa.

Si ha un danno psicologico, quando un evento produce una sofferenza intensa, sufficientemente prolungata nel tempo (ma non troppo, ad esempio molti giorni o settimane), ma non produce un vero e proprio disturbo di personalità clinicamente diagnosticabile, come un disturbo d'ansia, depressivo maggiore o bipolare (i cui sintomi sono più gravi e si protraggono per mesi, anni, a seconda della gravità e producono un danno psicofisico). Mentre il "mero stress psicologico" produce stati mentali spiacevoli, spesso qualitativamente differenti, normalmente meno intensi e di breve durata (cioè di durata normalmente inferiore agli altri due). In ordine di gravità e lesività, avremmo, dunque, il danno psicofisico, il danno psicologico e il mero stress psicologico. Non è realmente importante stabilire se il mero "stress psicologico" sia concettualmente un *danno*, è una questione stipulativa, come vedremo, del tutto irrilevante. Ciò che conta è che non ha il carattere della sufficiente continuità nel tempo, che è tipico dei casi paradigmatici di danno.

Non ho volutamente inserito il "danno morale" tra i possibili danni a terzi. Non discuterò, in modo approfondito, se abbia senso parlare di danno morale (*moral harm*), intendendo con "danno morale" il fatto che compiendo certe azioni un individuo non "fiorisce" nel modo giusto, diventa una persona peggiore, corrotta, perversa, perché non coltiva le virtù, le qualità che potrebbero renderlo migliore.

⁶ Su tali beni giuridicamente rilevanti cfr. Mantovani 1992, 203 ss. Ad essi, ovviamente, si possono aggiungere altri interessi diffusi, come la tutela del paesaggio, del patrimonio artistico, culturale, ma non è interesse di questo articolo effettuare un elenco di tutti i beni la cui tutela giustifica l'uso della coazione penale.

Credo non abbia senso, ma rinvio alle esaustive argomentazioni di Feinberg⁷.

Premesso, dunque, che ho distinto sette possibili danni, cioè danno fisico, danno psicofisico, danno economico, danno esistenziale, danno relazionale, danno psicologico, danni dipendenti dalla violazione delle regole di imparzialità delle P.A. (o dalla violazione di altri diritti costituzionali residuali), cui si potrebbero aggiungere il “mero stress psicologico” e il cosiddetto “danno morale”, e che le definizioni qui proposte non coincidono (interamente) con ciò che la dottrina e la giurisprudenza civile italiana denominano “danno morale” o “danno esistenziale”, sosterrò una tesi fondamentale.

La tesi è che una concezione etico-politica liberale, che voglia giustificare l’uso della coazione penale da parte dello Stato, non deve considerare, per motivi differenti, né il danno psicologico, né il danno relazionale, né il mero stress psicologico, né il cosiddetto “danno morale”, non importa quanto considerati ingiusti, ragioni sufficienti, da sole, per esercitare la coazione penale, salvo siano i bambini a subire un danno psicologico. I bambini possono subire, infatti, un danno psicologico anche nel caso di abbandono materiale e/o affettivo, abbandono che va assolutamente evitato, a differenza di quanto accada con gli adulti, che normalmente non hanno un diritto a non essere affettivamente abbandonati. In particolare, il mero stress psicologico, ammesso e non concesso che possa considerarsi un “danno” di qualche tipo, non dovrebbe essere considerato un danno a terzi *rilevante*⁸. Si tratterebbe di un interesse, la cui lesione non solo non rappresenta una *ragione sufficiente* per limitare la libertà dell’individuo mediante l’uso della forza, ma che non entra neppure nel gioco del bilanciamento degli interessi al fine di determinare la gravità degli altri danni. Il danno psichico è direttamente rilevante, e deve essere considerato come un sintomo della gravità di ciò che ho denominato danno esistenziale, mentre il danno relazionale è solo indirettamente rilevante, ma la sua rilevanza è subordinata alla presenza di un danno psicologico; entrambi, in ogni caso, non devono essere considerati, da soli, ragioni sufficienti per irrogare una sanzione penale⁹. Infine, non ritengo opportuno considerare, in nessun senso, quindi anche concettualmente, il “danno morale” come un *danno* (a terzi), né, “a fortiori”, come una ragione *prima facie* o conclusiva per esercitare la coazione penale, direttamente o indirettamente rilevante.

⁷ Cfr. Feinberg 1984, 66 ss. Sul punto cfr. anche Maniaci 2017, 345 ss.

⁸ Non mi occuperò del problema delle ragioni che possano giustificare forme di responsabilità extracontrattuale.

⁹ Se e fino a che punto considerare il “mental distress” un *harm to others* è, ovviamente, uno dei problemi più importanti di una concezione liberale del diritto penale. Cfr. Wertheimer 1977, 306. È possibile, e giusto, considerare, invece, il danno psicologico come uno degli indici (o sintomi) fondamentali della *gravità* dell’interferenza nella sfera corporea o percettiva (cioè del danno esistenziale). In quanto maggiore è la gravità dell’interferenza, maggiore ovviamente dovrebbe essere la sanzione prevista, maggiori le aggravanti, le sanzioni accessorie.

Per quali ragioni, in ultima analisi, il danno psicologico, per quanto da alcuni considerato ingiusto, non dovrebbe essere considerato, da solo, una ragione sufficiente per giustificare l'uso della coercizione. Per chi crede in un'etica profondamente liberale non ci sarebbe bisogno di alcuna giustificazione, ma non tutti sono convinti in tal senso. Alcune ragioni le spiegherò nel prosieguo, sottolineando che la vita delle persone potrebbe facilmente essere distrutta se si tenesse conto dell'eventuale danno psicologico che la maggior parte dei familiari, amici, condomini, abitanti del quartiere o nella stessa città di Tizio subirebbe a causa della mera conoscenza che Tizio compie azioni ritenute disgustose nel suo appartamento. Tuttavia, una ragione fondamentale l'anticipo subito. A nessun giudice sano di mente nei Paesi occidentali verrebbe in mente di condannare Tizio al risarcimento del danno nei confronti di Caio, e degli altri vicini di casa di Tizio, in quanto Caio, e tutti gli altri vicini di casa di Tizio, sono a conoscenza del fatto che Tizio nel suo appartamento compie atti ritenuti profondamente osceni e disgustosi secondo Caio e gli altri vicini di casa di Tizio. Tizio, ad esempio, sniffa cocaina, seduce giovani diciottenni, fa orge, si masturba davanti a film pornografici, fa sesso sadomaso con prostitute orientali, e a causa di ciò Caio e gli altri vicini di casa di Tizio provano rabbia, disgusto, sentimento di offesa e altre emozioni negative per giorni o settimane. E Tizio è a conoscenza di ciò che provoca il suo comportamento. Se Tizio non dovrebbe ragionevolmente essere condannato al risarcimento del danno, perché Caio e gli altri vicini di casa di Tizio sanno che compie atti ritenuti moralmente disgustosi a casa sua e ne subiscono a causa di ciò un danno psicologico, allora *a fortiori* non credo che la coazione penale dovrebbe essere utilizzata per impedire che adulti razionali, consenzienti e sufficientemente liberi da pressioni coercitive compiano determinati atti in privato, o in luoghi aperti al pubblico, ma durante cerimonie o procedure private (estese solo alle persone invitate), come una cappella mortuaria (imbalsamazione o cremazione), una stanza d'ospedale (aborto entro il terzo mese, eutanasia o suicidio assistito), un bordello, una camera d'albergo, un municipio (matrimonio tra omosessuali o fra tre persone tutte consenzienti), una casa dell'oppio. Anche se molte persone provano rabbia, disgusto e altre emozioni negative nel venire a conoscenza che tali eventi accadono nella loro città¹⁰. Ovviamente, la celebrazione del matrimonio è un evento tendenzialmen-

¹⁰ Per una conclusione analoga, basata su premesse parzialmente differenti, cfr. Tincani 2009, 67 ss. Si potrebbe ritenere che se la celebrazione del matrimonio è un evento tendenzialmente privato, altri eventi non lo sarebbero, ad esempio il fatto che i genitori omosessuali di un bambino vadano al ricevimento a scuola del figlio (avuto con la fecondazione eterologa o l'utero in affitto) o alla riunione di condominio. Tali eventi, tuttavia, come tanti altri, non dipendono dal matrimonio, ma dall'aver un bambino e dalla convivenza insieme dei due omosessuali. Altri diritti, connessi al matrimonio, sarebbero, in ogni caso, esercitati in maniera privata o tendenzialmente privata, come recarsi in visita in ospedale, ricevere un'eredità in caso di morte del coniuge, subentrare nel contratto di affitto, ecc.

te privato, nonostante il pubblico ufficiale e i testimoni, dal punto di vista della partecipazione o della conoscenza di terzi, nel senso che è riservato agli invitati (salvo diversa volontà dei coniugi), e che coloro che non vogliono partecipare possono non farlo. La prova è che alcune celebrità si sposano in forma privata, alcuni addirittura in segreto, o che, invece, altre celebrità vendono i diritti di immagine del matrimonio. Anche il testamento pubblico, da questo punto di vista, redatto da un notaio di fronte a testimoni ha valore di atto pubblico, ed è redatto da un pubblico ufficiale, ma non di meno, dal punto di vista di soggetti terzi rispetto al testatore e ai testimoni, è un evento del tutto privato.

Si potrebbe obiettare che è assurdo condannare Tizio al risarcimento del danno, in quanto Tizio cagiona un danno psicologico a Caio, e agli altri suoi vicini di casa, perché il danno, risultato dell'azione compiuta, non è provocato con dolo o colpa, nel senso di imperizia, negligenza o imprudenza. Appunto. Sarebbe assurdo condannare civilmente Tizio, in questo caso, perché il cagionare un danno psicologico a terzi non è compiuto con dolo o colpa. Allo stesso modo, è assurdo condannare penalmente un medico che compie un atto di eutanasia su un adulto razionale e consenziente, proprio perché il medico e il paziente non cagionano, ammesso che sia così, un danno psicologico (rabbia, sentimento di offesa) a terzi con dolo o colpa. Si potrebbe controbiettare che se Tizio compie un atto privato o tendenzialmente privato, che è ritenuto osceno o immorale, come orge con altri adulti di ambo i sessi, allora egli potrebbe immaginarsi che tale atto potrebbe essere conosciuto da terzi, e che tale atto potrebbe provocare un danno psicologico a terzi, allora il cagionare un danno psicologico è una conseguenza meramente possibile delle sue azioni (fare orge in privato). Dunque, il danno psicologico potrebbe essere cagionato con dolo eventuale, in quanto Tizio si rappresenta la possibilità che un tale danno psicologico venga prodotto a terzi, come conseguenza delle sue azioni, e ne accetta il rischio. Anche se ciò fosse vero, resterebbero tre obiezioni. La prima è che la probabilità che un danno psicologico si produca è molto scarsa, perché essendo l'atto in questione essenzialmente privato è improbabile che qualcuno ne venga a conoscenza, dunque si può dubitare che si possa parlare di danno cagionato con dolo eventuale. In secondo luogo, vi sono, abbiamo visto sopra, attività sessuali di vario genere che vengono compiute in privato, anche se sono considerate da alcuni oscene, senza essere sanzionate dall'ordinamento, per ragioni di coerenza anche altre attività, tendenzialmente private, come la celebrazione di un matrimonio tra persone dello stesso sesso, dovrebbero essere lecite, perché la probabilità che esse vengano a conoscenza di terzi è ugualmente molto bassa (salvo il caso di celebrità). In terzo luogo, obiezione tranchant, anche ci fosse dolo eventuale, proprio il fatto che comunemente

non si ritiene il comportamento di Tizio civilmente sanzionabile, anche se la conoscenza che nel suo appartamento avvengono atti ritenuti osceni e disgustosi provoca danni psicologici a terzi, fa comprendere perché il danno psicologico non dovrebbe essere considerato, da solo, ragione sufficiente per giustificare l'uso della sanzione penale.

*[Mio figlio] era tutto per me, tutto, come un braccio mio,
come le gambe mie, ero io, solo più giovane
...e gli dovevano piacere le femmine, come piacciono a me, hai capito?
...se lo immagino con un altro uomo io non ce la faccio,
mi va il sangue alla testa, mi va...
(...) mi vergogno, non posso uscire più di casa...*

(Mine vaganti, di Ferzan Ozpetek, 2010)

3. Molestie e coming out

Per mostrare, più precisamente, perché l'interpretazione qui offerta del Principio del danno, come principio in grado di giustificare l'uso della coercizione da parte dello Stato, sia preferibile ad altre, e soprattutto l'importanza e il contenuto di ciò che ho denominato danno esistenziale, comincerò analizzando alcuni casi tipicamente problematici nella distinzione tra azioni che (secondo molti o alcuni) ledono soltanto gli interessi dell'agente che le compie, e azioni che ledono interessi altrui. Attraverso l'analisi di questi casi comprenderemo meglio la concezione che ho in mente.

Immaginiamo – è il caso numero uno – che Caia sia omosessuale, e che conviva con una donna, e che Caia comunichi, per la prima volta, ad amici e parenti la notizia. Tale comunicazione è necessaria, perché non c'è altro modo per far conoscere alla sua famiglia la sua identità sessuale. Immaginiamo che, nella società molto conservatrice in cui vive Caia, l'azione da lei compiuta, il convivere con un'altra donna, abbia le seguenti caratteristiche: a) soddisfa un interesse o una preferenza di Caia medesima; b) è ragionevole prevedere cagionerà, o aumenta in modo significativo il rischio di cagionare, un danno economico o relazionale all'agente medesimo; c) è molto probabile che tale azione cagioni, nel contesto molto conservatore in cui vive Caia, un danno psicologico o uno stress psicologico ad altri, affettivamente coinvolti, come amici, genitori, parenti; d) è certo o molto probabile che tale azione non cagionerà un danno fisico, psicofisico o economico a terzi non consenzienti.

Immaginiamo, invece – è il caso numero due – che Tizio molesti sessualmente le sue colleghe, ad esempio toccando spesso loro il seno in pubblico, o facendo telefonate anonime e oscene nel cuore della notte. Ipotizziamo che, an-

che in questo caso, Tizio compia un'azione che: a) soddisfa una sua preferenza fondamentale; (b) è ragionevole prevedere cagionerà, o aumenta il rischio di cagionare, una volta scoperta, un danno relazionale all'agente medesimo; c) è certo o molto probabile che tale azione cagioni uno stress, o un danno psicologico a terzi, innanzitutto la vittima, ma anche amici, genitori, parenti dell'aggressore o della vittima; d) è certo o probabile che tale azione non cagionerà un danno fisico, psicofisico, o economico a terzi.

Sembra ovvio che il compimento della prima azione debba essere permesso, mentre il compimento della seconda no. Ma perché? Se il principio fosse che lo Stato non può legittimamente impedire, mediante l'uso della coercizione, il compimento di azioni che non cagionano danni a terzi, e se il concetto di danno a terzi rilevante fosse soltanto il danno economico, fisico, psicofisico, allora alcune molestie dovrebbero essere permesse.

Da un lato, l'idea che il concetto di danno rilevante ai fini del Principio del danno sia soltanto il danno fisico, economico o psicofisico sembra confliggere con alcune intuizioni giuridiche e morali che molti, me compreso, condividono, cioè che le molestie o le offese, sessuali o di altro genere, dovrebbero essere proibite. Dall'altro lato, sembra a sua volta indispensabile che l'evento ritenuto rilevante *non* sia soltanto il danno o lo stress *psicologico*, altrimenti non riusciremmo più a distinguere il caso della molestia da quello dei genitori che potrebbero essere molto dispiaciuti (in un contesto molto conservatore) del fatto che la propria figlia sia lesbica. Il principio base, dunque, che dovrebbe governare l'uso della coazione da parte dello Stato non è una metrica dell'utilità individuale o collettiva. Non è importante calcolare se sia maggiore il piacere del molestatore, rispetto allo stress emotivo della vittima, né tenere conto di una metrica dell'utilità collettiva, cioè il ribrezzo, il disgusto, la vergogna, la rabbia che la maggioranza prova nel venire a conoscenza che una determinata azione è stata compiuta da un individuo. È possibile, infatti, che la maggioranza dei parenti o degli amici di Tizio, oppure la maggioranza degli abitanti della città in cui Tizio vive e lavora, sarebbe molto più felice, o proverebbe molta più soddisfazione, se Tizio non praticasse il sesso sadomaso a casa sua, o non divorziasse dalla moglie (o qualunque altra cosa), molto più felice, in ipotesi, di quanto felice sarebbe Tizio se gli fosse consentito di praticare il sesso sadomaso a casa sua o di divorziare. È possibile, infatti, che il *saldo* dell'utilità collettiva (qualunque cosa intendiamo con "utilità", se piacere, felicità, soddisfazione delle preferenze) sia sfavorevole a Tizio. Perché, per quanto Tizio possa essere estremamente felice, qualora gli fosse permesso di divorziare, la somma della felicità di ciascun membro della maggioranza della collettività, nel caso in cui Tizio non divorzi, potrebbe essere sempre maggiore. Ciò che conta, dunque, non è il calcolo dell'utilità individuale o collettiva. Ciò che conta è che abbiamo una

sovranità totale sul nostro corpo, sulla nostra persona, sul nostro domicilio e sulla nostra identità personale, e che, al contrario, non abbiamo alcuna sovranità sul corpo e sull'identità degli altri.

Cosa è indispensabile alle persone per programmare e portare a termine qualunque piano di vita, oltre al fatto che nessuno cagioni loro (ingiustamente) un danno fisico, psicofisico o economico? Come minimo *tre cose*.

Innanzitutto, se le persone potessero legittimamente e liberamente interferire con la nostra sfera corporea, o con il nostro domicilio, anche senza cagionare danni fisici o psicofisici, ciò altererebbe la nostra vita di relazione o i nostri piani di vita. Immaginiamo che qualcuno potesse toccarci, parlare con noi, urlare contro di noi, invadere il nostro spazio, per un tempo sufficientemente lungo, senza il nostro consenso. Tale limitazione della libertà di movimento, equivalente ad un temporaneo sequestro, non sarebbe meno grave di subire determinati danni fisici o economici.

Se siamo padroni di qualcosa, siamo padroni del nostro corpo. Nessuna azione altrui che disponga, o che voglia "usare/disporre", del nostro corpo dovrebbe essere ammessa, senza il nostro consenso. Indipendentemente dal fatto che tale interferenza cagioni o meno un danno (fisico, ecc.) al nostro corpo, o uno stress emotivo significativo¹¹. «Che sia (...) una casa, una stanza, una cella o una tenda, lo spazio abitato rappresenta per la persona il campo in cui ha potere di agire, i confini entro i quali è padrone di sé e delle sue azioni. Abitare un posto che non appartiene – nel senso che non è modificabile e adattabile a sé, che non rispecchia il proprio gusto o che non si ha la libertà di percorrere – significa non avere un vero e proprio campo di azione». Questa mancanza di autonomia in relazione allo spazio, questa assenza di indipendenza rispetto allo spazio caratterizza forme gravi di subalternità, di oppressione (fisica e psicologica), come quella di «una popolazione il cui territorio è stato occupato: le loro abitazioni possono essere demolite e le terre espropriate senza previa informazione, gli accessi alle strade negati, l'urbanistica ripensata nello stile e nell'interesse degli occupanti»¹². Dunque, non soltanto sul proprio corpo, ma anche sullo spazio da lui abitato l'individuo è, o dovrebbe essere, sovrano.

Sarebbe, in secondo luogo, ugualmente impossibile realizzare i nostri desideri e piani di vita, se le persone che ci sono affettivamente legate (genitori, amici, parenti, colleghi, figli ormai adulti) potessero condizionarci nelle nostre scelte, nel decidere se e con chi dobbiamo sposarci o convivere, se, quando e con chi avere figli, quale lavoro svolgere e dove svolgerlo, in quale città vivere, in ragione del danno o dello stress psicologico che certe scelte cagionerebbero loro¹³.

¹¹ Per considerazioni simili cfr. Tadros 2011, 48.

¹² Bartoli 2008, 55-56.

¹³ Differente è il caso dei figli piccoli o dei minori, perché non dare loro un'educazione adeguata, un equilibrio affettivo, non adempiere ai doveri di istruzione, educazione, mantenimento,

Infine, nel mondo contemporaneo la possibilità per qualcuno di realizzare i propri piani di vita, qualunque essi siano, ad esempio diventare chimico, aviatore, calciatore, collezionista di francobolli, dandy, nullafacente, imprenditore, operaio, coltivatore di bachi da seta, “donnaiolo”, uomo politico o cacciatore di dote, non dipende soltanto dall’assenza di interferenze significative non volute nella sua sfera corporea/percettiva da parte di altri, o di condizionamenti significativi da parte delle persone che gli sono affettivamente legate. Dipende in modo essenziale, purtroppo, anche da ciò che gli altri pensano di noi, da ciò che sanno, da come siamo rappresentati, da come siamo qualificati o considerati. L’essere rappresentati in modo corretto, veritiero, rispettoso, nonché nei limiti di ciò che vogliamo che gli altri sappiano della nostra vita privata, è un elemento essenziale al fine di realizzare i nostri piani di vita. Perché è naturale che le persone agiscano in base a ciò che sanno, o credono di sapere, e si comportino in base a ciò che sanno o pensano di sapere delle altre persone. È essenziale, dunque, che siamo sovrani in relazione all’immagine che gli altri hanno di noi, sovrani di modificare l’immagine che non corrisponde alla realtà, ma anche sovrani di filtrare, entro certi limiti determinati dalla tutela di altri interessi pubblici in gioco, le notizie che riteniamo debbano essere “pubbliche”, e quelle che, invece, devono rimanere private.

Ecco perché il danno esistenziale, le lesioni della nostra identità personale¹⁴, della nostra immagine e reputazione, sono gravi, a volte più gravi di determinati danni economici. Perché in un mondo in cui beni e servizi fondamentali, materiali e immateriali, sono prodotti da esseri umani, nell’interazione con altri esseri umani, per realizzare i nostri desideri non abbiamo bisogno soltanto di credenze vere o corrette sul mondo esterno, ad esempio sapere se il bicchiere che ho davanti è pieno di gin o acqua, ma anche credenze corrette sulle altre persone, almeno in relazione a notizie pubbliche o a personaggi pubblici. Ad esempio, abbiamo bisogno di sapere se un certo politico è stato condannato per concorso in associazione mafiosa, se una persona è diventata ministro perché ha avuto rapporti sessuali con il capo del governo, se un nostro collega tradisce apertamente la moglie, come una persona si comporta in pubblico, credenze la cui attendibilità dipende molto spesso, a causa della scarsità di risorse, o dell’impossibilità di acquisire con certezza determinate informazioni, dalle opinioni altrui.

Dunque, la concezione antipaternalista o liberale qui sostenuta può essere ri-

porta loro dei danni economici e psicofisici consistenti. In altri termini, la nascita di un figlio non può condizionare la vita di una persona, il suo lavoro, il luogo in cui vivere. Il che è coerente con una concezione che tutela l’autonomia dell’individuo. Nel XXI secolo, in Occidente, considerando che esistono varie tecniche anticoncezionali e abortive, è bizzarro pensare che la nascita di un figlio non sia normalmente *voluta*, in qualche senso, dai genitori (salvo inganno da parte di uno dei due, caso fortuito o forza maggiore).

¹⁴ Cfr. Cass. civ., sez. I, 7.2.1996, n. 978; Pino 2003.

formulata in questo modo. Lo Stato può legittimamente esercitare la forza, contro la volontà di un individuo, qualora questi:

a) cagioni, o rischi o tenti seriamente di cagionare, (ingiustamente) un danno fisico, psicofisico, economico, esistenziale o un danno, in termini di opportunità e risorse temporali perdute, che dipende dalla *violazione delle regole di imparzialità* della pubblica amministrazione a terzi o di altro diritto fondamentale residuale, purché il danno sia ingiusto.

b) dove azioni che cagionano un danno esistenziale sono quelle che interferiscono in modo significativo (innanzitutto, cioè, in modo non eventuale) nella sfera corporea/percettiva o nel domicilio di un soggetto agente non consenziente, alterandone il piano di vita, la vita di relazione o cagionando un disturbo considerato significativo, ovvero sono azioni che ledono l'identità personale dell'agente medesimo.

c) che, tuttavia, potrebbero cagionare, o è ragionevolmente prevedibile che cagioneranno, un danno (o uno stress) psicologico a terzi.

d) che, tuttavia, cagionano o potrebbero ragionevolmente cagionare un danno fisico, psicofisico o di altro genere all'agente medesimo o ad altri soggetti agenti consenzienti.

In tal senso, in seno alla concezione antipaternalista o liberale qui difesa abbiamo *tre cerchi concentrici*, che rappresentano la sfera di sovranità dell'individuo: (1) il corpo e la mente, (2) il domicilio (eventualmente esteso alla propria automobile o alla propria tomba), (3) l'identità personale, di cui fanno parte il nome, l'immagine, la riservatezza, la reputazione (cioè la propria identità pubblica), la rappresentazione corretta della propria identità (privata). La sfera di sovranità, con i suoi cerchi concentrici, si giustifica, come abbiamo visto, in base al valore dell'autonomia, il diritto delle persone di plasmare il proprio destino (nei limiti umanamente possibili) in base alle proprie preferenze, desideri, valori. Valore dell'autonomia che va declinato in base ad una concezione liberal-egualitaria, simile, ma non necessariamente uguale, a quella di Rawls e Dworkin, che tutela non solo i diritti di libertà e politici, ma anche i diritti sociali, e non in base ad una concezione libertaria. Tale sovranità assoluta, sebbene di matrice non utilitarista, non è frutto di una cattiva metafisica, non ha carattere sovraempirico, non ci allontana dalla "Terra" e dalle sue catene. C'è un legame concettuale tra volontà libera da pressioni coercitive e razionale e benessere psicofisico. Nella misura in cui una persona razionale, normalmente, vuole certe cose perché queste hanno per lei un valore, realizzano (in qualche senso) il suo benessere, la sua felicità. Bentham e i suoi insegnamenti sono, dunque, meno lontani di quanto sembri. Non tuteliamo la volontà libera da pressioni coercitive e razionale dell'individuo *per puro caso*. Presumiamo, senza, tuttavia, che sia necessario misurarne il grado e l'intensità, che le persone razionali fuggano il dolore (o ciò

che considerano tale) e cerchino (in senso lato) il piacere, l'utilità, la felicità o la salvezza (o ciò che considerano tale). Il punto è che la concezione liberale, a differenza di quella utilitarista, creando questa sfera protetta dell'individuo, tutela, entro certi limiti, il benessere, la felicità, la salvezza (anche) della minoranza contro la maggioranza¹⁵.

Per valutare se il Principio del danno così interpretato funzioni, esso va testato sui casi di molestie ordinari, come molestie sessuali, violazioni della privacy, ingiuria e diffamazione, cioè in base alle nostre intuizioni morali ordinarie. Questo principio ci consente, come dovremmo, di punire l'azione del molestatore, ma non l'*outing* della fanciulla lesbica? La risposta è sì. La linea che separa le due azioni che abbiamo ipoteticamente considerato, cioè l'*outing* della ragazza omosessuale e l'azione del molestatore, non dipende, dunque, dal misurare quanto danno o stress psicologico soffrano le persone, perché il padre della ragazza omosessuale che effettua un *coming out* in famiglia potrebbe soffrire uno stress emotivo molto maggiore della donna cui viene toccato una singola volta il seno. Piuttosto dipende da una considerazione.

C'è una differenza importante tra l'interferenza del molestatore nella sfera della vittima e quella della ragazza omosessuale nella sfera del padre. La ragazza omosessuale non interferisce in modo significativo nella sfera corporea del padre, non *usa il corpo del padre*, non interferisce normalmente in modo intenzionale, cioè con dolo intenzionale, con la sfera percettiva del padre, né altera normalmente il piano di vita di quest'ultimo, salvo che l'unica missione nella vita di suo padre sia rendere i suoi figli persone virtuose (in base ad una certa idea di virtù). Interferisce, soprattutto, con la sua sfera affettiva. L'interferenza del molestatore nella sfera corporea della vittima, è, invece, *significativa*, perché è intenzionale, non è eventuale, cioè una conseguenza meramente possibile delle sue azioni. Anche la ragazza omosessuale potrebbe interferire con la sfera percettiva del padre, ad esempio quando gli comunica che è lesbica, oppure quando il padre la incontra con la fidanzata per strada, ma tale comunicazione diretta, oltre ad essere in qualche modo concentrata in uno spazio-tempo molto ridotto, è solo eventuale, cioè non è parte integrante del suo essere omosessuale, o del compiere atti sessuali che implicano un certo uso del proprio corpo. L'essere omosessuale non ha nulla a che vedere con il piano di vita del padre della fanciulla lesbica, se non con il piano di vita che suo padre, egoisticamente, aveva pensato per lei, né implica necessariamente un'interferenza intenzionale con la sfera corporea/percettiva del padre, e il danno psicologico che ne potrebbe derivare è una conseguenza meramente possibile di quella interferenza, cioè della prima volta in cui avviene la comunicazione di essere lesbica, cioè non viene cagionato con dolo intenzionale o

¹⁵ In senso adesivo, Fiandaca 2010, 231-232; Hart 1968, 97.

diretto. La ragazza potrebbe vivere in un altro quartiere, in un'altra città, e non incontrarlo mai, incontrare la madre da sola.

Si potrebbe obiettare che la figlia poteva sapere quale sarebbe stata la reazione del padre, che in passato aveva avuto atteggiamenti omofobi, dunque ci sarebbe dolo diretto: due controbiezioni. Innanzitutto, nessuno può sapere con certezza quale sarebbe la reazione di un genitore di fronte all'omosessualità della *propria* figlia, non di qualcun altro. In ogni caso, anche se vi fosse danno esistenziale, cosa che non c'è, non sarebbe un danno ingiusto; il fatto che X cagioni un danno è una ragione solo *prima facie* per punire, per sanzionare, altrimenti si dovrebbero punire tutte le imprese che facendo concorrenza ad altre imprese cagionano loro un danno economico, che è considerato giusto. Non sarebbe un danno ingiusto, perché è indispensabile nei rapporti genitori-figli che i figli abbiano la possibilità di dichiarare la propria sessualità almeno la prima volta. Se, invece, la figlia costringesse il padre omofobo ad ascoltare i dettagli erotici dei suoi rapporti con la partner potrebbe esserci danno esistenziale e molestia.

In ogni caso, come già detto, tale rivelazione al padre sulla propria identità sessuale è importante per sapere con certezza come il padre si comporterà in proposito, mentre il molestatore sa come si comporteranno, probabilmente, le donne che molesta (o in ogni caso ha altri modi, differenti dalle molestie, per sapere se vogliono essere toccate).

Al contrario, il molestatore interferisce sistematicamente in modo intenzionale con la sfera corporea/percettiva, fisica, della vittima, così come chi insulta gli altri cagiona un danno psicologico, risultato di un'interferenza nella sfera corporea, con dolo intenzionale o diretto. Questo è parte integrante del suo essere molestatore, è parte integrante del suo agire. Il *corpo dell'altro* è parte integrante, indispensabile della descrizione che egli farebbe ragionevolmente della sua azione intenzionale. Se una persona vuole insistentemente toccarmi, parlare *con me*, telefonarmi o mostrarsi nudo davanti a me, allora io, il mio corpo, la mia sfera corporea/percettiva, tutto questo è parte essenziale dell'azione, perché quella determinata azione molesta non può essere compiuta, se non ci sono di mezzo io, col mio corpo.

Certo, è ovvio che l'interferenza del molestatore sia più grave anche da altri punti di vista. Perché interferisce in modo significativo con la sfera psichica, fisica e affettiva della vittima, modificandone il piano di vita, nella misura in cui molestie continue, lo stesso vale per gli insulti, alterano o possono alterare la vita di relazione, la percezione che gli altri hanno, della vittima, la sua identità personale, la possibilità di compiere certe azioni, quali passeggiare tranquilla nel parco, dormire serena. Chiaramente una singola molestia, in uno spazio-tempo determinato e ristretto, potrebbe non essere idonea ad alterare la vita di relazione, probabilmente, a seconda della personalità della vittima, neppure ad arrecare una "sofferenza psicologica grave", ma molestie continuate nel tempo sì, quindi non è

opportuno che sia permessa neppure una singola molestia. Altrimenti sarebbero ammissibili “singole”, brevi, molestie compiute, o “singoli” insulti effettuati, da tante persone differenti. Tuttavia, la questione fondamentale, in base ad una concezione liberale, è se l’interferenza nella sfera corporea/percettiva dell’altro è, o non è, parte integrante della descrizione che ragionevolmente si farebbe di quell’azione (l’azione di effettuare telefonate notturne e oscene o di convivere con un’altra donna).

Sulla base di quanto detto si può facilmente risolvere anche il caso nel quale il padre della fanciulla che ha fatto *coming out* fosse fortemente discriminato dalla comunità conservatrice in cui vive (perché ha una figlia omosessuale), cioè se la sua reputazione subisse una lesione. In questo caso, la lesione della reputazione non sarebbe normalmente compiuta intenzionalmente dalla figlia, quindi sarebbe difficile individuare un danno esistenziale.

Il Principio del danno, così interpretato, consente di risolvere un gran numero di casi. Consente di proibire non solo telefonate oscene, ma anche qualunque altra molestia, seccatura, comprese ingiurie, telefonate moleste di ex-amici, ex-amanti, ex-mariti, seccatori occasionali. Ad esempio, il datore di lavoro che tutte le mattine tocca i lobi delle orecchie e sussurra all’orecchio parole dolci al proprio dipendente metterebbe in atto un comportamento che sarebbe molestia sessuale, punibile in quanto produce danno esistenziale. Ancora, l’art. 660 c.p. punisce la molestia o il disturbo per petulanza, considerabili, ai nostri fini, sempre danno esistenziale. Secondo la giurisprudenza per “petulanza” deve intendersi un modo di agire pressante, indiscreto e impertinente che sgradevolmente interferisca nella sfera della libertà e della quiete di altre persone (Cass. pen., sez. I, 26.11.1998, n. 13555). Ovvero, a parere della Suprema Corte “ai fini della configurabilità del reato di molestie, previsto dall’art. 660 cod. pen., per petulanza si intende un atteggiamento di arrogante invadenza e di intromissione continua e inopportuna nella altrui sfera di libertà, con la conseguenza che la pluralità di azioni di disturbo integra l’elemento materiale costitutivo del reato e non è, quindi, riconducibile all’ipotesi del reato continuato” (Cass. pen., sez. I, 24.11.2011, n. 6908).

Nella stessa direzione della punibilità della condotta che produce danno esistenziale, troviamo il reato di atti persecutori, ovvero *stalking*, introdotto recentemente con l’art. 612-*bis* c.p. Secondo la giurisprudenza è configurabile la condotta di atti persecutori tramite molestie, ad esempio, nel comportamento di chi reiteratamente telefona alla persona offesa presso il luogo di lavoro trasmettendo messaggi dal contenuto ingiurioso e con riferimenti espliciti alla vita sessuale, così cagionando un grave e perdurante stato d’ansia (T. Milano, 5.9.2009); o nel comportamento di chi reiteratamente invia alla persona offesa “sms” e messaggi di posta elettronica o postati sui cosiddetti “social network”, nonché divulghi attraverso questi ultimi filmati ritraenti rapporti sessuali intrattenuti dall’autore del reato con la medesima

(Cass. pen., sez VI, 16.7.2010, n. 32404); o, ancora, nel comportamento di chi, con pedinamenti sistematici, appostamenti e con una serie continua di telefonate, offrendone il decoro e l'onore della persona offesa, inviando delle missive all'indirizzo della stessa, abbia ingenerato nella vittima un continuativo stato di preoccupazione ed una sensibile modificazione delle normali abitudini di vita (A. Milano, 27.9.2011). Integra il delitto di cui all'art. 612-*bis* c.p. anche la reiterata redazione e ripetuta diffusione di messaggi funzionali a umiliare due coniugi, a violare la loro riservatezza, a rappresentare la vita sessuale della moglie come aperta a soggetti estranei (Cass. pen., sez. V, 5.3.2015, n. 29826).

Coerentemente con la nozione di danno esistenziale, il reato di *stalking* prevede che il danno psicologico subito dalla vittima (attraverso o un perdurante e grave stato di ansia o di paura; o un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto, o di persona al medesimo legata da relazione affettiva; o costrizione della vittima ad alterare le proprie abitudini di vita) sia solo una condizione necessaria, ma non sufficiente a costituire lo *stalking*. È, altresì, necessario che vi siano condotte reiterate di minaccia o molestia, che rappresentano un'interferenza significativa nella sfera corporea/percettiva di qualcuno. Com'è evidente, gli esempi di condotte che cagionano danno esistenziale e che sono punite dal codice penale potrebbero continuare con il reato di ingiuria (art. 594), diffamazione (art. 595), violenza privata (art. 610), violazione di domicilio (art. 614), interferenze illecite nella vita privata (615-*bis*)¹⁶.

È evidente che, per la maggior parte delle persone, sarebbe maggiore lo stress subito nel caso di molestie sessuali, ingiurie, telefonate oscene, rispetto allo stress subito nel caso di telefonate di seccatori, di persone che vogliono insistentemente parlare con loro, di pubblicità telefonica non voluta. Ma, come abbiamo visto, non è tanto la quantità di stress subito a causa dell'interferenza nella sfera corporea/percettiva che conta, piuttosto il nostro diritto di creare una barriera tra noi, il nostro corpo, il nostro domicilio e gli altri. Ciò che conta è il fatto che tale interferenza nella nostra sfera corporea/percettiva sia "intenzionale", cioè parte essenziale dell'azione voluta e compiuta dal seccatore/molestatore. "Intenzionale" nel senso inteso sopra.

Si potrebbe ulteriormente distinguere l'interferenza nella sfera corporea altrui e l'interferenza nella sfera percettiva. Nel caso dell'interferenza corporea, che avviene quando qualcuno, ad esempio, mi tocca oppure urina, mi defeca, addosso, si può considerare con certezza "non eventuale" anche l'interferenza effettuata con dolo diretto, cioè quando l'individuo usa il proprio corpo per compiere un'azione attraverso la quale *non* vuole intenzionalmente usare il corpo altrui, perché il corpo altrui non è il suo bersaglio, ma il cui risultato certo o ampiamen-

¹⁶ Crespi, Stella, Zuccalà 2001, 1924 ss.

te prevedibile è un'interferenza nella sfera corporea della vittima. Ad esempio, pensiamo ad un individuo che urina in balcone, perché gli piace, con la conseguenza, facilmente prevedibile, di sporcare quelli che passano sotto. Mentre, nel caso della invasione della sfera percettiva, si potrebbe considerare sicuramente "significativa", cioè non eventuale, solo l'interferenza compiuta con dolo intenzionale, cioè l'interferenza di qualcuno che vuole insistentemente (o mi perseguita per) parlare con me, cantare con me, ingiuriarmi. Differente è il caso di un individuo che canta per strada, di un nudista, di un travestito che va a fare la spesa, di una donna con minigonna e lunghi e "osceni" tacchi rossi, di una persona al bar che racconta una barzelletta "sessista" o "razzista". In questi ultimi casi, non è chiaro, o è più difficile stabilire, se l'interferenza nella sfera percettiva delle persone, o di alcune persone in particolare, presenti sia una conseguenza del tutto eventuale, cioè se compiuta con dolo diretto o eventuale, dell'azione, sebbene possa arrecare uguale o maggiore disturbo ad alcune persone presenti rispetto ad azioni di seccatori, esibizionisti.

Quanto detto mi consente di precisare che il diritto a rescindere legami affettivi, relazioni amicali o sociali (in assenza di danni a terzi, ad esempio nei confronti dei figli piccoli), ovvero ciò che può essere definito *il diritto ad essere lasciati in pace*, che è un corollario di una concezione antipaternalista, si tutela anche attraverso un bilanciamento ragionevole dei possibili danni in campo, in altri termini dando prevalenza, nel caso delle relazioni affettive, al danno esistenziale sul danno psichico e psicofisico. Anche se i genitori, i nipoti, gli zii, gli amici, soffrissero *le pene dell'Inferno* (danno psichico o addirittura psicofisico), perché Tizio è omosessuale, assume cocaina, vuole espatriare in India o vuole suicidarsi in quanto gravemente malato, il danno psicologico o psicofisico subito dai parenti o dagli amici non dovrebbe essere ritenuto più importante della limitazione della libertà di Tizio. Del resto, attribuire il diritto alla propria identità sessuale, il diritto alla privacy, il diritto di divorziare, di espatriare (assolti eventuali obblighi contrattuali o legali dipendenti da norme poste a tutela di interessi di terzi), di rifiutare le cure in caso di grave malattia, di sospendere o interrompere un trattamento sanitario che mantiene un paziente in vita (ventilazione, alimentazione artificiale), come accade in molti Stati occidentali, significa essenzialmente lasciare che l'individuo possa rescindere i legami affettivi con la comunità di appartenenza. E non potrebbe essere diversamente. Altrimenti, l'individuo ne sarebbe schiavo.

Immaginiamo il caso più eclatante, quello di una relazione amorosa. Se lo Stato imponesse a Tizio l'obbligo di non rescindere, in determinati casi, una relazione amorosa, se e in quanto Sempronia, la sua compagna, ne soffrirebbe terribilmente o si suiciderebbe in caso di separazione da Tizio, ovvero se, per ipotesi, il danno psichico o psicofisico che Sempronia, partner "abbandonato", subisse fosse maggiore di quello che subirebbe Tizio, qualora fosse costretto a "non lascia-

re" Sempronia, quali conseguenze avrebbe tale imposizione da parte dello Stato? Una relazione amorosa stabile è fatta di tante cose, dialogo, comprensione, sessualità, solidarietà materiale e morale, condivisione di interessi, progetti. Se tutte queste cose fossero imposte, contro la volontà di uno dei partner, la condotta del partner dominante integrerebbe molte fattispecie di reato, fattispecie piuttosto comuni. Violenza privata, violazione della privacy, di domicilio, *stalking*, furto, molestie, stupro, fino a forme di sequestro di persona vero e proprio.

Tale ricostruzione del danno esistenziale, come lesione o messa in pericolo di un bene cagionata da certe condotte che ingiuriano, diffamano, molestano, è del tutto compatibile con la ricostruzione della dottrina penalistica italiana e dei suoi principi, in particolare quello di materialità, offensività e colpevolezza¹⁷. In primo luogo, principio di materialità: può essere reato solo il fatto umano che si estrinseca nel mondo esteriore, come condotta attiva o omissiva. In questi casi, la condotta molesta si manifesta nel mondo esteriore, tramite parole offensive o azioni materiali (palpeggiamenti). Ovviamente, il danno esistenziale indica la lesione o la messa in pericolo del *bene* giuridicamente tutelato, cioè l'oggetto giuridico di alcuni reati, ovvero, come lo definisce Mantovani, «il bene o interesse individuale, sociale, pubblico che è tutelato dalla norma e offeso dal reato»¹⁸. In secondo luogo, nesso di causalità (scientifica) tra evento e condotta, nei reati di evento. In terzo luogo, principio di offensività: il reato deve sostanziarsi nell'offesa di un *bene* giuridico (bene costituzionalmente protetto, o comunque non incompatibile con la Costituzione). Tale ricostruzione del danno esistenziale è un modo, rispondente ad un'etica liberale, di specificare il principio di offensività, che com'è noto ha un ampio margine di indeterminazione. In quarto luogo, principio di colpevolezza o di soggettività¹⁹: perché vi sia responsabilità personale rispetto ad un certo fatto non basta che il soggetto abbia messo in atto una condotta offensiva di un certo bene, ma questo fatto (umano) deve appartenergli psicologicamente, cioè deve essere compiuto con dolo o colpa. In particolare, vi è grande controversia in dottrina relativamente a quale debba essere l'oggetto del dolo, se l'evento naturalisticamente inteso, la morte, ad esempio, nel caso di omicidio, o l'evento giuridico. Seguendo Fiandaca, possiamo dire che l'oggetto del dolo è il *fatto tipico*²⁰, cioè l'insieme degli elementi costitutivi della fattispecie di reato, fatto tipico cui, nella teoria tripartita del reato, si aggiungono antigiuridicità e colpevolezza per dar luogo ad un fatto di reato completo. Altri autori, ad esempio Mantovani, sottolineano, tuttavia, che «una responsabilità dolosa, autenticamente personale, può difficilmente prescindere dalla co-

¹⁷ Cfr. ad es. Mantovani 1992; Fiandaca, Musco 2001.

¹⁸ Mantovani 1992, 190.

¹⁹ Cfr. Mantovani 1992, 253 ss.

²⁰ Cfr. Fiandaca, Musco 2001, 322.

scienza almeno della offensività del reato»²¹. Non prenderò posizione su tale controversia. Nel caso dei reati di evento, il fatto tipico è la condotta più l'evento, ad esempio, l'azione di uccidere e la morte risultante. Nel caso dei reati di azione, come le molestie, il fatto tipico, oggetto del dolo, è la condotta stessa, ad esempio l'azione che produce interferenza nella sfera corporea.

4. Offence principle

Quanto detto finora ci consente di risolvere il problema che concerne l'*Offence Principle*. Il nocciolo della concezione liberale, come qui interpretata, l'idea dei tre cerchi concentrici (corpo/mente, domicilio, identità personale), spiega perché sia parzialmente insoddisfacente la strategia di Feinberg, cioè considerare non solo l'*Harm Principle*, ma anche l'*Offence Principle* un principio liberale in grado di giustificare l'uso della coazione statale. Secondo Feinberg, lo Stato ha il diritto di limitare la libertà dell'individuo, non soltanto quando l'individuo cagiona un danno a terzi, ma anche quando l'individuo cagiona una seria molestia a terzi (*a serious offence*), una molestia che sia anche ingiusta (*wrongful*), ingiustamente cagionata da un soggetto ad un altro, cioè quando qualcuno compie un'azione (vomitare, defecare, fare sesso in pubblico), che provoca ingiustamente in molte persone sentimenti alquanto spiacevoli quali grave imbarazzo, vergogna, disgusto, rabbia²².

Ora, l'*Offence Principle*, secondo me, non coglie il nocciolo di una concezione genuinamente liberale e milliana del diritto penale, oltre ad essere potenzialmente autoritario. In determinati contesti particolarmente conservatori, se non fondamentalisti religiosi, l'*Offence Principle* potrebbe essere utilizzato per reprimere, infatti, condotte che possono cagionare i medesimi stati psicologici spiacevoli, come vergogna, imbarazzo, rabbia, disgusto, ad esempio due omosessuali che si baciano in pubblico, o in privato, una fanciulla che indossa in pubblico una gonna troppo corta, che fa la prostituta in privato²³. In particolare, la concezione di Feinberg dell'*Offence Principle*, e non sembra ci sia un'altra concezione delle offese o delle molestie più ragionevole, è da un lato troppo farraginosa, dall'altro lato contiene (almeno) due fallacie. Feinberg, come molti autori liberali, si rende conto della potenzialità repressiva dell'*Offence Principle*, così cerca di restringer-

²¹ Mantovani 1992, 284.

²² «According to that principle as we have interpreted it (Chap. 7, §i) criminal law may be used to protect persons from *wrongful offense*, that is, from their own unpleasant mental states when wrongfully imposed on them by other parties in a manner that violates their rights». Feinberg 1985, 68.

²³ «Si può ritenere che reazioni emotive come la vergogna, la repulsione o il disgusto siano tutt'altro che sentimenti legittimi per giustificare, in un'ottica liberale, l'incriminazione dei comportamenti che li provocano». Fiandaca 2010, 230.

ne l'ambito di applicazione lungo binari molto precisi. L'obiettivo di Feinberg è, contemporaneamente, consentire al diritto penale di sanzionare comportamenti considerati dai più molesti (come urinare, vomitare, defecare, masturbarsi su un autobus pubblico) ed evitare che vengano repressi azioni considerate dall'autore (e da molti liberali) "innocenti", come una coppia omosessuale o interrazziale che cammina mano nella mano per strada²⁴. Dal fallimento della sua strategia possiamo imparare molto. Secondo Feinberg, vi sono alcune massime ben precise che dovrebbero orientare l'applicazione e l'interpretazione dell'*Offence Principle*, divise in varie sottoclassi: serietà dell'offesa, ragionevolezza della condotta offensiva, standard di universalità²⁵.

La serietà dell'offesa dipende, a sua volta, dall'intensità, dalla durata dello stato spiacevole prodotto (con esclusione delle persone con una suscettibilità abnorme o patologica); dalla facilità con la quale la vittima potrebbe evitare la condotta offensiva; e dal fatto che la vittima abbia volontariamente assunto il rischio di assistere alla condotta offensiva. La ragionevolezza della condotta offensiva, invece, concerne l'importanza che essa ha per l'offensore, l'importanza per la comunità tutta, la disponibilità di alternative in termini di luogo e tempo, e in che misura la condotta offensiva sia cagionata da motivazioni odiose, dall'intento di molestare intenzionalmente. In base allo standard di universalità, «in order for the offense (repugnance, embarrassment, shame, etc.) to be sufficient to warrant coercion, it should be the reaction that could reasonably be expected from almost any person chosen at random, taking the nation as a whole, and not because the individual selected belongs to some faction, clique or party»²⁶. Qui sorge un problema di interpretazione dello standard di universalità o di coerenza del discorso di Feinberg. Più sopra, (27 ss.) Feinberg dice: «What we cannot say is that conduct is properly prohibitible under the offense principle *if and only if* offense is the anticipated reaction of more than 50% of all potential observers, or 75%, or 99%, or 100%. Again, all we are warranted in saying is that the higher the projected percentage, the stronger the case for prohibition». In base a quanto dice Feinberg, lo standard di universalità non si può interpretare nel senso che esso sia soddisfatto quando un certo comportamento (ascoltare musica a tutto volume sull'autobus) sia considerato offensivo (unanimente) da *tutti* i membri di una comunità. Anche perché se si cerca l'unanimità sui comportamenti offensivi non la si troverà che molto raramente. Facilmente potrebbero esserci minoranze, come i nudisti o altri, interessate a adottare comportamenti considerati dai più offensivi. In tal senso, l'unica interpretazione coerente dei due passaggi del discorso feinbergiano è che bisogna tenere conto

²⁴ Cfr. Feinberg 1985, 25-26.

²⁵ Cfr. Feinberg 1985, 26 ss.

²⁶ Feinberg 1985, 28.

delle preferenze e dei desideri della stragrande maggioranza delle persone in un certo contesto (ad esempio, gli Stati Uniti di America), tenendo presente che tale maggioranza deve essere calcolata scegliendo a caso (*random*) i membri della collettività che si sentono offesi da una certa condotta, evitando che essi appartengano tutti ad uno stesso partito, etnia, ecc.

Perché Feinberg introduce il requisito dello standard di universalità? Perché sa bene che se tenessimo in conto anche le preferenze o i desideri di alcune minoranze sessiste, fobiche, naziste, fondamentaliste religiose, tantissimi comportamenti adottati in pubblico potrebbero essere considerati offensivi, e dunque vi sarebbe una ragione per vietarli. E, tuttavia, da qui nasce la contraddizione, Feinberg è costretto a introdurre un emendamento, un'eccezione allo standard di universalità. Che accade quando, ad esempio, una minoranza sessuale, etnica, religiosa, viene profondamente insultata? In questo caso, non vengono offesi i sentimenti della maggioranza, anzi la maggioranza potrebbe essere indifferente alle (o addirittura solidale con le) offese prodotte contro una certa minoranza. In questo caso, Feinberg ammette la necessità di un'eccezione per tutelare alcune minoranze da interferenze intenzionali, come offese, minacce, insulti. Ovvero, dice Feinberg, si tratta di interpretare lo standard di universalità in senso rawlsiano. Molte persone non sono direttamente offese dagli insulti rivolti alla comunità dei Testimoni di Geova, ma sarebbero ragionevolmente offese, cioè proverebbero quella spiacevole esperienza se fossero Testimoni di Geova. Se, cioè, imparzialmente, si mettessero nei panni dei Testimoni di Geova, non vorrebbero essere offese o insultate²⁷. Questa eccezione rappresenta un *vulnus* nella concezione di Feinberg. Feinberg sta pensando alle minoranze religiose, sessuali, etniche che potrebbero essere oggetto di insulti o altre aggressioni verbali. Ma non comprendo perché questa eccezione non debba essere, per coerenza, estesa anche ad altre situazioni o ad altre minoranze. Molte persone non sono direttamente offese da una fanciulla che veste una minigonna su un autobus pubblico, ma, qualora si mettessero nei panni di un fondamentalista religioso X, certamente riconoscerebbero che sarebbero profondamente offese da tale comportamento. Allo stesso modo, molti nudisti potrebbero essere oltremodo offesi dalle continue manifestazioni di disgusto e disprezzo rivolte contro di loro. E se fossimo imparziali dovremmo metterci nei loro panni e sentirci, anche noi, offesi da tanta ostilità. Come è possibile, coerentemente, in base ai principi di Feinberg, tutelare la minoranza di ebrei offesi verbalmente in pubblico da nazisti, e non tutelare la minoranza di fondamentalisti religiosi offesi da una condotta muliebre, a loro dire, troppo licenziosa? E, infatti, sembra che non si possa.

Il secondo *vulnus* nella concezione di Feinberg concerne l'ipotesi nella quale

²⁷ Cfr. Feinberg 1985, 28 ss.

un gruppo di persone sia profondamente offeso, *non* dalla percezione di una condotta altrui, non dall'interferenza prodotta dalla condotta altrui nel suo campo visivo, uditivo o percettivo, ma semplicemente dalla mera conoscenza che una certa condotta sia compiuta in privato da qualcuno. Ad esempio, è possibile che i vicini di casa di Tizio, o meglio gli abitanti dell'intero quartiere in cui Tizio abita, siano profondamente offesi, disgustati, imbarazzati dal fatto che nel suo appartamento si svolgano attività da loro considerate gravemente immorali (sesso con ragazze diciottenni, sesso sadomaso violento, orge, consumo di cocaina, coprofagia, cannibalismo su corpi di persone decedute e consenzienti). I vicini non sono mai testimoni diretti di alcuna delle scene "raccapriccianti", perché la camera da letto è insonorizzata, e vi sono tende spesse, infissi robusti e doppi vetri, ma *sanno* (perché la cognata di un'amica di una vicina di una cugina di una delle ragazze che hanno partecipato alle orge abita nel palazzo di Tizio) che queste cose avvengono nell'appartamento di Tizio. Nel risolvere questo problema Feinberg commette una "petitio principii" (*begging the question*). Feinberg sostiene che, anche qualora l'offesa cagionata dalla semplice conoscenza che una certa condotta avvenga in privato sia profonda, intensa, seria, diffusa nella maggioranza della popolazione, né sia evitabile, cioè anche qualora tutti i criteri stabiliti dalle massime di mediazione siano soddisfatti, questo non basta a legittimare l'uso della coazione da parte dello Stato.

È vero, continua Feinberg, che Tizio pone in essere una condotta in privato che, di fatto, offende molte persone, anzi che le offende profondamente (*a profound offence*) e che tali persone ritengono cagioni loro un'offesa ingiusta, ma non sta facendo *un torto* direttamente ai suoi vicini di casa²⁸. È come se Feinberg introducesse un altro criterio, *ad hoc*, che serve a distinguere tra *wrongful serious offence* (vomitare, defecare in pubblico) e *serious offence* (fare orge in privato), che non esplicita e non argomenta, e che non fa parte delle massime di mediazione di cui sopra. Quali sarebbero gli ulteriori criteri, oltre le massime di mediazione sopra individuate, che determinano quando un'offesa, oltre ad essere "serious", è anche "wrongful"? Perché la condotta posta in essere in privato, e che cagiona profonda offesa alla sensibilità morale di molte persone, tale da essere definita profonda, *non* dovrebbe contare come "offesa ingiusta"? Perché non lede i diritti delle vittime? Perché Feinberg dà per scontato, presuppone, da qui la fallacia, che le persone non hanno diritto a che venga proibita una condotta immorale posta in essere in privato

²⁸ «On the plausible assumption that desecration of sacred symbols even in private is wrong (even without a victim), there is a sense then in which it produces "wrongful offense" in the mind of any disapproving person who learns about it: The conduct is wrongful *and* it is a cause of a severely offended mental state. But that is not yet sufficient for it to be a "wrongful offense" in the sense intended in a truly liberal offense principle. The offense-causing action must be more than wrong; it must be *a wrong* to the offended party, in short a violation of *his* rights». Feinberg 1985, 68.

che cagiona loro profonda offesa, sebbene non ne siano testimoni diretti. Ma questo è esattamente ciò che Feinberg doveva argomentare.

Al contrario, l'*Offence Principle* non è in grado di risolvere questo problema, salvo condurre alla dissoluzione della concezione liberale (consentendo l'uso della forza in casi del genere). È possibile che Feinberg, ma l'autore non lo spiega, volesse intendere che chi effettua orge o cannibalismo su corpi di persone decedute e consenzienti in privato non sta offendendo *intenzionalmente*, cioè con dolo intenzionale, le persone che si ritengono gravemente offese da tale comportamento; dunque, in questo senso, non sta facendo un torto direttamente a loro, perché l'offesa profonda è una conseguenza certa, probabile o meramente possibile dell'azione compiuta, cioè l'offesa è cagionata con dolo eventuale o diretto. Ma in questo caso non si comprende perché dovremmo punire la maggior parte delle più comuni, secondo Feinberg, *wrongful offences*, ad esempio il nudismo o l'urinare a tarda notte per strada, perché anche il nudista, a differenza dell'esibizionista, non cagiona imbarazzo agli altri, cioè non cagiona una interferenza nella sfera percettiva e una molestia, con dolo intenzionale, bensì a seconda delle situazioni, con dolo diretto o eventuale. Il punto fondamentale è che non è importante solo calcolare quanto sia probabile che un'azione (fare orge in privato o camminare nudi per strada alle tre di notte) produca un certo risultato (offesa), ma anche che il danno psicologico che l'offesa provoca, da solo, non è sufficiente a giustificare l'uso della coazione penale.

Le due fallacie di cui sopra mostrano come l'*Offence Principle* non sia interpretabile, in modo coerente, come un principio liberale. L'*Offence Principle* fa inevitabilmente riferimento a ciò che viene considerato offensivo o molesto dalla maggioranza, o dalla stragrande maggioranza della popolazione, e il fatto che Feinberg escluda le "sensibilità abnormi o patologiche", che è un modo poco gentile per dire minoritarie (salvo casi di irrazionalità), dimostra che il criterio utilizzato non è liberale. Si tratta di un principio di carattere utilitarista²⁹. Al contrario, come abbiamo visto, una volta che creiamo una sfera protetta, nella quale l'individuo è sovrano, non ha alcuna rilevanza se l'attività svolta sia *benedetta* dalla maggioranza (marito e moglie che fanno l'amore nella posizione del missionario), o osteggiata dalla maggioranza (coprofagia, cannibalismo su corpi di persone decedute e consenzienti). Del resto, per quale ragione dovremmo creare una sfera di sovranità assoluta, se questa non servisse a proteggere la minoranza, se poi, cioè, contassero le preferenze della maggioranza? E non è possibile creare coe-

²⁹ Si tratta, semmai, entro limiti molto ristretti, di un criterio compatibile con l'*Harm Principle*, compatibile ove sia un criterio residuale, che può entrare in gioco quando il Principio del danno non sembra offrire, *prima facie*, una soluzione determinata (nel caso ad esempio di interferenze nella sfera percettiva che arrecano un certo disturbo, interferenze compiute con dolo diretto o eventuale, cioè che sono la mera conseguenza possibile o probabile di un'azione).

rentemente, in base ad una concezione liberale, un altro cerchio concentrico, un'altra sfera protetta di sovranità, oltre quelle individuate.

Ciò che si può fare con certezza, in base al Principio del danno, è proteggere le attività svolte in privato da adulti razionali, consenzienti e liberi da costrizioni (sfera assoluta di sovranità), proteggere le persone da interferenze che cagionano lesioni alla vita, all'integrità, alla proprietà, proteggerle dalle interferenze intenzionali nella sfera corporea (molestie sessuali) o percettiva (insulti, telefonate anonime, *stalking*), proteggere la loro identità personale (da diffamazioni).

Ma come fare a proteggere, in base al Principio del danno interpretato in modo strettamente liberale, le persone adulte dal flusso continuo e inarrestabile di interferenze nella sfera percettiva che, senza dolo intenzionale, senza intenzione di molestare, loro stesse possono compiere in pubblico, e che dagli altri possono essere compiute in pubblico, come nel caso del nudismo, della prostituzione per strada, del film pornografico visto da un viaggiatore sul suo iPad sull'autobus (cioè interferenze nella sfera percettiva compiute con dolo diretto o eventuale)? In altri termini, l'*Harm Principle*, come principio liberale, non sembrerebbe, *prima facie*, in grado di risolvere in modo certo tali questioni. Per tutelare le persone dalle interferenze nella sfera percettiva disturbanti, senza dolo intenzionale, compiute da altri (nudismo o attività sessuali compiute in pubblico ad esempio) si può ricorrere all'*escamotage* della protezione dei minori di età, del tutto coerente con il Principio del danno, o, in subordine, a criteri utilitaristi. L'equilibrio psicofisico dei minori sarebbe messo in pericolo, non leso verosimilmente, da immagini e azioni disturbanti (nudismo, rapporti sessuali visibili apertamente per strada).

In realtà, quali siano gli effetti – dannosi o meno – dell'esposizione di un bambino o di un pre-adolescente a immagini (contenute in video, riviste, tv, internet) che abbiano contenuti sessuali molto espliciti o pornografici è abbastanza controverso. Non ci sono prove scientifiche sufficientemente certe, né in un senso (assenza del danno), né nell'altro senso (presenza del danno). Per ragioni etiche, infatti, non è spesso possibile effettuare studi diretti sui bambini medesimi. Alcuni studi su adolescenti e pre-adolescenti sembrano mostrare alcuni possibili rischi derivanti anche dalla visione di materiale pornografico. Rischi che, tuttavia, variano al mutare di altre variabili, soprattutto, il contesto educativo, familiare e socio-economico, le credenze e gli atteggiamenti iniziali del ragazzo, la quantità di esposizione al materiale pornografico, il tipo di materiale consumato (violento, non violento, *softcore*, *hardcore*). Essenzialmente, come accade anche con la visione di materiali o di atti di tipo differente, anche il materiale pornografico induce in alcuni o molti bambini/ragazzi atteggiamenti e comportamenti emulativi. Il rischio concreto, e non mancano casi documentati, è che in assenza di un contesto educativo o di schemi interpretativi adeguati, il ragazzo o la ragazza non abbia le risorse cognitive ed emotive per interpretare correttamente ciò che ha visto, in modo da adottare i seguenti

comportamenti pericolosi o dannosi per sé e gli altri: molestie sessuali, comportamenti sessuali aggressivi o violenti, rapporti completi o incompleti, spesso molto precoci, in assenza di precauzioni contraccettive, o in assenza di precauzioni contro eventuali malattie sessualmente trasmissibili. O semplicemente potrebbero manifestarsi o rafforzarsi idee pericolose, ad esempio l'idea della sessualità come dominio o sottomissione dell'altro, o il *mito dello stupro*, cioè l'idea ridicola secondo la quale il desiderio inconscio o profondo della maggioranza delle donne sia quello di essere violentata. Si tratterebbe di un fattore di rischio (di molestie, violenze, trasmissione di malattie, gravidanze indesiderate) che, statisticamente, si aggiungerebbe ad altri fattori, come povertà, scarsa istruzione, contesti educativi sfavorevoli, già piuttosto significativi. Infine, alcuni studi specifici mostrano come l'esposizione (per un tempo molto limitato) di bambini molto piccoli (6-9 anni) a materiale sessualmente molto esplicito, sebbene non pornografico, provochi essenzialmente due reazioni. Da un lato, molti bambini non comprendono esattamente il significato delle scene, dall'altro lato molti di essi provano disagio, emozioni negative di fronte ad esse. Emozioni negative che, è facile immaginare, possono sedimentarsi, e la cui intensità può aumentare nel caso in cui l'esposizione fosse prolungata o ripetuta nel tempo³⁰.

Dunque, il nudismo o il compiere atti sessuali in pubblico sarebbero reati non gravi, da punire con sanzioni minori. E, tuttavia, in base al Principio del danno, è possibile risolvere molti casi, probabilmente tutti i casi di *offences* o *nuisances* rilevanti, svuotando, in tal senso, di utilità l'*Offence Principle*, ad esempio quelli di persone che urinano, defecano, gettano spazzatura, vomitano, smembrano cadaveri, ascoltano radio a tutto volume, per strada o in luoghi pubblici. Si tratta di condotte che, se compiute da pochissime persone, non creano, *stricto sensu*, danni alla salute, ma solo appunto nausea, imbarazzo, disgusto. Ma se compiute da alcune o molte persone, in un breve lasso di tempo, o peggio per un lungo periodo, basta una minoranza significativa della popolazione, aumentano considerevolmente il rischio di diffusione di batteri e infezioni patogene, o di disturbi uditivi, oltre a provocare un'interferenza nella sfera corporea di altri, che sono costretti a toccare materiale infetto (feci, urina, vomito, cadaveri). Si tratta, in altri termini, di danni cumulativi o incrementali. In secondo luogo, vi sono attività che, per loro natura, causano sensazioni fisiche, quindi sono interferenze nella sfera percettiva che si trasformano in interferenze nella sfera corporea (compiute con dolo diretto), come vedere qualcuno che vomita o sentire un forte odore

³⁰ Cfr. Etzioni 2004, 38-39; Oddone-Paolucci, Genuis, Violato 2000, 48 ss.; Jackson Harris, Barlett 2009. Un altro rischio molto serio, connesso soprattutto con la pornografia su internet (chat, siti porno), è la cosiddetta *online sexual solicitation*, che si verifica quando «one person attempts to persuade another person to talk about sex or engage in a sexual activity». Whitaker, Bushman 2009, 1055. Dunque il rischio è che pre-adolescenti siano preda di persone pericolose, come pedofili o ricattatori.

puzzolente che provoca nausea (nel caso di una persona che non si lava da tanto tempo, o che compie atti di coprofagia accanto a noi, ecc.), dunque questi ultimi sarebbero casi di danno esistenziale come definito all'inizio.

A conclusioni analoghe, cioè l'inadeguatezza dell'*Offence Principle*, si può giungere analizzando i due modi in cui è possibile interpretare/tradurre il concetto di *offence*. Se *offence* fa riferimento ad una semplice offesa, ad un comportamento che offende, allora sorge il problema dei comportamenti adottati in privato che possono suscitare rabbia, disgusto o disprezzo negli altri. In altri termini, se il principio implica vietare l'adozione di comportamenti che cagionano offesa, allora esso è troppo ampio. Se *offence* si traduce con molestia, l'ambito di applicazione del principio si restringe notevolmente, perché difficilmente una signora potrebbe affermare che il vicino che sniffa cocaina a casa sua *la sta molestando*. Ma in questo caso, il criterio sarebbe troppo restrittivo, oltre che illiberale, perché, allo stesso modo, sarebbe bizzarro se affermassi che il mio vicino di casa mi sta *molestando*, sol perché fa affermazioni false sul mio conto (che sniffo cocaina), o se entra senza permesso nel mio campo di grano senza alterare o danneggiare nulla.

In conclusione, il fallimento della strategia di Feinberg elaborata a proposito dell'*Offence Principle* ci offre una ragione ulteriore per escludere il danno relazionale, ma soprattutto il danno e lo stress psicologico, dai danni a terzi che possono rappresentare ragioni, da sole, sufficienti a giustificare l'uso della coazione penale. Il fatto che una condotta provochi disgusto, imbarazzo, rabbia, risentimento, odio, o altre emozioni negative non è una ragione sufficiente per usare la coazione penale. E questa, come sottolinea Ten³¹, è l'unica interpretazione plausibile del pensiero di Mill. Viceversa, la vita privata di chiunque potrebbe essere distrutta. Senza tenere conto di due ulteriori considerazioni. Mentre è possibile, entro certi limiti, controllare gli effetti che la nostra condotta ha su coloro che ne sono diretti testimoni, è molto difficile, a volte impossibile, controllare quali reazioni emotive, e in quali e quante persone, provochi la nostra condotta privata. Far dipendere l'uso della coazione penale da fenomeni a volte difficilmente controllabili o prevedibili (il fatto che la vicina di casa sia profondamente offesa o disgustata dal nostro comportamento) pone problemi ancora più gravi. In secondo luogo, è molto difficile per chiunque non abbia effettuato un *training* psicologico specifico individuare quale tipo di sentimento ha provato (se rabbia, disgusto, vergogna, che tipo di rabbia), e, dunque, è molto problematico far dipendere l'uso della coazione penale dal verificarsi di determinati eventi (Tizio ha provato rabbia o imbarazzo), e non di altri (Tizio ha provato disgusto morale). In altri termini, non solo il diritto penale

³¹ Ten 1980, 14 ss.

non dovrebbe tutelare gli individui dalla loro *corruzione morale*³², ma non dovrebbe neppure tutelare «meri sentimenti, anche se talora lo stesso codice penale si esprime in questi termini»³³. Quanto detto significa che l'*Offence Principle* semplicemente non è un criterio liberale, ma utilitaristico.

5. Alcune critiche al principio del danno

Alcuni autori, com'è noto, si oppongono all'applicazione del Principio del danno, così come qui interpretato. In base all'antipaternalismo e ad una concezione liberale, i danni fondamentali sufficienti a giustificare l'uso della coazione penale sono essenzialmente il danno fisico, psicofisico, economico, esistenziale, i danni dipendenti dalla violazione delle regole di imparzialità delle P.A., ove siano ingiusti (ma non esclusivi, vi sono anche i danni al paesaggio, ai beni artistici, archeologici, ambientali). Ad esempio, Donini, partendo dalla presunta indeterminazione del concetto di danno, muove un'accusa forte. Donini afferma che il concetto di *harm* (come anche quello di *offence* di Feinberg) non può coerentemente spiegare né la sua funzione negativa, cioè di escludere la punibilità di tutti i comportamenti che vorremmo non fossero duramente puniti, né quella positiva, cioè quella di giustificare tutte le incriminazioni che vorremmo introdurre. Dal punto di vista della funzione positiva, infatti, «né l'*harm* né l'*offence*, quali categorie generali, bastano per legittimare» tutte o alcune delle incriminazioni meritevoli di tutela (reati in materia di buon costume, pornografia, prostituzione, molestie alle persone). Quanto alla funzione negativa, il criterio del danno è, secondo Donini, da un lato troppo poco selettivo, perché «se veramente dovessimo intendere alla lettera il requisito del danno agli altri (...) dovremmo ritenere reati c.d. senza vittima e, dunque, fatti da liceizzare, quelli che dipendono da scelte immorali, ma consapevoli e volontarie della stessa vittima (droga, prostituzione, condotte sadomaso "lesive gravi" tra adulti, omicidio del consenziente, duello, rissa, lotte tra gladiatori o sport violenti pericolosi con accettata violazione reciproca di regole di tutela dell'incolumità e della vita, ecc.)». Dall'altro lato, tale criterio, secondo Donini, è poco selettivo, perché se il concetto di *harm* «(...) contiene i reati di pericolo a beni collettivi rispetto a condotte che minacciano

³² «Riteniamo che non sia compito di uno Stato laico e pluralistico, così come concepito in conformità alla lettura oggi dominante della Costituzione, imporre coercitivamente ai cittadini (...) determinate visioni morali». Fiandaca 2010, 219; cfr. Fiandaca 2008, 154.

³³ «Anche l'*incolumità pubblica* è stata a lungo interpretata come tutela della tranquillità o del sentimento di sicurezza, ma l'evoluzione moderna del concetto attorno alla categoria del pericolo comune o a quello individuale plurimo è tutta nel segno della depsicologizzazione, imposta da esigenze di chiarezza e certezza». Donini 2010, 80.

danni cumulativi, non si vede come non possa contemplare anche la pornografia violenta o quella infantile, la cessione di stupefacenti, le offese non consentite e gravi al buon costume e le molestie che non integrano ancora una “violenza privata”, ma dipendono da condotte indecenti o disgustose in pubblico»³⁴.

Il discorso di Donini dimostra, contrariamente alle intenzioni dell'autore, tutte le potenzialità e i vantaggi del requisito dell'*harm to others*. Il punto è che il concetto di *harm* non è soddisfacente dal punto di vista della concezione morale di Donini, che non mi è del tutto chiaro quale sia, ma quello di *harm* non è affatto un concetto incoerente o inadeguato, almeno come qui inteso. Soprattutto, non si comprende con quale argomento Donini intenda superare il valore fondamentale dell'autonomia individuale, tutelato dalla nostra Costituzione come principio di autodeterminazione. Innanzitutto, proprio il discorso di Donini mostra la grande utilità del Principio del danno nell'escludere la punibilità di numerosi atti considerati “autolesivi” compiuti in privato da un individuo (o più individui) le cui scelte siano (in estrema sintesi) libere da costrizioni e razionali, ad esempio eutanasia, suicidio assistito, consumo, e quindi cessione, di stupefacenti (di buona qualità), prostituzione (in casa), pornografia, sesso sadomaso anche violento, sport estremi.

Ho già argomentato sopra come il concetto di danno esistenziale ci consenta di punire le molestie, sessuali e non, lo *stalking*, la diffamazione, la violenza privata, la violazione di domicilio, e che la tutela dei bambini e dei minori di età ci consente di sanzionare (in modo lieve) le offese rilevanti al buon costume (nudismo, sesso, prostituzione) nei luoghi pubblici. Ho già argomentato altrove come, in base ad una concezione liberale, è perfettamente possibile, e auspicabile, vietare i combattimenti tra gladiatori molto violenti o all'ultimo sangue, i contratti di schiavitù volontaria o l'alienazione dei propri diritti fondamentali³⁵. In sintesi, una concezione liberale tutela una pratica contrattuale, perché tutela gli interessi di coloro che traggono profitto da quella pratica, e tutela, tramite il risarcimento del danno, la parte adempiente (ad esempio, una banca) contro quella inadempiente (ad esempio, il mutuatario che non vuole più pagare gli interessi sul mutuo) per proteggere gli interessi della prima. Si rendono vincolanti certi accordi tra le parti (contratto di mutuo) per rendere possibile una certa pratica contrat-

³⁴ Donini 2010, 74, 76-77.

³⁵ Cfr. Maniaci 2012, cap. III. Non approfondirò il problema della liceità del duello e della rissa. Non sono casi particolarmente interessanti. La rissa in locali pubblici o aperti al pubblico può essere vietata per numerose ragioni antipaternaliste (proteggere l'incolumità o la vita di clienti abituali, non consenzienti). Per chi lo desidera è sufficiente partecipare a dei *fight club*, che sarebbero (entro certi limiti procedurali) del tutto legittimi. Il duello è considerato, notoriamente, un caso “statisticamente inesistente”. Nessuno (o quasi) in Occidente desidera oggi difendere il proprio onore mediante duelli (all'ultimo sangue). La prova è che in Italia il reato è stato depenalizzato. E non certo per ragioni antipaternaliste. Cfr. *Fight Club*, di Chuck Palahniuk, 1996.

tuale ritenuta meritevole di tutela, tutelando la parte che potrebbe ragionevolmente non fidarsi della controparte che, in assenza di un contratto vincolante, potrebbe non adempiere la sua prestazione. Ma non tutti i contratti, non tutti gli interessi, sono da considerarsi meritevoli di tutela in base ad una concezione liberale. Così come, in base ad una concezione liberale, si tutela la volontà razionale del paziente che può decidere fino all'ultimo minuto di non praticare più l'eutanasia, sebbene precedentemente aveva manifestato il suo consenso alla stessa, allo stesso modo si può tutelare l'autonomia di uno schiavo che ha firmato un accordo di schiavitù, ma vuole ad un certo punto recedere dal contratto. Potere di recesso che renderebbe tali contratti di schiavitù non vincolanti, come se fossero giuridicamente invalidi. In questo caso, diventa prioritario tutelare *l'autonomia* dello schiavo, contro gli interessi degli eventuali padroni, cioè la sua volontà *attuale*, razionale e libera da pressioni coercitive, di recedere dal contratto. Accordi che potrebbero non essere tutelati perché si potrebbero considerare non meritevoli di tutela gli interessi di un miliardario sadico che in cambio di una grossa somma di denaro vuole uno schiavo a sua disposizione notte e giorno. Senza contare che pochissime persone razionali e libere da pressioni coercitive nel mondo occidentale vorrebbero stipulare un contratto di schiavitù, e che, se tali contratti fossero legalizzati, mercanti di esseri umani potrebbero schiavizzare *legalmente*, mediante uso di coercizione, molti migranti che già oggi sono schiavizzati contro la loro volontà.

Se Tizio volesse stipulare un contratto di schiavitù perché si tratta dell'unico modo, in un sistema di libero mercato, di assicurare, tramite una discreta somma di denaro, una vita dignitosa alla sua famiglia, ciò dovrebbe essergli temporaneamente impedito al fine di tutelare i diritti fondamentali di cui è o dovrebbe essere titolare, come un sussidio in caso di disoccupazione involontaria o il diritto a prestazioni sanitarie poco costose. Qualcuno potrebbe affermare che ho semplicemente spostato il problema. È vero che se lo Stato tutelasse i diritti fondamentali di Tizio, diritto alla casa e ad un sussidio di disoccupazione, probabilmente Tizio non vorrebbe stipulare un contratto di schiavitù. Ma se lo Stato è troppo povero per tutelare i diritti fondamentali delle persone? Se lo Stato, in un contesto economicamente e tecnologicamente poco sviluppato, non ha risorse sufficienti per tutelare tali diritti fondamentali? Non so se questa sia un'ipotesi realistica, perché in contesti molto poveri anche l'individuazione dei bisogni e diritti fondamentali può essere contestualizzata, tenendo conto soltanto dei bisogni minimi di sopravvivenza (un'alimentazione adeguata, un tetto, ecc.). Immaginiamo, tuttavia, che lo Stato non possa tutelare i diritti fondamentali di Tizio. Dovremmo consentirgli di stipulare un contratto di schiavitù? Sarebbe realistico che un imprenditore proponesse a Tizio un contratto di schiavitù? Non credo, perché tali contratti sarebbero o *fuori mercato* o contrari agli interessi di molti lavoratori. Come dice Fein-

berg, sono un caso più teorico, che realistico.

Se un imprenditore ha bisogno di manodopera, e vuole risparmiare il più possibile sui costi, potrebbe voler stipulare un contratto che preveda che Tizio lavori come uno schiavo per 14 ore al giorno senza pause, invece delle sette ore previste dai contratti nazionali di lavoro. In questo caso, tuttavia, l'imprenditore non vorrebbe pagare a Tizio una somma discreta di denaro; non avrebbe senso per l'imprenditore pagare Tizio più di quanto gli costerebbero due lavoratori che fanno ciascuno un turno di 7 ore. E un contratto di schiavitù ha dei costi aggiuntivi, come il vitto o l'alloggio. L'imprenditore vorrebbe pagare Tizio meno di quanto gli costerebbero due lavoratori in due turni di sette ore, altrimenti il contratto di schiavitù non sarebbe conveniente. E, tuttavia, poiché Tizio è *costretto*, dalla povertà, ad accettare un lavoro di 14 ore al giorno, e poiché tale turno massacrante rappresenta un danno per Tizio, lo Stato può intervenire, senza alcuna spesa aggiuntiva, imponendo all'imprenditore di assumere Tizio per un turno di lavoro non superiore a sette ore, obbligando l'imprenditore a ridurre i profitti. A questo punto, l'imprenditore, se ha realmente bisogno di quella manodopera, sarà costretto ad assumere Tizio per un turno di lavoro di sette ore.

Si potrebbe controbiettare. Se due lavoratori in due turni di lavoro da sette ore costano, poniamo in base ai contratti nazionali di lavoro, all'imprenditore, comprese imposte e contributi previdenziali, 50000 euro l'anno, Tizio e l'imprenditore non potrebbero stipulare un contratto che preveda un turno da schiavi, di 14 ore, in cui Tizio guadagna 30000 euro l'anno, cioè di più di quello che prenderebbe se fosse assunto per un turno di sette ore? Entrambi ci guadagnerebbero, Tizio guadagnerebbe 30000 euro l'anno, invece di 25000, l'imprenditore avrebbe un costo di 30000, invece di 50000. In generale, si può replicare che alcuni o molti diritti dei lavoratori, alle ferie retribuite, al riposo giornaliero, ad una retribuzione oraria minima, sono diritti indisponibili che tutelano interessi dei lavoratori, cioè la cui indisponibilità tutela l'interesse alla chiusura della negoziazione con i datori di lavoro. Se la negoziazione su questi diritti fosse possibile, se non ci fosse un orario massimo stabilito per i turni di lavoro e gli straordinari, si potrebbe facilmente creare, dal punto di vista della offerta di lavoro, un mercato al ribasso, in cui alcuni spinti dalla povertà potrebbero accettare condizioni di lavoro sempre peggiori in cambio di qualche risorsa economica in più, ad esempio turni di 14 ore, contro gli interessi e la volontà di coloro che non vogliono lavorare così tanto. In breve tempo, il mercato potrebbe proporre soltanto contratti di lavoro con turni massacranti, ledendo l'autonomia di coloro che desiderano turni di lavoro non massacranti. Dal punto di vista della domanda di lavoro, gli imprenditori potrebbero esercitare pressioni coercitive (minacce di licenziamenti, delocalizzazioni, riduzione della produzione) per indurre i lavoratori ad accettare contratti con

meno tutele e meno diritti, a parità di retribuzione.

Allo stesso modo, non mancano argomenti liberali contro la legalizzazione di combattimenti tra gladiatori molto violenti o all'ultimo sangue. Innanzitutto, una concezione liberale può tutelare l'autonomia e la volontà *attuale* e razionale di un gladiatore sconfitto, che preferisce uscire dal combattimento piuttosto che essere ucciso o mutilato, nonostante il contratto ipotetico di combattimento prevedesse l'uccisione in caso di sconfitta. Anche in questo caso, si possono rendere tali contratti giuridicamente non vincolanti, tutelando la volontà ultima del gladiatore, rendendo di fatto economicamente non vantaggiosi tali contratti. Chi pagherebbe per assistere ad uno spettacolo che non si conclude nel modo previsto, e che giustifica il prezzo del biglietto, rispetto ad uno spettacolo normale? I produttori dello spettacolo non sarebbero costretti a rimborsare il biglietto nel caso non si concluda come gli spettatori vogliono? In secondo luogo, pochissime persone vorrebbero, razionalmente e libere da costrizione, essere uccise, o mutilate, dopo aver perso un combattimento all'ultimo sangue tra gladiatori, prova ne sia che i gladiatori degli antichi romani o quelli immaginati dal cinema (*The Running Man*) erano *costretti* ad essere uccisi (in particolare era la folla urlante o l'imperatore a scegliere se graziare il gladiatore sconfitto oppure farlo uccidere), e la scarsa probabilità che tale manifestazione di volontà sia razionale e libera da pressioni coercitive rende necessario che la P.A. controlli, *ex ante*, mediante procedure adeguate, la razionalità e la libertà da pressioni coercitive del gladiatore.

Si tratterebbe di un costo importante per la collettività, per evitare che persone affette da disturbi di personalità o in vari modi costrette si facessero massacrare in uno spettacolo pubblico, costo che non vedo ragioni convincenti per sostenere. Come nel caso dei contratti di schiavitù, infatti, si tratta verosimilmente di "casi statisticamente inesistenti", di attività che pochissime persone desiderano svolgere e, dunque, la procedura burocratica volta ad accertare che il consenso dei gladiatori sia razionale, informato dei fatti rilevanti, libero da coazione sarebbe molto costosa per la P.A. Anche perché, come abbiamo visto, i funzionari della P.A. incaricati di svolgere tali procedure di accertamento del consenso dovrebbero avere stipendi molto elevati, le procedure medesime dovrebbero essere svolte in modo corretto e imparziale, dunque prevedere vari meccanismi di controllo, onde evitare che multinazionali ricche e potenti possano profittare della situazione. In terzo luogo, si può verosimilmente prevedere un rischio di un danno a terzi, perché la visione da parte degli spettatori di uno spettacolo in cui un essere umano viene *realmente*, non nella finzione di un film, fatto a pezzi e poi ucciso potrebbe ragionevolmente gratificare e intensificare gli impulsi sadici degli spettatori, con possibili rischi di danni a terzi.

Infine, una volta legalizzata l'eutanasia e il suicidio assistito, come pratiche comuni da svolgersi in cliniche e ospedali specializzati mediante apposite proce-

dure che controllino la volontà razionale e libera da pressioni coercitive del paziente, vi sono buone ragioni per vietare l'omicidio del consenziente, ragioni di carattere probatorio. Qualunque killer, infatti, potrebbe costringere una vittima a firmare una lettera in cui (o a dichiarare in un video che) manifesta la volontà di volere essere ucciso e poi ucciderlo.

Non si comprende, invece, perché qualora il concetto di danno comprenda anche quello di pericolo (*danger, risk*), compresi i reati di *pericolo astratto*, dovremmo punire anche la pornografia violenta o la cessione di stupefacenti. Né, soprattutto, comprendo perché tali "incriminazioni" dovrebbero preoccuparci. Perché preoccuparsi di accettare le conseguenze logiche dell'applicazione del Principio del danno. Qualora si dimostrasse che il consumo di pornografia violenta o di determinati stupefacenti ha una certa probabilità di produrre in molti consumatori comportamenti violenti nei confronti di terzi (cosa che è tutta da dimostrare), ci sarebbero ragioni per punire il consumo di tali beni. Ad esempio, è noto che manchino prove empiriche sufficientemente garantite che mostrino una relazione causale tra pornografia, anche violenta, e crimini sessuali³⁶. Ma anche in questi casi se il consumatore è pienamente consapevole del rischio, ad esempio che un abuso di cocaina può comportare, come di fatto può accadere, una crisi paranoica, il venditore del bene (cocaina) sarebbe scusabile e la responsabilità dell'evento criminoso ricadrebbe sul consumatore.

Il punto, a mio avviso, è un altro. Ed è efficacemente sottolineato da Husak. Il Principio del danno sicuramente comprende anche quello di pericolo (che un danno si realizzi). Ma una delle sue funzioni fondamentali è quella di restringere l'ambito di applicabilità dei reati cosiddetti di pericolo astratto. Da un lato, infatti, ha senso punire una certa condotta, se e soltanto se ha una certa probabilità (medio-alta) di produrre un certo evento lesivo (dannoso). Se la visione di un singolo film pornografico violento è in grado di alterare violentemente uno su un milione di consumatori (adulti e razionali) di codesti film, non credo che tale fatto potrebbe essere una ragione sufficiente per incriminarne il consumo. Dall'altro lato, cosa ancora più importante, l'adozione del Principio del danno dovrebbe costringere alcuni interpreti dottrinali e istituzionali del diritto penale ad abbandonare la pigrizia o il potenziale paternalismo che, a volte, li spinge a cercare facili giustificazioni della punibilità di certe condotte. Individuare astratti e quanto mai indeterminati beni giuridici immateriali e/o collettivi da tutelare, come sicurezza delle strade, qualità della vita, pace sociale, fiducia dei consumatori, identità sociale, sicurezza pubblica, sentimenti religiosi o patriottici, valori religiosi o patriottici, struttura tradizionale della famiglia, fede pubblica, beni giuridici chiamati a giustificare l'uso della sanzione penale, è poco compatibile con il Prin-

³⁶ Cfr. Maniaci 2016.

cipio del danno come qui interpretato, salvo che si specifichi cosa c'è realmente dietro questi valori. Bisognerebbe precisare, infatti, quale danno una certa condotta realizzi, o quale danno rischi di cagionare e/o ancora quale *grado* di rischio, cioè quale sia la probabilità, in base a premesse epistemologicamente e scientificamente corrette, che una certa condotta realizzi un certo danno X. L'indeterminatezza di tali beni giuridici (come sicurezza pubblica, pace sociale, qualità della vita) apre la strada alla china infernale del paternalismo, dell'autoritarismo di Stato o del dispotismo dei sentimenti collettivi. Non soltanto, infatti, si applicherebbero principi perfezionisti o utilitaristi (sebbene non necessariamente paternalisti), ma lo si farebbe in modo dissimulato.

6. *L'indeterminatezza del principio del danno*

Infine, alcuni autori considerano tutti questi *distinguo*, ad esempio la necessità di distinguere differenti tipi di danno (fisico, psicofisico, economico), la necessità di separare, da una prospettiva liberale, i danni a terzi rilevanti da quelli non rilevanti, nonché, in generale, l'indeterminatezza semantica del concetto di danno, come il sintomo evidente del fallimento dell'intera strategia argomentativa inaugurata da John Stuart Mill, la *morte* stessa del Principio del danno. La forza del Principio del danno, come definito da Mill, starebbe, infatti, nell'offrire un criterio semplice, chiaro, preciso, inequivocabile, che giustifichi l'uso della coazione statale. L'esistenza di un danno a terzi. Essere costretti a distinguere differenti tipi di danno, alcuni dei quali non rilevanti, alcuni dei quali, anche se da taluni considerati ingiusti, non sono ragioni sufficienti a giustificare la coazione penale, indebolirebbe, in modo fatale, tale argomentazione³⁷.

L'obiezione non coglie, in realtà, nel segno. Per diverse ragioni. Non esistono, innanzitutto, concetti che non abbiano un certo grado di indeterminatezza (anche *potenziale*), cioè casi dubbi di applicazione. Anche i concetti più semplici, come quelli utilizzati, in fisica, per misurare lo spazio, ne sono affetti. A maggior ragione, concetti complessi, punti di intersezione di concezioni ontologiche e culturali confliggenti. E, tuttavia, la maggior parte dei casi di applicazione del concetto di "danno" ha carattere paradigmatico. Chi dubiterebbe, nella comunità occidentale attuale, che un danno fisico, alla vita, un danno psicofisico o economico non sia un *danno*? Stessa cosa per alcuni casi certi di danno esistenziale. Se un sequestro di persona, o un'interferenza sistematica sul suo corpo o nel suo domicilio, non rappresenta una violenza nei confronti di un individuo, non so cosa dovrebbe rappresentarlo. Altrettanto evidente, come abbiamo visto, è il modo nel quale

³⁷ Cfr. Wertheimer 1977; Del Bò 2007; Donini 2010; Sartorius 1983.

sarebbe sconvolta la vita delle persone, nel mondo occidentale, se solo si pensasse di considerare danni a terzi che possano giustificare da soli l'uso della coazione penale il disgusto morale o lo stress o il danno psicologico (la rabbia poniamo) che i vicini o i genitori di Tizio provano per il suo comportamento (avere divorziato da sua moglie). Per non parlare dell'assurdità di considerare un danno a terzi il presunto "danno morale".

C'è, tuttavia, un'altra ragione per non abbandonare il Principio del danno. Quale sarebbe l'alternativa? L'alternativa è il ritorno, in chiave liberale, o peggio illiberale, all'*enforcement of morals*. Vediamo cosa dice Dworkin al riguardo. «Ogni comunità ha un ambiente etico e questo ambiente etico incide sulla vita dei suoi membri. Una comunità che tolleri l'omosessualità, e in cui l'omosessualità abbia una forte presenza, fornisce un ambiente etico diverso da quello di una comunità in cui l'omosessualità è proibita, e alcuni ritengono di essere danneggiati da questa differenza. Per esempio, trovano molto più difficile trasmettere ai figli le proprie inclinazioni e i propri valori». E, tuttavia, la maggioranza *non* ha il diritto di eliminare qualunque cosa rechi un danno nell'ambiente etico. «Ciascun membro della maggioranza ha diritto soltanto ad un equo impatto sul proprio ambiente: lo stesso impatto esercitato da ogni altro individuo. Non ha diritto all'ambiente che gli renderebbe più facile trasmettere ai figli le sue più salde convinzioni»³⁸. Il "Principio dell'Equo impatto sul proprio ambiente etico" è ciò che dovrebbe sostituire il Principio del danno. Cos'è un equo impatto? Il molestatore non ha diritto ad un equo impatto sull'ambiente circostante? Si potrebbe dire che se il molestatore ha il diritto di *palpeggiare* le commesse dei Grandi Magazzini, queste ultime hanno diritto a schiaffeggiarlo pubblicamente. È un impatto equo? E il nudista non ha diritto ad un equo impatto? Si potrebbe affermare che ho il diritto di guardare gli album di fotografie del mio vicino, violando il suo domicilio, tanto quanto lui ha il diritto di guardare le mie foto. O che ho il diritto ad un equo impatto sull'identità personale di ciascun membro della collettività, ad esempio il mio vicino di casa, e viceversa, o che ho il diritto (dal punto di vista attivo e passivo) ad una dose, moderata, equa, di diffamazione, tanto quanto il mio vicino ha tale diritto. Così, alle riunioni di condominio, ciascuno ha diritto ad una equa *chance* di diffamare l'altro, ciascuno ha diritto a raccontare storie sul proprio vicino di casa che siano una equa e affascinante miscela di falsità e verità, di plausibilità e implausibilità, di superficialità e accuratezza. Ai posteri l'ardua sentenza. Non so cosa sia un "equo impatto", ma soprattutto, non vedo come sostituire il Principio del danno con un principio che ha un grado di indeterminatezza maggiore, molto maggiore, sia di qualche utilità.

³⁸ Dworkin 2002, 231.

Bibliografia

- Alemany, M. (2005). *El concepto y la justificación del paternalismo*, «Doxa», 28
- Alemany, M. (2006). *El paternalismo jurídico*, Madrid, Iustel
- Atienza, M. (1988). *Discutamos sobre paternalismo*, «Doxa», 5
- Bartoli, C. (2008). *La teoria della subalternità e il caso dei dalit in India*, Rubbettino editore
- Del Bò, C. (2007). *Laicismo, neutralismo e «legal enforcement of morals»*, “Ragion Pratica”, 28
- Diciotti, E. (1986). *Paternalismo*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», XVI, 2
- Diciotti, E. (2005). *Preferenze, autonomia e paternalismo*, «Ragion pratica», 24
- Donini, M. (2010). “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg, in A. Cadoppi (a cura di) *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, Giuffrè
- Duff, R. A. (2001). *Harms and Wrongs*, “Buffalo Criminal Law Review”, 5
- Dworkin, G. (1983). *Paternalism*, in Sartorius, R. (ed.), *Paternalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press
- Dworkin, R. (2002). *Virtù sovrana*, Feltrinelli
- Etzioni, A., *On Protecting Children From Speech*, “Chicago-Kent Law Review”, 79, 3, 2004
- Feinberg, J. (1983). *Legal Paternalism*, in Sartorius, R. (ed.), *Paternalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press
- Feinberg, J. (1984). *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Others*, N.Y., O.U.P.
- Feinberg, J. (1985). *The Moral Limits of the Criminal Law. Offence to Others*, N.Y., O.U.P.
- Feinberg, J. (1986). *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*, N.Y., O.U.P.
- Feinberg, J. (1994). *Harmless Wrongdoing*, in Dworkin, G. (ed.), *Morality, Harm and the Law*, Westview Press
- Fiandaca, G. (2008). “Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia”, in AAVV, *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, Giappichelli
- Fiandaca, G. (2010). “Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi”, in A. Cadoppi (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, Giuffrè
- Gardner, J. (1996). *Justifications and Reasons*, in A.P. Simester, A.T.H. Smith (eds.) *Harm and Culpability*, Oxford University Press

- Gardner, J. (2007). *Offences and Defences*, Oxford, Oxford University Press
- Garzón Valdés, E. (1988). *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, «Doxa», 5
- Garzón Valdés, E. (1988). *Sigamos discutiendo sobre el paternalismo*, «Doxa», 5
- Gert, B., Culver, C. (1976). *Paternalistic Behavior*, «Philosophy and Public Affairs», 6
- Hart, H. (1968). *Diritto, morale e libertà*, Acireale, Bonanno
- Jackson Harris R., Barlett C. P. (2009), *Effects of Sex in the Media*, in J. Bryant, M.B. Oliver (eds.), *Media Effects: Advances in Theory and Research*, Erlbaum, Psychology Press.
- Lamond, G. (1996). *Coercion, Threats and the Puzzle of Blackmail*, in A.P. Simester, A.T.H. Smith (eds.) *Harm and Culpability*, Oxford University Press
- Maniaci, G. (2012). *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, Giappichelli
- Maniaci, G. (2016). *Aporie e distorsioni del femminismo radicale*, «Diritto e Questioni Pubbliche», 16
- Maniaci, G. (2017). *Il concetto di danno nell'etica liberale e i suoi critici*, "Rivista di filosofia del diritto", 345 ss.
- Mill, J.S. (1997). *Saggio sulla libertà* (1859), Milano, il Saggiatore
- Oddone-Paolucci E., Genuis M., Violato C. (2000), *A Meta-Analysis on the Published Research on the Effects of Pornography*, in C. Violato, E. Oddone-Paolucci, M. Genuis (eds.), *The Changing Family and Child Development*, Aldersgate UK, Ashgate Publishing
- Pino, G. (2003). *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, il Mulino
- Ripstein, A. (2006). *Beyond the Harm Principle*, "Philosophy & Public Affairs", 34, 3
- Sartorius, R. (1983). *Introduction*, in R. Sartorius (ed. by), *Paternalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press
- Spena, A. (2010). *Harmless Rapes? A False Problem for the Harm Principle*, "Diritto e Questioni pubbliche", 10
- Tadros, V. (2011). *Harm, Sovereignty and Prohibition*, "Legal Theory", 17
- Ten, C.L. (1980). *Mill On Liberty*, Oxford, Clarendon Press
- Tesaurò, A. (2004). *Il bilanciamento nella struttura della diffamazione tra teoria del reato e teoria dell'argomentazione giudiziale*, "Rivista di Diritto e Procedure Penale"
- Tincani, P. (2009), *Harm Principle - Il Principio del danno*, in F. Sciacca, *L'individuo nella crisi dei diritti*, Il Melangolo
- Tobagi, B. (2009). *Come mi batte forte il tuo cuore. Storia di mio padre*, Torino, Einaudi
- VanDeVeer, D. (1986). *Paternalistic Intervention*, Princeton, Princeton University Press

ty Press

Waldron, J. (1993). *Mill and the Value of Moral Distress*, in J. Waldron, *Liberal Rights*, N.Y., C.U.P

Wertheimer, A. (1977). *Victimless Crimes*, "Ethics", vol. 87, n. 4

Whitaker, J.L., Bushman B.J. (2009), *Online Dangers: Keeping Children and Adolescents Safe*, "Washington & Lee Law Review", 66

GIANFRANCO MARTIELLO

VIOLENZA PUBBLICA POTENZIALMENTE LETALE E
DIRITTO ALLA VITA EX ART. 2 CEDU:
A PROPOSITO DELL'ART. 53 C.P. "CONVENZIONALMENTE RILETTO"

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'art. 2 CEDU e l'obbligo di «adeguatezza» della disciplina nazionale in materia di uso della forza pubblica con effetti potenzialmente letali. – 3. Le legittime violazioni del diritto alla vita: il paragrafo secondo dell'art. 2 CEDU ed il limite della «assoluta necessità». – 4. Le potenziali ricadute dei *desiderata* convenzionali sull'art. 53 c.p.: cenni alle opinioni sorte in dottrina. – 5. Suggerimenti conclusive: verso una "proporzionalità differenziata" tra difesa pubblica e difesa privata dei diritti?

1. *Premessa*

È opinione diffusa che la causa di giustificazione prevista dall'art. 53 c.p. costituisca espressione della matrice autoritaria dell'attuale codice, la conferma forse più probante dell'ideologico sbilanciamento – a favore del pubblico ufficiale – del rapporto tra Autorità e Libertà allora professato, così tanto distante da quello inteso prima dal codice Zanardelli e poi dalla Carta costituzionale. Ci si troverebbe di fronte, insomma, ad una sorta di "scriminante di regime", la quale, sotto il pretesto della «necessità di eliminare le controversie, che si fanno, per determinare quale sia la precisa discriminante che si adegua all'uso delle armi, compiuto od ordinato dal pubblico ufficiale, al fine di adempiere un dovere del proprio ufficio»¹, avrebbe invece introdotto un odioso privilegio a favore della Forza pubblica, funzionale, alla bisogna, anche a reprimere il dissenso politico². Nondimeno, in assenza di una pronuncia di incostituzionalità resa dalla Consulta, che si è invero limitata ad agire sul cascame procedimentale del-

¹ In tal senso, difatti, si esprimeva la *Relazione sul Libro I*, che può leggersi in MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO (a cura di), *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, Parte 1^a (*Relazione sul Libro I del Progetto*), Roma, 1929, 96 s.

² A scopo esclusivamente esemplificativo, basti il riferimento a PISA, *Osservazioni sull'uso legittimo delle armi*, in *Annali Fac. giur. Univ. Genova*, 1971, 148 s.; MEZZETTI, *Usò legittimo delle armi*, in *Dig. disc. pen.*, XV, Torino, 1999, 125; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, III^a ed., Milano, 2004, 563; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X^a ed., Padova, 2017, 265; CARUSO DE CAROLIS, CONTINIELLO, *L'uso legittimo delle armi*, Bergamo, 2016, 20 s.; SARTARELLI, *Usò legittimo della violenza pubblica e diritto penale*, Bari, 2018, 2 s.

la scriminante *de qua*³, ed in mancanza di una novella che l'abbia espulso dal sistema o modificato in senso più conforme allo spirito democratico⁴, l'art. 53 c.p. non solo sopravvive ma non risulta nemmeno poi così tanto sconosciuto neanche ai recenti repertori di giurisprudenza, come la premessa suggerirebbe. Anzi, se mai uno dei più noti progetti di nuova codificazione penale dovesse divenire legge, una precipua causa di giustificazione dell'uso della coazione pubblica parrebbe comunque destinata a resistere⁵, e quindi, non senza qualche paradosso, a sopravvivere allo stesso codice Rocco.

Ma quale il segreto di cotanta longevità? La risposta va ricercata, come noto, nell'opera di ortopedia interpretativa condotta dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che nel tempo hanno ristretto il raggio applicativo dell'art. 53 c.p., cercando di adeguarne il contenuto scriminante, più che a puntuali disposizioni costituzionali, che solo in maniera indiretta affrontano la materia, alla riconosciuta intonazione personalistica della Carta, che avrebbe quindi ribaltato il precedente rapporto Autorità-Libertà⁶. In specie, tale opera di adeguamento-restrizione è nella sostanza consistita nel sottoporre (anche) la figura scriminante in parola al limite della «proporzione», sebbene sui termini del rapporto che esso sottende, e sul criterio misuratore che ne dovrebbe costituire l'essenza operativa, non esista per vero unanimità di vedute⁷.

Le norme da considerare “apicali” dell'ordinamento, alle quali ogni sua disposizione deve poi *rationem reddere*, sono tuttavia aumentate nel tempo, considerato che quelle influenze del diritto sovranazionale che la stessa Carta aveva program-

³ Ci si riferisce, nello specifico, a Corte cost., 6.6.1963, n. 94, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 782, con nota di CRISAFULLI, la quale ritenne illegittimo l'art. 16 c.p.p. abr., che aveva introdotto nel rito penale la così detta «garanzia amministrativa» a favore degli agenti o ufficiali di P.S. o di P.G. «per fatti commessi in servizio e relativi all'uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica».

⁴ Antitetico è stato, invece, l'unico intervento legislativo sulla disposizione, ovvero quello operato dall'art. 14 della l. 22.5.1975, n. 152 (così detta «legge Reale»), che ha esteso i confini scriminanti dell'art. 53 c.p. all'uso della violenza pubblica diretta a «comunque [...] impedire la consumazione» di certi delitti, finendo così per arretrare il limite dell'intervento repressivo violento del pubblico ufficiale: sul punto, v. criticamente, per tutti, BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)*, in *Quest. crim.*, 1975, 258 s.; MORI, SARACENI, *La «legge Reale»*. Come la borghesia si difende, Roma, 1975, 64 s.; PECORELLA, *La legge Reale: un attentato alla Costituzione*, in AA.VV., *Ordine pubblico e criminalità*, Milano, 1975, 93.

⁵ Cfr. difatti: l'art. 16, n. 6, del “progetto Pagliaro”; l'art. 51 del “progetto Riz”; l'art. 38 del “progetto Grosso”; l'art. 31, nn. 1) e 2), del “progetto Nordio”; l'art. 15, lett. b), del “progetto Pisapia”.

⁶ In argomento, v. per tutti MANTOVANI, *Libertà, ordine e disordine* (1972), ora in ID., *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, 173 s.

⁷ V. sul punto, riassuntivamente, RIPAMONTI, *Art. 53*, in DOLCINI, GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, I, IV^a ed., Milano, 2015, 974 s., nonché, per un'analisi della complessa struttura del giudizio di proporzione, SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 365 s. e COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2010, 224 s.

maticamente autorizzato agli artt. 10 e 11 si sono rivelate sempre più penetranti, tanto da costringere il giudice interno a doversi oggi districare in un vero e proprio “labirinto” di disposizioni nazionali ed extranazionali e di pronunce di corti nazionali e sovranazionali⁸. In questa precipua sede, tuttavia, l’attenzione sarà rivolta alla sola «Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali» (CEDU). Va difatti considerato che, diversamente da altri atti internazionali e dalla nostra stessa Costituzione, ove la cornice di principio nella quale inscrivere l’uso della forza pubblica deve essere dedotta, come detto, dal più generale tenore dei rapporti Autorità-Individuo, a sua volta ricostruibile da più statuizioni o *rationes* costituzionali⁹, nella CEDU è presente una disposizione che si occupa *expressis verbis* del precipuo tema che ci impegna, affrontando, anzi, la questione forse più spinosa che esso suscita: la legittimità dell’uso della forza pubblica che porti alla compromissione del bene più prezioso dell’essere umano, ossia quello della vita, che nella nostra Carta, come noto, è ricavabile soltanto per presupposizione¹⁰.

Ed è proprio sul dato normativo offerto dalla CEDU e sull’interpretazione in più parti evolutiva che di esso hanno dato nel tempo i giudici di Strasburgo che occorre adesso soffermare l’attenzione.

2. *L’art. 2 CEDU e l’obbligo di «adeguatezza» della disciplina nazionale in materia di uso della forza pubblica con effetti potenzialmente letali*

Secondo una certa impostazione teorica, dal punto di vista contenutistico il diritto alla vita si articolerebbe in tre distinti interessi: quello ad «acquisire» la vita, quello a «conservare» la stessa e quello a «rinunciare» alla medesima¹¹. Ben si comprende, tuttavia, come in questa sede il profilo di maggiore interesse sia quello della «conservazione» del bene-vita, in particolare rispetto alle aggressioni che ad essa possono muovere organi dello Stato¹². In tale prospettiva, la principale

⁸ Il riferimento è, chiaramente, a MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, *passim*.

⁹ Sulle ragioni storiche dell’affermazione e della non espressa consacrazione del diritto alla vita nelle Carte fondamentali, v. OLIVETTI, *Art. 2*, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO, *L’europa dei diritti*, Bologna, 2001, 45 s.

¹⁰ Su tale ultimo aspetto, v. per tutti GEMMA, *Vita (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, 680 s. Peraltro, ai cultori del diritto penale è ben noto come proprio la non esplicita menzione nella Carta di alcuni rilevanti diritti, ed *in primis* di quello alla vita, nondimeno oggetto di tutela penale, fornì agio a molte delle critiche mosse alla teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico, per la cui difesa i suoi fautori dovettero ricorrere, tra l’altro, proprio ai concetti di bene “implicito” o “presupposto” dalla Costituzione: per una ricapitolazione della vicenda, v. per tutti MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 64 s.

¹¹ Per questa tripartizione contenutistica, v. GEMMA, *Vita*, cit., 670.

¹² Per vero, occorre ricordare che, secondo la Corte EDU, l’obbligo di protezione «adeguata» riguarderebbe gli attentati alla vita provenienti non solo dallo Stato ma anche dai privati: sul punto,

problematica che il suddetto art. 2, § 1, fa sorgere è quella della perimetrazione dell'obbligo di «protezione» della vita che esso pone a carico della legge nazionale degli Stati firmatari.

Occorre infatti specificare che la predetta disposizione convenzionale rende sindacabile alla Corte EDU non solo, come a breve si dirà, il concreto utilizzo che in specifici contesti l'Autorità abbia fatto della violenza letale, e quindi l'osservanza dell'obbligo «negativo» dello Stato di non provocare intenzionalmente la morte di un uomo, ma anche – e come obbligo «positivo» di salvaguardia della vita – la stessa «adeguatezza» del quadro legislativo e regolamentare predisposto a protezione della stessa, e ciò, per quanto attiene al diritto penale, sia sul piano procedimentale che su quello sostanziale¹³, che in questa sede segnatamente interessa.

Orbene, a tale ultimo proposito non si può qui non segnalare che il sindacato di adeguatezza esercitato dalla Corte EDU sui sistemi nazionali di tutela della vita non ha storicamente riguardato soltanto l'esistenza ovvero la misura dell'effettività o dell'efficacia deterrente di norme che incriminassero comportamenti offensivi di tale bene giuridico; al contrario, esso si è nel tempo esteso anche al merito della disciplina interna degli Stati che avessero introdotto cause di non punibilità – da intendersi in senso lato – aventi ad oggetto le medesime condotte lesive¹⁴. Il presupposto giustificativo di un tale e più esteso vaglio riponderebbe, com'è stato osservato, sull'assunto logico secondo cui una legislazione statale che autorizzasse in modo assai comprensivo, o – il che alla fine è lo stesso –

v. infatti OLIVETTI, *Art. 2*, cit., 47, ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile": quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 172, RUSSO, BLASI, *Art. 2*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 41, BESTAGNO, *Art. 2*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 44 s., ma in tale senso v. già CHIAVARIO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 144 s.

¹³ Sulla configurabilità e sul contenuto degli obblighi «negativi» e «positivi» di tutela del diritto alla vita che derivano agli Stati dall'art. 2 CEDU, incluso l'assai discusso obbligo di penalizzazione di certe condotte, v., con diversità di accenti, CHIAVARIO, *La convenzione*, cit., 134, in nota, 135, DE SALVIA, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo. Procedure e contenuti*, Napoli, 1997, 81, e con richiami di giurisprudenza relativi anche a pronunce sugli obblighi procedurali, v. NICOSIA, *Convenzione dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 255 s. e 264 s.; ESPOSITO, *Il diritto*, cit., 164, 165 s., VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della CEDU*, in *Giur. merito*, 2008 (suppl. al n. 12), 89 s. (e successivamente, Id., *Obblighi convenzionali di tutela penale*, in MANES, ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 247 s.); LETTIERI, *L'art. 2 della convenzione sui diritti umani sul diritto alla vita*, in *Giur. merito*, 2009, 2312 e 2315 s.; BESTAGNO, *Art. 2*, cit., 36-37, 41 s.; ZIRULIA, *Art. 2*, in UBERTIS, VIGANÒ, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, 52 s.; SARTARELLI, *Uso*, cit., 74.

¹⁴ Su questo specifico filone d'indagine giurisprudenziale, v. NICOSIA, *Convenzione*, cit., 90 s., ma spec. 98 s.; VIGANÒ, *Il diritto*, cit., 93 (e poi in *Obblighi*, cit., 264 s.); COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla vita (art. 2 CEDU)*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, n. 1, 205 s.; BESTAGNO, *Art. 2*, cit., 42 s.; ZIRULIA, *Art. 2*, cit., 45 e 48.

mediante formule linguistiche vaghe o equivoche, gli agenti di polizia a fare uso della forza finirebbe per «istiga[re] costoro a uccidere al di fuori dei casi consentiti dall'art. 2», e ciò tanto più ove la stessa normativa giungesse nella sostanza a determinare «l'impossibilità di sanzionare penalmente nell'ordinamento interno l'autore della violazione»¹⁵. In questa prospettiva, particolarmente ficcanti per la presente ricerca risultano alcune sentenze, peraltro da più parti richiamate, con le quali i giudici di Strasburgo sono giunti a sindacare nel merito la normativa che certi Stati nazionali avevano predisposto per disciplinare l'uso delle armi da parte della Polizia, ovviamente anche allo scopo di definire l'area di irresponsabilità penale dei pubblici ufficiali ad essa appartenenti¹⁶.

In tali contesti, la Corte ha difatti precisato che, anzitutto, non basta che le operazioni di polizia che possono implicare l'uso di strumenti mortali siano autorizzate dal diritto nazionale, essendo altresì necessario che lo Stato si assicuri che esse siano anche «sufficientemente delimitate da quel diritto [il diritto interno], nel quadro di un sistema di garanzie adeguate ed effettive contro l'arbitrio e l'abuso della forza»¹⁷: «quadro giuridico», questo, che dovrebbe segnatamente «definire le limitate condizioni nelle quali i responsabili dell'applicazione delle leggi possano ricorrere alla forza e fare uso delle armi da fuoco, tenuto conto delle norme internazionali elaborate in materia (si vedano, ad esempio, i «Principi delle nazioni unite sul ricorso all'uso della forza»)»¹⁸. In questa prospettiva, la Corte ha ad esempio stabilito che non risulterebbe rispettoso del livello minimo di protezione del diritto alla vita imposto dall'art. 2, § 1, CEDU, quel diritto interno che, pur prevedendo casi di legittimo ricorso all'uso delle armi e pur sottoponendo quest'ultimo al generale principio di *extrema ratio*, «non contenga alcuna altra disposizione che regoli l'uso delle armi durante le operazioni di polizia, e non enunci alcuna raccomandazione riguardante la preparazione ed il controllo delle azioni di polizia»¹⁹. Parimenti, non risulterebbe in linea con il citato art. 2 quella legislazione nazionale, per di più non resa pubblica, che ritenesse «legittimo spara-

¹⁵ In questi termini, sostanzialmente, VIGANÒ, *Il diritto*, cit., 93 e successivamente ID., *Obblighi*, cit., 265 (i corsivi sono dell'autore).

¹⁶ Si tratta, principalmente, di Corte EDU, 9.10.2010, *Ölmez c. Turchia*, spec. §§ 68-69; Id., G.C., 20.12.2004, *Makaratzis c. Grecia*, spec. §§ 57-62 e di Id., G.C., 6.7.2005, *Nachova c. Bulgaria*, spec. §§ 99-102. Per questi ed ulteriori convergenti richiami di giurisprudenza sul punto, v. NICOSIA, *Convenzione*, cit., 98 s.; VIGANÒ, *Il diritto*, cit., 93 (e poi in *Obblighi*, cit., 265); BESTAGNO, *Art. 2*, cit., 42; ZIRULIA, *Art. 2*, cit., 45.

¹⁷ Cfr. Corte EDU, G.C., 20.12.2004, *Makaratzis c. Grecia*, cit., § 58 (traduzione dell'autore). V. anche Id., 24.3.2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, § 209 s.

¹⁸ V. Corte EDU, G.C., 20.12.2004, *Makaratzis c. Grecia*, cit., § 59 (t.d.a.).

¹⁹ Così, Corte EDU, G.C., 20.12.2004, *Makaratzis c. Grecia*, cit., § 62 (t.d.a.), ma v. anche più di recente, per un caso nel quale mancavano completamente in un ordinamento disposizioni o direttive regolanti l'utilizzazione ed i modi di impiego di specifiche armi (granate lacrimogene), Id., 22.7.2014, *Ataykaya c. Turchia*, § 57.

re sui fuggitivi che non si arrestano immediatamente dopo un'intimazione ed uno sparo di avvertimento»²⁰, e nella quale, per giunta, «l'esigenza di proporzione è in filigrana», in quanto permeante nel diritto soltanto attraverso «l'interpretazione data dalla giurisprudenza», non adottata però nel caso concreto²¹. Allo stesso modo, non è stato ritenuto conforme all'obbligo positivo ora in discorso quel «quadro giuridico interno» relativo all'uso della coazione diretta nei riguardi dei detenuti, il quale «non è sufficientemente preciso quanto alle misure di coercizione che sono autorizzate o vietate» e «ha cercato di dimostrare che al momento dei fatti esistessero delle istruzioni chiare e adeguate, relative alle tecniche manuali di contenimento dei detenuti», non avendo poi il Governo neanche «cercato di dimostrare che al momento dei fatti esistessero delle istruzioni chiare e adeguate, relative alle tecniche manuali di contenimento dei detenuti»²². Parimenti, ed infine, non adeguata all'obbligo gravante sugli ordinamenti interni di rispettare il diritto alla vita è stata ritenuta dalla Corte di Strasburgo una legge turca in materia di contrabbando, la quale, nel disciplinare l'uso delle armi in tale contesto, «non prevedeva in alcuna maniera la proporzione nell'impiego delle armi da fuoco»²³.

Se, quindi, una prima – e generale – serie di indicazioni sul “dover essere” convenzionale del ricorso alla forza pubblica letale risulta posta dalla Corte sul piano della *law in book* degli Stati, un ulteriore e più ampio apporto alla definizione di tale statuto disciplinare si rinviene in quelle sue pronunce chiamate segnatamente a decidere sulla concreta rispondenza ai dettami dell'art. 2 CEDU della *law in action*, ossia delle ipotesi fattuali nelle quali le varie Polizie sono ricorse all'uso della violenza letale. Una tale giurisprudenza, tuttavia, è per lo più maturata nella definizione applicativa dei limiti che alla tutela del diritto alla vita ha posto il paragrafo secondo dello stesso art. 2, sul quale, perciò, occorre preliminarmente soffermarsi.

3. *Le legittime violazioni del diritto alla vita: il paragrafo secondo dell'art. 2 CEDU ed il limite della «assoluta necessità»*

Diversamente, ad esempio, dalla quasi coeva «Dichiarazione universale dei diritti umani», che all'art. 3 afferma la assolutezza del diritto alla vita, ovvero dal «Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici» del 1966, che agli artt. 6 e 4, comma 2, riconosce a tale diritto natura non derogabile se non nel caso espres-

²⁰ V. Corte EDU, G.C., 6 luglio 2005, *Nachova c. Bulgaria*, cit., § 99 (t.d.a.), poi richiamata anche da Id., 24.3.2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, cit., §. 210.

²¹ Cfr. Corte EDU, G.C., 6.7.2005, *Nachova c. Bulgaria*, cit., § 101.

²² Cfr. Corte EDU, 5.9.2017, *Tekin c. Belgio*, cit., § 92 (t.d.a.).

²³ Così, Corte EDU, 9.10.2010, *Ölmez c. Turchia*, § 68 (t.d.a.).

samente previsto di legittima comminazione della pena capitale²⁴, la CEDU sembra assumere una visione maggiormente “realista” delle cose. Se, difatti, da un lato essa non rinuncia ad attribuire alla vita umana il rango di diritto fondamentale, inscrivendolo in quel «nocciolo duro» di situazioni soggettive di vantaggio che gli Stati devono imperativamente garantire, con l'unica eccezione dello stato di guerra (art. 15, § 2)²⁵, dall'altro, però, essa riconosce in modo altrettanto espresso l'esistenza di quei casi – comunque eccezionali, e quindi di stretta interpretazione, dato il rango del bene-vita²⁶ – di negazione del medesimo diritto da parte dell'Autorità che risultano generalmente ammessi all'interno degli ordinamenti democratici, in quanto funzionali a «permett[ere] allo Stato di mantenere la legalità, l'ordine e un interesse sociale che potrebbe avere maggiore peso del diritto alla vita di un individuo»²⁷. Ed invero, l'art. 2 della Convenzione, dopo avere in apertura affermato l'obbligo per la legge interna di tutelare il diritto alla vita di ogni uomo²⁸, prevede al secondo paragrafo tre ipotesi nelle quali, resosi «assolutamente necessario» il ricorso alla forza, tale diritto può essere nondimeno violato. Si tratta in particolare dei casi nei quali la pubblica coercizione sia stata impiegata, con effetti mortali o potenzialmente tali²⁹, al triplice fine di:

²⁴ Per vero, il richiamato art. 6 del suddetto «Patto» afferma tra l'altro, al comma 1, che «Nessuno può essere arbitrariamente privato della vita», dal che dovrebbe a contrario trarsi la conseguenza che esistono casi, evidentemente ulteriori rispetto a quello del comma 2, relativo alla pena capitale, nei quali la privazione della vita dovrebbe ritenersi legittima in quanto appunto “non arbitraria”: su questo e sugli altri limiti del predetto art. 6, v. per tutti DE STEFANI, *Il diritto alla vita e la sua tutela internazionale*, in DE STEFANI, LEITA, *La tutela giuridica internazionale dei diritti umani. Casi e materiali*, Padova, 1997, 14 s.

²⁵ Sulla natura “fondamentale” del diritto alla vita consacrato nell'art. 2 CEDU, v., anche nei termini riportati nel testo e con richiami di giurisprudenza, DE SALVIA, *La convenzione*, cit., 81; RUSSO, QUAINI, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della corte di Strasburgo*, Milano, 2000, 54-55; LETTIERI, *L'art. 2*, cit., 2312; ESPOSITO, *Il diritto*, cit., 163; RUSSO, BLASI, *Art. 2*, cit., 37; BESTAGNO, *Art. 2*, cit., 36.

²⁶ Sulla natura tassativa ed eccezionale di tali casi, v., anche con citazione di giurisprudenza, DE STEFANI, *Il diritto*, cit., 12, 23, 24; RUSSO, BLASI, *Art. 2*, cit., 44; DEAN, *Diritto penale internazionale. Lezioni agli studenti*, III^a ed., Perugia, 2003, 50; HARVEY, MUGNAI, *Art. 2*, in DEFILIPPI, BOSI, HARVEY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Napoli, 2006, 73; LETTIERI, *L'art. 2*, cit., 2314; COLELLA, *La giurisprudenza*, cit., 200; BESTAGNO, *Art. 2*, cit., 37 e 39; ZIRULIA, *Art. 2*, cit., 46; SARTARELLI, *Uso*, cit., 71 e 100.

²⁷ Testualmente, HARVEY, MUGNAI, *Art. 2*, cit., 73.

²⁸ L'eccezione, originariamente prevista dallo stesso comma 1, relativa alla pena capitale deve ritenersi implicitamente abrogata a seguito dell'entrata in vigore dei Protocolli addizionali nn. 6 e 13 alla stessa CEDU, che hanno impegnato gli Stati firmatari ad estromettere dai loro ordinamenti siffatta tipologia di pena: v. infatti così, tra gli altri, VIGANÒ, *Il diritto*, cit., 89, nota 14, LETTIERI, *L'art. 2*, cit., 2313-2314 e ZIRULIA, *Art. 2*, cit., 41. Peraltro, sulla comprensibile *ratio* storica di tale eccezione, legata al gran numero di Stati potenziali firmatari della Convenzione che, al tempo, prevedevano la pena di morte, v. RUSSO, BLASI, *Art. 2*, cit., 36 s.

²⁹ Valorizzando al massimo la finalità di protezione dell'art. 2 CEDU, infatti, la più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha esteso la portata della norma anche ai così detti «non-

a) «garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale», formula, questa, che da un lato escluderebbe la finalizzazione dell'esercizio della violenza mortale all'esclusiva tutela dei beni patrimoniali, e dall'altro include lo stesso pubblico ufficiale tra coloro che possono essere destinatari della predetta «violenza illegale» alla quale è lecito reagire (legittima difesa)³⁰;

b) «eseguire un arresto regolare» o «impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta», sebbene non possa rilevarsi la contraddittorietà, quanto meno a livello logico, dell'autorizzazione ad usare la forza letale nei riguardi di un soggetto che, se deve essere arrestato, si dovrebbe mantenere in vita, a meno che la sua fuga, così come quella del detenuto, non rappresenti, sia per le caratteristiche dell'agente, sia per le modalità di attuazione, una minaccia per la vita degli agenti o di altre persone, come meglio si dirà³¹;

c) «reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione», concetti, questi, che nel tempo la giurisprudenza della Corte EDU ha definito anche mediante requisiti di tipo numerico³², sebbene il più delle volte a venire in rilievo siano stati in genere sollevamenti avvenuti in ambito carcerario con (assorbente) attacco violento rivolto alle guardie³³.

Se le ipotesi sopra ricordate delimitano soltanto l'ambito casistico entro cui l'uso della forza pubblica con effetti letali, o potenzialmente tali, risulta *astrattamente* legittimo, non v'è dubbio che ciò che rende quest'ultimo *in concreto* rispettoso della legalità convenzionale sia il rispetto del limite della «assoluta necessità», sulla cui perimetrazione, infatti, si è focalizzata una notevole mole di pronunce della Corte EDU, a partire dalla sentenza resa sul *leading case* «Mc Cann c. Regno Unito»³⁴: ed è proprio su tale vastissima giurisprudenza che occorrerà brevemente soffermare l'attenzione³⁵, cercando di coglierne i postulati più utili alla presente ricerca.

fatal cases», ossia alle ipotesi nelle quali l'uso della forza non sia risultato fatale ma abbia nondimeno esposto le persone a pericolo di morte o cagionato loro gravi lesioni: sul punto, v. di recente, e con richiami di giurisprudenza, VIGANÒ, *Il diritto*, cit., 90; COLELLA, *La giurisprudenza*, cit., 197-198; BESTAGNO, *Art. 2*, cit., 37; ZIRULIA, *Art. 2*, cit., 40-41 e 43; SARTARELLI, *Uso*, cit., 72 s.

³⁰ Su questi profili, con richiami di giurisprudenza, v. DE STEFANI, *Il diritto*, cit., 26; HARVEY, MUGNAI, *Art. 2*, cit., 75; BESTAGNO, *Art. 2*, cit., 39 e 40; ZIRULIA, *Art. 2*, cit., 47.

³¹ Per tale rilievo, anche sulla scorta della dottrina di lingua inglese, v. DE STEFANI, *Il diritto*, cit., 26; HARVEY, MUGNAI, *Art. 2*, cit., 77 s. e, con richiamo alla giurisprudenza, VIGANÒ, *Il diritto*, cit., 90 s.; LETTIERI, *L'art. 2*, cit., 2315-2316; BESTAGNO, *Art. 2*, cit., 41; ZIRULIA, *Art. 2*, cit., 48 s.

³² Cfr. HARVEY, MUGNAI, *Art. 2*, cit., 78 e ESPOSITO, *Il diritto*, cit., 173, nota 350.

³³ Per il richiamo di tali ipotesi, v. per tutti BESTAGNO, *Art. 2*, cit., 41.

³⁴ Si tratta, in particolare, di Corte EDU, G.C., 27.9.1995, *McCann c. Regno Unito*, spec. § 149 s.

³⁵ Per l'importanza fondante della sentenza «McCann c. Regno Unito» ed una ricognizione della giurisprudenza che si è poi collocata sulla scia di tale pronuncia nei termini che seguiranno, v. in dottrina, tra i numerosi, DE STEFANI, *Il diritto*, cit., 23 s.; RUSSO, BLASI, *Art. 2*, cit., 43 s.; NICOSIA, *Convenzione*, cit., 92 s.; VIGANÒ, *Il diritto*, cit., 90 s. (e successivamente, ID., *Obblighi*, cit., 260 s.); LETTIERI, *L'art. 2*, cit., 2315 s.; COLELLA, *La giurisprudenza*, cit., 200 s.; BESTAGNO, *Art. 2*, cit., 39 e 42 s.; ZIRULIA, *Art. 2*, cit., 45 e 48.

A tale ultimo proposito, pare qui utile distinguere i *dicta* della Corte secondo un duplice oggetto. Ed in particolare:

I) A livello logico, occorre in primo luogo lumeggiare quale sia, secondo i giudici di Strasburgo, il campo applicativo del limite in parola. Contrariamente, di fatti, a quanto si potrebbe ritenere a tutta prima, quest'ultimo non svolge la propria funzione di argine al ricorso alla forza letale soltanto nel momento in cui il pubblico ufficiale passa all'azione armata, ma "retroagisce", se così si può dire, anche a fasi "preliminari" allo stesso. Ed invero, una coriacea giurisprudenza della Corte EDU ritiene che la necessaria indagine sul rispetto del suddetto limite consenta al giudice europeo di sindacare caso per caso anche l'adeguatezza del sistema di pianificazione e di controllo, da parte dei superiori gerarchici, dell'intera operazione di polizia che ha richiesto l'uso di strumenti potenzialmente mortali. Tale pianificazione, in particolare, dovrebbe segnatamente essere «organizzata in maniera da ridurre quanto possibile il rischio di fare perdere la vita all'interessato»³⁶, e risalirebbe anche agli aspetti del reclutamento del personale di polizia, del suo addestramento, degli strumenti di offesa da attribuire in dotazione agli agenti e del tipo di apparato di sicurezza da coinvolgere di volta in volta nelle singole azioni³⁷;

II) In secondo luogo, occorre soffermare l'attenzione sui criteri che in concreto la Corte ha utilizzato per specificare il significato pratico-applicativo della suddetta clausola di «assoluta necessità». In questo senso, i giudici di Strasburgo sembrano essersi attenuti, nel tempo, ad una duplice direttiva interpretativa. Anzitutto, ed a livello metodologico, la prima indicazione sarebbe quella di offrire alla «necessità», proprio perché definita «assoluta» dall'art. 2, § 2, CEDU, un'interpretazione «più ristretta e cogente» di quella che di norma viene data al medesimo limite negli altri contesti ove risulta espressamente richiamato dalla Convenzione, come avviene, ad esempio, nei casi degli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 9 (libertà di coscienza, pensiero e religione), 10 (libertà di espressione) e 11 (libertà di riunione ed associazione) CEDU³⁸. Ed invero, la Corte ha specificato che mentre la «necessità» non ulteriormente qualificata farebbe

³⁶ In questo senso, e per tutte, v. Corte EDU, G.C., 20.12.2004, *Makaratzis c. Grecia*, cit., § 60 (t.d.a).

³⁷ Per tali aspetti, v. tra le numerose pronunce, Corte EDU, 5.9.2017, *Tekin c. Belgio*, cit., § 95 s.; Id., 1.6.2017, *Ayvazyan c. Armenia*, §§ 75, 93-99; Id., 1.12.2016, *Gerasimenko c. Russia*, §§ 92-94 e 102 s.; Id., 20.12.2011, *Finogenov c. Russia*, §§ 208 e 237 s., in *www.penalecontemporaneo.it*, con osservazioni di POLI; Id., G.C. 24.3.2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, §§ 176, 206, 249 s.; Id., 26.7.2005, *Simsek c. Turchia*, § 109; Id., 28.7.1998, *Ergi c. Turchia*, § 79; Id., 9.10.1997, *Andronicou et Constantinou c. Cipro*, § 181 s.; Id., G.C., 27.9.1995, *Mac Cann c. Regno Unito*, cit., §§ 151 s. e 206 s.

³⁸ Cfr. Corte EDU, G.C., 27.9.1995, *Mac Cann c. Regno Unito*, cit., § 149, nonché più di recente, tra le numerose, Id., 9.10.1997, *Andronicou et Constantinou c. Cipro*, cit., § 171 e Id., G.C., 24.3.2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, § 176.

di per sé riferimento «semplicemente all'esistenza di un'esigenza impellente», quella che l'art. 2, § 1 definisce come «assoluta» imporrebbe all'agente, invece, di assumere un duplice modulo comportamentale. Da un lato, infatti, e «qualora diversi mezzi siano a disposizione per raggiungere lo stesso scopo», il pubblico ufficiale dovrebbe «sce[gliere] il mezzo che comporta il minor pericolo per la vita degli altri»³⁹; dall'altro, egli sarebbe in ogni caso obbligato a calibrare «la forza utilizzata» in modo «strettamente proporzionato alle finalità richiamate al paragrafo 2 a), b) e c) dell'art. 2»⁴⁰, tanto da dovere al limite rinunciare ad adempiere al proprio ufficio. Così, infatti, ha espressamente statuito la Corte, ad esempio: in un caso in cui la Polizia aveva utilizzato la forza letale per eseguire un arresto legittimo, laddove il fuggitivo non sembrava tuttavia rappresentare in sé una minaccia all'incolumità di nessuno, né risultava sospettato di avere commesso reati a carattere violento⁴¹; in un'ipotesi nella quale le Forze dell'ordine avevano aperto il fuoco su di un evaso dal commissariato di polizia reo di avere commesso un furto e guidato senza patente, e ciò in quanto, ancora una volta, «niente suggeriva che la Polizia avesse ragione di credere che il fuggitivo avesse commesso un crimine violento, fosse pericoloso o che, se non gli fosse stato impedito di scappare, avrebbe rappresentato un pericolo per gli agenti o per terzi»⁴²; ovvero in una fattispecie nella quale le guardie di frontiera avevano agito nel medesimo modo per

³⁹ V. testualmente, Corte EDU, G.C., 24.3.2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, § 214.

⁴⁰ Così, testualmente, Corte EDU, G.C., 27.9.1995, *Mac Cann c. Regno Unito*, cit., §§ 149 e 200 (t.d.a.), ma v. anche, in termini pressoché analoghi od assai simili, tra le altre, Corte EDU, 22.7.2014, *Ataykaya c. Turchia*, § 45; Id., 9.10.1997, *Andronicou et Constantinou c. Cipro*, cit., §§ 171 e 192, Id., G.C., 6.7.2005, *Nachova c. Bulgaria*, cit., § 94. In dottrina, sul criterio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte in materia di diritto alla vita, v. DE SALVIA, *La convenzione*, cit., 82; OLIVETTI, *Art. 2*, cit., 47; RUSSO, BLASI, *Art. 2*, cit., 45; HARVEY, MUGNAI, *Art. 2*, cit., 79 s.; MUSACCHIO, *L'uso*, cit., 27 s.; ESPOSITO, *Il diritto*, cit., 174 s.; LETTIERI, *L'art. 2*, cit., 2315 s.; VIGANÒ, *Il diritto*, cit., 90 s.; COLELLA, *La giurisprudenza*, cit., 200 e 205 s.; BESTAGNO, *Art. 2*, cit., 39; ZIGNANI, *Autotutela nel diritto penale. I rapporti tra legittima difesa ed uso legittimo delle armi. Compatibilità con la CEDU*, in *Riv. pen.*, 2014, 1082; RIPAMONTI, *Art. 53*, cit., 991 s.; MOSTARDINI, *Sull'uso letale della forza da parte degli agenti statali: tra obblighi convenzionali e prospettive nazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1567 s. V. anche, per l'utilizzo da parte della Corte del principio di proporzione quale criterio generale di valutazione della legittimità di ogni ingerenza statale nei fondamentali diritti affermati dalla CEDU, GUIDI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo tra libertà e autorità*, in *Percorsi cost.*, 2008, n. 1, spec. 119 s.

⁴¹ Cfr. Corte EDU, G.C., 6.7.2005, *Nachova c. Bulgaria*, cit., § 95, ove si legge che «*le but légitime d'effectuer une arrestation régulière ne peut justifier de mettre en danger des vies humaines qu'en cas de nécessité absolue [...] lorsque l'on sait que la personne qui doit être arrêtée ne représente aucune menace pour la vie ou l'intégrité physique de quiconque et n'est pas soupçonnée d'avoir commis une infraction à caractère violent, même s'il peut en résulter une impossibilité d'arrêter le fugitif*». V. successivamente, in termini pressoché analoghi, Corte EDU, 10.6.2010, *Vasil Sashov Petrov c. Bulgaria*, § 45 e Id., 29.3.2011, *Alikaj c. Italia*, §§ 63 e 73.

⁴² V. Corte EDU, 7.10.2010, *Karandja c. Bulgaria*, § 61, la quale aveva infatti affermato che «*it was never suggested that the police had reason to believe that he had committed a violent offence, was dangerous, or, if not prevented from fleeing, would represent a danger to them or third parties*».

impedire il passaggio illegittimo del confine di stato da parte di soggetti che altro non volevano se non fuggire dal Paese⁴³. Da parte propria – si è ulteriormente precisato – il giudice nazionale sarebbe chiamato a ricostruire l'esistenza del limite di «assoluta necessità» nell'uso della forza mortale calandosi nella prospettiva del pubblico ufficiale al momento del fatto (quindi *ex ante*), e riconoscendo all'agente il beneficio del putativo, dovendosi infatti ritenere legittima l'azione omicida che «[si] fonda su una convinzione sincera che, per buoni motivi, si percepisce valida al momento dei fatti, ma che si rivela successivamente erronea»⁴⁴.

Proprio a tale criterio di necessità-proporzione, del resto, sembrano ispirarsi nella sostanza proprio quei «Principî delle nazioni unite sul ricorso alla forza» ai quali, come detto, la Corte da tempo si richiama per dare corpo al predetto limite della «assoluta necessità»⁴⁵. Tali principî prevedono infatti, ad esempio, che gli Stati sviluppino e quindi dotino le forze dell'ordine di «armi non mortali neutralizzanti da utilizzare nelle situazioni appropriate, allo scopo di limitare sempre più il ricorso ai mezzi atti a cagionare la morte o delle ferite» (principio n. 2); che le forze di polizia «non utilizzino armi da fuoco contro le persone se non per autodifesa o per difendere altre persone da una minaccia immediata di morte o di grave ferimento, per prevenire il compimento di crimini particolarmente gravi che comportino seria minaccia alla vita, per arrestare persone che rappresentino tali pericoli e resistano alla loro autorità, o per evitarne la fuga, e comunque soltanto quando metodi meno estremi si rivelino insufficienti al raggiungimento di tali obiettivi», e che «in ogni caso, l'uso intenzionale e letale di armi da fuoco sia consentito soltanto quando strettamente inevitabile al fine di proteggere la vita» (principio n. 9); che «ove l'uso legale della forza o di armi da fuoco risultasse inevitabile», il pubblico ufficiale debba «agire in proporzione rispetto alla gravità dell'offesa ed allo scopo legittimo da perseguire» (principio n. 5-a); che, in ogni caso, prima di utilizzare le armi da fuoco gli agenti siano obbligati a «identificarsi e impartire un chiaro avvertimento della loro intenzione [...], attendendo un

⁴³ V. Corte EDU, G.C., 22.3.2001, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, §§ 96-97.

⁴⁴ V. testualmente, Corte EDU, G.C., 27.9.1995, *Mac Cann c. Regno Unito*, cit., § 200 (t.d.a.), ma v. anche in termini assai simili, Id., 1.6.2017, *Ayvazyan c. Armenia*, § 75; Id., 20.12.2011, *Finogenov c. Russia*, cit., § 219; Id., G.C., 24.3.2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, § 178; Id., G.C., 20.12.2004, *Makaratzis c. Grecia*, cit., § 66. In dottrina, sulla valorizzazione della percezione soggettiva dell'agente nell'ambito della giurisprudenza della CEDU, anche laddove si tratti di applicare cause di giustificazione, v. per tutti CARUSO DE CAROLIS, CONTINIELLO, *L'uso*, cit., 36 s.

⁴⁵ A tali principî di orientamento fa invero da tempo riferimento la giurisprudenza della Corte: tra le numerose pronunce, v. Corte EDU, 20.12.2011, *Finogenov c. Russia*, cit., § 162 s.; Id., 29.3.2011, *Alikaj c. Italia*, § 51; Id., G.C., 24.3.2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, cit., § 209; Id., G.C., 6.7.2005, *Nachova c. Bulgaria*, cit., § 96; Id., G.C., 20.12.2004, *Makaratzis c. Grecia*, cit., § 59; Id., G.C., 27.9.1995, *Mac Cann c. Regno Unito*, cit., § 138. Sulla fondamentale importanza di tali principî per il «test di proporzione» condotto dalla Corte, v. VIGANÒ, *Il diritto*, cit., 90 e, più di recente, Id., *Obblighi*, cit., 260.

tempo sufficiente perché l'avvertimento venga osservato, a meno che fare ciò non li esponga inopportuno a rischio o non dia origine a rischio di morte o di danno grave per altre persone, ovvero sia chiaramente inappropriato od inutile alla luce delle circostanze del caso» (principio n. 10); che la normativa di ogni Stato preveda direttive intese, tra l'altro, a «specificare le circostanze in cui le forze dell'ordine sono autorizzate a portare armi da fuoco e prescrivere i tipi di armi da fuoco e munizioni autorizzate [...], ad assicurarsi che le armi da fuoco vengano utilizzate solo in circostanze appropriate e in modo da minimizzare il rischio di danni inutili, [a] vietare l'utilizzo delle armi da fuoco e delle munizioni che provochino ferite inutili o presentino un rischio ingiustificato» (principi nn. 11-a, 11-b e 11-c), e via discorrendo⁴⁶: prescrizioni, tutte queste, dietro alle quali non è difficile scorgere in controluce, come anticipato, il criterio ispiratore della necessità e della proporzione nell'agire.

4. *Le potenziali ricadute dei desiderata convenzionali sull'art. 53 c.p.: cenni alle opinioni sorte in dottrina*

Già nel 1969, nell'ambito di una delle prime "letture penalistiche" della CEDU, Mario Chiavario si chiedeva provocatoriamente se l'art. 53 c.p. fosse «compatibile» con la disciplina del diritto alla vita recata dall'art. 2, § 2, lett. *b*) e *c*) della Convenzione stessa, esprimendo al riguardo seri dubbi. Egli osservava che, anche a riferire il concetto di «resistenza» richiamato dalla disposizione nazionale soltanto a quella "attiva", i casi in cui la norma codicistica giustifica l'uso delle armi con effetti potenzialmente letali (notoriamente, al tempo: «respingere una violenza» e «vincere una resistenza») sarebbero risultati comunque più estesi delle ipotesi nelle quali, come visto, le richiamate lettere *b*) e *c*) dell'art. 2, § 2, CEDU ritengono legittima l'uccisione di un uomo da parte della Forza pubblica⁴⁷.

⁴⁶ Si tratta, segnatamente, dei «*Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials*» adottati alla conferenza de l'Havana nel 1991, e reperibili sul sito ufficiale delle nazioni Unite www.ohchr.org (la traduzione è a cura dell'autore).

⁴⁷ Cfr. CHIAVARIO, *La convenzione*, cit., 160, sebbene poi l'autore "salvasse" l'art. 53 c.p. ritenendo che la tutela della vita sarebbe risultata comunque «adeguata» rispetto alle garanzie richieste dalla Convenzione, stante la possibilità di qualificare comunque come «illecite» ai sensi della legge civile le condotte lesive di tale bene giuridico non riconducibili all'art. 2, § 2, CEDU, il quale le avrebbe rese tali (v. 164). V. anche per l'asserita «non conformità» o «distanza», nei termini ora visti, dell'art. 53 c.p. rispetto all'art. 2 CEDU, CARBONI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e costituzione italiana: cenni comparativi*, in BISCOTTINI (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'applicazione giurisprudenziale in Italia*, Milano, 1981, 139; PALAZZO, BERNARDI, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. intern. dir. uomo*, 1988, n. 3, 42-43; DEAN, *Diritto*, cit., 49-50. Nel senso, invece, della conformità convenzionale, v. ROSSI, *Uso*, cit., 430.

Solo due anni più tardi, e stavolta in uno studio dedicato all'uso legittimo delle armi, la suddetta "(in)compatibilità" tra le disposizioni *de quibus* veniva non solo confermata nel merito ma ulteriormente sviluppata nelle sue ricadute pratiche, che sarebbero consistite nel «ridimensionamento» applicativo dell'art. 53 c.p., e quindi dei suoi effetti scriminanti. Secondo questa ricostruzione, difatti, il suddetto art. 53 avrebbe potuto giustificare ai fini penali l'uccisione di un uomo soltanto «qualora il pubblico ufficiale [avesse] agi[to] per reprimere sommosse o insurrezioni», il che è come dire che l'esimente in questione «non [avrebbe] pot[uto] essere invocata, quindi, per scriminare l'omicidio commesso in situazioni differenti da quelle delineate dall'art. 2 lett. c), della Convenzione»⁴⁸.

Le opinioni appena richiamate aiutano forse a comprendere come ogni indagine sulle ricadute che la tutela convenzionale del diritto alla vita potrebbe avere sulla normativa interna, e segnatamente sulla regolamentazione dell'uso della forza pubblica, risulti condizionata sia dalla collocazione gerarchica che si è disposti ad attribuire alla CEDU ed alle pronunce della Corte di Strasburgo nell'ambito delle fonti del diritto nazionale, sia dalla consapevolezza che si abbia della funzione di garanzia dei diritti umani che la Convenzione svolge in concorso con gli ordinamenti statali (v. art. 53 CEDU), sia, infine, dalla conoscenza che si possenga dello sviluppo che la giurisprudenza della Corte EDU ha avuto tanto nell'applicazione dell'art. 2 CEDU, della quale poco sopra si è detto, quanto nella definizione del concetto di «adeguatezza» del diritto interno rispetto ai *desiderata* convenzionali. Solo considerando tali fattori, invero, è possibile comprendere, ad esempio, perché in dottrina si sia sostenuto che, in tema di limiti al diritto alla vita, la Convenzione sarebbe da ritenersi «più sbrigativa» della legislazione italiana, tanto che, laddove la seconda si adeguasse alla prima, addirittura «dilateremmo l'ambito di applicazione dello stesso art. 53 c.p.», in quanto la disciplina della CEDU relativa all'uso pubblico della forza mortale sarebbe «permeata senza dubbio da una maggiore severità di quanto si faccia a casa nostra»⁴⁹; oppure perché nei primi anni novanta del novecento la stessa Corte di cassazione abbia fatto una diretta applicazione dell'art. 2, § 2, lett. b), CEDU sul presupposto che lo scopo di arresto, che *ivi* legittima – a certe condizioni, come visto – l'uso della forza mortale, valesse già di per sé stesso a scriminare l'uccisione di colui che tentava di sottrarsi a tale misura coercitiva, e ciò a prescindere dal rispetto dei limiti previsti dallo stesso art. 53 c.p., per tale motivo neanche indagati dal giudice⁵⁰:

⁴⁸ Così, PISA, *Osservazioni*, cit., 176.

⁴⁹ In questi termini, LAURO, *L'uso legittimo delle armi e degli altri mezzi di coazione fisica nell'ordinamento italiano*, V^a ed., Roma, 1999, 319-320 (il corsivo è nel testo).

⁵⁰ Perplesso, se non apertamente critica, si è mostrata difatti la dottrina davanti a Cass. pen., sez. IV, 6.2.2003, Fusi, in *Foro it.*, 2003, II, 434, con nota censoria di ALBEGGIANI. Ed invero, v. ulteriormente in senso polemico sulla medesima pronuncia, con richiamo anche degli argomenti segnalati nel

conclusioni, tutte queste, che non si spiegano se non con una incompiuta messa a fuoco della valenza e del ruolo che la CEDU ha e svolge rispetto ai diritti nazionali e del contributo fondamentale che la giurisprudenza di Strasburgo ha nel tempo fornito nel liberare le potenzialità semantiche del testo convenzionale.

Non è un caso che, ormai pienamente conscia degli sviluppi del diritto sovranazionale e dell'efficacia condizionante che esso ha sugli ordinamenti nazionali, la più recente dottrina imposti la relazione tra l'art. 2, § 2, CEDU e l'art. 53 c.p. in termini assai diversi. Muovendo dall'ormai radicata consapevolezza degli obblighi conformativi che dalla CEDU promanano verso gli Stati firmatari, si è difatti ritenuto che dalla predetta disposizione convenzionale, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, deriverebbe un duplice «obbligo di adeguamento» della scriminante codicistica, che si farebbe valere particolarmente sia sul piano applicativo che su quello legislativo⁵¹. Ed invero:

a) dal citato art. 2 CEDU deriverebbero, anzitutto, conseguenze per i giudici italiani, sui quali graverebbe l'obbligo di interpretare l'art. 53 c.p. in modo (convenzionalmente) conforme a quanto ha nel tempo statuito la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di uso letale, o tendenzialmente letale, della forza pubblica. Ciò si tradurrebbe, fondamentalmente, nella doverosa inserzione per via interpretativa, all'interno dell'art. 53 c.p., del requisito non scritto della proporzione tra la condotta del pubblico ufficiale e gli scopi perseguiti, i cui contenuti dovrebbero essere desunti principalmente dai richiamati «*Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials*», ai quali, come precisato, i giudici di Strasburgo ormai da tempo usano richiamarsi. Ne deriverebbe un obbligo di interpretazione restrittiva della scriminante *de qua* per cui, in conclusione, l'uso delle armi da fuoco con effetti mortali sarebbe legittimo solo in quanto esso si ponesse come *extrema ratio* rispetto agli altri mezzi disponibili o ad una diversa finalizzazione dell'impiego dell'arma (es.: sparare alle gambe), e risultasse inoltre as-

testo, MARI, *Uso delle armi, come la Corte "inciampò" sulle fonti comunitarie*, in *Dir. & giust.*, 2003, n. 20, 19 s.; TAMIETTI, *Un caso di cattiva applicazione della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo tra confusione con il diritto comunitario e interpretazione restrittiva del diritto alla vita*, in *Cass. pen.*, 2003, 3837 s.; ERASMO, *La scriminante dell'uso legittimo delle armi ed il "diritto vivente" della Cassazione*, in *Nuovo dir.*, 2004, 668 s.; ROIATI, *Caratteristiche dei requisiti della violenza o della resistenza per legittimare l'uso legittimo delle armi*, in *Riv. pen.*, 2004, 54; VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 96 s.; SCARCELLA, *Uso legittimo delle armi*, in GIUNTA (a cura di), *Dizionari sistematici del Sole 24 Ore. Diritto penale*, Milano, 2008, 261; ZIGNANI, *Autotutela*, cit., 1081 s.; RIPAMONTI, *Art. 53*, cit., 996 s.; SARTARELLI, *Uso*, cit., 106 s. In senso parzialmente adesivo sembra esprimersi, invece, RANZATTO, *Uso delle armi per effettuare un arresto legale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 606.

⁵¹ Il riferimento è, in particolare, a Francesco Viganò, che in più occasioni è invero tornato sull'argomento della compatibilità convenzionale dell'art. 53 c.p.: v. infatti VIGANÒ, *Diritto penale*, cit., 46 s.; ID., *Il diritto*, cit., 98 s.; ID., *Obblighi*, cit., 282 s. V. anche, seppure in termini stringati, e con riferimento al requisito della proporzione, PISA, *Cause*, cit., 309

solutamente inevitabile per tutelare una o più vite umane, «ossia in presenza di un *pericolo di vita* a carico degli stessi agenti o di terzi»; il che peraltro – si è ulteriormente osservato – dovrebbe stemperare il problema dell'uso di armi da fuoco nell'evenienza della fuga del catturando, che in tali principî dovrebbe comunque trovare la propria concreta, e non già astratta, soluzione⁵²;

b) dalla considerazione di quanto disposto dagli artt. 2, § 2, CEDU e 117, comma 1, Cost., che rende possibile assumere il diritto europeo e quello pattizio a norme interposte di un ipotetico giudizio di costituzionalità, nonché dalla presa d'atto di quella nota giurisprudenza della Consulta che ha riconosciuto la sindacabilità costituzionale anche delle norme penali di favore, la medesima dottrina ha mosso per tacciare l'art. 53 c.p. di una sorta di incostituzionalità "sospesa", alla quale il legislatore è stato invitato a porre sollecito rimedio. Si è infatti sostenuto che la disposizione codicistica, ritenuta contrastante nel suo tenore letterale con l'art. 2, § 2, CEDU⁵³, e quindi con l'art. 117 Cost., potrebbe tuttavia mantenersi in vita nella stretta misura in cui in essa fosse persistentemente inserito, per via interpretativa, il suddetto requisito della proporzione⁵⁴, sebbene – si è fatto notare – «anche tale rimedio sul piano ermeneutico potrebbe, tuttavia, essere considerato insufficiente agli occhi della Corte di Strasburgo, la quale [...] in una prossima futura occasione [...] potrebbe comunque censurare un difetto di *chiara predeterminazione legislativa* dei limiti di liceità dell'uso della forza letale da parte dei pubblici ufficiali italiani», e ciò tanto più «laddove la giurisprudenza italiana dovesse anche in futuro insistere nell'interpretare *latamente* tali limiti, ignorando i richiami al rigore nella tutela del diritto alla vita proveniente dai giudici europei»: da qui, il pressante auspicio di un «intervento del legislatore volto a definire in maniera *restrittiva* e al tempo stesso *precisa* i limiti di liceità dell'uso di armi o di altri strumenti di coazione *potenzialmente letali* da parte dei pubblici ufficiali»⁵⁵.

Da parte propria, le poche volte in cui ha affrontato *ex professo* lo spinoso tema della «adeguatezza» dell'art. 53 c.p. ai *desiderata* dell'art. 2 CEDU la Corte

⁵² Così, VIGANÒ, *Il diritto*, cit., 101 (corsivi nel testo), e sostanzialmente ID., *Diritto penale*, cit., 94, nonché ID., *Obblighi*, cit., 287 s. Nel medesimo senso, in pratica, v. anche TRAPPELLA, *Le indagini sui reati commessi dalle forze dell'ordine tra prassi devianti e Convenzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 764, RIPAMONTI, *Art. 53*, cit., 995, e infine SARTARELLI, *Uso*, cit., 107 s.

⁵³ In questo senso, v. anche MUSACCHIO, *Profili penalistici dell'omicidio Giuliani in relazione alla legittima difesa ed all'uso legittimo delle armi nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. dell'uomo*, 2010, 1, 57.

⁵⁴ Per vero, già PALAZZO, BERNARDI, *La convenzione*, cit., 42-43, riconoscevano come il divario tra le norme più marcatamente contrastanti con il predetto art. 2 CEDU e quest'ultimo si fosse «sensibilmente ridimensionato sul piano del diritto vivente», che aveva infatti sottoposto le prime ad una interpretazione «rigorosamente restrittiv[a]».

⁵⁵ In questi termini, v. VIGANÒ, *Il diritto*, cit., 105 (corsivi nel testo), ed anche ID., *Diritto penale*, cit., 66 ed ID., *Obblighi*, cit., 292 s. Sulla necessità di un intervento legislativo concorda anche, più di recente, MOSTARDINI, *Sull'uso*, cit., 1570.

EDU non è mai giunta in modo espresso a dichiarare la predetta disposizione codicistica, così come correntemente applicata dalla giurisprudenza domestica, contraria o comunque insufficiente rispetto al sistema di tutela convenzionale del diritto alla vita⁵⁶. Nella più volte richiamata “sentenza Giuliani”, ad esempio, la Corte ha sì rilevato, da un canto, come l’art. 53 c.p. «sia redatto in termini più vaghi» (rispetto all’art. 2 CEDU), ma dall’altro ha preso atto di come esso «richied[a] comunque che la persona interessata sia “costretta” ad agire per respingere un atto di violenza», rilevando infine come, sebbene la suddetta “costrizione” alluda semanticamente ad una situazione legittimante e più ampia rispetto alla «assoluta necessità» di agire della quale parla la Convenzione, tale «differenza di formulazione normativa [potesse] essere superata con l’interpretazione del giudice nazionale», secondo la quale, in ogni caso, il pubblico ufficiale sarebbe autorizzato all’uso della forza «solo come *extrema ratio*, quando altre reazioni meno dannose non siano sufficienti a contrastare il pericolo»⁵⁷. E qui il dato da cogliere – ci pare – sembra essere il motivo, in parte implicito, per cui la Corte non ha condotto per esteso il “test di proporzione” al quale, come visto, essa in genere sottopone la legislazione statale onde verificare che essa autorizzi l’uso della forza solo se «assolutamente necessario»: motivo, questo, che sembra probabilmente da ricercarsi in quella «interpretazione del giudice nazionale» che la Corte deve avere ritenuto, pur non richiamandone i passaggi legati alla proporzione, implicitamente adeguata a rendere convenzionalmente legittimo l’art. 53 c.p.

Di segno in parte diverso sembra invece la sentenza della Corte resa solo qualche giorno dopo nell’*affaire* Alikaj. In tale contesto, difatti, chiamati nuovamente a valutare anche se lo Stato italiano avesse predisposto «un quadro giuridico e amministrativo adeguato che definisca le limitate circostanze nelle quali i rappresentanti delle forze dell’ordine possono far ricorso alla forza e fare uso delle armi da fuoco, tenuto conto delle linee guida internazionali in materia», i giudici di Strasburgo condannarono la «assenza di una precisa normativa sull’uso delle armi da fuoco da parte delle forze dell’ordine». In tale caso, tuttavia, il riferimento censorio non è sembrato coinvolgere tanto e direttamente l’art. 53 c.p.⁵⁸, pure assunto in premessa tra «il diritto e la prassi interni pertinenti» al caso di specie, quanto appuntarsi sulla incapacità del Governo di «fa[re] riferimento a disposizioni dettagliate che regolano l’uso delle armi da fuoco durante le azioni della po-

⁵⁶ Lo riconosce pure, da ultimo, SARTARELLI, *Usò*, cit., 108.

⁵⁷ V. così Corte EDU, G.C., 24.3.2011, Giuliani e Gaggio c. Italia, cit., § 213 s. In dottrina, adesivamente sul punto, MUSACCHIO, *Profili*, cit., 57.

⁵⁸ Secondo RIPAMONTI, *Art. 53*, cit., 995 e SARTARELLI, *Usò*, cit., 108, la concreta mancanza di effetti della pronuncia Alikaj sull’art. 53 c.p. deriverebbe, infatti, dal suo non espresso richiamo nella parte motiva della sentenza.

lizia»⁵⁹: allusione, questa, che parrebbe rimarcare l'assenza, al momento dei fatti, di una disciplina amministrativa specifica sulla materia, piuttosto che la presenza nell'ordinamento della scriminante *de qua*.

In conclusione, e se bene si è compreso, la persistente legittimità convenzionale – e quindi, indirettamente, costituzionale – dell'art. 53 c.p. sarebbe legata in modo indissolubile alla sua perdurante applicazione interna in modo conforme alle conclusioni ermeneutiche fatte proprie dai giudici di Strasburgo in materia di «assoluta necessità» dell'uso della forza pubblica potenzialmente letale. Nella prospettiva del diritto interno, ciò significa ritenere imprescindibile l'aggiunta per via interpretativa, accanto al già presente presupposto di «necessità» dell'intervento violento, del requisito non scritto della «proporzionalità». A tale riguardo, e prescindendo qui dalla pur non trascurabile questione relativa alla fattibilità giuridica di una tale operazione correttiva⁶⁰, occorre tuttavia domandarsi *a quale proporzione* occorra riferirsi. Ed invero, anche ad ammettere che, pure in ambito comunitario, quest'ultima sia da instaurare non tra i mezzi bensì tra i beni giuridici coinvolti⁶¹, come parrebbe discendere dallo stesso art. 2, § 2, lett. a), CEDU⁶², e ritenere pure la dottrina ormai prevalente⁶³, non si può qui non richiamare l'attenzione su almeno due particolarità che emergono dalla giurisprudenza della Corte EDU, così come sopra ricostruita. Da un lato, infatti, è risultato che nell'operare il confronto tra gli scopi dell'uso della forza codificati dall'art. 2, § 2, CEDU, dietro ai quali si intravede agevolmente la tutela di beni della collettività, ed il bene-vita attinto dal pubblico ufficiale, i giudici della Convenzione sono soliti considerare anche pericoli per i primi che non risultano immediatamente riportabili alla situazione concreta nella quale il ricorso alla forza mortale è avvenuto. Si è visto, infatti, come nel verificare la legittimità della con-

⁵⁹ V. testualmente Corte EDU, 29.3.2011, *Alikaj c. Italia*, cit., §§ 63 e 73 s.

⁶⁰ Alla luce dell'art. 25, comma 2, Cost., esprime dubbi sulla stessa, che si risolverebbe «in un'operazione *in malam partem*», MOSTARDINI, *Sull'uso*, cit., 1570.

⁶¹ Diversamente, ma sulla base però – almeno così ci sembra – delle dichiarazioni di principio fatte dalla Corte, più che dei criteri utilizzati in fatto e di quanto desumibile ai «*Basic principles*» ONU del 1991 più volte richiamati, MOSTARDINI, *Sull'uso*, cit., 1567, nota 4, secondo la quale la proporzione convenzionale sarebbe instaurata «tra la condotta tenuta e lo scopo avuto di mira», così che essa si risolverebbe alla fine in un «bilanciamento di mezzi» già assorbito nel requisito della «necessità» del ricorso all'uso della forza già previsto dall'art. 53 c.p.

⁶² Parte della dottrina ha difatti ritenuto che, riferendosi solo alla difesa dei valori della persona aggredita (ovvio essendo che quello contrapposto è il diritto alla vita dell'aggressore), la predetta disposizione convenzionale avrebbe inteso instaurare la proporzione tra i beni e non tra i mezzi: in questo senso, v. CHIAVARIO, *La convenzione*, cit., 152; GROSSO, *Legittima difesa (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 30; ESPOSITO, *Il requisito della «proporzione» nella legittima difesa: l'incidenza della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella disciplina dell'istituto*, in *Giust. pen.*, 1981, II, 735; DEAN, *Diritto*, cit., 56.

⁶³ V. ad esempio BESTAGNO, *Art. 2*, cit., 39; RIPAMONTI, *Art. 53*, cit., 991; SARTARELLI, *Uso*, cit., 87.

dotta violenta della Polizia finalizzata, ad esempio, ad eseguire un arresto legittimo o a rimediare ad una evasione, i giudici di Strasburgo considerino non solo il pericolo (attuale) che sia gravato sulla vita o sull'incolumità degli stessi agenti o di terzi durante lo svolgimento del fatto, ma anche la pericolosità soggettiva del reo, e ciò sull'evidente presupposto che in futuro essa possa concretizzarsi in atti lesivi della vita o dell'incolumità altrui: ed è proprio su questo argomento, che riconosce rilievo alla sussistenza di un pericolo non certo «attuale», che occorrerebbe riflettere⁶⁴. Non meno degno di attenzione, d'altro canto, appare anche quel *dictum* ricorrente nelle pronunce della Corte di Strasburgo che sembra schiudere non poco le porte all'apprezzamento soggettivo del giudice, laddove richiede al magistrato di valutare l'eventuale eccesso nell'uso della forza secondo il criterio prognostico della «convinzione onesta» del pubblico ufficiale, fondata sulle sue «buone ragioni». Tale arresto, infatti, impone di estendere l'indagine relativa alla «congruità convenzionale» del diritto interno anche oltre i ristretti limiti dell'art. 53 c.p., venendo qui chiaramente in considerazione punti qualificanti della più generale disciplina applicativa delle scriminanti.

5. *Suggerimenti conclusive: verso una "proporzionalità differenziata" tra difesa pubblica e difesa privata dei diritti?*

«Necessità» e – specialmente – «proporzione» nell'uso della forza sarebbero quindi, nella sostanza, gli *elisir* che garantirebbero lunga vita ad una disciplina specifica della coazione pubblica come quella recata dall'art. 53 c.p. Per vero, anche prescindendo dall'opinione di chi ritiene tale disposizione in irrimediabile contrasto con i canoni del diritto penale di uno Stato democratico⁶⁵, occorre rilevare che se, e come visto, l'innesto nella fattispecie de qua del requisito della «proporzione» viene ormai largamente ritenuto «costituzionalmente» e «convenzionalmente» doveroso, non manca tuttavia chi, in diversa prospettiva, si è interrogato sulla pratica funzione che una figura scriminante così emendata avrebbe ancora nel sistema delle cause di giustificazione generali. A tale proposito, si è difatti osservato che «una volta integrato dal requisito della proporzione, l'art. 53 giustifichi ancor meno la sua sopravvivenza, poiché verrebbe ad occupare lo stesso spazio applicativo delle disposizioni rispetto alle quali dovrebbe funzionare come norma "sussidiaria"»⁶⁶.

⁶⁴ Di «criterio della pericolosità futura» parla DE STEFANI, *Il diritto*, cit., 26 s., il quale osserva: «Che un simile giudizio possa giustificare al presente l'uccisione del possibile o probabile autore di delitti è questione di ben difficile soluzione».

⁶⁵ V., in rapporto alle funzioni di integrazione sociale della pena, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, rist. 2006, 193 s.

⁶⁶ Così, FIORE, FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, V^a ed., Torino, 2016, 371.

Ora, se si trascura il teorico riferimento all'ipotesi dell'art. 51 c.p., che non prevede il requisito della «proporzione» e comunque pare ragionevolmente applicabile laddove l'adempimento del dovere d'ufficio non risulti in fatto contrastato da atti di violenza o di resistenza dei terzi⁶⁷, sembra chiaro che a venire in discussione sarebbero allora i rapporti con la fattispecie dell'art. 52 c.p., il che peraltro non deve sorprendere. Sebbene, difatti, una parte della dottrina abbia visto nella figura dell'«Uso legittimo delle armi» niente di più che «l'ipotesi praticamente più importante di attività giustificata da una norma giuridica»⁶⁸, e quindi in sostanza una *species* dell'adempimento del dovere, non sono mancati autori, sebbene risalenti, che hanno rinvenuto nella figura scriminante de qua una «particolare forma di legittima difesa»⁶⁹, tanto più se, com'è stato detto, si qualificano gli atti di violenza e di resistenza opposti al pubblico ufficiale come «ingiusti»⁷⁰, come «ingiusta» risulta l'offesa alla quale allude l'art. 52 c.p.

Se si accede a tale ricostruzione, è chiaro allora che le *chances* di una utile sopravvivenza dell'art. 53 c.p. si giocano sul piano della sua possibile «specializzazione» rispetto alla figura della legittima difesa. Certo, una via per risolvere in radice la questione potrebbe essere quella di mutare radicalmente il modello di disciplina della giustificazione, ad esempio rimettendo a norme extrapenali l'individuazione dei casi nei quali il pubblico ufficiale può utilizzare la forza – come ad esempio è avvenuto in Germania, ove tali regole d'ingaggio sono specificate dal *Polizeirecht*⁷¹ –, lasciando quindi all'art. 51 c.p. il compito di garantirne l'ingresso nel recinto penalistico: soluzione, questa, che parrebbe auspicata anche da talune voci della nostra dottrina⁷². Ma ove si volesse mantenere una scriminante *ad hoc* per la Forza pubblica, anche solo per calcare simbolicamente la differenza tra difesa pubblica – che dovrebbe costituire la regola – e difesa privata – che dovrebbe porsi come eccezione – dei diritti, lo sguardo non potrebbe che rivolgersi alla suddetta «proporzione».

In tale prospettiva, e sul piano per così dire della «*soft law*», muovendo dal presupposto che l'ordinamento dovrebbe idealmente fissare un «limite comples-

⁶⁷ In questo senso, e per la dottrina più recente, BELLAGAMBA, *I problematici della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007, 390 s.; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, VI^a ed., Milano, 2017, 301; SARTARELLI, *Uso*, cit., 6 s. e 10.

⁶⁸ V. testualmente ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, XVI^a ed., Milano, 2003, 276, ma anche, più di recente, ROMANO, *Commentario*, cit., 562.

⁶⁹ V. SABATINI, *Istituzioni di diritto penale*, Catania, 1933, 177; di «legittima difesa particolare» parlava parimenti FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, IV^a ed., Milano, 1934, 538.

⁷⁰ V. ancora FIORE, FIORE, *Diritto*, cit., 371, nota 30.

⁷¹ Sul punto, v. MARTIELLO, *L'uso delle armi da fuoco da parte della polizia nell'attuale esperienza giuridica tedesca*, in questa *Rivista*, 2014, 538 s.

⁷² Secondo ROMANO, *Commentario*, cit., 563-564, infatti, in un «ordinamento democratico» sarebbe «preferibile [...] introdurre una previa, minuziosa disciplina extrapenale dei poteri-doveri della forza pubblica». In senso adesivo, v. anche DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, II^a ed., Torino, 2012, 554.

sivo” di tolleranza della violenza, anche di quella utilizza per tutelare i diritti ingiustamente aggrediti, una rinnovata sensibilità culturale dovrebbe portare l’operatore a ritenere che ciò che è da giustificare ai sensi dell’art. 53 c.p. dovrebbe essere maggiore di ciò che è scriminabile *ex art. 52 c.p.*, e questo non certo per riproporre un’antistorica prevalenza dell’Autorità sulla Libertà. Il punto, difatti, non è soltanto quello di soppesare valore e quantità dei beni giuridici che di volta in volta l’intervento della Forza pubblica pone in contrapposizione, peraltro non sempre agevolmente identificabili⁷³, ma piuttosto quello di riaffermare il valore della legalità in quanto ristabilita dal pubblico ufficiale con il suo professionale intervento, cioè il pregio di una legalità che viene ripristinata nel suo modo proprio, ossia dall’apparato statale, ciò che dovrebbe incrementare – rispetto al caso in cui all’intervento ripristinatorio avesse provveduto il privato – l’efficacia del messaggio di assicurazione e general-preventivo che la sua salvaguardia può inviare al cittadino. Del resto, note sono le potenziali conseguenze applicative in senso estensivo o riduttivo della ricostruzione, rispettivamente in chiave ordinamentale ovvero individualistica, del fondamento della stessa legittima difesa⁷⁴, a riprova comunque del fatto che l’agire per il ristabilimento del diritto oggettivo (come fa il pubblico ufficiale) e l’attivarsi per la salvaguardia del diritto soggettivo (come fa il privato) sono cose diverse e pertanto sottoponibili a limiti diversi.

Certo, non va sottaciuto il fatto che un discorso svolto sul piano culturale rischia, se non seguito da coerenti soluzioni pratiche, che proveremo infatti ad abbozzare, di sostanzarsi in un mandato per il giudice ad adottare regole di giudizio del tutto “intuizionistiche”, “alchemiche”, che di principio costituiscono, a ben vedere, la negazione stessa del diritto. Tuttavia, non va dimenticato che proprio l’elemento della «proporzione» funge da «*Ventilbegriff*», ossia da concetto-valvola che serve proprio a schiudere l’ordinamento ai processi evolutivi della vita politica e culturale del Paese⁷⁵. Scriveva difatti Franco Bricola che, non potendosi tecnicamente parlare di casi di vera «discrezionalità» del giudice – ravvisabile nelle sole ipotesi nelle quali la legge rinvia al caso concreto come modo più idoneo di esprimere quella gamma di valori che può condizionare il trattamento penale di un soggetto, e che il giudice dovrebbe reperire all’interno del sistema e del *te-*

⁷³ Osserva PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1052, che nel caso dell’art. 53 c.p. «l’interesse all’“adempimento del dovere del proprio ufficio” è del tutto indeterminato in quanto può “coprire” una gamma dei più svariati interessi “sostanziali” sottesi di volta in volta al singolo atto d’ufficio per il cui adempimento il pubblico ufficiale è costretto a fare uso delle armi».

⁷⁴ Sul punto, v. anzitutto ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, 4^a Auf., München, 2006, § 15, Rn. 1 s., e da noi, per tutti, PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, VII^a ed., Torino, 2018, 382 s.

⁷⁵ Sulla perimetrazione ed i problemi anche costituzionali che le «clausole generali», tra le quali anche quella della proporzione, sollevano in ambito penale, v. di recente CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

los dello specifico istituto giuridico da applicare, come tipicamente accade negli artt. 62-bis e 133 c.p.⁷⁶ –, riferimenti come quelli alla «proporzione» debbono ritenersi «elementi elastici» (*sub specie* «quantitativi») della fattispecie, ossia concetti che contengono più significati possibili compresi tra un margine positivo ed uno negativo di sicurezza, entro i quali il giudice dispone di uno *Spielraum*⁷⁷. Ma il punto è che la scelta del significato da attribuire in concreto a tale elemento costituirebbe «uno di quei casi di “folgorazioni intuitive” che si rendono indispensabili per ogni forma di accertamento temporale o quantitativo» che risulti disancorata da uno stringente parametro normativo⁷⁸. Spiega del resto ulteriormente Bricola che negli ordinamenti giuridici «eterogenei», espressione cioè di un sistema politico democratico, e quindi pluralistico, è anzi più facile per gli elementi di fattispecie che richiedono un'opera di precisazione di tipo valutativo assumere carattere indeterminato rispetto a quanto l'avrebbero negli ordinamenti «omogenei», e ciò proprio a causa della «presenza di più scale di valori, talora parallele e più spesso contrastanti»⁷⁹, delle quali il giudice si deve fare interprete. A risultati sostanzialmente convergenti giunge del resto anche chi ritiene che l'opera di bilanciamento sottesa al canone di proporzione andrebbe condotta non già tra i beni giuridici, come invece usualmente si afferma, bensì tra i «valori» coinvolti, i quali esprimono la «posizione contingente» che quegli stessi beni di fatto assumono all'interno dell'ordinamento giuridico⁸⁰, il che, a ben guardare, conferma la natura culturalmente sensibile – e quindi aperta anche alla *Weltanschauung* del momento storico – del concetto di «proporzione».

Sul versante della «hard law», l'esigenza di diversificare il giudizio di proporzione implicito nell'art. 53 c.p. da quello richiesto dall'art. 52 c.p. potrebbe forse essere soddisfatta battendo tre vie, che qui possono soltanto abbozzarsi.

In primo luogo, si potrebbe pensare alla previsione di precipue fattispecie di uso della coazione fisica nelle quali la «proporzione» fosse normativamente presunta dal legislatore, quale che fosse l'esito lesivo della condotta reattiva del pubblico ufficiale, o presunta sino ad un certo livello di lesività di questa (ad esempio, sino all'integrazione dei reati di percosse o di lesioni personali). Una tale soluzione, peraltro, non solo non costituirebbe un *novum* in sé, ma neanche dovrebbe considerarsi estranea allo stesso art. 53 c.p. Secondo la ricostruzione prevalente, infatti, il citato intervento ampliativo della scriminante operato dalla legge 152/1975 non solo consentirebbe al pubblico ufficiale di ricorrere alle armi in assenza di una violenza o di una resistenza altrui, ma, ancor più, avrebbe intro-

⁷⁶ Cfr. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, I, Milano, 1965, 67 s., 73 s. e 157 s.

⁷⁷ Cfr. BRICOLA, *Op. ult. cit.*, cit., 159 s. e 169 s.

⁷⁸ Cfr. BRICOLA, *Op. ult. cit.*, 173, ma vedi anche 178-179 in nota.

⁷⁹ Cfr. BRICOLA, *Op. ult. cit.*, 185.

⁸⁰ V. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 306 s.

dotto una presunzione di proporzione del suo agire violento ove teso a «comunque [...] impedire» la consumazione di specifici delitti⁸¹. Volendo rimanere nell'ambito delle cause di giustificazione, ovvio sarebbe poi invocare il precedente della ben nota legge sulla legittima difesa domiciliare, che secondo la più diffusa opinione avrebbe anch'essa introdotto una presunzione di proporzionalità⁸², rispetto alla quale occorre però qui esprimere – tanto più in previsione di sue prospettate estensioni⁸³ – un certo disagio, che riguarda proprio la scelta politico-criminale di allocare nel campo della tutela privata dei diritti lo strumento in questione, per noi degno di migliore causa.

Non volendo tipizzare specifiche e complete ipotesi di intervento “proporzionato” del pubblico ufficiale, si potrebbe in secondo luogo riconoscere assorbente rilievo ad alcune delle prescrizioni addestrativo-operative che regolano l'uso (*id est*: il buon uso) degli strumenti di coazione vecchi e nuovi più comunemente usati dalle Forze dell'ordine, come l'arma da fuoco, le manette, il manganello, lo *spray* O.C., sino alle pistole «*Taser*» in via di sperimentazione presso alcuni corpi di polizia. Si tratta, intuitivamente, di un *corpus* normativo ampio e dal contenuto assai tecnico ed articolato⁸⁴, del quale occorrerebbe svolgere una puntuale analisi per comprendere quali potrebbero essere le regole alle quali riconoscere rilievo nel valutare la legittimità dell'uso della forza pubblica, in quanto cristallizzazione di un rischio consentito nell'utilizzo di quel certo mezzo offensivo. L'osservanza di tali cautele di impiego, infatti, dovrebbero contenere i rischi per la vita e l'incolumità fisica dei terzi connaturati all'uso dei medesimi e, al contempo, garantire che di essi l'operatore faccia un uso efficace ma allo stesso modo anche proporzionato, sebbene appaia chiaro che la proporzione non comparirebbe più come elemento espresso ed ulteriore della fattispecie scriminante, da accertare caso per caso, ma emerge-

⁸¹ In questo senso, v. già MARINI, *Uso legittimo delle armi (diritto penale)*, in *Nov.mo. dig. it.*, XX, Torino, 1975, 259, VIGNA, BELLAGAMBA, *La legge sull'ordine pubblico*, Milano, 1975, 92 s., STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 654 s. (ma spec. 656). Più di recente, v. per tutti PULITANÒ, *Uso legittimo delle armi*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXVII, Roma, 1994, 4 e PALAZZO, *Corso*, cit., 409.

⁸² All'indomani della l. 59/2006, v. MANTOVANI, *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 441 s.; PALIERO, *La difesa legittima territoriale (ovvero, un paradigma orientato sulla sproporzione)*, in *Leg. pen.*, 2006, 577, 579; ZAINA, *La nuova legittima difesa*, Rimini, 2006, 257; GARGANI, *Il diritto all'autotutela in un privato domicilio: un'ipotesi speciale di legittima difesa?*, in PIEMONTESE (a cura di), *La riforma della legittima difesa e della recidiva tra teoria e prassi*, Pisa, 2008, 21. Di recente, v. per tutti PALAZZO, *Corso*, cit., 395, nonché Cass. pen., sez. I, 11.10.2018, n. 46121, in *www.dirittoegiustizia.it*, newsletter del 23.11.2008 e Id., 6.2.2007, Amoroso, in *Cass. pen.*, 2008, 1049.

⁸³ Il riferimento è ai d.d.l. presentati dagli on. Molteni (A.C. n. 2892 del 18.2.2015) ed Ermini (A.S. n. 2816, approvato dalla Camera il 4.5.2017), che risultano al centro del dibattito parlamentare e pubblico in vista di prospettate riforme degli artt. 52, 55 e 59 c.p.

⁸⁴ Sul punto, v. MARTIELLO, *I limiti penali dell'uso della forza pubblica: una indagine di parte generale*, in corso di pubblicazione.

rebbe *in nuce* dalla regola di utilizzo dello strumento di coazione impiegato, la cui osservanza dovrebbe impedire la produzione quanto meno di eventi offensivi del tutto ultronei (*id est*: non proporzionati?). Ciò garantirebbe una certa prevedibilità del rischio penale al pubblico ufficiale, il quale, una volta agito nel rispetto di tali discipline, risulterebbe *ex ante* rassicurato quanto alle possibili conseguenze della sua condotta, nella consapevolezza che, così facendo, l'art. 53 c.p. continuerebbe a recare una scriminante tendenzialmente insensibile agli esiti lesivi della condotta (o meglio: a quelli tollerati dalla regola modale di utilizzo del mezzo lesivo), purché essa risulti conforme ai requisiti prescritti⁸⁵.

In terzo luogo, si potrebbe pensare di agire sul criterio commisurativo della proporzione-sproporzione, considerando a favore del pubblico ufficiale un certo “sbilanciamento” espressamente tollerato. L'idea, per vero, non è nuova, tutt'altro. Già nel corso dei lavori preparatori del codice, infatti, Delitala aveva proposto – sebbene riferendosi alla legittima difesa – di considerare lecito il danno cagionato all'aggressore sino a quando esso non risultasse «eccessivamente sproporzionato» rispetto al nocumento minacciato (proporzione «relativa»)⁸⁶, mentre parlando proprio della fattispecie *de qua* Vannini riteneva possibile applicare l'art. 55 c.p. al pubblico ufficiale soltanto al ricorrere di una «certa sproporzione», laddove per configurare l'eccesso di legittima difesa sarebbe invece bastata la mera «sproporzione»⁸⁷. Ovvio che, qualunque fosse la formula impiegata per quantificare lo scostamento tollerato rispetto ad una proporzione “ordinaria” (si potrebbe anche parlare, ad esempio, di «non manifesta sproporzione»), è chiaro che sempre al giudice competerebbe accertare se nel caso concreto il pubblico ufficiale si è mosso entro l'ambito consentito, ma quanto meno si renderebbe più esplicita la direttiva interpretativa – per quanto essa possa oggi valere – volta a differenziare il trattamento penale tra la difesa pubblica e la difesa privata dei diritti.

Certo, non va nascosto che si tratta di soluzioni pur sempre relative, o meglio di suggestioni, che vale la pena approfondire o raccogliere solo ove se ne condivida il presupposto di fondo, ovvero sia che tra la tutela pubblica dei diritti e l'autotutela degli stessi debba esservi, per l'appunto, una “proporzione”, che in uno Stato di diritto dovrebbe interpretarsi a vantaggio della prima.

⁸⁵ Tale peculiarità è colta, ad esempio, da GARGANI, *Il diritto*, cit., 31 e da BRUNELLI, *L'uso delle armi del pubblico agente tra giustificazione e scusa*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 789.

⁸⁶ V. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO (a cura di), *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, III, Parte 1^a (*Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo codice penale*), Roma, 1928, 404.

⁸⁷ Cfr. VANNINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Firenze, 1948, rispettivamente 156 e 154, con l'avvertenza che il giurista toscano riferiva la proporzione ai mezzi.

DARIO MICHELETTI

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEL MEDICO
TRA COLPA GENERICA E COLPA SPECIFICA ^(*)

SOMMARIO: 1. Gli sviluppi della concezione normativa della colpa medica nella giurisprudenza di legittimità. – 2. Il debutto della “regola di condotta” nella legislazione sulla colpa medica. – 3. La “natura” della colpa medica dopo la riforma. – 3.1. La distinzione tra colpa generica e colpa specifica e il loro rapporto di alterità. – 3.2. La natura specifica della colpa medica ai sensi dell’art. 5 l. 24/2017. – 4. L’*Anlass*, e il prossimo futuro del diritto penale della medicina. – 4.1. La conoscenza dell’*Anlass* e la misura soggettiva della colpa normativamente intesa. – 4.2. *Anlass* e colpa medica. – 5. La colpa generica residuale del medico: «specificità del caso concreto» e diagnosi differenziale. – 5.1. Colpa generica integratrice (legittima) *versus* colpa generica derogatrice (illegittima). – 5.2. Peculiarità dell’*Anlass* e «specificità del caso concreto». – 5.3. La colposità dell’omessa diagnosi differenziale: limiti e casistica.

1. *Gli sviluppi della concezione normativa della colpa medica nella giurisprudenza di legittimità*

Raffrontando la più recente giurisprudenza di legittimità sulla responsabilità penale del medico con quella del decennio scorso¹, è confortante riscontrarne i progressi compiuti nella definizione della colpa penale. Tanto da aversi l’impressione che la IV Sezione della Cassazione, dopo avere inizialmente avallato la concezione normativa della colpa senza coglierne le implicazioni², ne abbia col tempo compreso le ricadute applicative più di quanto non si rinvenga in taluni scritti accademici che pure tendono a professarla.

^(*) È il testo, rivisto e ampliato, della relazione tenuta al corso *La responsabilità colposa nell’ambito delle attività sanitarie*, organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, il 19 novembre 2018, a Castel Pulci. Il lavoro è dedicato a Giovanni Flora per il suo 70° compleanno.

¹ Si allude nel testo all’analisi svolta nell’ambito di una ricerca MIUR sul diritto penale della medicina, D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 247 ss.

² Da tale assunto teorico muovono infatti tutte e tre le sentenze-manuale redatte dalla Suprema Corte in materia di colpa: v. Cass. IV, 19 maggio 2007, n. 4675, Rv. 235659, Parte IV, Sezione III, Cap. III, Punto c, intitolato «*La natura della colpa*», 272 ss. (sulla vicenda di Porto Marghera); Cass. S.U., 24 aprile 2014, n. 38343, Rv. 261106, § 26, 130 ss. (caso Thyssen); Cass. IV, 19 novembre 2015, n. 12478, Rv. 267813, § 4 (sentenza c.d. Grandi Rischi).

La concezione normativa della colpa non va infatti ridotta, come spesso si legge, a mera anticipazione della regola cautelare nell'elemento oggettivo del reato³. Fosse solo questo si tratterebbe di un'opzione sistematica tanto manieristica quanto inutile. Il *novum* della teoria sta nelle ripercussioni costituzionali della diversa collocazione: vale a dire nell'*assoggettamento della regola cautelare, riconosciuta quale perno del fatto colposo, ai principi che sovrintendono* – per l'appunto – *la delimitazione dell'area di tipicità penale ai sensi dell'art. 25, comma 2, Cost.*⁴.

Lungi da ridursi a meri indici di colposità⁵, le regole cautelari utilizzate per definire il fatto colposo non possono quindi che sottostare, da questa angolazione, a tutte le condizioni costituzionali richieste per la delimitazione della fattispecie oggettiva di reato⁶. Ciò significa che «*devono essere determinate perché la norma incriminatrice non può che essere determinata; devono essere acquisibili ex ante perché il precetto penale deve essere conoscibile a priori; devono essere immuni da operazioni di creazione processuale, perché la legge penale non può essere manipolata dal giudice, che vi si deve anzi sottomettere; non possono essere applicate retroattivamente o analogicamente perché la norma penale non può esserlo. In breve: la regola cautelare non può avere nulla di meno di quanto richiesto alla norma incriminatrice, essendo la prima il perno funzionalistico della seconda. Anzi di più: è la regola cautelare che deve fornire alla norma incriminatrice tutte le caratteristiche che essa deve possedere in forza dell'art. 25 Cost., giacché, se considerata singolarmente, l'incriminazione «a titolo di colpa» è quanto di più evanescente esista nel mondo del diritto*»⁷.

³ In argomento, v. anche per gli ulteriori ampi riferimenti S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. pen.*, 2012, 21 ss.

⁴ Fondamentalmente F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 194 ss., 259 ss., *passim*; ID., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 86 ss.; ID., *La legalità della colpa*, in questa *Rivista*, 2008, 149 ss. *Contra* la tradizionale dottrina sulla colpa che, anche nella versione più garantista, circoscrive l'operatività dei principi costituzionali derivanti dall'art. 25, comma 2, Cost. solo alle norme che prescrivono il dovere di diligenza e non già a quelle che ne definiscono il contenuto, cui pure si riconosce una funzione integrativa della norma penale: così D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 162 ss., 284 ss., *passim*.

⁵ Così invece, fra i molti, M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 124 ss., 130 ss., 138 ss.; G.L. GATTA, *Abolito criminis e successione di norme "integratrici: teoria e prassi*, Milano, 2008, 799 ss., spec. 802 s. che sottraggono pertanto l'evoluzione della regola cautelare dall'ambito di operatività dell'art. 2 c.p. *Contra* D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006, 477 ss., 485 ss.; C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)* in *Enc. dir. - Annali*, vol. X, 2017, 237 s.

⁶ In termini generali, sulla imprescindibile estensione operativa dei principi che riguardano la disposizione incriminatrice a tutte le sue articolazioni v. D. MICHELETTI, *Legge penale*, cit., 54-65; nonché fondamentalmente Cass. S.U., 15 dicembre 2011, Cani, n. 11545, secondo cui «*il principio di tassatività delle fattispecie incriminatrici, discendente da quello di legalità, è riferibile non solo alle previsioni direttamente contenute nelle norme penali, ma anche a quelle delle fonti extrapenali che ne costituiscono sostanziale integrazione*».

⁷ D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica*, cit., 277 s. In termini antitetici M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., spec. 132 ss., per il quale «*occorrerebbe liberarsi del tutto*

Si spiega così, in chi vuol essere coerente con tali premesse, il conseguente e imprescindibile abbandono di quell'armamentario teorico – fatto di *prevedibilità*, *rischio consentito* e *agente modello* – ideato nell'era precostituzionale per diagnosticare la “colpa-elemento soggettivo”. Tutto questo cascame concettuale consente infatti al giudice, nemmeno troppo velatamente, di modellare *ex post* in sede processuale la regola cautelare⁸ eludendo così quei principi posti dall'art. 25 Cost. a presidio della delimitazione oggettiva del fatto tipico. Solo in presenza di una siffatta rinuncia ha quindi senso parlare di concezione normativa della colpa. Diversamente la definizione scade nel gattopardismo dogmatico, buono solo a rivestire formule consuete e illiberali con una nuova veste teorica senza che nulla di sostanziale sia mutato.

La Cassazione sembra averlo intuito; così da prodursi, specie nell'ultimo biennio, in una serie di annullamenti di doppie conformi di condanna che danno la misura di quanta marcata sia la distanza tra il nuovo paradigma e la tradizionale impostazione diagnostica ancora invalsa presso la giurisprudenza di merito⁹. Non deve quindi trarre in inganno se nelle precedenti “sentenze-manuale”, che pure accolgono la concezione normativa, la diagnosi strutturale tende ancora a riprodurre vecchi stilemi. Ci si trova infatti nel pieno di una fase di transizione, in cui il nuovo modello è chiamato a scalzare fruste formule motivazionali che riducono la colpa a forma di colpevolezza continuando di fatti a optare, in caso di assoluzione per mancanza di violazione cautelare, per la formula “il fatto non costituisce reato” anziché, come sarebbe corretto, per l'insussistenza del fatto¹⁰.

E tuttavia, sebbene ci si trovi ancora nel mezzo del guado, la IV Sezione della Cassazione non manca di rimarcare in modo sempre più chiaro ed energico i requisiti costitutivi della tipicità colposa normativamente ricostruita. Prova ne sia, per esempio, che sono scomparsi dalle sentenze dell'ultimo lustro in materia di responsabilità medica sia i riferimenti al rischio consentito che trasformava il giu-

dalla locuzione “misura oggettiva della colpa”» essendo questo «l'inizio di un discorso incostituzionale». Ma in relazione alla maggiore conformità della concezione normativa della colpa anche con il principio di colpevolezza v. *infra* § 4.1.

⁸ Sulla prevedibilità quale criterio «ricostruttivo» della regola cautelare la dottrina è pacifica: si veda per tutti, anche per la consueta limpidezza, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, 1990, 201 ss., spec. 520, ove si conclude affermando che «la diligenza prescritta non [potrebbe essere] preconstituita all'indagine».

⁹ Si veda in questo senso, tra le più pregevoli e recenti pronunce di legittimità che censurano la carente individuazione della regola cautelare da parte di entrambi i giudici di merito, Cass. IV, 26 aprile 2018, n. 24384, Rv. 273536; Cass. IV, 22 giugno 2018, n. 37794, Rv. 273464.

¹⁰ Si veda per tutte Cass. IV, 12 febbraio 2013, n. 16975, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1435, con la quale si è erroneamente annullato la sentenza d'appello che aveva fatto più correttamente riferimento alla «non sussistenza del fatto».

dice in un «*arbitro chiamato a stabilire il punto di confine tra il lecito e l'illecito*»¹¹, sia il richiamo al fantomatico agente modello – una vera e propria sciagura della dottrina della colpa dell'ultimo secolo – quale parametro di riconoscimento della regola cautelare¹². Ma persino il criterio della prevedibilità si rivela recessivo nella giurisprudenza di legittimità, vuoi perché già da qualche tempo gli si attribuiva una funzione ricognitiva anziché creativa della regola cautelare che il medico è chiamato ad osservare¹³ – e se così è, tanto varrebbe concentrarsi direttamente su ciò che va rinvenuto – vuoi perché in questa funzione di riconoscimento, la prevedibilità è stata da ultimo rimpiazzata dall'«*ineludibile*» riferimento alle linee guida e alle migliori prassi comportamentali seguite dagli operatori sanitari nel contesto in cui è intervenuto l'imputato¹⁴.

2. Il debutto della «regola di condotta» nella legislazione sulla colpa medica

Se la teoria normativa della colpa fosse stata compresa e coerentemente praticata con maggiore anticipo dalla giurisprudenza della Cassazione, non vi sarebbe stata necessità di varare alcuna disciplina *ad hoc* in materia di colpa medica.

¹¹ L'idea ha una lunga tradizione giurisprudenziale: cfr. Cass. IV, 21 novembre 1996, n. 2139, Rv. 207873; Cass. IV, 15 ottobre 2002, n. 7026, Rv. 223748; Cass. IV, 9 luglio 2003, n. 37473, Rv. 225958; Cass. IV, 17 novembre 2005, n. 7661, Rv. 233396; Cass. IV, 1° febbraio 2011, Rv. 249932, la quale ritiene che la definizione giudiziale del rischio consentito altro non sottenderebbe se non «*l'usuale compito che il legislatore attribuisce al giudice di riempire di contenuto le regole cautelari generiche (colpa generica) quando non ritenga di dettarne di specifiche*» (p. 18). *Amplius* sul pensiero dell'estensore di quest'ultima pronuncia in materia di rischio consentito C. BRUSCO, *La colpa penale e civile*, Milano, 2017, 43 ss. L'espressione citata nel testo è stata invece estrapolata dalle sentenze redatte da Rocco Blaiotta: cfr. fra le altre Cass. IV, 27 novembre 2012, n. 4955, Rv. 255012; Cass. IV, 22 novembre 2012, n. 4391, Rv. 251941.

¹² Ovviamente nulla impedisce che il parametro dell'agente modello – per chi vi confida – sia utilizzato invece nella verifica della misura soggettiva della colpa, ovvero per commisurare la rimproverabilità personale della trasgressione: cfr. sul punto L. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 85 ss. Nel testo si contesta invece la funzione tipizzante della regola cautelare assunta dall'agente modello: cfr. per tutte Cass. IV, 26 maggio 2006, n. 31462, Rv. 23542301 secondo la quale «*valutando la prevedibilità di un evento, il giudice si pone, in sostanza, il problema delle conseguenze di una certa condotta commissiva od omissiva avendo presente il modello di agente, ossia il modello dell'uomo che svolge paradigmaticamente una determinata attività che importa l'assunzione di certe responsabilità nella comunità, la quale esige che l'operatore concreto si ispiri a quel modello facendo tutto ciò che da questo ci si aspetta*».

¹³ V. fra le più nitide Cass. IV, 13 dicembre 2016, n. 9390, Rv. 269254.

¹⁴ Il perentorio virgolettato è tratto da Cass. IV, 26 aprile 2018, n. 24384, Rv. 273536, la quale ha annullato la sentenza d'appello nella quale «*non è dato apprezzare alcuno specifico riferimento ad elementi probatori o valutativi che consentano di escludere (o, per converso, di affermare) l'adesione dell'operato dell'odierno ricorrente alle best practice. Tale passaggio era tuttavia ineludibile*».

L'accertamento della responsabilità penale del medico sarebbe dipeso, né più né meno, dall'osservanza delle migliori pratiche generalmente seguite dagli operatori sanitari, e nessuno di essi avrebbe avvertito l'urgenza di rifugiarsi in forme di medicina difensiva per sottrarsi agli eccessi di responsabilizzazione indotti dalla colpa penale di matrice predittiva¹⁵. Tutt'al più, si sarebbe potuta introdurre un'ulteriore clausola di salvaguardia del medico che in linea con l'art. 2236 c.c. ne circoscrivesse la responsabilità solo ai casi di colpa grave¹⁶. Ma anche tale norma di salvaguardia – comunque auspicabile e certamente legittima sul piano costituzionale¹⁷ – non è vitale per la concezione normativa della colpa. Quest'ultima, infatti, configurandosi solo nel caso in cui il medico non abbia rispettato gli usi terapeutici seguiti dalla classe di professionisti cui egli appartiene, già presuppone, di per sé, un'intrinseca restrizione della responsabilità penale e un ottimale grado di conoscibilità della prescrizione comportamentale che costituisce il primo momento del giudizio di colpevolezza¹⁸. Semmai è la dottrina tradizionale che avverte l'urgenza di ricorrere alla virtualità tipizzanti della colpa grave¹⁹, dovendo essa frenare l'indole colpevolista dell'agente modello nonché correggere *in bonam partem* la miriade di snodi di

¹⁵ Per tale soluzione, da sempre, F. GIUNTA, voce *Medico (responsabilità penale del)*, in *Il diritto - Enciclopedia giuridica de Il sole 24 ore*, Roma, 2008, vol. IX, 518 ss. Per una perfetta applicazione di questa impostazione nella giurisprudenza recente v. per esempio Cass. IV, 13 settembre 2018, 48014 [inedita], che ha confermato l'assoluzione dell'infermiera dall'accusa dell'omicidio colposo di un paziente affetto da ischemia cerebrale in seguito al trauma cranico provocato da una caduta nel bagno, perché era «prassi ampiamente consolidata nel reparto» «che là dove il paziente fosse attivo e autosufficiente e non intendesse utilizzare presidi a letto era accompagnato al bagno, l'infermiere poi attendeva fuori, lasciando la porta socchiusa e poi riaccompagnava il paziente a letto, una volta espletati in piena riservatezza i propri bisogni fisiologici».

¹⁶ Notoriamente in tal senso il Progetto elaborato dal Centro studi "Federico Stella": AA.VV., *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010, 47 e 73 ss., nonché ampiamente sul punto A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi e giurisprudenziale*, Milano, 2012, 404 ss.

¹⁷ Una siffatta misura sarebbe giustificata dal fatto che nel campo medico, diversamente dalla circolazione stradale o dalla sicurezza sul lavoro, il destinatario del precetto penale è chiamato a fronteggiare un rischio esogeno (la patologia) che egli non contribuisce a produrre: per tale considerazione, nonché sulla distinzione tra rischio endogeno ed esogeno nella teoria della colpa, cfr. F. GIUNTA, *Quale colpa per la protezione civile?*, in *Giust. pen.*, 2016, II, spec. 127 ss. Propende, sia pure con altri argomenti, per la legittimità costituzionale dell'art. 3 L. n. 189/2012, Cass. IV, 19 novembre 2015, n. 12478, Rv. 267814.

¹⁸ Da questa angolazione basterebbe quindi aggiungere la misura soggettiva cui si accennerà *infra* § 4.1.

¹⁹ Cfr. per l'appunto in tal senso D. CASTRONOVO, *La colpa penale*, cit., 529 ss.; M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., 154 ss.; nonché in favore di una generalizzata depenalizzazione della colpa lieve; A. DI LANDRO, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico, dal limite della "gravità" ex art. 2236 c.c. alle prospettive della gross negligence anglosassone*, in *Ind. pen.*, 733 ss.; A. MANNA, *Causalità e colpa in ambito medico fra diritto scritto e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1176 ss.

screzionali – esiziali per le garanzie della difesa – che tale impostazione concede al giudice. Di qui la spasmodica ricerca di una qualche *chance* di salvezza volta a sfuggire agli esiti di una teoria altrimenti votata alla punizione.

Senonché, tra tutte le soluzioni normative che si potevano escogitare per arginare l'eccesso di criminalizzazione del medico, quelle prescelte dal legislatore nel 2012 e nel 2017 sono senza dubbio le peggiori²⁰. Incentrate entrambe su un'assurda contraddizione in termini tra l'osservanza delle linee guida o delle *best practice* e il potenziale riconoscimento di una responsabilità colposa²¹, l'art. 3 l. 189/2012 si risolve nella configurazione di un ridottissimo margine di salvaguardia per l'errore diagnostico non macroscopico²²; mentre il nuovo art. 590-*sexies* c.p. è letteralmente incomprensibile se non a costo di ortopedie interpretative tanto arbitrarie quanto foriere di un'inconsistente area d'impunità corrispondente all'imperizia lieve in fase esecutiva²³.

Poco importa. Il valore di queste disposizioni non sta infatti nella loro concreta incidenza applicativa ma nell'"antagonismo teorico-culturale" che le anima²⁴. Evocando parametri di comportamento predati e accreditati dalla comunità medico-scientifica, tali norme sottolineano infatti il passaggio dall'agente

²⁰ Per un'ampia disamina e gli ulteriori riferimenti dottrinali, cfr. M. CAPUTO, *Colpa penale del medico*, cit., 261 ss., 344 ss.

²¹ Sotto questo profilo, felice la definizione di "*culpa sine culpa*" immediatamente coniata da P. PIRAS, *A proposito dell'art. 3 co. 1 l. 8 novembre 2012 n. 189 (linee guida, buone pratiche e colpa nell'attività medica)*, in *Dir. pen. cont.* on line, 26 novembre 2012.

²² Un margine talmente ridotto che negli anni di vigenza si registra una sola sentenza della Cassazione che abbia assolto l'imputato sulla base dell'art. 3 l. 189/2012: Cass. IV, 19 gennaio 2015, n. 9923, con nota di P. PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont.* on line, 24 aprile 2015.

²³ Cfr. Cass. S.U., 21 dicembre 2017, n. 8770, con approfonditi commenti, in prevalenza critici, da parte di R. ALAGNA, *La colpa penale del medico dinanzi alle Sezioni Unite: innovazioni, incertezze e perplessità*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 888 ss.; R. BLAIOTTA, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. cont.* on line, 28 maggio 2018; C. BRUSCO, *Responsabilità medica penale: le Sezioni Unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 646 ss.; G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-*sexies* c.p. dopo le Sezioni Unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in *Dir. pen. cont.*, 2018/4, 25 ss.; M. CAPUTO, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 345 ss.; C. CUPELLI, *L'art. 590-*sexies* c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione "costituzionalmente conforme" dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Cass. pen.*, 2018, 1452 ss.; A. ROIATI, *Il compromesso interpretativo 'praeter legem' delle Sezioni unite in soccorso del nuovo art. 590-*sexies* c.p.*, in *Arch. pen.*, 2018, 423 ss. Diffusamente da ultimo C. CUPELLI, *L'anamorfoosi dell'art. 590-*sexies* c.p. L'interpretazione 'costituzionalmente conforme' e i problemi dell'imperizia medica dopo le Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1969 ss.

²⁴ Per un'analogia sottolineatura O. DI GIOVINE, *Colpa penale, "legge Balduzzi" e "disegno di legge Gelli-Bianco": il matrimonio impossibile tra diritto penale e gestione del rischio clinico*, in *Cass. pen.*, 2017, 391 s.

modello alla “comunità modello”, esprimendo così un antidoto a quel solipsismo diagnostico che la dottrina classica riconosce al giudice nell’accertamento della colpa generica²⁵. Ma non solo: l’aspetto ancor più rilevante è che tali norme di salvaguardia richiamano l’attenzione dell’interprete sull’imprescindibile *ruolo conformativo* che devono assumere le autentiche regole cautelari²⁶: le quali sono veramente tali, così da poterle impiegare come metro di giudizio della tipicità colposa, solo se esse risultano percepibili *ex ante* quali regole di condotta²⁷.

Sotto questo profilo ben si dovrebbe allora comprendere che l’elemento penalistico più rivoluzionario della legge n. 24 del 2017 non è rappresentato tanto dal nuovo art. 590-*sexies* c.p., che, anzi, risulta così mal scritto da rischiare di compromettere il convincente impianto della riforma. La vera e più garantistica innovazione – un’autentica *rivoluzione copernicana del diritto penale della medicina* – è stata l’introduzione dell’art. 5, comma 1, l. 24/2017, che per la prima volta ha positivizzato, in termini deontici, le regole di condotta che il medico è tenuto ad osservare. Più di qualunque disposizione incidente sulla punibilità, tale norma ha definitivamente sancito infatti che il medico non è tenuto a desumere le regole d’azione sulla scorta di un cervelotico giudizio predittivo; né tanto meno è chiamato a interrogare, a questi fini, quel fantomatico agente modello che aveva in realtà il dispiacere d’incontrare solo nel processo²⁸. Il medico è da ritenersi diligente, e quindi esente da ogni forma di responsabilità professionale, nella misura in cui si sia attenuto – «*salve le specificità del caso concreto*» (su tale condizione v. *infra* § 5.2) – «*alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 e (...) in mancanza delle suddette raccomandazioni (...) alle buone pratiche clinico-assistenziali*».

L’innovazione, come s’intuisce, è fondamentale; e lo è sotto almeno due profili.

Anzitutto, l’art. 5, comma 1, cit. rimedia al fatto che il medico – stando alla tradizionale giurisprudenza penale che individuava la colpa sulla base di un giudizio di prevedibilità dell’*homo eiusdem professionis et conditionis* – era l’unica figura paradigmatica di potenziale autore colposo cui non era concesso di conoscere in anticipo quali comportamenti avrebbe dovuto tenere per evitare

²⁵ Analogamente F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «decreto Balduzzi»*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 828 ss.; C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 263 s.

²⁶ Quasi alla lettera, C. PIERGALLINI, *Autonormazione*, cit., 264.

²⁷ Sulla indispensabile coincidenza che deve sussistere tra la regola cautelare utilizzata *ex post* quale “parametro di giudizio” e la regola cautelare utilizzata *ex ante* quale “parametro di condotta” v. D. MICHELETTI, *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, 619 s.

²⁸ Con assoluta onestà intellettuale, la più completa e recente analisi sul punto ammette che l’individuazione della specifica regola cautelare che l’agente modello avrebbe seguito può avvenire solo nel processo tramite il contraddittorio delle parti: M. CAPUTO, *Colpa penale del medico*, cit., 133 s.

d'incorrere in forme di responsabilità. Volendo, la sua condizione era paragonabile a quella di un'automobilista chiamato a operare in un contesto privo di segnaletica e senza l'assistenza di un codice; un automobilista al quale, pertanto, solo dopo un eventuale incidente, il processo penale avrebbe spiegato come si sarebbe dovuto agire nel caso di specie. Con la "scusa" d'essere chiamato ad assicurare le migliori cure al paziente anziché curarsi della propria responsabilità, e con l'alibi della supposta impossibilità di standardizzare l'attività terapeutica²⁹, il medico finiva così per essere esposto all'insuccesso terapeutico agevolmente tramutabile in responsabilità penale sulla scorta di un modello di colpa incentrato su un'idealistica misura d'eccellenza destinata a concretizzarsi solo a posteriori³⁰.

Ma l'art. 5, comma 1, cit. consegue anche un altro e ancor più fondamentale risultato che la giurisprudenza della Cassazione non ha mancato di cogliere con precisione³¹. In precedenza, infatti, il giudice penale era tenuto a confrontarsi con le linee guida e le buone prassi mediche solo nella misura in cui fosse stata la difesa (gravata di un onere di allegazione) a indicarle come presupposto per l'operatività della causa di salvaguardia di cui all'art. 3 l. 189/2012³². Ora invece, con il meccanismo ideato dalla legge n. 24/2017, spetta direttamente al giudice, e prima di esso al pubblico ministero, indicare le linee guida o le buone prassi che sarebbero state violate³³. Il che equivale a dire – come da sempre sostengono i fautori della concezione normativa (v. *supra* § 3.2) – che non sussiste colpa medica senza la trasgressione delle linee guida e delle buone prassi terapeutiche, non essendo più consentito al giudice penale confezionare la regola cautelare sulla scorta di raddomantiche e oramai intollerabili prognosi postume insopportabilmente condite dal capzioso riferimento a parametri idealtipici tanto effimeri quanto draconiani.

Né v'è da temere che un siffatto modello di tipicità colposa favorisca uno scadimento delle cure, quasi che il medico, una volta liberato da un immane obbligo di eccellenza presidiato penalmente, sia indotto ad accontentarsi della prassi senza investire nel miglioramento della propria professionalità. Solo un approccio fondamentalista può indurre a supporre che un siffatto miglioramento debba scaturire

²⁹ Cfr. M. CAPUTO, *Colpa penale del medico*, cit., 95, nt. 96, che attribuisce tale posizione anche a F. PALAZZO, *Relazione di sintesi*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze, 2010, 703. A onor del vero, va però osservato che quest'ultimo autore si esprime nel senso di una «impossibilità di standardizzare completamente a priori il comportamento» del medico, così da sottolineare – tramite l'avverbio – che è l'esautività e non già la predeterminazione a non potere essere assicurata.

³⁰ Così, per l'appunto, F. PALAZZO, *Relazione di sintesi*, cit., 703.

³¹ Fondamentale al riguardo Cass. IV, 16 ottobre 2018, n. 49884, Rv. 274045, § 3.1 (pag. 9 s. dell'originale).

³² In tal senso v. per tutte Cass. IV, 18 dicembre 2014, n. 21243, Rv. 263493.

³³ Così per l'appunto Cass. IV, 16 ottobre 2018, n. 49884, Rv. 274045. Sottolinea con decisione una siffatta innovazione R. BLAIOTTA, *Niente resurrezioni*, cit., 3 ss.

da una sfrenata minaccia punitiva. La realtà dei fatti dimostra, all'inverso, che lo sviluppo della scienza medica, così come qualsiasi perfezionamento individuale, origina da moltissimi fattori – come l'ambizione personale, il desiderio di successo o di ritorni economici, istanze filantropiche o idealistiche, eccetera – non certo da quell'irragionevole rigore punitivo di cui i cultori dell'agente modello sono preda.

D'altro canto, parimenti insussistente è il pericolo che la standardizzazione delle regole cautelari ostacoli l'adeguamento dell'attività medica alle nuove acquisizioni scientifiche in ragione del timore che gli operatori nutrirebbero nell'allontanarsi dalle soluzioni prasseologiche accreditate, che li tengono al riparo da forme di responsabilità professionale³⁴. E difatti, anche a tacere della circostanza che la legge 24/2017 prevede meccanismi di adeguamento continuo delle linee guida – meccanismi destinati peraltro a fungere da selezione delle reali e testate innovazioni scientifiche rispetto alle svariate mode da cui anche la medicina non è immune – nessun teorico della concezione normativa ha mai sostenuto che l'ancoraggio della colpa generica agli usi cautelari impedisca di intraprendere soluzioni comportamentali migliorative di questi ultimi. Al contrario, soprattutto nel campo medico, il principio della libertà della scienza consente a qualsiasi operatore finanche di sperimentare innovative soluzioni terapeutiche³⁵. L'importante, onde evitare avventurismi, è che lo si faccia nel rispetto delle regole comportamentali d'ordine positivo ed esperienziali riguardanti l'attività di sperimentazione e innovazione terapeutica, che costituiranno poi il parametro alla luce del quale sarà valutata la correttezza del suo operato.

In definitiva, il sistema delineato dalla legge 24/2017, non diversamente dalla concezione normativa della colpa, si prefigge di creare attorno al medico una rete di protezione e non una gabbia. Il che significa, con altre parole, che la standardizzazione delle regole cautelari, lungi dal «confinare la professionalità medica»³⁶, ne argina semmai solo la responsabilità, ovvero in termini più schietti si presta a difendere il medico dalle pulsioni ristorative del paziente – e, in seconda battuta, dal giudice che non di rado tende a farsene latore – senza costituire un limite all'azione terapeutica e, tanto meno, al principio della libertà delle cure.

3. La “natura” della colpa medica dopo la riforma

La soluzione imposta dall'art. 5 l. 24/2017 apre una serie di questioni estremamente rilevanti sul piano applicativo. Ma il nodo principale, attorno al quale

³⁴ Così invece M. CAPUTO, *Colpa penale del medico*, cit., 106 s.

³⁵ V. *amplius* F. GIUNTA, *Lo statuto giuridico della sperimentazione clinica e il ruolo dei comitati etici*, in *Dir. pub.*, II, 2002, 623 ss.

³⁶ M. CAPUTO, *Colpa penale del medico*, cit., 106.

tutte ruotano, riguarda il grado di efficacia liberatoria che va riconosciuto al rispetto delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali.

In effetti, ove si ammettesse la possibilità di punire comunque il medico che vi si conformi – vuoi perché l'agente modello ne sa sempre di più, vuoi perché ogni situazione terapeutica ha una propria singolarità tale da far scattare quella «specificità del caso concreto» che impone di allontanarsi dalla regola cautelare generale ed astratta (su quest'ultimo punto v. *infra* § 5.2) – allora il progresso assicurato dall'art. 5 cit. si rivelerebbe fittizio. Non muterebbe cioè quella vocazione illiberale della nostra giurisprudenza pre-normativista, propensa a utilizzare le linee guida, in caso di violazione, come parametri incontrovertibili di responsabilità, senza assicurare però alla loro osservanza un altrettanto rigido effetto liberatorio.

D'altro canto, però sarebbe assurdo ritenere che la conformità alle linee guida offra uno scudo indiscriminato, quasi da alimentare una sorta d'immunità in capo al medico che pure ciecamente vi si affidi. Occorre quindi trovare un punto di equilibrio: tale da assicurare che il rispetto delle regole cautelari standardizzate esenti da responsabilità penale solo se ne sia adeguato il loro utilizzo, e nondimeno, entro tale ambito, esse devono esentare del tutto, senza che sia concessa al giudice la possibilità di nullificarne il valore sulla scorta di più virtuosi parametri comportamentali desunti dai tradizionali ed esoterici criteri diagnostici della colpa (prevedibilità postuma, rischio consentito, agente modello, eccetera).

È in questa prospettiva che si rivelano pertanto fondamentali due chiarimenti. Il primo riguarda la "natura" della colpa medica incentrata sulla violazione delle linee guida (v. *infra* § 5.1 s.). Il secondo concerne la definizione dei margini di configurabilità di una responsabilità colposa di carattere residuale, ovvero delle ipotesi in cui la «specificità del caso concreto» imponeva di distanziarsi da esse (v. *infra* § 5.2).

3.1. *La distinzione tra colpa generica e colpa specifica e il loro rapporto di alterità*

Anzitutto, la prima questione da affrontare riguarda il carattere generico o specifico della colpa medica fondata sulla violazione delle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi dell'art. 5 l. 24/2017. Possono considerarsi queste ultime delle «discipline» ai sensi dell'art. 43 c.p. tali da demarcare imperativamente la condotta doverosa, ovvero sono meri indici di riconoscimento dell'«imperizia» e della «diligenza» niente affatto vincolanti per il giudice che potrebbe desumerle anche sulla base di altri parametri?

Ovviamente l'interrogativo ha un senso solo se si ritiene che nel caso di colpa specifica il rispetto della regola cautelare positivizzata sia decisivo onde escludere

la responsabilità colposa per il tipo di offesa che essa intendeva prevenire³⁷. Ove ci si muova invece nell'ottica della teoria classica della colpa, per la quale ciò che conta è sempre la prevedibilità dell'evento, sicché anche l'osservanza della regola cautelare positivizzata non esaurirebbe lo spettro delle responsabilità colpose (v. *infra* § 5.1), tanto varrebbe non affaticarsi nel rispondere. Da tale angolazione, infatti, la colpa specifica e quella generica avrebbero in comune tanto la struttura quanto l'«essenza»³⁸, ragione per cui non avrebbe alcuna utilità chiedersi a quale delle due debba ricondursi la colpa medica.

All'opposto, il suddetto inquadramento ha un valore decisivo ove si muova da un'angolazione autenticamente normativista; assumendo la quale non si fatica peraltro a scorgere una differenza essenziale tra le due forme di colpa. Il riferimento non è, si badi, al carattere formalizzato o meno della regola cautelare, giacché ben vi possono essere formalizzazioni volte ad assicurare solo una migliore conoscenza e diffusione di usi cautelari (si pensi al c.d. Decalogo dello sciatore che viene stampato e distribuito in taluni comprensori senza che muti il carattere esperienziale delle norme ivi descritte). Piuttosto, il divario tra colpa generica e specifica si coglie sul piano funzionale³⁹: e risulta così radicale – come ora si preciserà – da instaurare tra di esse un rapporto di alterità tale per cui *nello spettro di prevenzione occupato dalla colpa specifica non residua spazio alcuno per la colpa generica*⁴⁰.

Il vero è infatti che la colpa specifica si rende necessaria allorché la comunità (generatrice dell'uso cautelare) non è in grado di maturare autonomamente un modello prevenzionistico adeguato alla schermatura del rischio. Le ragioni di tale incapacità sono molteplici: come, per esempio, il contesto altamente tecnico in cui è destinata a operare l'incriminazione colposa⁴¹; l'impossibilità per il gruppo

³⁷ Così magistralmente e per tutti F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1997, 371 s.

³⁸ Per tale conclusione nel contesto specifico del diritto penale della medicina v. O. DI GIOVINE, *Colpa penale*, cit., 397 ss., secondo la quale «*la (tendenziale) trasformazione della colpa medica da generica in specifica – fenomeno a mio avviso innegabile – non produrrebbe effetti di sorta sul piano pratico, essendo pacifico che la colpa specifica concorre con quella generica, sicché, una volta esclusa la prima, nulla impedisce al giudice di ravvisare la seconda (dunque, nessun automatismo, nemmeno sotto questo punto di vista)*».

³⁹ Fondamentalmente C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di «diritto penale del rischio»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, spec. 1482; ID., *Il volto e la "formalizzazione" delle regole cautelari nei modelli di prevenzione del rischio-reato*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale*, cit., 540 ss.; ID., voce *Colpa*, cit., 230. Analogamente V. ATTILI, *Dalla struttura*, cit., 1596.

⁴⁰ Così diffusamente C. PIERGALLINI, *op. loc. ult. cit.* In termini antitetici G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 313 ss., M. CAPUTO, *Colpa del medico*, cit., 400, secondo il quale «*risponde[-rebbe] alle regole del sistema che l'esonero da responsabilità per colpa specifica lasci in piedi una contestazione per colpa generica*».

⁴¹ Insiste particolarmente su tale aspetto C. PIERGALLINI, voce *Colpa*, cit., 230.

di produrre spontaneamente regole cautelari ordinatorie⁴²; l'opportunità di elevare gli standard cautelari rispetto a quelli che si inverano nella prassi (come accade nel campo della sicurezza sul lavoro), ovvero la necessità di operare valutazioni di merito nella delimitazione del rischio consentito (basti pensare alla ricorrente disputa sul limite di velocità in autostrada). Situazioni diverse, quindi, ma accomunate tutte dal fatto che il gruppo non è in grado di definire in modo autonomo e soddisfacente l'area del rischio consentito, ragione per cui occorre rimediare per via autoritativa così da conferire alla regola cautelare formalizzata un crisma di doverosità che discende, oltretutto dalla sua attitudine prevenzionistica, dalla "*auctoritas*" del soggetto autorizzato dall'ordinamento a designarla.

In breve: nella colpa generica la cautelarietà di un modello comportamentale origina direttamente ed esclusivamente dalla sua sperimentata idoneità prevenzionistica, sicché ricorrendo alla terminologia hobbesiana, ben si può affermare che «*veritas non auctoritas facit cautelam*»⁴³; viceversa, nella colpa specifica «*auctoritas preter veritatem facit cautelam*», nel senso che la cautelarietà poggia, oltretutto sull'idoneità prevenzionistica del modello comportamentale prescelto, sulla valutazione dell'autorità che lo ha prescritto.

Non è però – si badi – solo una questione di "fonti".

La colpa specifica, proprio in forza dell'*auctoritas* che la caratterizza, tende a sottendere una *valutazione di merito istituzionalizzata* che va a corroborare la valenza prevenzionistica del modello comportamentale prescelto. È dunque l'esistenza di un'opzione politica che contraddistingue la colpa specifica. Ed è, giustappunto, da questo carattere che origina *l'intrinseca alterità tra le due forme di colpa*, tale da non consentire una deroga *in malam partem* della regola cautelare positivizzata in forza dei criteri tradizionalmente utilizzati per diagnosticare la colpa generica⁴⁴. Altrimenti perderebbe di senso l'imposizione stessa di un modello cautelare autoritativo, e si finirebbe per consentire al giudice penale di alterare la determinazione ordinamentale del rischio consentito a scapito dell'aspettativa del destinatario del precetto penale che vi faceva affidamento. Il che significa, esemplificando, che se il legislatore opta per il limite di velocità a 50 km/h nel centro abitato, ritenendo che tale limite costituisca un adeguato bilanciamento tra l'esigenza di rapidità negli spostamenti e la sicurezza dei partecipanti al traffico, il giudice non potrebbe sovvertire tale valutazione politica suppo-

⁴² Su tale tipologia di regole cautelari (come ad esempio quella che impone di tenere la destra nella circolazione stradale) che per definizione sono tipiche solo della colpa specifica v. D. MICHELETTI, *Legge penale*, cit., 478 ss.

⁴³ Lo spunto è tratto da F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale*, cit., 823 ss.

⁴⁴ A tale conclusione giungono peraltro anche taluni più garantistici sostenitori dell'impostazione tradizionale: cfr. D. CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1638 s., che circoscrive ovviamente tale forma di "resistenza" solo alle regole cautelari formalizzate di carattere rigido (v. *amplius* § 5.1).

nendo per esempio che l'agente modello, in quelle stesse condizioni, avrebbe tenuto una velocità più moderata.

«*Salve le specificità del caso concreto*» – su questo punto v. *infra* § 5.2 – la regola cautelare positivizzata s'impone anche sul giudice delimitando rigidamente il confine dell'area di tipicità penale.

3.2. La natura specifica della colpa medica ai sensi dell'art. 5 l. 24/2017

Una volta chiarito il criterio distintivo tra colpa generica e specifica, diviene agevole stabilire quale natura abbia la colpa medica incentrata sulla violazione delle linee guida.

A tale fine, non sarà ovviamente decisiva la loro formalizzazione da parte delle varie società scientifiche. Ciò risponde in genere a una finalità informativo-divulgativa, che qualifica pertanto questi atti come mere fonti di cognizione⁴⁵. Una siffatta natura giuridica non è peraltro venuta meno in forza dell'art. 3 l. 189/2012, che pure ha riconosciuto un marginale ruolo scusante all'osservanza di tali linee guida, giacché l'individuazione di queste ultime continuava a dipendere dalla coincidenza con soluzioni comportamentali di matrice esperienziale⁴⁶. Si rimaneva dunque sempre nel campo della colpa generica, per la quale «*veritas facit cautelam*».

La situazione è radicalmente mutata con la legge 24/2017: la quale ha previsto all'art. 5 un meccanismo di accreditamento pubblicistico delle linee guida tramite l'istituzione di un organo deputato alla loro verifica, pubblicazione e aggiornamento. Di qui infatti l'introduzione di un elemento di istituzionalità nella definizione delle regole cautelari sanitarie⁴⁷ che sospinge inequivocabilmente la colpa medica verso quella specifica, imponendo al giudice penale di non discostarsi da tali parametri nella valutazione della responsabilità penale. Il tutto, ancora una volta, in una prospettiva di maggiore tutela anziché di contenzione del medico, cui non è certo impedito di migliorare, sia individualmente sia tramite le proprie associazioni, le soluzioni terapeutiche generalmente accolte (v. *supra* § 2).

⁴⁵ In tal senso diffusamente D. CASTRONUOVO, L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, in A. BELVEDERE, S. RIONDATO (a cura di), *La responsabilità in medicina*, in S. RODOITÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, 972 ss.

⁴⁶ Così F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale*, cit., 823 ss. In argomento v. altresì V. TORRE, *Linee guida e tassatività*, in AA.VV., *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 309 ss.; D. SALCUNI, *La colpa medica tra metonimia e sineddoche. La continuità tra il decreto Balduzzi e l'art. 590-sexies c.p.*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, 6 ss.

⁴⁷ Ripetutamente la Suprema Corte lo definisce «*un sistema istituzionale*» «*pubblicistico*», di regolazione dell'attività sanitaria, che ne assicura lo svolgimento in modo «*uniforme, appropriato, conforme ad evidenze scientifiche*»: Cass. sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770, cit. In argomento v., anche per gli ulteriori riferimenti, C. VALBONESI, *La ricerca di una efficace medicina per la colpa a un anno dalla legge Gelli-Bianco*, in *Ind. pen.*, 2018, spec. 342 ss.

Si obietterà: ma il carattere “politico” che contraddistingue la colpa specifica (v. *supra* § 3,1,) dove lo si ritrova? Non è che il meccanismo di selezione e accreditamento delle linee guida previsto dall’art. 5 cit. sottende, ancora una volta, solo una valutazione puramente tecnico-scientifica e in quanto tale espressiva di quella *veritas* prevenzionistica che contraddistingue la colpa generica?

L’interrogativo è cruciale; e non solo ai fini dell’inquadramento della colpa medica, ma ancor più per l’esatta comprensione dei caratteri dell’attività sanitaria nell’era moderna.

Invero, la medicina – come ben presto si avvede chiunque si cimenti nell’approntamento di un qualsiasi protocollo sanitario – lungi dall’essere scevra di valutazioni di merito, è tutta una questione di percentuali dietro le quali si annidano continui bilanciamenti d’interessi. Si pensi, per esemplificare, al trattamento di un paziente psichiatrico a rischio suicidiario. Ebbene, se il rischio zero coincide con il totale e persistente controllo ambientale del paziente, la necessità di recuperarlo alla vita comporterà inevitabilmente la progressiva riduzione di una così penetrante forma di controllo: un programma di riduzione nel determinare il quale si finisce fatalmente per operare un bilanciamento tra l’opportunità di un ripristino della capacità autodeterminativa del paziente e il rischio che un siffatto recupero riattivi pulsioni autolesionistiche. È questo dunque il tasso di politicità (nel senso più nobile del termine) intrinseco nella predisposizione delle linee guida nel campo medico. Con la conseguenza che, ove lo psichiatra si sia attenuto al protocollo che calibra nel tempo un siffatto bilanciamento d’interessi, monitorando la situazione, l’eventuale suicidio del paziente non potrà essergli attribuito in ragione della ipotetica prevedibilità dell’evento infausto da parte di un superiore e onnisciente psichiatra modello (v. *infra* § 5.1). Il “rischio consentito” dall’ordinamento non potrà che essere quello tracciato dalle linee guida, senza che il processo penale abbia la possibilità di generare un’ulteriore derogativa soglia di tipicità penale.

La medicina – in definitiva – non è affatto immune da scelte “politiche”, impregnata com’è, al contrario, di valutazioni costi-benefici e bilanciamenti tra beni di rilevanza costituzionale sui quali non mancano di influire anche esigenze di sostenibilità economica delle soluzioni disponibili. E sarebbe inutile tabuizzare l’argomento con l’obiettivo di non urtare la sensibilità collettiva. A tutti piacerebbe che il sistema sanitario non soggiacesse a vincoli operativi di carattere economico, ma sarebbe ipocrita fingere che sia così; e ancor peggio è – come non di rado accade oggi – dimenticare i limiti organizzativi e di sostenibilità economica dell’amministrazione sanitaria nel valutare la responsabilità penale di un singolo medico. Anche per evitare quest’ultimo inconveniente è quindi da accogliere con favore la predisposizione delle linee guida: perché non è affatto insensato che la comunità scientifica si faccia carico di definire *ex ante* in termini generali ed astratti le soluzioni diagnostiche sostenibili senza supporre in modo irrealistico

che ogni più oneroso sforzo possa essere profuso in tutti i casi, indipendentemente dai rischi e dai benefici attesi.

Si consideri, per esempio, il ricorrente problema dei controlli sanitari da effettuare in presenza di un trauma cranico. Sarebbe economicamente insostenibile che qualunque trauma, anche minore, comporti l'effettuazione di una TAC, ben potendosi ritenere sufficiente in quest'ultimo caso una semplice radiografia⁴⁸. Ciò non significa che nei pazienti a c.d. "rischio zero" (che non manifestano perdite di coscienza, amnesie, cefalee diffuse, vomito eccetera) non residui pur sempre un ridottissimo rischio di versamenti ed ematomi occulti che una semplice radiografia non è in grado di individuare⁴⁹. Eppure non solo per questo sarebbe opportuno sottoporre tutti i traumatizzati a TAC, giacché tale soluzione comporterebbe una spesa a dir poco ingente per fronteggiare un fattore di rischio oltremodo remoto. Certo, in questi casi, la TAC viene omessa anche nell'interesse del paziente cui si vuole risparmiare un eccesso di radiazioni; ma non ci si dovrebbe comunque turbare degli equilibri economici implicitamente perseguiti nella messa a punto delle soluzioni terapeutiche recepite dalle linee guida.

Di qui l'indispensabilità di una continua rivalutazione del grado di opportunità delle scelte politiche cristallizzate nelle linee guida di carattere medico. L'importante è che tale valutazione sia attribuita a soggetti dotati di copertura politica o maggiormente competenti a effettuarla (vale a dire i membri delle società tecnico professionali) e non già rimessa a un singolo esperto di diritto, qual è il giudice, privo di competenza specifica e tanto meno di autonoma legittimazione democratica, cui tuttavia taluni teorici lascerebbero la possibilità di sostituire la propria opinione politica a quella della comunità tecnico-professionale che ha prodotto la regola cautelare, con il rischio sovente concretizzatosi di far "scontare" il tutto all'imputato.

E' anche per scongiurare una siffatta eventualità che si mostra preferibile la concezione normativa della colpa, laddove la teoria classica finisce per affidare al giudice penale – se non la stessa determinazione del rischio consentito dall'ordinamento – un criterio così duttile da essere facilmente impregnato da tutte le opzioni politiche che il singolo giudicante intenda far prevalere, magari sulla scorta del parere di singoli consulenti tecnici non di rado animati da un revanscistico protagonismo ideologico-professionale.

⁴⁸ Così è previsto dalle *Linee guida per la gestione dei traumi cranici* edite dalla Società italiana di neurochirurgia alle quali si è riferita Cass. IV, 8 giugno 2006, Cardillo [inedita]: cfr. D. MICHELETTI, *La normatività*, cit., 275.

⁴⁹ Da ciò originò dunque la morte del paziente a rischio zero che diede origine al procedimento penale concluso dalla sentenza citata alla nota precedente, la quale, assumendo opportunamente un'impostazione normativista, annullò la sentenza di condanna pronunciata in appello sulla base dei tradizionali criteri diagnostici della colpa, assolvendo il medico che si era conformato alle *Linee guida* della Società italiana di neurochirurgia: Cass. IV, 8 giugno 2006, Cardillo, cit.

4. *L'Anlass, e il prossimo futuro del diritto penale della medicina*

Resta da chiarire il secondo aspetto problematico: vale a dire la possibilità di configurare una responsabilità colposa del medico che si sia indebitamente attenuto alle linee guida, mentre se ne doveva discostare, ovvero doveva integrarle con ulteriori regole cautelari di carattere prasseologico in ragione del carattere non rigido delle prime.

Per affrontare la questione in modo adeguato risulta tuttavia indispensabile soffermarsi, pur nei limiti del presente lavoro, sul primo momento dal fatto tipico colposo, che costituirà verosimilmente il punto nevralgico della giurisprudenza sulla colpa medica nel prossimo futuro, sebbene la Cassazione – che pure già tende spontaneamente a valorizzarlo – non ne abbia una piena consapevolezza dogmatica.

Come che sia, è agevolmente intuibile che l'illiceità colposa non si riduce alla semplice violazione della regola comportamentale, ma consta di una premessa fattuale corrispondente alla “situazione” in cui è doverosa l'adozione di quella modalità comportamentale (c.d. *Anlass*). La presenza di questo primo momento tipico si coglie, del resto, con chiarezza nella struttura logico-sintattica di ogni regola cautelare, la quale, al pari di qualunque pensiero ipotetico, si compone sempre di una “protasi” (evidenziata in corsivo negli esempi che seguono) e di una “apodosi”: “*se il semaforo è rosso, arresta il veicolo*”; “*se il lavoratore opera a una quota superiore a due metri dal piano di campagna, devono impiegarsi le funi di trattenuta o altro strumento di protezione per il lavoro in quota*”; “*se l'aneurisma all'aorta addominale ha un diametro superiore ai 60 mm, occorre intervenire chirurgicamente*”, eccetera. Non v'è regola cautelare, insomma, che non muova da una “situazione tipica” solo in presenza della quale si è tenuti ad adottare la modalità comportamentale preservativa.

Senonché, per quanto ciò sia stato colto da tempo in dottrina, uno dei principali demeriti della teoria classica della colpa è di aver avviluppato questo primo momento di tipicità colposa nel medesimo criterio diagnostico utilizzato per individuare la stessa regola cautelare. Stando all'impostazione tradizionale, infatti, rimane tutta una questione di prevedibilità/rappresentabilità connessa al dovere di riconoscere le potenziali conseguenze lesive di un fatto⁵⁰: dovere che, pur scaturendo dalla semplice previsione della norma incriminatrice, si attiverebbe però concretamente solo in presenza di elementi idonei a fungere da “monito” per l'agente⁵¹. A questo punto il soggetto agente, sulla scorta dei dati disponibili (c.d.

⁵⁰ Diffusamente e per tutti G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 219 ss. Non mancano, tuttavia, i teorici della colpa quale prevedibilità che dubitano dell'esistenza di un «*scorrelato dogmatico (...) dovere di conoscenza e di previsione*»: G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 175.

⁵¹ G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 217 ss., con ampi riferimenti alla dottrina di lingua tedesca.

base ontologica) e sfruttando le capacità inferenziali e deduttive di cui è capace (c.d. base nomologica), non dovrebbe far altro che operare un giudizio predittivo circa le possibilità di verifica del fatto lesivo così da individuare le modalità tramite le quali scongiurarlo⁵². Il tutto – va da sé – sempre alla stregua dell'agente modello ulteriormente irrobustito dalle eventuali conoscenze superiori dell'agente concreto⁵³.

Ciò brevemente rammentato, non v'è quindi da sorprendersi se la giurisprudenza penale, che pure da lungo tempo pratica la teoria della colpa come prevedibilità, nemmeno conosca il concetto di *Anlass*⁵⁴ e tanto meno lo metta a punto nel modo indicato. Tutto viene avviluppato «attraverso il collante ectoplasmatico e liberticida dell'agente modello»⁵⁵, che non sarebbe solo in grado di escogitare le migliori soluzioni comportamentali ma sarebbe altresì dotato della altrettanto straordinaria capacità di scorgere con estrema sensibilità e largo anticipo ogni forma di potenziale pericolo. E' soprattutto nella ricostruzione dell'*Anlass*, infatti, che l'agente modello ha mostrato il suo volto più truce, avendo questi dato prova di non fidarsi mai di alcuno, di scorgere i pericoli più occulti e latenti persino nei macchinari certificati, di ipotizzare la presenza di persone svenute dietro un autocarro che procede in retromarcia⁵⁶, di anticipare qualsiasi errore dei propri collaboratori, e – in breve – di onniscienza, sino a cogliere i prodromi di inondazioni così imponenti da richiedere l'evacuazione di paesi interi⁵⁷ o riuscire a presagire devastanti scosse sismiche in luoghi diversi da quelli cui si riferiva il concreto soggetto agente⁵⁸.

Di contro, movendo da un approccio normativista, libero dalla insopportabile *fictio* dell'agente modello, il primo elemento della tipicità colposa si rivela estremamente più semplice da cogliere, assumendo peraltro maggiore consistenza e, so-

⁵² G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 211-219.

⁵³ G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 237 ss., 272.

⁵⁴ Tra le poche pronunce in cui si scorge sullo sfondo il concetto cfr. Cass. III, 15 maggio 2013, n. 39779, in *olympus.uniurb.it*, che ha ritenuto non punibile l'irregolare costruzione di un ponteggio proprio in ragione del fatto che i lavoratori erano ancora impegnati all'interno dell'edificio in attività di pavimentazione: ragione per cui – è questo l'implicito riferimento all'*Anlass* – non si era ancora concretizzato il presupposto storico per la doverosa applicazione della regola cautelare di cui la Pubblica accusa contestava la trasgressione. Analogamente Cass. IV, 2 novembre 2015, n. 44131, Rv. 264974, che ha annullato la condanna del committente per violazione dell'obbligo di controllo in materia antinfortunistica in quanto – è considerata questa la «*questione centrale*» – non «*può essere affermato che i committenti fossero a conoscenza dell'avvio dei lavori*» (che costituisce ovviamente la premessa fattuale dell'obbligo di controllo).

⁵⁵ F. GIUNTA, *Culpa, culpa, culpa in omittendo* [dattiloscritto], 11.

⁵⁶ Fra le più sorprendenti Cass. IV, 17 giugno 2015, n. 36039, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2015, 812 ss.

⁵⁷ Cfr. Cass. IV, 11 marzo 2010, n. 16761, cit.

⁵⁸ Cass. IV, 19 novembre 2015, n. 12478, cit.

prattutto, predeterminabilità. Da questa angolazione infatti la colpa, anziché scaturire da un difetto di previsione contrastante con il principio del *neminaem laedere*, rispecchierebbe una carenza di socialità e di formazione. Donde la conseguenza che nella colpa specifica autentica – là dove cioè siano definiti con precisione tanto la modalità comportamentale da seguire quanto i presupposti della sua doverosa attuazione⁵⁹ – l'*Anlass* coincide esattamente con la situazione tipica indicata quale premessa fattuale per l'adozione del comportamento doveroso (“*se lo scavo in cui si svolge il lavoro ha una profondità pari o superiore ai 1,5 m*, occorre armarlo con mezzi di sostegno; “*dal 15 novembre al 15 aprile*, tieni a bordo mezzi antisdrucchiolevoli o monta pneumatici invernali”, eccetera). D’altro canto, nella colpa generica, l'*Anlass* corrisponde nulla più che alla situazione tipica per fronteggiare la quale si è formato l’uso cautelare, e il manifestarsi della quale impone nuovamente l’adozione della medesima regola prasseologica. Una situazione – si badi – che può essere tanto di *pericolo concreto* («*se scoppia un incendio*, esci dall’edificio senza prendere l’ascensore») quanto di pericolo astratto («*mentre guidi*, usa il vivavoce per parlare al telefono»), ma che non pone in ambo i casi grandi problemi di riconoscimento essendo sempre individuabile alla stregua di quella *opinio iuris* che dà vita e linfa all’uso cautelare. Così, per esemplificare, «*percependo odore di gas*, è risaputo che occorre arrieggiare prima di accendersi una sigaretta»; «*vedendo un pallone rotolare in strada*, è *in re ipsa* nella natura dell’oggetto che può essere rincorso da chi vi sta giocando così da risultare doveroso ridurre la velocità o arrestarsi al fine di evitarne l’investimento»; «*allontanandosi dal campo o dal prato*, è notorio che occorre prima spegnere il fuoco», eccetera.

L'*Anlass* non costituisce dunque, per la concezione normativa, l’epilogo di un macchinoso giudizio nomologico-predittivo che porta fatalmente il giudice – chiamato a effettuarlo a posteriori sulla base del più elevato dei parametri possibili: l’agente modello – a sopravvalutare segnali premonitori che solo con il senno di poi appaiono allarmanti, scordando così che il rischio assume sempre una diversa conformazione prima o dopo la sua verifica⁶⁰. Il primo frammento della tipicità colposa coincide piuttosto con la “situazione tipica dell’uso”, ovvero con un fatto che ha costituito la premessa per l’adozione e il consolidamento del comportamento cautelare invalso nella prassi; un fatto il ripresentarsi del quale impone, per la collettività o per la circoscritta cerchia dei soggetti che ha elaborato quel determinato modello comportamentale preventivo, un ulteriore ricorso alla regola prasseologica.

⁵⁹ Sulla contrapposizione tra regole cautelari rigide ed elastiche v., per tutti, V. ATTILI, voce *Colpa penale*, in *Il diritto - Enciclopedia giuridica de Il sole 24 ore*, Roma, 2008, vol. III, 305 s.

⁶⁰ *Amplius* D. MICHELETTI, *La colpa nella bancarotta*, cit., 622 s.

4.1. *La conoscenza dell'Anlass e la misura soggettiva della colpa normativamente intesa*

Ma la differenza principale in materia di *Anlass* tra la concezione classica e quella normativa della colpa è un'altra.

Proprio perché quest'ultima non muove da un dovere di previsione, ipotizzando semmai che la colpa sottenda un difetto di socialità o di formazione, ne viene che, per la sussistenza di una responsabilità penale autenticamente personale *ex art. 27 Cost.*, l'*Anlass* deve essere *vista o ignorata per colpa dal soggetto agente e non già pre-vista o esplorata* come sostengono i cultori dell'agente modello incorrendo così in vere e proprie forme di responsabilità oggettiva⁶¹. L'*Anlass*, con altre parole, non costituisce la premessa euristica di un ragionamento inferenziale e di una prognosi postuma cui sarebbero tenuti – rispettivamente – il soggetto agente *ex ante* e il giudice *ex post*. Piuttosto è una situazione tipica di rischio, radicata nella cultura del gruppo sociale o della cerchia di soggetti che ha elaborato una prassi comportamentale per fronteggiarla, che deve rientrare nel fuoco della conoscenza del soggetto agente affinché gli possa essere rimproverata la mancata adozione della regola cautelare. Ciò significa che essa deve essere vista affinché vi sia colpa, oppure deve essere ignorata a causa della violazione di una precedente regola cautelare, che ovviamente non può coincidere e ridursi a una mera carenza di previsione⁶².

⁶¹ L'inconveniente è pienamente noto anche ai sostenitori della colpa come prevedibilità dell'evento infausto, tanto è vero che in taluni recenti saggi, onde rimediare, si cerca di rafforzare il grado di conoscibilità dell'*Anlass* concependo un giudizio di colpa grave precipuamente riservato a questo primo momento della tipicità colposa: così A. PERIN, *La condotta lesiva colposa. Una prospettiva ricostruttiva*, in *Polit. crim.*, 2017, vol. 12, 233 ss., 240 ss.

⁶² Una perfetta interpretazione dell'*Anlass* così come prospettata dalla concezione normativa della colpa si rinviene nella crescente giurisprudenza relativa alla responsabilità dell'amministratore per i danni derivanti dalle parti comuni dell'edificio. Opportunamente, infatti, la Cassazione fa dipendere l'accertamento della responsabilità del garante da una effettiva consapevolezza della situazione di pericolo che imponeva d'intervenire: così Cass. IV, 23 settembre 2009, n. 39959, Rv. 245317 (massima ufficiale inconfidente) che ha annullato la sentenza di condanna pronunciata nei confronti dell'amministratore per un incendio colposo in quanto la Corte d'appello «*avrebbe dovuto puntualmente indicare le circostanze di fatto, desumibili dal verbale [dell'assemblea condominiale] rivelatrici di una situazione di allarme, avvertita come tale anche dai condomini, in presenza della quale l'imputato avrebbe dovuto attivarsi a tutela delle parti comuni dell'edificio esposte al pericolo derivante dalla difettosa posa in opera della canna fumaria*».

Lo stesso ragionamento è posto a fondamento anche di un'altra pronuncia assolutoria relativa dell'amministratore di condominio cui si contestava di aver cagionato lesioni alla condolina scivolata in prossimità della griglia di protezione del fossetto di deflusso delle acque piovane posto alla base della rampa del garage; fossetto che si era intasato a causa dell'acqua proveniente da un pluviale non collegato a un pozzetto e alla contemporanea presenza di materiale eterogeneo (foglie marce, residui di polistirolo, ecc.). Anche in questo caso, la Corte di cassazione non contesta la competenza dell'amministratore sulle fonti di pericolo derivanti dalle parti comuni del condominio. Il fatto è

Per cogliere la differenza tra le due impostazioni è sufficiente misurarne le ricadute applicative rispetto a una delle tante regole cautelari consuetudinarie trasformate dal criterio di prevedibilità in una forma di responsabilità oggettiva: il riferimento è alla manovra di emergenza cui è tenuto l'automobilista per fronteggiare le altrui trasgressioni o improvvise situazioni di pericolo.

Ebbene, la tradizionale impostazione giurisprudenziale, che fa leva sulla prevedibilità alla luce *homo eiusdem professionis et condicionis*, ha finito per dilatare così tanto l'*Anlass* di questa regola cautelare da annullare ogni aspettativa sul rispetto delle norme stradali previste dal codice. Lungi dal potervi fare affidamento, infatti, qualunque partecipante al traffico sarebbe gravato dall'agente modello dell'irragionevole obbligo di prevedere gli «*altrui comportamenti irresponsabili*»⁶³ così da imporgli di scrutare lo scenario di guida alla ricerca di potenziali disattenzioni, ed ergendo talune condizioni del tutto ordinarie (come la presenza di pedoni a bordo strada) a presuntive situazioni di allarme di fronte alle quali il soggetto sarebbe tenuto ad arrestarsi⁶⁴. Viceversa, movendo dalla prospettiva normativista, secondo cui l'*Anlass* è un fatto e non la premessa euristica di un giudizio, il

che dall'esame dei verbali *non risultava che alcun condomino avesse mai denunciato all'amministratore problemi di esondazione della grata né quelli connessi allo scarico del tubo pluviale*. L'infortunio era quindi da addebitarsi – per una volta lo riconosce esplicitamente anche la pronuncia – solo alla persona auto-danneggiatasi che aveva deciso di scendere dalla rampa carrabile anziché servirsi delle scale pedonali: così Cass. IV, 18 marzo 2014, n. 14000 [inedita].

Del pari, ineccepibile appare sul versante opposto la condanna inflitta all'amministratore chiamato a rispondere delle lesioni subite da un bambino che, a bordo del proprio slittino, era finito su un lucernario dello stabile coperto di neve; lucernario che, avendo il vetro lesionato, si era quindi infranto facendo precipitare il piccolo nel vano sottostante. In questo caso, a nulla è valsa la difesa dell'imputato volta a invocare la casualità di quanto accaduto. L'amministratore, oltre che competente sulla fonte di pericolo, era perfettamente a conoscenza della lesione del lucernario e della necessità di ripararlo: tanto è vero che aveva disposto l'eliminazione della neve soprastante il vetro senza poi accertarsi, però, che l'operazione venisse compiuta o, in alternativa, assicurare che il lucernario venisse delimitato da barriere. Con la conseguenza che non può dubitarsi della consapevolezza nell'agente che si era concretizzato il fattore di rischio affidato alla sua precipua gestione che imponeva l'adozione di una regola cautelare impediva: e questa è, in modo inequivocabile, un'ipotesi di responsabilità colposa perfettamente personale: così Cass. IV, 3 maggio 2012, n. 21223 [inedita].

⁶³ Cfr. emblematicamente Cass. IV, 3 maggio 2017, n. 38548, in *Diritto e Giustizia* on line, 3 agosto 2017, con nota di P. GRILLO, *Velocità sotto il limite ma la colpa rimane*, che ha condannato per omicidio colposo l'automobilista che, pur procedendo entro i limiti di velocità consentiti, ha travolto un ciclista che viaggiava lungo una strada buia, su una bicicletta senza fari e senza indossare dispositivi o abiti catarifrangenti. La mancata effettuazione della manovra di emergenza, che altro non è se non la comprensibile conseguenza della autolesionistica condotta della vittima, non è stata considerata la prova lampante che l'agente non aveva potuto percepire l'*Anlass*, ma è stata interpretata *more solito* come un difetto di attenzione del guidatore che ben avrebbe potuto "prevedere" l'irresponsabile condotta di guida del ciclista e cercare di scansarlo.

⁶⁴ V. al riguardo la casistica giurisprudenziale già analizzata in D. MICHELETTI, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrevio dell'imputazione colposa*, in questa *Rivista*, 2015, 535 ss.

soggetto è chiamato a rispondere dell'evento determinato dalla mancata effettuazione di una manovra di emergenza, o perché aveva avvistato l'altrui comportamento irregolare e la situazione di pericolo che incontrovertibilmente gli imponeva di effettuare la manovra straordinaria (come ad esempio l'avvistamento di un pallone che rotola per strada), o perché si è posto colpevolmente nelle condizioni di non potere avvistare tale situazione (come per esempio nel caso di chi armeggi con il cellulare mentre guida), senza che tale colpa possa consistere in un mero difetto di previsione⁶⁵. Per tale ragione, non vi può essere alcuna ordinaria situazione di compresenza tra più partecipanti al traffico (come ad esempio un ciclista che si muove lungo la carreggiata, un bambino tenuto a mano sul marciapiede, tre donne in piedi al bordo della strada, un autobus fermo in una piazzola) che imponga di attivare il meccanismo della sfiducia. In questi casi si troverebbe semmai a operare l'affidamento sul rispetto delle ordinarie regole del codice della strada, non essendo pensabile che esse siano state ideate per la circolazione in luoghi disabitati, talché una situazione di ordinaria "compresenza" mai può fungere da presupposto per l'adozione della manovra di emergenza.

Il punto, oltreché nevralgico in termini operativi, riflette peraltro una radicale differenza tra concezione normativa e teoria classica della colpa nella edificazione del giudizio colpevolezza. Entrambe le impostazioni si prefiggono infatti di colmare il deficit di rimproverabilità personale che strutturalmente affligge la colpa quale non volontà del fatto. Diverse sono però le strategie messe a punto dalle due impostazioni onde perseguire tale risultato.

⁶⁵ Seguono questa linea le rare pronunce che s'ispirano al criterio della c.d. prevedibilità in concreto – che altro non è se non vedibilità effettiva dell'*Anlass* – per le quali il mancato effettivo avvistamento dell'altrui comportamento irregolare o del pericolo imminente impedisce di muovere una valutazione di colpa per la mancata effettuazione della manovra di emergenza: così Cass. IV, 8 ottobre 2009, n. 46741, in *Cass. pen.*, 2010, 3196 ss., con nota di R. RUSSO, *L'onere dell'automobilista di prevedere le altrui condotte irregolari. Sul principio di affidamento in materia di circolazione stradale*. Una particolare sensibilità per questo aspetto si rinviene in molte sentenze redatte da Patrizia Piccialli – purtroppo non massimate quand'anche annullino doppie conformi di condanna – la quale lo fa aggallare dal giudizio di evitabilità: cfr. per esempio Cass. IV, 20 settembre 2011, n. 36067, *Diritto e Giustizia* on line 8 ottobre 2011, che ha annullato la condanna dell'automobilista chiamato a rispondere della morte della persona trasportata in seguito al tamponamento di due autoarticolati incidentati che ostruivano la carreggiata, *in ragione del fatto che la conformazione curvilinea della strada non consentiva l'avvistamento dell'ostacolo di fronte*. Analogamente Cass. IV, 19 novembre 2013, n. 4042, *Diritto e Giustizia* 30 gennaio 2014, che ha confermato l'assoluzione dell'automobilista che stava effettuando una consentita manovra di svolta rispetto all'investimento del motociclista che sopraggiungeva a una velocità elevatissima (125/130 km/h) in ragione del fatto «che l'arrivo del motociclista non poteva essere percepito: onde, il conducente dell'autoveicolo nulla poteva fare per evitare l'impatto». Infine, per un'ulteriore sentenza di annullamento di una doppia condanna di merito giustificata dal fatto che la manovra di emergenza può esigersi «solo ove una situazione di pericolo per fatto altrui sia(...) utilmente ed agevolmente percepibile» Cass. IV, 30 ottobre 2002, n. 1216 [inedita] pag. 8 (§ 3.1) dell'originale.

La teoria tradizionale propone – in estrema sintesi – di individuare delle situazioni personali in cui le capacità predittive dell'agente concreto sarebbero compromesse o pregiudicate così da non potersi rimproverare l'oggettiva violazione della regola cautelare⁶⁶. Ma una simile impostazione, più ingenua che reddiziosa, non fa i conti con la realtà e pare messa a punto da chi non si è mai confrontato con un giudice in carne e ossa cui tentare di spiegare che il proprio assistito avrebbe bensì violato la regola cautelare e causato l'evento lesivo che si sarebbe potuto evitare con la dovuta diligenza, ma nella verifica del fatto lesivo avrebbero giocato fattori soggettivi preponderanti come la stanchezza, la debolezza improvvisa, lo spavento, la sorpresa, il disorientamento, l'inesperienza, il deficit culturale o sociale, la perdita repentina di capacità funzionali che ne imporrebbero l'assoluzione. Al di là del "candore idealistico", una siffatta impostazione finisce per richiedere un giudice affetto da una sorta di *bipolarismo patologico*: giacché egli sarebbe chiamato dapprima a gestire un potere tipizzante smisurato nella prospettiva della massima tutela del bene giuridico (tanto da interpretare l'agente modello e definire autonomamente l'area del rischio consentito), per poi dover tradurre l'istanza più giustificativa possibile sino a valorizzare in chiave scusante le condizioni esistenziali di quello specifico autore colposo. Per non parlare poi del gravoso onere probatorio che questa impostazione pone a carico della difesa, la quale sarebbe tenuta a fornire gli elementi atti a comprovare sia l'esistenza dei presupposti sostanziali della situazione giustificativa, sia la soverchiante incidenza di tale condizione soggettiva nella dinamica concreta. Di qui la comprensibile penuria di pronunce che hanno escluso queste forme di colpevolezza colposa; e non tanto per l'insensibilità dei giudici al principio di colpevolezza, quanto per il timore che le scusanti sottendano banali scuse. Ecco perché la giurisprudenza esige un'oggettivizzazione archetipale delle condizioni di precarietà soggettiva che possono escludere la colpevolezza colposa, che si riducono quindi, nel campo medico, alle situazioni di urgenza⁶⁷, alla estraneità del comportamento doveroso rispetto a quelli per cui il soggetto concreto era stato formato⁶⁸, ovvero a carenze strutturali-organizzative non ascrivibili al singolo⁶⁹.

Assai più fruttuosa è invece la misura soggettiva escogitata dalla dottrina normativista, per la quale la rimproverabilità colposa riflette una carenza di conoscenza più che un deficit di adeguamento. Non che essa rinunci alle sopra citate ipotesi

⁶⁶ V. diffusamente D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 462 ss., 560 ss.; A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011, 195 ss., *passim*; M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., spec. 144 ss.

⁶⁷ Cfr. per esempio Cass. IV, 16 maggio 2014, n. 24528, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 1275 ss.; Cass. IV, 5 aprile 2011, n. 16328, Rv. 251960; Cass. IV, 20 maggio 2009, n. 31975 [inedita].

⁶⁸ Cfr. per esempio, Cass. IV, 31 gennaio 2008, n. 13942, Rv. 239256; Cass. IV, 31 gennaio 2008, n. 13942, Rv. 239256.

⁶⁹ Cfr. per esempio Cass. IV, 7 ottobre 2014, n. 46336, in *Guida al diritto*, 2015, fasc. 4, 93.

scusanti fondate sull'inesigibilità⁷⁰; semplicemente, rendendosi conto che la loro praticabilità processuale esige un'oggettivizzazione archetipale, le si ritiene una parte ancora troppo esigua della colpevolezza colposa. La *magna pars* della rimproverabilità e il tasso di autentico personalismo nella colpa si rinvergono, semmai, nel rapporto tra il soggetto agente e la specifica *Anlass* che gli si poneva di fronte⁷¹, così da subordinare la rimproverabilità personale alla reale conoscenza della situazione di rischio che imponeva di ricorrere alla regola cautelare, o alla colpevole assunzione di una condizione che non consentiva all'agente di percepirla. Una condizione questa che spetterebbe alla pubblica accusa dimostrare, senza che tale fondamentale onere della prova possa essere azzerato da quell'ipotetico "dovere di previsione" cui si affida la dottrina tradizionale. Piuttosto è il giudice penale, onde poter ritenere in colpa un soggetto, a dover dimostrare, o che questi godeva di una perfetta contezza dall'*Anlass* e ciò nondimeno non l'ha fronteggiata adottando la regola di comportamento che chiunque in quella stessa situazione avrebbe riconosciuto di dover seguire, ovvero che non ha percepito la situazione di rischio a causa della violazione di una precedente regola cautelare.

Solo questa è una colpa autenticamente personale; non già quello psicologismo predittivo che da oltre un secolo la dottrina propina nell'illusione che affidandolo al giudice questi sia incline a dispensare un po' d'indulgenza. Una colpa penale costituzionalmente coerente all'art. 27, comma 1, Cost. esige, all'inverso, la demarcazione di una tipicità così impermeabile alla manipolazione giudiziale da risultare perfettamente percepibile *ex ante* dal soggetto agente; la competenza del soggetto a gestire il fattore di rischio che si è concretizzato nell'evento; la disponibilità di effettivi poteri impeditivi, e la reale conoscenza della situazione di rischio che imponeva l'adozione della regola cautelare, oltre, va da sé, alla messa a fuoco di oggettive situazioni scusanti che riflettono *archetipi individuali* per i quali l'ordinamento ritiene giustificabile l'infrazione.

4.2. *Anlass e colpa medica*

Una corretta edificazione della colpa medica non può prescindere da una piena e corretta valorizzazione dell'*Anlass* tanto nella definizione della tipicità oggettiva quanto nella verifica del giudizio di colpevolezza.

Del resto, prim'ancora di curare, ogni medico è chiamato a valutare l'esistenza di una effettiva patologia, e soprattutto a identificarla, essendo la determinazione dell'intervento terapeutico null'altro che il "coerente riflesso" di una siffatta dia-

⁷⁰ F. GIUNTA, *La normatività*, cit., 111 ss.

⁷¹ F. GIUNTA, *La normatività*, cit., 110 s.

gnosi⁷². Per questa ragione, non sono poche le linee guida che, oltre a indicare le modalità terapeutiche da seguire, tassonomizzano i presupposti clinici dell'attività terapeutica, sino a offrire vere proprie griglie di valutazione anamnestica⁷³. Di conserva, anche la diagnosi giuridico-strutturale della colpa medica (e più in generale di qualunque ipotesi di colpa) deve muovere dall'analisi della situazione che il soggetto agente si trovava a affrontare, così da escludere, *in primis*, la sussistenza del fatto di reato nel caso in cui non sussistesse il presupposto operativo della regola cautelare, nonché, *in secundis*, la rimproverabilità del fatto (che non sarà quindi previsto come reato) nei casi di *Anlass* confusa od oscura ovvero, in termini medico legali, in presenza di un quadro sintomatologico ingannevole o camaleontico.

Si pensi – traendo spunto da un caso giurisprudenziale in cui la Cassazione ha annullato una doppia conforme condanna di merito – alla vicenda di un giovane ventiquattrenne deceduto per un aneurisma dissecante dell'aorta dopo le dimissioni dal pronto soccorso frutto di un'errata diagnosi di “algie toraciche” derivata dall'effettuazione di un semplice elettrocardiogramma e alla misurazione della pressione arteriosa. Ebbene, ineccepibile appare la decisione della Cassazione che ha annullato la condanna di merito sulla base del fatto che il quadro sintomatologico riscontrabile dal medico era tutt'altro che univoco: vuoi perché già la scheda del triage riferiva semplicemente di una dolorosità di media intensità, tanto che il paziente era giunto all'ospedale accompagnato da un amico in motocicletta, camminava autonomamente, era tranquillo, di colorito normale, laddove la sintomatologia tipica è rappresentata da un dolore violento, intollerabile e lancinante al punto da indurre contorcimenti cataclismici accompagnati da shock, pressione arteriosa elevata, sincope, dispnea, nausea; vuoi perché l'aneurisma aortico, già di per sé estremamente raro, colpisce in genere persone in età avanzata mentre la vittima aveva appena ventiquattro anni ed era in ottima salute⁷⁴.

Va peraltro sottolineato come la sentenza citata non costituisca affatto una rarità. Anzi, analizzando in modo sistematico la giurisprudenza di legittimità in materia di colpa medica⁷⁵, presto ci si avvede che, sebbene i percorsi argomentativi

⁷² Sulla prevalenza dell'errore diagnostico nell'ambito della colpa medica v. diffusamente M. CAPUTO, *Colpa penale del medico*, cit., 168 ss.

⁷³ Si veda per esempio il *Padua Prediction Score* per la stima del rischio di Tromboembolico che è stato recentemente oggetto di una interessante (quanto condivisibile) pronuncia della Suprema Corte tutta incentrata sulla riconoscibilità e valutazione dell'*Anlass*: Cass. IV, 24 maggio 2018, n. 29133 [inedita]. Ma si consideri altresì, fra le molte, la c.d. scala Conley per la valutazione del rischio di caduta del paziente, la scala Nihs relativa all'ictus, il protocollo Ebis per la valutazione del trauma cranico, eccetera.

⁷⁴ Cass. IV, 9 luglio 2009, n. 35659, Rv. 245316.

⁷⁵ Si fa riferimento alla raccolta contenuta in AA.VV., *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, Pisa, 2010.

non siano sempre coerenti e tanto meno omogenei in termini tecnico-giuridici, numerose sono le pronunce di assoluzione giustificate – in realtà – da una carenza di *Anlass*, ovvero da un’*Anlass* confusa o non univoca, o ancora da situazioni di “poliformismo sintomatologico”.

Exempla docent.

Quanto alla prima ipotesi, quella di *Anlass* assente, si pensi alla sentenza di assoluzione confermata dalla Cassazione nei confronti degli imputati chiamati a rispondere di aborto colposo per omessa diagnosi di sofferenza fetale. Assoluzione imposta dal fatto che prima del trasporto della partoriente dalla sala-travaglio alla sala-parto «*non era emerso alcun tratto patologico [del tracciato cardiocografico] che imponesse di non proseguire nella iniziale opzione del parto per le vie naturali*»: con la conseguenza che la scelta dei medici – e in particolare del ginecologo di fiducia – di far partorire la donna per le vie naturali doveva ritenersi corretta «*sulla base della valutazione del momento e dei parametri scientifici a disposizione nel momento in cui fu presa la decisione*»⁷⁶. Mancava dunque la premessa fattuale per l’adozione della regola modale che avrebbe impedito la verificazione dell’evento infausto, ragione per cui in questo caso dovrebbe concludersi che il “fatto colposo non sussiste”.

Con riguardo a un caso di *Anlass* confusa – che è all’origine di una carenza di colpevolezza colposa – si consideri invece la pronuncia che ha escluso la responsabilità dei medici per «*l’evento mortale conseguente ad erronea diagnosi [di peritonite acuta purulenta] e omissione del tempestivo intervento chirurgico salvifico, nel caso in cui il quadro sintomatico presentato dal paziente non sia univocamente indicativo della patologia in atto ed il quadro clinico, in rapida evoluzione*»⁷⁷. Si trattava infatti di un paziente affetto da cirrosi, interessato da ulteriori complicanze durante la degenza, tra cui una sindrome epato-renale, che peraltro non presentava quello stato febbrile che costituisce, all’inverso, la sintomatologia più comune della peritonite batterica. Anche in questo caso quindi – non sussistendo i presupposti per una diagnosi differenziale (v. *infra* § 5.3) – ben si è ritenuto che non fosse rimproverabile la mancata adozione della regola cautelare.

Infine, quanto al “poliformismo sintomatologico” valga per tutti il caso del paziente giunto al pronto soccorso in stato comatoso e deceduto per rottura dell’aorta. Considerato che la dissecazione dell’aorta «*presenta un poliformismo sintomatologico che rende all’inizio praticamente impossibile porre una diagnosi differenziale rispetto all’infarto ed alla neo encefalopatia ischemica*», la Cassazione ha ritenuto di confermare la sentenza di assoluzione nei confronti degli imputati in ra-

⁷⁶ Cass. IV, 5 febbraio 2008, n. 15222 [inedita], in AV.VV., *Il diritto penale della medicina*, cit., n. 238.

⁷⁷ Cass. IV, 14 gennaio 2010, n. 14551 [inedita], in AV.VV., *Il diritto penale della medicina*, cit., n. 476.

gione del fatto che gli esami diagnostici effettuati (elettrocardiogramma ed ecodoppler) avevano fatto propendere per un'encefalopatia ischemica anziché per una «patologia cardiaca acuta, essendo gli enzimi cardiaci e l'elettrocardiogramma nella norma». Ed è ben vero che la «tac toracicoaddominale, strumento presente nell'ospedale di Rossano, avrebbe consentito di porre una corretta diagnosi. Tuttavia occorre che il sospetto clinico sia supportato dalla presenza di una sintomatologia dolorosa tipica, che nella specie non era segnalata in alcun modo». Di qui l'assenza di colpa avvalorata dal fatto che gli imputati hanno agito «in presenza di un quadro sintomatologico aspecifico, polimorfo e di difficile interpretazione»⁷⁸.

Non è tutto.

Valorizzando l'*Anlass* quale primo e imprescindibile elemento della tipicità colposa, il diritto della medicina ne guadagnerebbe anche sotto altri profili. Basti pensare all'allocazione della responsabilità nelle strutture complesse che finirebbe per dipendere, a parità di competenze, dalla individuazione del soggetto che ha avuto percezione dell'*Anlass*⁷⁹. Ma si considerino altresì i vantaggi che una valorizzazione del primo elemento della tipicità colposa apporterebbe nel riconoscimento di una responsabilità concorsuale per un errore esecutivo. In effetti, salvo casi eccezionali nei quali l'errore esecutivo abbia una dilatazione temporale, è assai difficile che il conseguente evento infausto possa essere ascritto a soggetti diversi da colui che lo ha materialmente realizzato (si pensi per esempio alla rescissione accidentale di un'arteria tramite il bisturi) non potendosi ritenere che vi siano i presupposti fattuali per gli altri membri dell'équipe medica di percepire l'imminente errore esecutivo e riuscire conseguentemente a intervenire per fronteggiarlo⁸⁰.

Senonché, ai limitati fini del presente lavoro, l'aspetto più rilevante dell'*Anlass* è rappresentato dalla centralità che tale concetto riveste nella adeguata soluzione dei rapporti tra la colpa specifica e colpa generica del medico, ovvero nella definizione dei casi in cui risulti colposo il pedestre rispetto delle linee guida.

⁷⁸ Cass. IV, 5 aprile 2011, n. 16328, Rv. 251960.

⁷⁹ Spunti in tal senso si colgono in Cass. IV, 21 giugno 2017, n. 18334, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 1028 ss. (con nota di E. GRECO, *Gestione del rischio clinico e attività medica svolta in regime di plurisoggettività. Imputazione dell'evento per colpa e delega di funzioni in campo sanitario*, ivi, 1333 ss.), la quale ha assolto il primario – che non ha l'obbligo giuridico di valutare tutti i casi che entrano in reparto – in ragione del fatto che non gli era stata segnalata la portata anomala della situazione né questi era stato coinvolto nella gestione del paziente.

⁸⁰ In tal senso per esempio Cass. III, 12 dicembre 2013, n. 5684, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 593 ss. (con nota di A. SALERNO, *Responsabilità medica in équipe: cooperazione colposa, posizione di garanzia degli organi apicali e principio di auto-responsabilità dei singoli cooperanti*), che ha assolto l'aiuto primario dal non aver impedito l'errore esecutivo che ha caratterizzato «l'attività manuale espletata dal primo operatore (...) non potendo i suoi assistenti interferire in modo efficace su quanto egli compiva». In argomento v. *amplius* A. ROIATI, *Medicina difensiva*, cit., 262 ss.

5. *La colpa generica residuale del medico: «specificità del caso concreto» e diagnosi differenziale*

Come anticipato, è mantenendo a fuoco il concetto di *Anlass* che meglio si riuscirebbe a definire la colpa generica residuale del medico che si sia indebitamente attenuto alle linee guida mentre se ne doveva discostare, ovvero doveva integrarle con ulteriori regole cautelari di carattere prasseologico in ragione del carattere non rigido delle prime.

Queste eventualità già affiorano del resto dal tenore letterale degli artt. 5 l. 24/2017, e 590-*sexis* c.p., che fanno riferimento alla necessità di attenersi alle linee guida salvo «*la specificità del caso concreto*», evidenziando con ciò la non esaustività delle regole cautelari formalizzate. Detto questo, occorre nondimeno evitare che il grado di determinatezza raggiunto tramite la colpa specifica del medico (v. *supra* § 3.1 s.) sia eroso da una soverchiante forma di colpa generica residuale, analogamente a quanto è accaduto nell'ambito della circolazione stradale e della sicurezza sul lavoro, dove – rispettivamente – l'obbligo di prevedere le negligenze altrui e l'art. 2087 c.c. sono stati spesso impiegati dalla dottrina della prevedibilità per imputare comunque l'evento infausto al soggetto agente attenutosi alle regole cautelari positivizzate⁸¹. Di qui dunque l'esigenza di precisare se e in quali casi il medico sarebbe tenuto a discostarsi dalle linee guida in ragione delle «*specificità del caso concreto*».

5.1. *Colpa generica integratrice (legittima) versus colpa generica derogatrice (illegittima)*

Nel definire i rapporti tra colpa generica e colpa specifica, la tradizionale teoria della prevedibilità dell'evento alla luce dell'agente modello non ha grandi dubbi. La distinzione tra le due forme di colpa è più apparente che effettiva⁸² giacché entrambe sottenderebbero la stessa identica valutazione⁸³: con la conseguenza che il rispetto della regola cautelare formalizzata mai potrà garantire al soggetto osservante di non essere chiamato a rispondere penalmente, giacché continuerebbe a operare sottotraccia l'onnisciente e totalizzante giudizio di pre-

⁸¹ Diversamente la giurisprudenza civile, la quale è spesso più benevola di quella penale nell'interpretazione dell'art. 2087 c.c. escludendo che lo si possa utilizzare per configurare una colpa generica residuale, nel caso in cui tutte le altre regole cautelari previste dal piano di sicurezza siano state rispettate: cfr. emblematicamente Cass. lav., 7 agosto 2012, n. 14192, Rv. 623496.

⁸² In tal senso, fra i tanti, M. GALLO, voce *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, vol. VII, 1960, 637, 642; G. MARINUCCI, *La colpa*, cit., 231 ss., 236, 250; G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 314; ID., (*dir. pen.*), in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, 2006, 953 s.

⁸³ G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 313.

vedibilità⁸⁴. Tant'è che sarebbe addirittura doveroso, alla stregua dell'agente modello, migliorare il sistema prevenzionistico vigente onde evitare che un appiattimento sull'esistente comporti una flessione di tutela⁸⁵.

Significativamente diversa è invece la lettura dei rapporti tra colpa generica e colpa specifica ove si muova dalla teoria normativa. Se infatti, da questa angolazione, la tipicità colposa si compone della stretta connessione tra una determinata *Anlass* e la regola cautelare che in tale contesto si è tenuti a osservare; e se anche tale combinazione tipica è presidiata dai principi che promanano dall'art. 25, comma 2, Cost., ne viene che nell'ambito della situazione di rischio che funge da premessa operativa della regola cautelare formalizzata, non può che essere quest'ultima l'unica regola cautelare prevista dall'ordinamento per fronteggiare quella determinata *Anlass*. Qualora invece affiorino fattori di pericolo che esulano dalla premessa logico-operativa dalla regola cautelare positiva, v'è la possibilità di configurare una colpa generica residuale, sempreché, beninteso, si rinvenga un effettivo uso cautelare che sia volto a contrastare il fattore di rischio trascurato dalla regola cautelare specifica⁸⁶. Il che significa – in definitiva – che la colpa generica residuale può avere tutt'al più una funzione integratrice e mai derogatrice della colpa specifica.

Così, esemplificando con riferimento alla circolazione stradale, nulla impedirebbe di contestare per colpa generica il mancato utilizzo di marce corte agli automobilisti che procedono lungo ripide discese. Si tratta infatti di una regola modale, invalsa nella prassi, che si occupa di una *Anlass diversa e ulteriore* rispetto a quella che funge da premessa delle cautele esplicitamente fissate dal codice, le quali nulla prescrivono in merito alla guida in discesa. Sotto questo profilo la valenza integratrice della colpa generica non pone pertanto alcun problema, trovando anzi ulteriore avallo in taluni indici normativi (come gli artt. 140 e 141 cod. strad.) che altro non sono se non “richiami” a usi comportamentali invalsi nella prassi.

⁸⁴ Cfr. nello specifico L. RISICATO, *Le linee guida ed i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, *Dir. pen. proc.*, 2013, 201; C. PEZZIMENTI, *La responsabilità penale del medico tra linee guida e “colpa non lieve”: un'analisi critica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 331 ss.; O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *Arch. pen.*, 2014, 398.

⁸⁵ Cfr. per tutti G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 47 ss.; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico*, cit., 54, 243 ss., nonché, per una marcata accentuazione della colpa generica residuale sino a conferirle un'esplicita portata derogativa, M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012., 20, 70 ss., 74 ss., 83 ss., *passim*.

⁸⁶ Così sostanzialmente F. GIUNTA, *La normatività*, cit., 93 s.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2018, 323 ss., secondo il quale «il problema dell'eventuale colpa generica residua, nonostante l'osservanza della regola positiva, va risolto sulla base della ratio della norma cautelare scritta, verificando se nella situazione concreta sono ravvisabili peculiarità fattuali non calcolate dalla norma scritta, tali cioè da determinare una speciale pericolosità non corrispondente a quella considerata dalla norma positiva».

Di contro, per i normativisti, non v'è possibilità di ipotizzare che il soggetto agente sia tenuto a un *comportamento doveroso ancor più scrupoloso di quello previsto dall'auctoritas al fine di fronteggiare esattamente la situazione di rischio per la quale era prevista la regola specifica*. Diversamente ragionando, si finirebbe per consentire al giudice di vanificare tanto la valutazione "politica" sottesa alla determinazione autoritativa del rischio consentito, così da sostituire il proprio bilanciamento d'interessi a quello effettuato dall'ordinamento⁸⁷, quanto le esigenze di certezza giuridica che la positivizzazione delle regole cautelari intendeva perseguire⁸⁸.

Per avere conferma di tali inconvenienti basterà soffermarsi a considerare tre casi in cui la teoria della prevedibilità ha ingenerato una "colpa generica derogativa" di quella specifica, alimentando così le storture che la concezione normativa si prefigge di scongiurare.

a) La prima vicenda è particolarmente istruttiva anche perché caratterizzata da un'alternanza di giudizi che mette bene in luce le ricadute applicative delle contrapposte impostazioni⁸⁹. Il procedimento riguardava due installatori che in tempi diversi avevano montato uno scaldabagno nell'abitazione delle vittime decedute per soffocamento da monossido di carbonio. Era accaduto infatti che queste ultime si fossero scordate il rubinetto dell'acqua calda aperto così da mantenere lo scaldabagno attivo per tutta la notte: il calore e il vapore acqueo sprigionatisi avevano quindi determinato il distacco delle incrostazioni carboniose formatasi nella canna fumaria in un'epoca anteriore all'utilizzo del metano, le quali finirono così per impedire la fuoriuscita del monossido. Da qui la condanna pronunciata dal Tribunale per entrambi gli installatori, ritenuti responsabili di non avere controllato l'efficienza della canna fumaria. Non sortirono alcun risultato infatti le considerazioni della difesa secondo cui gli installatori si erano in realtà attenuti al punto 2.6 delle norme UNI-CIG richiamate dalla l. 6 dicembre 1971, n. 1082, le

⁸⁷ Cfr. i contributi di C. C. PIERGALLINI, *Attività produttive*, cit., 1482; ID., *Il volto e la "formalizzazione"*, cit., 540 ss.; ID., voce *Colpa*, cit., 230. Analogamente V. ATTILI, *Dalla struttura alla funzione (probatoria): il "tipo colposo" nel crogiolo dell'accertamento giudiziale*, in *Cass. pen.*, 2012, 1596; ID., *Colpa penale*, in *Il diritto - Enciclopedia giuridica de Il sole 24 ore*, Roma, 2008, vol. III, 303 s.

⁸⁸ Così F. PALAZZO, *Corso*, cit., 325. Analogamente F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in E. DOLCINI, C. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, *Teoria della pena. Teoria del reato*, Milano, 2006, 1293, il quale critica apertamente la proposta di modifica del Progetto Grosso (secondo il quale "il rispetto delle regole cautelari stabilite da leggi e regolamenti non esclude la colpa, se il progresso scientifico e tecnologico nel periodo successivo alla loro emanazione le abbia rese palesemente inadeguate") ritenendo che una siffatta disposizione sarebbe all'origine di una pretesa dell'ordinamento rivolta al consociato di essere, se necessario, più attento e previdente del legislatore sotto la minaccia di una sanzione penale.

⁸⁹ Cass. IV, 13 giugno 2007, n. 34115, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 883 ss. con nota di A.M. PIRAS, *L'ammissibilità di un addebito di colpa generica nell'ipotesi in cui siano state osservate le regole cautelari specifiche*.

quali prevedevano semplicemente di controllare il buon funzionamento della canna fumaria e l'assenza di rigurgiti tramite alcune prove di tiraggio, che erano state correttamente effettuate; né poteva addossarsi agli installatori l'accumulo delle incrostazioni depositatesi nel tubo prima dell'utilizzo del metano. Per il Tribunale, che ricostruisce coerentemente la regola cautelare alla luce del consueto criterio della prevedibilità, si sarebbe dovuto procedere anche a un controllo interno della canna fumaria, magari tramite le bocchette d'ispezione.

Senonché, una minima valorizzazione del dato normativo bastò alla Corte d'appello per ribaltare la condanna di primo grado. Le fu sufficiente osservare, infatti, che all'epoca dell'installazione degli scaldabagni non era previsto alcun obbligo di inserire le bocchette di ispezione (essendo stato previsto nel 1972 ed abolito nel 1992); e d'altro canto, l'ispezione interna della canna fumaria, ipotizzata dal Tribunale, non era da ritenersi doverosa per gli imputati essendosi rivelata un'attività così complessa da avere richiesto ai consulenti tecnici l'*introduzione di una telecamera*. Di qui la pronuncia di assoluzione fondata sul rispetto da parte degli installatori del punto 2.6 delle norme UNI-CIG, vale a dire l'unica disciplina cautelare stabilita dall'ordinamento per fronteggiare il fattore di rischio che aveva provocato l'evento infausto.

Ma quale "installatore modello" – avranno pensato i giudici della Cassazione – non porta con sé, o non inventa, una telecamera per ogni evenienza? È così che sulla base della "prevedibilità onnisciente" la Suprema Corte ha annullato la sentenza d'appello osservando che il prestatore d'opera non è tenuto al semplice rispetto della norme tecniche di settore (nella fattispecie le norme UNI-CIG), «*che ben possono essere insufficienti a garantire la piena sicurezza*», ma deve «*porre in essere tutte le cautele necessarie per evitare eventi dannosi prevedibili*» (anche se – va aggiunto – la "vigenza" di tali cautele è stabilita per la prima volta solo nel processo penale).

b) Ma oltre a derogare alle regole cautelari specifiche, la colpa generica residuale ingenerata dalla dottrina della prevedibilità può avere anche l'effetto di sostituire l'area del rischio consentito definita dalla legge con una di matrice giudiziale. Valga a tale riguardo il caso dell'infortunio occorso a un operaio mentre si trovava alla guida di un trattore-cingolato non ancora munito di cinture di sicurezza⁹⁰. Ebbene, la responsabilità penale del datore di lavoro rispetto all'accaduto si sarebbe dovuta pacificamente e rapidamente escludere sulla scorta della circolare del Ministero del Lavoro del 16 marzo 2005, che aveva posticipato a un periodo successivo rispetto alla data dell'infortunio l'obbligo di dotare i veicoli agricoli di cinture di sicurezza o altri strumenti anticaduta (meglio specificate dopo i fatti dalle Linee Guida ISPESL), consentendo nel frattempo di fronteggiare

⁹⁰ Cfr. Cass. IV, 3 giugno 2014, n. 36348 in *Diritto e giustizia* on line, 4 settembre 2014, che ha annullato la doppia assoluzione di merito del datore di lavoro chiamato a rispondere dell'omicidio colposo del lavoratore dapprima caduto e poi trascinato dal trattore.

quel fattore di rischio tramite un controllo preventivo del terreno e l'impiego di operai esperti. E tuttavia, questo "banale" riscontro normativo non è stato considerato decisivo ed assorbente dalla Corte di Cassazione, la quale non ha nemmeno ritenuto rilevante il fatto che il trattore non si fosse in realtà rovesciato, ma l'autista – come accertò il medico legale – fosse dapprima caduto e poi trascinato dal mezzo a seguito di un malore. Macché: la teoria della prevedibilità ha facilmente consentito, com'è ovvio, alla Corte Suprema di anticipare l'efficacia delle regole cautelari formalizzate, così da considerarsi *giudizialmente* dovuto sin da subito ciò che l'*ordinamento* non aveva ancora ritenuto cogente⁹¹.

c) Infine, l'efficacia derogativa della colpa generica residuale incentrata sulla prevedibilità può rivelarsi così sovversiva da ribaltare persino il rapporto tra autore e vittima del fatto. Emblematica in tal senso è la vicenda giudiziaria scaturita a metà degli anni 2000 dal Rally della Lana, durante il quale uno dei partecipanti causò la morte di taluni spettatori a causa di un'uscita di strada determinato da un errore di guida. Nessuna delle regole previste dal Regolamento del Commissione Sportiva Automobilistica Italiana era stata per il vero violata dall'imputato, così da indurre la difesa a chiederne l'assoluzione: l'errore di guida del rallyista è infatti insito nel tipo di gara, che induce per l'appunto i partecipanti a guidare al limite delle loro possibilità operando manovre azzardate; erano semmai le vittime ad avere eluso le zone riservate agli spettatori per sistemarsi imprudentemente nella zona destinata alla via di fuga dei veicoli. Nulla da fare: il giudice di merito, confrontandosi direttamente con il pilota-modello (che nel caso di specie si incarnò in un autorevole consulente tecnico campione di rally) ha ritenuto che l'imputato avesse commesso un errore di guida talmente grave (il che, si badi, è assolutamente ovvio, giacché altrimenti l'auto non sarebbe uscita di strada) da doversi imputare a tale comportamento la morte degli spettatori, e non già al loro imprudente e irregolare posizionamento⁹².

Non merita insistere con ulteriore casistica. Paiono sufficienti questi pochi esempi per cogliere quanto la tradizionale teoria della colpa entri in tensione sia con il principio di legalità sia con un'interpretazione minimale del principio di personalità della responsabilità penale che esige quanto meno l'anticipata conoscibilità dell'area del divieto penale⁹³. E a nulla verrebbe obiettare che si tratterebbe di isolate deviazioni che non minerebbero la validità teorica della colpa come prevedibi-

⁹¹ In termini generali, legittima apertamente tale soluzione intertemporale D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 182 ss.

⁹² Cfr. Trib. Ivrea, 10 luglio 2005, n. 544, in *Giur merito*, 2007, 1994 ss. con nota di F. BACCO, *Attività sportive e rischio consentito: il caso delle competizioni automobilistiche*.

⁹³ Per quanto negletta, tuttora fondamentale è la posizione assunta da C. cost., 24 marzo 1988, n. 364.

lità dell'agente modello⁹⁴. Altro che isolate deviazioni: la dottrina tradizionale ha finito per porre nelle mani del giudice un "ordigno" così dirompente da consentirgli sistematicamente di delimitare *ad libitum* la tipicità colposa, sino a sovvertire la delimitazione dell'area di rischio esplicitamente operata dall'ordinamento e impedendo alla collettività di disporre di un preciso riferimento deontico. Il vero è infatti che la dottrina della prevedibilità non priva solo l'individuo – e il medico nell'ambito specifico del presente studio – della possibilità di conoscere *a priori*, e con quel tasso di certezza che richiede la previsione penale⁹⁵, come ci si sarebbe dovuto comportare; ma corre altresì il rischio che il giudice smentisca l'affidabilità del referente positivo che era stato emanato dall'*auctoritas* giustappunto per risolvere l'incertezza comportamentale e orientare le scelte dei consociati.

5.2. Peculiarità dell'*Anlass* e «specificità del caso concreto»

Giunti a questo punto, dovrebbe apparire scontato il criterio discrezionale che si propone di seguire per distinguere i casi nei quali il rispetto delle linee guida debba comportare l'assoluzione del medico da quelli in cui tale osservanza sia all'origine di una colpa generica residuale, *melius* integratrice.

Movendo dal concetto di *Anlass* (v. *supra* § 4 ss.), la prima soluzione s'imporrà tutte le volte in cui la situazione clinica che il singolo medico si trova di fronte non presenta fattori di rischio diversi da quelli che sono stati considerati dallo studio scientifico che ha portato all'adozione della linea guida: ragione per cui quella regola cautelare – sebbene rivelatasi inefficace come purtroppo può accadere stante i limiti da cui anche la scienza medica non è immune – era da ritenersi quella che l'ordinamento richiedeva al medico. Una colpa generica integratrice si configurerà invece nel caso in cui la fattispecie concreta presenti delle rilevanti peculiarità cliniche, tali da doversi ritenere che esse esulino dall'*Anlass* tipica per cui erano state ideate le linee guida cui il medico si è conformato.

Beninteso, non sarà sufficiente una anodina specificità del paziente per imporre lo scostamento; né basteranno peculiarità che si limitino a incidere in termini modificativi sul bilanciamento d'interessi sotteso alle linee guida. Piuttosto saranno da considerarsi "rilevanti" solo le specificità del caso concreto che siano tali da comportare il "fallimento razionale" del modello di prevenzione confluito nelle linee guida *così da doversi ritenere che queste ultime non erano state ideate per applicarsi anche a quella particolare situazione*⁹⁶. E d'altro canto – è questa la

⁹⁴ Così M. CAPUTO, *Colpa penale del medico*, cit., 113, secondo il quale l'utilizzo improprio da parte della giurisprudenza del tradizionale criterio diagnostico incentrato sull'agente modello non dovrebbe per ciò solo giustificare l'abbandono.

⁹⁵ V. da ultimo fondamentalmente C. cost., 31 maggio 2018, n. 115.

⁹⁶ Anche sotto questo profilo, decisamente più apprezzabile era la formulazione della clausola di salvaguardia a favore del medico prospettata nell'originario progetto Gelli: il quale, oltre a esclu-

seconda condizione – la colpa generica integratrice non può prestarsi a un recupero dell'agente modello quale suppletivo parametro deontico, ma può operare, come precisa l'art. 5 l. 24/2017, solo in presenza di ulteriori «buone pratiche clinico assistenziali» invalse nell'uso che sopperiscano alla carenza delle raccomandazioni prescritte dalle linee guida. In mancanza di residuali orto-prassi mancherebbe infatti il presupposto tecnico per instaurare quella colpa generica normativamente intesa oltre la quale il giudice penale non può spingersi senza violare i principi costituzionali (v. *supra* § 1).

Un caso tratto dalla giurisprudenza della Cassazione che si è spontaneamente conformata al suddetto criterio diagnostico varrà ad esemplificarne l'equilibrio applicativo.

Il riferimento è al procedimento che ha coinvolto un anestesista sopraggiunto durante un intervento chirurgico su un neonato di due mesi deceduto per insufficienza respiratoria⁹⁷. Al termine dell'intervento, dopo essere stato estubato, il piccolo aveva immediatamente manifestato un'acuta crisi respiratoria. Di qui la decisione dell'anestesista di tentare, dapprima, una ventilazione in maschera, e poi di reintubare il piccolo, senza successo. Solo dopo oltre venti minuti di inutili tentativi, l'anestesista si era risolto a chiamare un neonatologo – così come sin da subito gli altri membri dell'équipe lo avevano sollecitato a fare – il quale riuscì immediatamente nella reintubazione anche sulla scorta di un sondino nasogastrico atto a liberare le prime vie respiratorie dalle secrezioni originate dalle precedenti manovre. Il tutto senza però riuscire a scongiurare il coma del bambino deceduto venti giorni dopo l'intervento per i postumi dell'anossia.

Tanto premesso, l'anestesista si difese dall'addebito di omicidio colposo invocando la conformità del proprio operato alle linee guida SIAARTI del 2001 concernenti l'anestesia in età pediatrica. Queste non evidenziano infatti condizioni che sconsigliassero nel caso di specie l'estubazione del piccolo al termine dell'intervento; né prevedono la necessaria presenza di un neonatologo durante lo svolgimento di tale operazione.

Sennonché, la Corte di Cassazione, pur riconoscendo la conformità dell'azione dell'imputato alle suddette linee guida, optò comunque per la conferma della sentenza di condanna in ragione delle «*circostanze particolari che caratterizzavano il caso concreto*», le quali avrebbero dovuto indurre l'anestesista a discostarsi dalle invocate norme SIAARTI. Ciò che si è sinora sottaciuto, infatti, è che il piccolo paziente già nella fase preoperatoria aveva manifestato difficoltà all'intubazione, tanto

derne una responsabilità per colpa non grave desunta dal rispetto delle linee guida, precisava che il medico se ne doveva discostare solo in presenza di «*rilevanti specificità del caso concreto*»: cfr. sull'originario tenore letterale dell'attuale art. 590-*sexies* c.p. (all'epoca 590-*ter* c.p.) M. CAPUTO, *Colpa penale del medico*, cit., 354.

⁹⁷ Cass. IV, 8 luglio 2014, n. 2168, Rv. 261764.

che il primo anestesista vi era riuscito solo al terzo tentativo. Una situazione, questa, nota all'imputato, che era sintomatica di quella complicità delle vie aeree, che imponeva una estubazione-reintubazione controllata dalla presenza del neonatologo. Né v'è da ritenere che quest'ultima regola di condotta sia il portato di una soluzione cautelare ideata *ad hoc* dal giudice con il senno di poi, come accade non di rado ove ci si avvalga del giudizio di prevedibilità veicolato dalla *fictio* della prognosi postuma. Al contrario, come rileva a più riprese la sentenza di legittimità, il fatto che tutta l'équipe medica avesse ripetutamente e sin da subito sollecitato l'anestesista a chiamare il neonatologo sta a dimostrare che la presenza di quest'ultimo era da considerarsi una cautela avvertita come doverosa nell'ambito in cui operava l'imputato. Di qui dunque la presenza di entrambe le condizioni richieste per la configurazione di una colpa generica integratrice originata dal colpevole appiattimento dell'agente sulle linee guida.

Ovviamente, qualora una delle due suddette condizioni mancasse, non potrebbe configurarsi alcuna colpa generica residuale. E in particolare non vi residuerebbe alcuno spazio se il fatto concreto non presenta note peculiari, tali da espungerlo dalla situazione di rischio considerata dalle linee guida.

Si consideri a titolo esemplificativo il caso dell'infermiera chiamata a rispondere di omicidio colposo per non avere accompagnato in bagno il paziente affetto da ischemia cerebrale che era deceduto per un trauma cranico originato dalla caduta nel locale dei servizi igienici⁹⁸. Del tutto condivisibile è la valutazione assoluta effettuata nei tre gradi di giudizio secondo cui nessuna colpa residuale era da ascrivere all'infermiera che, conformandosi alle «prassi operative del reparto», aveva lasciato il paziente solo nel bagno. Sebbene la vittima dimostrasse difficoltà a rimanere in posizione eretta come generalmente accade per i pazienti affetti da ischemia cerebrale, il caso non presentava alcuna peculiarità rispetto alla «situazione tipica» considerata nell'elaborazione della prassi cautelare: tant'è vero che il paziente era stato giudicato all'accettazione a bassissimo rischio di caduta secondo la scala Conley (1 su 10) e il giorno prima si era recato già due volte in bagno da solo. Certo, non si può escludere che l'«infermiere modello» avrebbe imposto al paziente di usare altri presidi sanitari al fine di azzerare completamente il rischio di caduta. Ma le prassi sono maggiormente rispettose della volontà del paziente – che aveva difatti rifiutato di avvalersi del c.d. pappagallo o del pannolone – e mirano anche a bilanciare l'esigenza di riservatezza con quella di salvaguardia dell'integrità fisica. Con la conseguenza che, non sussistendo nel caso di specie alcuna «*rilevante specificità*» tale da imporre all'operatore sanitario di discostarsi dalle prassi cautelari, non rimane alcuna possibilità di configurare una colpa generica residuale.

⁹⁸ Cass. IV, 13 novembre 2018, n. 48014 [inedita].

Tanto considerato, ancor meglio si dovrebbero comprendere le ragioni per cui l'*Anlass* costituirà, nel prossimo futuro, il tema centrale del diritto penale della medicina (v. *supra* § 4 ss.). Ora infatti che il problema della individuazione della regola cautelare si sta avviando a soluzione – vuoi per la più consapevole adesione della Cassazione alla concezione normativa della colpa, vuoi per la portata dell'art. 5 l. 24/2007 – la contesa processuale si sposterà fatalmente sull'esistenza in concreto dei presupposti applicativi delle linee guida. Sino al punto che ben potranno essere le difese, di fronte alla incontestabile violazione di una precisa regola cautelare, a invocare una «peculiarità del caso concreto» che avrebbe indotto il terapeuta a discostarsene.

I primi segnali di una simile strategia difensiva, volta a “portar fuori il caso concreto dalla Linea Guida contestate”, già affiorano del resto nella più recente giurisprudenza di legittimità. Si veda il caso del medico ospedaliero chiamato a rispondere della morte per embolia polmonare di un paziente cui egli aveva sospeso il trattamento antitrombotico in contrasto con le linee guida⁹⁹. Stante l'incontrovertibile contestazione, alla difesa non rimase che tentare di espungere il caso di specie dall'ambito applicativo delle linee guida su cui faceva leva l'accusa, sostenendo che la riduzione della terapia antitrombotica sarebbe dipesa dalla necessità di bilanciare il rischio tromboembolico con il “peculiare rischio emorragico” che caratterizzava quel determinato paziente; una peculiarità che avrebbe indotto il medico a optare per altre linee guida americane (American College of Chest Physicians). E tuttavia ciò non bastò per indurre la Cassazione ad annullare la condanna, sia perché mancava un riscontro probatorio del rischio emorragico invocato solo *ex post* dall'imputato, sia perché tale rischio, quand'anche fosse stato esistente, poteva essere in tutti i casi arginato in altro modo.

E ancora, quale ulteriore esempio di «specificità del caso concreto» prospettata senza successo in chiave difensiva, si veda il caso del neurochirurgo chiamato a rispondere dell'infezione provocata a un paziente sottoposto a intervento di ernia discale a causa della mancata somministrazione del trattamento antibiotico prescritto dalle linee guida. Ebbene, a nulla è valsa la tesi difensiva secondo cui l'allontanamento dalle linee guida era stata occasionata dalla allergia ai farmaci che il paziente avrebbe segnalato al medico. Per la Cassazione, quand'anche fosse stata reale l'allergia – che peraltro non risultava agli atti – essa avrebbe riguardato una determinata famiglia di antibiotici, così da non esimere l'imputato dal dovere di valutare la tollerabilità del paziente a un antibiotico di diversa appartenenza¹⁰⁰.

Ciò precisato, il fatto che non si riscontrino sinora pronunce ove sia stata accolta la prospettazione difensiva della “peculiarità del caso concreto”, non significa

⁹⁹ Cass. IV, 30 maggio 2018, n. 40923, Rv. 273927.

¹⁰⁰ Cass. IV, 23 maggio 2018, n. 38365 [inedita].

che tale soluzione sia teoricamente scorretta e impraticabile in ambito processuale. Al contrario, soprattutto nel caso di pazienti particolarmente critici, ben possono verificarsi situazioni straordinarie che inducono il terapeuta a optare per modelli cautelari diversi rispetto a quelli consueti previsti dalla linee guida¹⁰¹: nel qual caso nessuna responsabilità può essere imputata al medico, non foss'altro perché, ove si ragionasse diversamente, non si saprebbe come intervenire su questi "pazienti anomali" e a maggior rischio; i quali, a loro volta, non troverebbero alcun medico disposto a prendersene cura per il timore che il sempre possibile insuccesso terapeutico li esponga a un'automatica responsabilità penale.

5.3. La colposità dell'omessa diagnosi differenziale: limiti e casistica

Un'ultima insidia presente sulla strada del corretto accertamento della colpa medica origina dalla assiomatizzazione del c.d. obbligo di diagnosi differenziale che può scaturire dalla dottrina della prevedibilità¹⁰².

Non diversamente da quanto accade col dovere di prevedere le negligenze altrui nella circolazione stradale, il giudice penale, con il "senno di poi", potrebbe essere indotto a ritenere responsabile il medico che, avendo prescritto una terapia inefficace ma congrua rispetto alla sintomatologia riscontrata, non abbia ipotizzato anche ulteriori patologie – soprattutto di fronte a un'*Anlass* confusa od opaca: v. *supra* § 4.2 – e di conseguenza approntato in parallelo un alternativo percorso diagnostico-terapeutico che si sarebbe rivelato salvifico. L'obbligo di una siffatta diagnosi differenziale, specie se esasperato dall'agente modello, finirebbe così per privare di rilievo l'osservanza delle linee guida sino a trasformare un «errore diagnostico incolpevole» in una colpa generica residuale¹⁰³.

¹⁰¹ Si veda per esempio Cass. IV, 2 marzo 2007, n. 19354 [inedita] riguardante un chirurgo che si era allontanato dalle regole cautelari ordinarie in occasione di un intervento di colicistectomia in quanto la paziente, essendo portatrice di una valvola protesica associata a terapia anticoagulante, richiedeva un delicato e straordinario bilanciamento d'interessi tra rischio tromboembolico e rischio emorragico. Malgrado l'esito infausto e l'allontanamento dalle comuni metodologie, il medico fu correttamente assolto stante la "specificità del caso affrontato" che egli gestì, in via derogativa, sulla scorta dei protocolli indicati nel «Trattato di cardiologia E. Braunwald, riconosciuto come la Bibbia dei cardiologi mondiali».

¹⁰² Fra i pochi a occuparsi del tema: P. PIRAS, *La diagnosi differenziale in medicina: principi giurisprudenziali*, in *Dir. pen. cont.* on line, 18 gennaio 2012.

¹⁰³ Il virgolettato nel testo è tratto da Cass. IV, 29 novembre 2005, Rv. 233238 riguardante un medico condannato per la morte di una bambina a seguito di un'omessa diagnosi differenziale di appendicite acuta, in alternativa a quella influenzale cui si era indirizzato l'imputato: appendice acuta che secondo i consulenti tecnici non era per il vero diagnosticabile nel momento in cui si verificò la visita (non foss'altro per la mancanza di addome acuto), ma che si sarebbe potuta meglio fronteggiare informando i genitori dei sintomi cui essi avrebbero dovuto prestare attenzione onde segnalare un mutamento del quadro clinico. Di qui il principio massimato secondo cui l'obbligo di diagnosi differenziale si pone, non solo rispetto a sintomi percepiti dal medico che presentino un'incipiente valenza, «*ma*

La miglior prova di una siffatta distorsione ci viene dalla più recente giurisprudenza della Cassazione, che muovendo da un approccio normativista ha incrementato notevolmente i casi di annullamento di condanne che avevano incentrato l'accertamento della responsabilità colposa su un'assiomatica violazione dell'obbligo di diagnosi differenziale.

Tra le più perfette – un'autentica pietra miliare nella giurisprudenza normativista – si veda la pronuncia riguardante un chirurgo addominale condannato in entrambi i gradi di merito per omicidio colposo di una paziente sottoposta a intervento chirurgico. Successivamente all'operazione di plastica di laparocèle e revisione della cicatrice comparvero infatti dolori addominali accompagnati da vomito, meteorismo intestinale e difficoltà all'evacuazione. Sintomi che l'imputato non poté approfondire, stante la presenza della medicazione, e che ricondusse al decorso post-operatorio, prescrivendo quindi un analgesico-antipiretico e dei clisteri evacuativi. La situazione però non migliorò, tanto che dopo ulteriori esami diagnostici (radiografia all'addome e TAC) si scoprì dapprima un'occlusione e poi una perforazione intestinale che, malgrado l'intervento d'urgenza, condusse a morte la paziente a causa di una sepsi severa¹⁰⁴.

Scontato risultò l'esito del giudizio di merito appiattito sulla prognosi postuma. L'imputato non può che essere considerato responsabile a titolo di colpa in quanto già in occasione della prima visita alla paziente egli «*ben poteva pervenire a una diagnosi differenziale che riferisse, quanto meno in via ipotetica (sic), la sintomatologia dolorosa della donna non già al normale decorso post-operatorio, ma all'insorgere dell'occlusione*» (§ 3 del *Ritenuto in fatto*). Tale soluzione si fondava anche sulla valutazione dei periti – non di rado utilizzati come agenti modelli *in pectore* cui appaltare la giurisdizione – i quali ritennero che «*la sintomatologia presentata dalla paziente avrebbe potuto, in via d'ipotesi (sic) orientare verso il sospetto di un quadro occlusivo o sub-occlusivo e suggerire il ricorso ad altri strumenti diagnostici*» (§ 2 del *Considerato in diritto*).

Coraggiosissima, non meno che condivisibile, è la sentenza di annullamento della Corte di Cassazione, che riscontra nel suddetto ragionamento tre punti deboli. Il primo è costituito dall'errata ricostruzione dell'*Anlass* da parte delle sentenze di merito, che hanno riscontrato la doverosità della diagnosi differenziale sulla base di sintomi sorti in realtà dopo la visita incriminata e desunti dagli sms inviati nei giorni seguenti dalla paziente. È uno degli errori più frequenti in tema di *Anlass* – tanto che vi incorsero anche i periti nel caso di specie – che è ingenerato dalla *fictio* della prognosi postuma predittiva, operando la quale risulta estremamente disagevole immunizzarsi dal “peso” di quanto si sa essersi avvera-

anche quando è prospettabile che vi si debba ricorrere nell'immediato futuro a seguito di una prevedibile modificazione del quadro o della significatività del perdurare del quadro già esistente».

¹⁰⁴ Cass. IV, 26 aprile 2018, n. 24384, Rv. 273536.

to¹⁰⁵. Il secondo punto, che non riguarda l'oggetto specifico del presente lavoro ma gli sviluppi della sentenza Franzese, afferisce alla potenzialità salvifica del comportamento doveroso individuato dai periti in termini puramente probabilistici¹⁰⁶. E infine, la terza e più significativa critica rivolta dalla Cassazione alla sentenza oggetto di ricorso riguarda la sua scarsa attenzione, per non dire completa trascuratezza, della letteratura scientifica e delle univoche indicazioni provenienti da protocolli e dalle procedure consimili (pag. 9 ss.): laddove anche la diagnosi differenziale va trattata alla stregua di qualunque altra regola cautelare, così, pertanto, da non potersi sottrarre a un «*ineludibile*» riscontro nelle linee guida e nelle *best practice*¹⁰⁷.

Come anticipato, non è questa l'unica recente sentenza di legittimità ad avere arginato l'assiomatizzazione deontologica della diagnosi differenziale. Seguono anzi questa stessa linea per lo meno due ulteriori pronunce di annullamento, che – malgrado la comune valenza formativa e l'annullamento, in un caso, di una doppia condanna di merito – inspiegabilmente non hanno trovato riscontro presso l'Ufficio del Massimario¹⁰⁸.

Con la prima – una delle più limpide pronunce in materia di *Anlass*¹⁰⁹ – si è ulteriormente ribadito, da un lato, che la contestazione dell'omessa diagnosi differenziale non può muovere da un'incertezza diagnostica purchessia, ma postula una *Anlass bivalente*, ossia un quadro sintomatologico che prelude tanto alla patologia diagnosticata quanto a quella trascurata dal medico; e dall'altro lato, sottolinea la necessità di ricostruire tale ambivalenza con particolare scrupolo, considerando cioè solo il corteo sintomatologico effettivamente percepito dal medico nel momento del suo intervento, senza anticipare segnali d'allarme che si sono in realtà manifestati solo dopo. Di qui dunque l'assoluzione del medico curante che non si avvide dell'infezione rivelatasi poi letale su una paziente che lamentava forti dolori lombari, interpretando tale sintomo come indizio di una patologia articolare alla colonna vertebrale di cui la donna soffriva da tempo, così da somministrarle solo farmaci antiinfiammatori e antidolorifici. Il quadro clinico, debitamente circoscritto ai sintomi rilevabili nel momento del contatto medico-paziente, non consentiva infatti per la Corte di Cassazione di svolgere una diagnosi differenziale: la quale fu invece indebitamente ipotizzata dalla Corte d'appello sulla base di ulteriori altri segnali d'allarme (come il blocco della funzione urinaria e un episodio di vomito) che non furono però comunicati al medi-

¹⁰⁵ Cass. IV, 26 aprile 2018, n. 24384, cit., 8 penultimo capoverso.

¹⁰⁶ Cass. IV, 26 aprile 2018, n. 24384, cit., 8 ultimo capoverso.

¹⁰⁷ Cass. IV, 26 aprile 2018, n. 24384, cit., 10.

¹⁰⁸ Sulle plausibili ragioni di tali lacune v. D. MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in questa *Rivista*, 2012, 619 ss.

¹⁰⁹ Cass. IV, 5 maggio 2018, n. 29083 [inedita].

co dal marito e si manifestarono solo dopo la visita.

Se possibile, ancor più interessante in termini garantistici è un'ulteriore pronuncia di annullamento di una doppia conforme di condanna incentrata sulla violazione di una diagnosi differenziale, i cui presupposti erano stati in realtà apoditticamente affermati dalla Corte d'appello¹¹⁰. Non è esatto – sostiene infatti la Cassazione – che ogni incertezza diagnostica imponga il ricorso alla diagnosi differenziale, giacché se così fosse – vale aggiungere – tale regola cautelare non muoverebbe da una propria *Anlass*, ma scaturirebbe semplicemente da un astratto, generico e totalizzante obbligo di previsione capace di trasformare in colposo ogni valutazione clinica rivelatasi *ex post* inesatta. Al contrario, poiché la colpa penale consiste nella mancata adozione di una regola cautelare che l'*auctoritas* o l'uso impone di seguire *in ragione della presenza di determinati presupposti clinici*, la mancanza di un'*Anlass* bivalente non lascia residuare spazio alcuno per contestare la mancata effettuazione di una diagnosi differenziale, a meno che non ricorrano ulteriori “specificità del caso concreto”, anch'esse adeguatamente individuate dalla giurisprudenza di legittimità.

E invero – per concludere – il complesso delle più recenti pronunce di legittimità consente di circoscrivere in modo convincente l'ambito di operatività della diagnosi differenziale alle seguenti ipotesi. In linea generale e al pari di qualunque altra regola cautelare sanitaria, la diagnosi differenziale s'impone allorché è prevista dalle linee guida che spesso mettono a punto i casi in cui il medico è tenuto a orientarsi verso una duplice contestuale soluzione diagnostico-terapica¹¹¹. In subordine, quando cioè il medico ha coerentemente adottato una singola terapia in ragione del quadro clinico che si trovava di fronte, la diagnosi differenziale costituisce una regola cautelare atta a fondare una colpa generica integratrice in due ulteriori casi che riflettono rilevanti “specificità del caso concreto”: a) allorché l'iniziale quadro sintomatologico peggiora o il medico venga a conoscenza di ulteriori sintomi dapprima non percepibili che non sono compatibili con la diagnosi originaria¹¹²; b) quan-

¹¹⁰ Cass. IV, 8 febbraio 2018, n. 21868 [inedita] riguardante la mancata tempestiva effettuazione di una revisione della cavità uterina (c.d. raschiamento) in una donna sottoposta a interruzione volontaria di gravidanza per via farmacologica: l'omessa diagnosi fu occasionata da un'ecografia poco chiara che aveva portato la ginecologa a confondere il materiale placentare deciduo, in realtà presente, con perdite ematiche frammiste a coaguli, così da indurla a prescrivere dopo la prima visita solo un farmaco antiemorragico specifico.

¹¹¹ Com'è agevolmente riscontrabile, un gran numero, se non la maggioranza delle linee guida si sofferma sul tema della diagnosi differenziale e delle possibili interferenze patologiche: cfr. a mero titolo esemplificativo le Linee Guida SIOT per la diagnosi ed il trattamento dell'ernia del disco lombare con radicolopatia; Linee guida ESC 2015 per la diagnosi e il trattamento delle malattie del pericardio, eccetera.

¹¹² Benché risalente, paradigmatico è il caso di “colposo arroccamento” sulla diagnosi iniziale affrontato da Cass. IV, 8 novembre 1988, n. 11651, Rv. 179815. La fattispecie concreta riguardava un ragazzo ricoverato in ospedale con sintomatologia che, pur presentando qualche dato equivoco

do il quadro clinico rimane identico ma tale stabilità è incompatibile con l'atto terapeutico già compiuto in ragione della prima diagnosi¹¹³.

In tutti questi casi – che si noterà riguardano elementi di arricchimento dell'*Anlass* manifestatisi successivamente alla diagnosi iniziale – arroccarsi nel mantenimento della soluzione terapeutica prescritta dalle linee guida, pur applicate in modo coerente alla iniziale sintomatologia riscontrata, ingenera una colpa generica integratrice, imponendosi al medico di ipotizzare e sondare altre soluzioni terapeutiche, nel rispetto della regola cautelare esperienziale nota come “diagnosi differenziale”.

all'ingresso, si era sviluppata in modo da denunciare una occlusione intestinale (patologia di cui, peraltro, già altre volte il paziente aveva sofferto), la quale, ritenuta sin dall'inizio pancreatite, venne curata inadeguatamente. Di qui la condanna del medico che, malgrado i nuovi sintomi, rimase fermo sull'originaria diagnosi.

¹¹³ In tal senso v. da ultimo Cass. sez. Fer., 30 agosto 2018, n. 46495 [inedita], che ha condannato il medico di guardia di un carcere per non avere impedito la morte per infarto di un detenuto che si sarebbe agevolmente diagnosticato con un elettrocardiogramma, l'effettuazione del quale era divenuta doverosa, pur a fronte di un semplice dolore addominale, dopo che la terapia per la gastrite, inizialmente diagnostica dal medico, non aveva prodotto alcun effetto, così da indurre il detenuto a rivolgersi più volte nel corso della stessa giornata allo stesso medico di guardia per segnalare che il dolore non passava. Analogamente Cass. IV, 16 novembre 2017, n. 826 [inedita], relativo al caso di un paziente che si era recato tre volte allo stesso pronto soccorso ove venne curato per broncopolmonite mentre era in realtà affetto da una leucemia acuta. La sentenza di condanna è stata bensì annullata per errato accertamento del nesso di causalità, non potendosi dimostrare che una tempestiva diagnosi avrebbe avuto effetto salvifico. Ai fini della tipicità colposa, però, viene correttamente riscontrato a carico del medico una colpa omissiva per mancata effettuazione di una diagnosi differenziale, divenuta doverosa in occasione del secondo accesso, stante la persistenza nel paziente degli stessi esatti sintomi tali da evidenziare che l'iniziale terapia non aveva avuto effetto alcuno.

GHERARDO MINICUCCI

BREVI RIFLESSIONI SULLE CONTAMINAZIONI LINGUISTICHE
NEL DIRITTO PENALE

SOMMARIO: 1. Sulla nozione di contaminazione. – 2. L’oggetto delle contaminazioni: la lingua giuridico-penale nel contesto sociale. – 3. Il diritto come lingua tecnico-specialistica. – 4. Contaminatori e contaminati. – 5. Le contaminazioni della parte generale, tra concettualizzazione e comparazione. – 6. La “parte speciale”: il *vocabolario* del diritto penale. – 7. Alcuni interrogativi aperti.

1. *Sulla nozione di “contaminazione”*

Una riflessione sulle contaminazioni linguistiche nel diritto penale richiede anzitutto di mettere a fuoco cosa debba intendersi per “contaminazione”. Guardando all’etimo, si può dire che il termine tradizionalmente reca una valenza *lato sensu* negativa, la quale si connota per la modificazione peggiorativa della condizione del “contaminato”: si pensi, in proposito, alla vicinanza ai concetti di *malattia*, o di *epidemia*, o ancora di *compromissione* di un equilibrio preesistente. A questa accezione si è però progressivamente sostituita una lettura descrittiva, secondo la quale il termine indicherebbe la messa in contatto di elementi tra loro eterogenei, che, in tal modo, si scambierebbero caratteristiche peculiari.

Nonostante si sia di regola portati a pensare che la “contaminazione” sia negativa in sé, una certa evoluzione del costume sembra quindi rilanciare il termine verso il significato di *superamento di un’identità statica*, con mutuo beneficio del contaminato e del contaminatore: così, ad esempio, nella gastronomia, nella moda, nelle scienze economiche e sociologiche, nella musica. La “contaminazione” sta quindi lentamente perdendo il suo ancestrale richiamo alla negatività, per approdare verso una concettualizzazione neutra, spesso declinata – forse non a caso – con terminologia di lingua straniera (es.: *fusion*, *melting pot*, *cross-over*)¹.

Occorre subito specificare che non è tanto la lingua in sé ad essere aggredita direttamente da altri idiomi, quanto la matrice culturale del linguaggio. Non mancano nella nostra lingua molteplici vocaboli stranieri – peraltro spesso di ascendenza tecnica – che si sono intessuti come tali nell’ordito della lingua italia-

¹ Per tutti, cfr. le voci *Contaminare* e *Contaminazione*, in *Vocabolario Treccani*, Roma 2017, 480, nonché le voci *Fusion* e *Melting pot*, *ivi*, rispettivamente pp. 822 e 1194.

na (si pensi al *mouse*, al *tablet*, allo *smartphone*, al *bypass*, al *déjà-vu*). Ciò che costituisce forse il punto di maggior interesse è il fatto che, tanto nel parlato quanto nello scritto, si impieghino espressioni mutuate per intero da altre lingue (i casi più frequenti: *tout court*, *ça va sans dire*, etc.), che, sempre più spesso, prendono campo finendo col sostituire gli omologhi della nostra². Ancora, pur non essendo l'oggetto specifico delle presenti riflessioni, meritano un cenno le contaminazioni intra-linguistiche, tutte interne all'italiano, fatte di neologismi e *tormentoni linguistici* – nonché, talvolta, di marcature e osmosi dialettali – che non di rado hanno la precipua funzione di mettere in risalto la concettualizzazione che esprimono: in ambito giuridico, ad esempio, si possono rispettivamente menzionare il *femminicidio* e la *violenza* o la *tutela di genere*.

Ciò che si può sin d'ora anticipare è che l'impiego di un linguaggio eterointegrato pone inevitabilmente l'accento sul *particolare*, polarizzando l'attenzione dell'ascoltatore o del lettore proprio sull'oggetto della contaminazione.

D'altro canto, il linguaggio, anche giuridico, non è mai del tutto puro.

Gli innesti di neologismi e di contaminazioni, nonché le trasformazioni sotterranee dei significati – come quella, appena descritta, dello stesso concetto di “contaminazione” – sono una quotidiana esperienza, anche e soprattutto del giurista. L'idea che la lingua sia posta al riparo da un continuo mutamento è probabilmente irrealistica³: la purezza espressiva, infatti, è propria soltanto di una dimensione noumenica, destinata ad essere sconfessata proprio dalla dinamicità del reale. In questo senso, quindi, solo le lingue classiche – non a caso definibili come “morte” – possono ambire alla loro immutabilità. È dunque la stessa dimensione sociale del linguaggio a imporre la sua modificazione, di pari passo agli approdi e alle derive della socialità.

Nondimeno, nella tradizione giuridico-penale di *civil law* il linguaggio e il testo costituiscono un “a priori” di un itinerario che si snoda dall'esegesi all'ermeneutica: se è vero che la contaminazione sovverte il significato comune delle parole, infatti, è altrettanto vero che la premessa del procedimento interpretativo risiede in ogni caso nella ricostruzione del retroterra sociale, culturale e linguistico⁴. In proposito, resta probabilmente insuperabile l'immagine di Merkl, secondo il quale la lingua “non è affatto una vietata porticina di servizio attraverso la quale il diritto s'introduce di soppiatto. Essa è piuttosto il grande portale attraverso il quale tutto il diritto entra nella coscienza degli uomini”⁵.

² G. MANNOZZI, *Le parole del diritto penale: un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1466 ss.; C. DE MAGLIE, *La lingua del diritto penale*, in *Criminalia*, 2018, anticipato su *discrimen.it*, 29 aprile 2019, 1 ss.

³ G. LAZZARO, *Diritto e linguaggio comune*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 146 ss.

⁴ G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 353 ss.

⁵ A. MERKL, *Il duplice volto del diritto*, Milano 1987, 125.

In questo senso, si potrebbe più precisamente collocare il fenomeno in parola nell'incontro di due tendenze antitetiche, curiosamente unite dal fatto di essere entrambe indicate da neologismi: la *globalizzazione* e il *sovranismo*. Pur non essendo possibile analizzare compiutamente le enormi implicazioni, specialmente economico-sociali, dei due diversi approcci – qui evocati scervi da ogni riferimento politico – si può affermare che, anche e soprattutto nel diritto, essi possiedono un ruolo tutt'altro che trascurabile. La *globalizzazione*, infatti, avvincendo le dinamiche economiche, permea di un costante riferimento sovranazionale tutte le discipline giuridiche finitime: si pensi, per tutti, al diritto commerciale e al suo rapporto costante, ben oltre l'ascendenza storica, con la *lex mercatoria*⁶. I processi produttivi si frammentano e si flessibilizzano; i flussi finanziari, complice anche l'evoluzione tecnologica, divengono quasi istantanei; si standardizzano gli strumenti negoziali; assumono sempre maggiore importanza gli organismi sovranazionali (tra cui le alte Corti) e, ancor più, le imprese multinazionali o le agenzie di *rating*: in breve, viene meno la preminenza degli Stati nazionali, per come tramandata dalla storia europea post-rivoluzionaria⁷. Il *sovranismo*, invece, si avvicina ai diritti di matrice autoritativa – in particolare al diritto penale e amministrativo – in quanto espressione di un rapporto, tutto pubblicistico, tra persona e Stato, nel quale le molte (e talora decisive) peculiarità dei singoli Paesi spesso hanno una rilevanza determinante⁸. Com'è stato efficacemente sottolineato⁹, il diritto penale è da sempre uno strumento privilegiato della politica: perché esso dimentichi i confini nazionali, quindi, è richiesto che la politica stessa si internazionalizzi o si europeizzi.

La questione della contaminazione linguistica assume quindi notevole interesse, specie laddove si consideri, appunto, che il diritto civile e commerciale, o il diritto tributario o finanziario, hanno da tempo aperto le porte alla ricezione di termini di matrice anglosassone, addirittura in testi legislativi: nel Testo Unico Bancario, ad esempio, si vedano i *factoring*, *leasing*, *forfeiting*, *travellers cheques*, *money broking*, *rating*; ancora, si pensi alla legge 29 maggio 2017, n. 71, in tema di *cyberbullismo*; anche se non oggetto di normazione, tornano alla mente pure la

⁶ F. GALGANO, *Lex mercatoria e globalizzazione*, in *Vita not.*, 2005, 1253 ss., nonché ID., *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, in *Pol. dir.*, 2009, in part. 189 ss. *Amplius* cfr. N. IRTI, *S-confinatezza*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, Milano 2006, 2928 ss.

⁷ P. SCHLESINGER, *Linguaggio e diritto*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, I, Milano 2006, 401 ss.

⁸ Per tutti cfr. C. E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, 96 ss.

⁹ M. DONINI, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 16.

step-child adoption, il *know-how*, etc.¹⁰. Laddove interviene, la tutela penale si adatta recependo i cambiamenti del ramo extra-penale, finendo col rendersi permeabile al *novum* linguistico: ad esempio, nell'ambito del diritto penale della crisi d'impresa non è inconsueto il riferimento alla c.d. *business judgement rule*, che sarebbe peraltro forse impensabile sostituire oggi con la formula *insindacabilità degli atti gestori relativi a valutazioni di opportunità e convenienza con riferimento ad un comportamento ossequiente a regole di diligenza presuntivamente ritenute in concreto sussistenti*¹¹.

La presenza e l'uso di parole straniere, però, non sono sempre manifesti, o comunque non producono sempre effetti *ictu oculi* verificabili. Non di rado, una traduzione imprecisa o un uso distorcente comportano, similmente a quanto già descritto, una vera e propria mutazione del significato di alcuni vocaboli, anche tecnici, tanto da comportarne una sostanziale riscrittura, quando non un vero e proprio "tradimento". Si pensi alla nozione di *professionista*, divenuto antonimo del *consumatore* (ma non necessariamente colui il quale esercita una professione intellettuale ai sensi dell'art. 2233 c.c.), ovvero di *transazione*, intesa come *generico accordo patrimoniale* (derivato dal termine *transaction*, e non nel senso specifico indicato dall'art. 1965 c.c.)¹².

Raccordando queste prime considerazioni, pare possibile sostenere che il regolatore – ovvero sia, per quanto qui interessa, il diritto – tende ad esprimersi con la lingua del regolato: in questa prospettiva, al crescere della vocazione globalizzante dell'oggetto della regolazione vi sarà un proporzionale aumento del tasso di contaminazione del linguaggio (giuridico), che sarà, al contrario, assai più contenuto in presenza di esigenze di segno opposto.

2. *L'oggetto delle contaminazioni: la lingua giuridico-penale nel contesto sociale*

Pur essendo chiaro che la questione della contaminazione linguistica non costituisce una novità, è del pari evidente che l'omologazione globale di usi e di prodotti inevitabilmente comporta delle ricadute sulle forme espressive che vengono a costituirsi e ad imporsi nella vita quotidiana. Si è infatti detto che sono

¹⁰ Una chiara ricognizione del fenomeno è presente in quasi tutti i contributi compendati nel volume *L'italiano giuridico che cambia*, Firenze 2012, tra cui specialmente quelli di Barbara Pozzo (p. 10), Antonio Gambaro (pp. 35 e 40), Bruno Cavallone (p. 86), Michele A. Cortellazzo (p. 180 ss.) e Jacqueline Visconti (p. 186). Più di recente, cfr. V. JACOMETTI - B. POZZO, *Traduttologia e linguaggio giuridico*, Padova 2018, in part. 58 ss.

¹¹ Per i contenuti riportati nella definizione, da ultimo, cfr. Cass. civ., Sez. I, 4 luglio 2018, ord. n. 17494, in *CED - SentenzeWeb*.

¹² F. BAMBI, *Leggi, contratti, bilanci. Un italiano a norma?*, Roma 2016, 22 ss. e 26 ss.

almeno due i fisiologici fattori di contaminazione del linguaggio, rappresentati, da un lato, dalla “socialità” del medesimo e, dall’altro, dalla sua porosità verso termini provenienti da altri idiomi. Pur avendo una lingua capace di cogliere le più minute sfumature del reale, con la sua immensa varietà terminologica, il costume linguistico italiano è infatti particolarmente ricettivo verso terminologie aliene, scontando il rischio della colonizzazione, anche concettuale, ovvero della trasformazione di significato.

Il fenomeno risulta invece essere assai meno marcato in quei Paesi nei quali si assiste – per ragioni storiche peraltro non del tutto sovrapponibili – ad una particolare attenzione alla traduzione nella lingua nazionale, ed alla sua salvaguardia. Il pensiero corre, ad esempio, alla Francia e alla Spagna, laddove sono presenti accademie della lingua che intervengono decisamente per ricondurre a sistema le influenze che provengono dall’esterno del sistema linguistico consolidato, anche nell’ambito giuridico¹³. Ciò è tanto più significativo in una realtà, come quella iberica, nella quale la divisione linguistica ha accompagnato notevoli spinte secessioniste: violente, nel caso del terrorismo basco; “referendarie”, nel caso della Catalogna.

Guardando al contesto italiano, è significativo notare che i codici preunitari, ben prima della consacrazione dello Stato nazionale, si polarizzavano su un linguaggio comune, spesso mutuato da esperienze contigue, quando non espressamente modellato sulle esperienze degli altri Stati regionali. Non mancano, oggi, rilevanti eccezioni alla regola dell’unità linguistico-giuridica, riferibili alla lingua del processo – e, dunque, alla selezione dei magistrati – nei territori dell’Alto Adige, che, però, riaffermano implicitamente la regola della comunanza tra la comunità, la lingua e il diritto¹⁴.

Il binomio tra lingua e diritto è, in effetti, un singolo anello di una catena ben più ampia, compendiabile nella formula *comunità - lingua - diritto - diritto penale - testualità*.

La ricognizione di tali legami non vuol essere, di per sé, un sotterraneo richiamo al “sovranoismo” politico: a ben vedere, infatti, non esiste alcuno Stato moderno, salve rarissime eccezioni, che non si sia coagulato attorno ad una lingua (giuridica) comune. In questo senso, il diritto penale è senz’altro il più legato al territorio, che ne costituisce l’altro elemento connotativo¹⁵, in piena coerenza con la sua genesi autoritaria (indipendentemente dalla risoluzione, affatto piana, del

¹³ C. MARAZZINI, *L’italiano è meraviglioso*, Milano 2018, 43 ss.

¹⁴ T. DE MAURO, *Storia linguistica dell’Italia unita*, 4ª ed., Roma-Bari, 2017, 9 ss. e 273 ss.; nonché P. CARROZZA, voce *Nazione*, in *Dig. disc. pubb.*, X, Torino 1995, 132 ss.

¹⁵ D. MICHELETTI, *Reato e territorio*, in *Criminalia*, 2009, 566 ss.

dilemma tra *sovranità territoriale e territorialità della sovranità*¹⁶). Anche a non voler accreditare una sovrapposizione ultra-localizzante tra i valori di una singola società e l'oggetto della tutela penale, infatti, sembra difficile negare che al venire meno dell'uno o dell'altro fattore il diritto penale perde molta della sua consistenza originale, mutando forma e, talora, la sua stessa sostanza.

A ben guardare, con la "perdita" del territorio il diritto penale si trasfigura nel diritto internazionale penale, non a caso ispirato ad un marcato giusnaturalismo e concretato in clausole generali, talora succube della spiccata politicità del rapporto dialogico tra gli Stati; chiara manifestazione, in ogni caso, della minima entità di contenuti punitivi che possono davvero ritenersi patrimonio comune delle nazioni, essenzialmente legati alle loro specifiche esigenze e alle priorità del loro tempo (delineando così un rapporto di proporzionalità inversa tra normativismo e territorialità, col rischio del trascendere al piano della morale¹⁷).

Alla "perdita" della lingua, invece, possono ricondursi, in una prospettiva patologica, il diritto penale "di occupazione" o "di guerra" oppure, in una prospettiva fisiologica, i diritti derivati dai trattati europei e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che sono naturalmente rivolti alla composizione di strutture giuridiche non perfettamente collimanti, quando non in aperto contrasto tra loro. La circostanza che, assai spesso, le legislazioni domestiche tendano a centrarsi sui medesimi obiettivi politico-criminali dà conto della direzione teleologica comune degli interventi normativi sovranazionali, ma non vale certo a sovvertire il rapporto tra diritto, lingua e territorio, che sono – e, nonostante tutto, rimangono – avvinati in un inestricabile vincolo reciproco, anche considerando che la norma giuridica – tanto più se necessariamente tipica – non è una proposizione ideale, ma è calata nella lingua di una determinata comunità, di cui è espressione il legislatore.

3. *Il diritto come lingua tecnico-specialistica*

Si è detto che il linguaggio del diritto è influenzato dagli usi, in quanto debitore verso la lingua comune, ma è altresì, e primariamente, un registro comunicativo tecnico-specialistico¹⁸. Questa sua dimensione consente di apprezzare un secondo canale di trasformazione del diritto penale, diverso dal suo carattere

¹⁶ D. DONATI, *Stato e territorio*, Roma 1924, 96; con particolare riferimento all'ordinamento penale, cfr. A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, Torino 2006, in part. 17 ss. e 27 ss.

¹⁷ N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari 2006, 37.

¹⁸ F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari 1981, 48; F. PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen.*, 1987, 234 ss.; di recente, cfr. C. DE MAGLIE, *La lingua del diritto penale*, cit., 7 ss.

sociale, e derivante proprio dalla sua natura di lingua “dei giuristi”, con tutto ciò che ne è storicamente conseguito, e, quindi, con un’ulteriore serie di caratteristiche specifiche.

Pur con grande approssimazione, può dirsi che la lingua giuridica è connotata da un’intrinseca duplicità: deve essere compresa dai consociati e deve al contempo essere amministrata dagli operatori del diritto¹⁹; in breve, è un discorso espressivo di una *particolare* cultura giuridica. Non si tratta, quindi, di un registro comunicativo comune: la lingua giuridica, infatti, è assai spesso in tensione con l’uso “volgare” delle parole, del quale comunque si nutre e rispetto al quale è costantemente debitrice²⁰. In questa veste, peraltro, non rappresenta soltanto il vituperato “giuridichese” o “latinorum” – che pure costituiscono delle derive da fronteggiare – quanto un linguaggio fatto di gergalità, proprio del “mestiere” del giurista, e dunque talora necessariamente enigmatico, tecnico, allusivo²¹. Sono molte le sue peculiarità: *a*) la trans-disciplinarietà, anche se non pochi concetti sono tipici di un singolo ramo dell’ordinamento (si pensi al *possesso*), e dunque sono doppiamente normativi (non rappresentano soltanto un chiarimento del significato, ma lo costituiscono); *b*) l’indipendenza da variabili contestuali e situazionali, soprattutto al crescere della tensione verso l’astrazione; *c*) la precettività istituzionale; *d*) l’aver come destinatari una platea eterogenea di soggetti, non necessariamente provvisti di una formazione specialistica.

Si potrebbe forse chiudere il discorso riaffermando il *tecnicismo* dei termini giuridici, ribadendo che si tratta di vocaboli che, in qualche modo, mantengono una loro chiara univocità: nondimeno, occorre notare che la tecnicità del linguaggio giuridico non lo tutela dall’assenza di un gergo internazionale univocamente definito e di un retroterra culturale del tutto consolidato (si pensi, ad esempio, alla nozione giuridica di *torts*).

Avvicinandosi alle peculiarità del diritto penale, merita sottolineare che l’oggetto delle presenti riflessioni è costituito solo dalla lingua giuridica, e precisamente di quella deputata a occuparsi della regolamentazione dei fenomeni, nel presupposto che – pur non essendo totalmente rigorosa o comunque costruita secondo un’assiomatica del tutto regolare²² – possieda comunque delle minime capacità comunicative idonee a salvaguardarne la funzione di fondo, nonostante che al cre-

¹⁹ K. OLIVECRONA, *Linguaggio giuridico e realtà*, in *Il linguaggio del diritto*, a cura di U. Scarpelli, P. Di Lucia, Milano 1994, 147.

²⁰ U. SCARPELLI, *Semantica, morale, diritto*, Torino 1969, 103 ss.

²¹ G. LAZZARO, *Diritto e linguaggio comune*, cit., 161 ss.; F. CORDERO, *Stilus curiae (analisi della sentenza penale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 31 e 33; F. BAMBI, *Leggere e scrivere il diritto*, in *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, a cura di B. Pasciuta, L. Loschiavo, Roma 2018, 32.

²² Cfr. G. LAZZARO, *Diritto e linguaggio comune*, cit., 154 ss.; da ultimo cfr. anche G. TRACUZZI, *Brevi note sul linguaggio nel diritto penale tra suggestioni letterarie e soluzioni di teoria generale*, in *LP*, 2 novembre 2018, 4 ss. e 9 ss.

scere della valenza costitutiva di significato di un termine corrisponda, più o meno conseguentemente, una pari mutazione del significato proprio della norma²³.

In questa prospettiva, l'analisi del fenomeno della contaminazione linguistica non si attesta sul, pur centrale, tema del mutamento del costume comunicativo – tendente ad una semplificazione e ad una omologazione di carattere mondiale – ma, come si dirà, guarda ad una riflessione ulteriore sugli effetti e sulle conseguenze che l'uso di termini di lingua straniera può in vario modo produrre all'interno del mondo giuridico-penale. La prospettiva è dunque ancorata alla testualità del diritto criminale continentale, e non riguarda il complesso delle forme comunicative, anche non verbali, legate al diritto penale in particolare. Tali manifestazioni, spesso di carattere simbolico, da sempre si accompagnano al diritto, al processo e all'esecuzione penale, costituendo un *linguaggio* – e non una *lingua* – altrettanto significativo e precettivo: dalla legge-simbolo, allo splendore dei supplizi, a quanto resta del ritualismo e della liturgia del processo penale (dell'abbigliamento, delle formule, degli usi, dei luoghi)²⁴.

La lingua, nella sua declinazione testuale-giuridica, è un motore dell'evoluzione del diritto e costituisce il parametro per la misurazione dello “stato di salute” della legalità: da questo angolo visuale, la verifica dell'influenza esercitata da altre lingue sull'italiano è un campo di riflessione che risulta essere coesenziale, e al contempo funzionale, rispetto ai più tradizionali interrogativi della scienza penale.

Da una simile angolazione, il fenomeno della contaminazione linguistica assume una significatività ulteriore: quando si rapporta alla lingua giuridica, coinvolge non soltanto uno strumento comunicativo, ma anche un mezzo per l'imposizione di regole comportamentali. Con le relative conseguenze: proprio in quanto “amministrata” dagli operatori pratici, è connaturale alla lingua del diritto una certa qual discrezionalità interpretativa, che richiama, appunto, alla responsabilità dell'interprete quale esegeta di enunciati rivolti non soltanto ai professionisti, ma anche ai consociati in funzione di orientamento delle loro condotte²⁵. Così, considerando l'importanza della lingua giuridica sotto il profilo specifico della testualità – e dunque non tanto sul piano dell'uso linguistico – consegue naturalmente che essa è ferita mortalmente dalle imprecisioni – colpose, dolose o preterintenzionali – riferibili al suo impiego. In questo frangente, lo scadimento generale della legge ha poco a che vedere con la contaminazione

²³ Cfr. F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova 1979, 350 ss., 361 ss., 374 ss., 381 ss. e 389 ss.

²⁴ G. MANNOZZI, *Le parole del diritto penale*, cit., 1433.

²⁵ M. JORI, *Pragmatica giuridica*, Modena 2016, 61 ss. e, in part., 66 ss., nonché V. VELLUZZI, *Pragmatica del linguaggio giuridico e interpretazione*, in *Studi di filosofia analitica del diritto per Mario Jori*, a cura di A. Pintore, S. Zorzetto, Napoli 2016, 323.

linguistica in quanto tale, ma è pur sempre determinante, posto che dà luogo ad una legalità che si prospetta come tale solo nel guscio e che, nel suo insieme, si traduce nel tradimento dei suoi stessi postulati, ancorati ad un ineludibile nesso col principio di uguaglianza²⁶.

Delineato il campo di materia, si tratta di verificare empiricamente quali siano e dove eventualmente si annidino le contaminazioni linguistiche, avendo riguardo ai testi legislativi, alla dottrina e alla giurisprudenza, e distinguendo i casi in cui esse si leghino a neologismi, soprattutto in connessione con settori ad alta specializzazione, ovvero ad espressioni collimanti con quelle nostrane. L'analisi andrà condotta partitamente con riguardo alla parte generale, laddove ci si confronta col meta-linguaggio tipico dei principi identitari, e con la parte speciale, più facilmente influenzabile in quanto catalogo, più o meno ordinato, del penalmente rilevante.

4. *Contaminatori e contaminati*

Venendo alla descrizione degli attori delle contaminazioni linguistiche nel diritto penale, occorre anzitutto rilevare che, in via di principio, tutte le lingue hanno avuto concretamente, o hanno in astratto, la capacità di contaminare e di essere contaminate. Si pensi, in proposito, a quanto abbia influito il periodo coloniale, anche e soprattutto sulle strutture basilari del diritto, e quanto oggi una quasi perfetta comunicazione linguistica, anche tra continenti diversi, sia foriera di una costante traspirazione di contenuti da ordinamenti europei verso omologhi d'oltreoceano, e viceversa. Oggi, invece, l'ascensione dell'inglese a vera e propria lingua globale – una sorta di “lingua franca”, di nuovo linguaggio universale²⁷ – si pone come referente principale di un cammino di vera e propria uniformazione, che pone nuovi interrogativi proprio sul campo della sua interrelazione col mondo giuridico in generale, e giuridico-penale in particolare.

Per quanto riguarda il diritto penale italiano, si può dire che storicamente la più significativa influenza contaminatrice è stata esercitata dal latino, dal tedesco e, appunto, dall'inglese. Si tratta, a ben vedere, di lingue dal retroterra storico-culturale particolarmente diverso, del quale sono, e restano, inevitabilmente intrise.

Guardando alle fondamenta dell'edificio giuridico-penale, il latino ha svolto un ruolo decisivo proprio per la sua storica *sovra-nazionalità*²⁸, e forse anche per l'evocazione implicita di una dimensione risalente, quando non trascendente, che

²⁶ T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli 2014, 37.

²⁷ F. BAMBI, *La chiarezza della lingua del diritto*, in *Quad. fior.*, XLII (2013), 198 ss.; cfr. anche F. RUGGIERI, *L'italiano giuridico che cambia: il caso della procedura penale*, in *Cass. pen.*, 2012, 1143 ss.

²⁸ P. FIORELLI, *L'italiano giuridico dal latinismo al tecnicismo* (1998), ora in ID., *Intorno alle parole del diritto*, Milano 2008, 72 ss.

legittimasse gli asserti giuridici: sul punto, basterà ricordare che Feuerbach, nello scolpire il principio di legalità, usò proprio la formula latina *nullum crimen sine lege*. Da questo punto di vista, il latino ha costituito un primo “ponte” della contaminazione linguistica, nella sua veste di idioma europeo fino all’età moderna, anche grazie all’universalismo tipico dell’ordinamento canonico.

Assai diverso, invece, è il discorso relativo allo sviluppo moderno del diritto penale e alle sue vicende contemporanee: guardando soprattutto al formante dottrinale, è il tedesco giuridico a costituire, per *communis opinio*, la più alta forma di elevazione del discorso e dell’argomentazione²⁹, tanto sul piano stilistico, quanto su quello dei contenuti. L’egemonia culturale tedesca – consentita anche da un recepimento talora acritico delle teorizzazioni d’oltralpe, e amplificata dalle politiche pubbliche della Germania federale – ha di fatto monopolizzato la dottrina di lingua neolatina, soprattutto spagnola e sudamericana, per poi raggiungere anche l’Oriente, tanto che, in tempi recenti, v’è chi ha sentito la necessità di ribadire l’importanza della autonomizzazione del pensiero penalistico dai suoi, pur autorevolissimi, referenti internazionali³⁰.

Ciò detto con riferimento ai contaminatori, occorre far chiarezza su chi siano i soggetti passivi delle contaminazioni del linguaggio penalistico. Com’è stato in parte anticipato, tale esame deve essere partito secondo diverse direttrici, prioritariamente distinguendo tra le influenze sulla parte generale e quelle sulla parte speciale.

Sono molteplici le ragioni che depongono a favore di una simile scelta metodologica.

In primo luogo, è la diversa funzione delle due “parti” del diritto penale a marcare alcuni tratti peculiari rilevanti per l’indagine che si sta sviluppando. Per il momento, basterà osservare che mentre la parte generale ha una funzione di disciplina – di per sé restia a influenze che non siano anche di matrice culturale – tendente alla completezza e alla stabilità, la parte speciale ha una diversa vocazione, metaforicamente sintetizzata con l’immagine dell’arcipelago dei divieti: mentre la prima si occupa di definire e concettualizzare verso una crescente astrazione, la seconda non può prescindere dai suoi stessi limiti espressivi, in quanto contorni del singolo illecito di volta in volta considerato³¹.

In seconda battuta, ed in connessione con quanto già osservato, può dirsi che nella parte generale il concetto o il principio sopravanzano, con la loro intima coesenzialità al sistema inteso nel complesso, la stessa formulazione linguistica che li esprime: sono ben più, ed è anche “ben prima”, delle parole, com’è plastica-

²⁹ R. SACCO, *Lingua e diritto*, in *Ars interpretandi*, 2000, 119 ss.

³⁰ Sul punto, si vedano le riflessioni di F. MANTOVANI, *Il codice deontologico del giovane cultore del diritto penale*, in *Criminalia*, 2013, 646.

³¹ F. GIUNTA, *Prima lezione di diritto penale speciale*, in *Ius17@unibo.it*, 2014, 15, ora anche in *discrimen.it*.

mente dimostrato dalla notoria laconicità della parte generale del codice penale tedesco e dall'opposta scelta del legislatore del 1930³². Ciò non può dirsi con riguardo alla parte speciale, che, come si è appena detto, non può rinunciare alle parole che perimetrano gli illeciti e, soprattutto, alla specifica valutazione normativa che a tali termini si associa.

In ultimo, v'è una ragione di carattere storico, riferibile al fatto che la codificazione penale italiana si sviluppa, specialmente con riguardo al codice Rocco, in un momento certamente caratterizzato da una marcata autarchia linguistica, che si è protratta a seguito della svolta repubblicana anche per la decisiva influenza del tecnicismo giuridico. Guardando alla parte speciale, al contrario, basterà pensare alle innumerevoli porosità che il diritto penale complementare presenta rispetto al diritto extrapenale di riferimento per rendersi conto della decisiva influenza esercitata dalla vicinanza al lessico economico o a quello, comunque internazionalizzato, dei rami del diritto ad esso contigui.

5. *Le contaminazioni della parte generale, tra concettualizzazione e comparazione*

L'esame del fenomeno delle contaminazioni della parte generale si deve condurre suddividendo l'indagine con riguardo al formante oggetto di analisi, e dunque con riferimento, essenzialmente, alla lingua della legge e alla lingua della dottrina.

Invero, il ruolo "definitorio" della giurisprudenza rispetto a categorie di parte generale è ancora assai contenuto per ampiezza, anche se talora si è rivelato decisivo nel superamento di *impasse* teoriche mediante autonome teorizzazioni (com'è accaduto, a proposito della causalità e del suo accertamento, con la sentenza *Franzese*³³), ovvero ha saputo dimostrare un notevole approfondimento di tematiche già arate dalla dottrina (si pensi, con riferimento al dolo eventuale, alla sentenza del caso *Thyssenkrupp*³⁴). Si tratta, a ben vedere, della riconferma che la giurisprudenza è primo interlocutore di casi ed istanze concrete, e non già di categorie sistematicamente considerate.

Nondimeno, non sono mancati alcuni significativi esempi di contaminazione della parte generale, soprattutto con riguardo a profili *lato sensu* sanzionatori: si pensi, ad esempio, all'(ab)uso del termine *probation*, (quasi) costantemente invocato nella giurisprudenza odierna per indicare la sospensione del procedimento

³² G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova 1993, 9, 178 e 215, nonché F. PALAZZO-M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3ª ed., Torino 2013, 81 ss.

³³ Cass. pen., Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 30328, in *CED*, rv. 222138.

³⁴ Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, in *CED*, rv. 261105.

con messa alla prova³⁵, ed in passato collegato alla sospensione condizionale della pena e agli oneri eventualmente imponibili a suo corredo. Diversamente, assecondando la sua origine, il termine evoca una grande libertà del giudice nel disporre oneri a carico del reo, che nella sistematica degli istituti sospensivi di matrice nazionale è invece soggetta ad una tassativa indicazione³⁶. A ben vedere, la descritta circostanza non è affatto ininfluyente, concorrendo a legittimare, complice anche un parziale vuoto di positività, una marcatura sanzionatoria specialpreventiva dell'istituto previsto dagli artt. 464-*bis* ss. c.p.p. – come già è accaduto con la sospensione condizionale – che non dovrebbe forse inerire ad un rito alternativo caratterizzato proprio per l'assenza di qualsivoglia procedimentalizzazione finalizzata alla punizione del reo (come peraltro è stato ribadito, significativamente, anche dalla Corte costituzionale³⁷).

Tirando le fila del discorso, si può affermare che la lingua della legge è tendenzialmente immune da contaminazioni linguistiche in senso stretto; il contrario, invece, può dirsi per il linguaggio della dottrina, che risulta essere altamente contaminato, e che anzi si pone come il veicolo della più marcata influenza sulla parte generale.

La contaminazione dottrinale è l'effetto di un flusso ordinato, controllato, innervato prevalentemente dal carattere *tecnico* della lingua giuridico-penale, e assai poco debitore alla sua matrice *sociale*: si tratta, in breve, del dominio della comparazione, con l'esclusione di ciò che si esaurisce in un mero sfoggio di erudizione. In effetti, mentre è chiaro che la politica penale rimane, almeno ad oggi, una prerogativa tipica dei singoli Stati, la scienza penale è già da tempo immune da confini: il più ampio orizzonte della dottrina, anche quando si cimenta in interpretazioni serventi alle esigenze dei pratici del diritto – che sempre più, peraltro, cercano referenti culturali sovranazionali per legittimare le loro argomentazioni, o per far evolvere il sistema domestico – costituisce infatti il suo tratto denotativo caratteristico. Il predetto pluralismo metodologico e sostanziale ha decisamente contribuito allo sviluppo del pensiero penalistico, costituendo il più fecondo ponte verso l'introduzione di concettualizzazioni di matrice straniera, anche mediate da una marcata rivisitazione critica; il che, tuttavia, non ha garantito – ed oggi non garantisce – che la recezione legislativa di talune proposte mantenga o tesaurizzi il rigore metodologico della riflessione scientifica, talora giungendo ad impianti fortemente decontestualizzati.

Provando a classificare le varie forme in cui si è manifestato l'intervento con-

³⁵ Da ultimo, cfr. Cass. pen., Sez. III, 10 aprile 2019, n. 27532, in *CED - SentenzeWEB*.

³⁶ G. TARTAGLIONE, *La sospensione condizionale con "probation"*, in *Riv. pen.*, 1971, 241 ss.; A. CASTALDO, *Contenuto sanzionatorio e "trattamento" nella "nuova" sospensione condizionale: un'applicazione in tema di reati edilizi*, in *Arch. pen.*, 1984, 551 ss.

³⁷ C. cost., 21 febbraio 2018, n. 91, in *giurcost.org*.

taminatore di stampo dottrinale, dal piano più generale a quello più particolare, si possono distinguere le (i) traslazioni di modelli e di letture della teoria del reato (si pensi, a titolo di mero esempio, all'influenza sistematica de "Il fatto" di Delitala³⁸ e delle "Prospettive" di Santamaria³⁹), (ii) la comparazione e l'eventuale impianto di singoli istituti (com'è accaduto, tra gli altri, in relazione alla imputazione obiettiva dell'evento), e (iii) le contaminazioni influenti sulla gergalità della lingua giuridica.

A tutta evidenza, soltanto l'ultima categoria evocata offre riflessi sui temi oggetto delle presenti riflessioni, mentre i primi due si riferiscono, più propriamente, a fenomeni di porosità concettuale della parte generale, e non già di modificazione espressiva dei medesimi. Difatti, tanto la traslazione di modelli teoretici quanto l'opera di importazione o di trapianto di istituti specifici non costituiscono, se non indirettamente, delle autentiche forme di contaminazione linguistica, anche se certamente la loro ascendenza porta con sé un lessico che, nel momento in cui viene calato nel contesto nazionale, deve misurarsi sia con la terminologia che con l'impianto normativo preesistenti. Riprendendo l'esempio dell'imputazione obiettiva dell'evento, si tratta di un criterio che raccoglie l'esigenza manifestata in Italia con le teorie dell'adeguatezza causale, pur affrontandola con strumenti e metodi assai diversi, "sottratti", almeno secondo alcune autorevoli posizioni dottrinali, alla teorica della colpa; una volta completata l'operazione di trapianto, però, riferirsi all'istituto come *imputazione obiettiva* oppure come *objektive Zurechnung* sembra, al fondo, ininfluenza.

Il *proprium* delle contaminazioni linguistiche della parte generale, invece, è nell'uso di termini o locuzioni in lingua straniera, in funzione di arricchimento, o comunque di elevazione, del registro comunicativo degli scritti giuridici, ed è tradizionalmente legato all'impiego dei brocardi, estendendosi progressivamente all'uso di termini e locuzioni tedesche, e, oggi, in lingua inglese.

Va detto, tuttavia, che solo il latino ha avuto sin'ora la capacità di *farsi brocardo*, e dunque al contempo enunciato teoretico e di disciplina: scolpito, definito e definitorio. Basterà pensare a formule quali *analogia iuris* e *analogia legis*, oppure ancora a *condicio sine qua non*, *nemo tenetur se detegere*, *mens rea*, per verificare che tali formulazioni, ben oltre l'uso dotto che se ne può fare, sono in definitiva piene di contenuto giuridico. Al contrario, riferirsi ad esempio al dolo come *Vorsatz* e all'antigiuridicità come *Rechtswidrigkeit* poco influisce sul contenuto, risolvendosi soltanto in un asserito *virtuosismo linguistico*.

L'influenza sulla gergalità della dottrina, pertanto, può essere sia stilistico-retorica – rivelandosi sostanzialmente ininfluenza, se non sotto il profilo

³⁸ G. DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova 1930.

³⁹ D. SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli 1955.

dell'eventuale maggior complessità di lettura e di comprensione che ne deriva – che finalizzata all'evocazione di una precisa concettualizzazione, sintetizzata da un *tecnicismo specifico* che, con la sua puntualità espressiva, diviene assai difficile da sostituire⁴⁰: ne sono chiara testimonianza, per tutte, le espressioni *tempus regit actum*, *Tatbestand*, *business judgement rule*.

Si potrebbe quindi concludere che le contaminazioni linguistiche della parte generale, essenzialmente riferibili al linguaggio dottrinale, siano *ingenue*, e in definitiva ininfluenti. A ben vedere, però, scontano il rischio di occultare dei travisamenti di significato oppure dei veri e propri tradimenti del significato originario. Si pensi, a titolo di mero esempio, ai concetti di colpevolezza, colpa e colpa di organizzazione, i quali hanno un'ascendenza linguistica latina comune (*culpa*) che ha ovviamente condizionato la concettualizzazione giuridico-penale italiana. Diversamente, in tedesco essi si declinano rispettivamente come *Schuld*, *Fahrlässigkeit* (o, nei casi più gravi, come *Leichtfertigkeit*) e *Organisationsverschulden*, quindi con accezioni distinte, e vicine ai concetti di *colpa/obbligo*, di *negligenza*, di *colpa/debito*. Analogamente, l'impiego della parola *Absicht* per designare il dolo intenzionale – pur coerente con le elaborazioni della dottrina germanica ottocentesca, la quale accoppiava *Absicht* e *Vorsatz* come omologhi di *intentio* e *dolus* – è stato superato da taluni successivi sviluppi teorici che hanno portato il termine a designare l'atteggiamento interiore dei *Tendenzdelikte* (ovverosia il dolo specifico).

Occorre dunque guardarsi dall'eventualità del *tradimento del contaminatore*, ovverosia della riscrittura, più o meno manifesta o intenzionale, del concetto di fondo evocato con la terminologia straniera richiamata. Il quale produce effetti davvero singolari: alla concettualizzazione domestica si sovrappone l'omologa designata in un altro ordinamento, all'interno della quale, tuttavia, sono inseriti nuovi contenuti, in ogni caso eterogenei rispetto all'istituto originario, tanto per provenienza, quanto per tempo e luogo della loro elaborazione.

6. La “parte speciale”: il vocabolario del diritto penale

La prospettiva della parte speciale dischiude i più autentici spunti di riflessione sulle contaminazioni linguistiche del diritto penale. È proprio tramite l'uso delle *fattispecie* – intese come descrizioni linguistiche dei fatti costituenti reato – che si amplifica la capacità interferente di altri idiomi, e dunque la maggiore permeabilità verso innesti (anche occulti) e trasformazioni carsiche dei significati associati ai termini considerati. Come si è anticipato, mentre la parte generale co-

⁴⁰ B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino 2001, 3 ss.; L. SERIANNI, *Italiani scritti*, 3^a ed., Bologna 2012, 91 ss. e 126 ss.

stituisce il presupposto culturale del linguaggio, la parte speciale ne è a tutti gli effetti il *vocabolario*: in questo senso, quest'ultima è decisamente legata alla formulazione testuale degli enunciati normativi, costituendo il compendio del linguaggio penalistico mediante il quale il divieto perviene ai consociati, e da questi viene compreso.

In breve, la parte speciale è maggiormente debitrice rispetto al carattere *sociale* del diritto, oltre che al suo profilo *tecnico-specialistico*. Essendo perlopiù norme di disciplina, le disposizioni di parte generale sono essenzialmente rivolte agli operatori del diritto, laddove i singoli illeciti sono, a pieno titolo, norme di condotta rivolte a tutti i consociati; conseguentemente, anche le relative contaminazioni si atteggiavano in modo assai diversificato: mentre nella parte generale si producono mutamenti di sistema, raramente isolati, nella parte speciale le contaminazioni sono puntiformi, in quanto legate alla frammentarietà tipica di un settore discontinuo.

È ben vero che la comunicazione del divieto è venuta progressivamente complicandosi, soprattutto in relazione al c.d. diritto penale artificiale. Nondimeno, la dicotomia con i reati "naturalisti" è forse da stemperare, tenendo conto che non sono trascurabili le "sovrastrutture" che intervengono anche su impianti normativi sedimentati nella coscienza sociale (si pensi, ad esempio, al frastagliato sistema delle lesioni personali, dolose o colpose). Avvicinandosi al diritto penale economico, poi, l'analisi si complica ulteriormente a cagione delle influenze che provengono dal ramo extrapenale oggetto della tutela, fatto di tecnicismi e concettualizzazioni, non di rado a loro volta mutate da premesse sovranazionali o estere, ovvero da veri e propri atti normativi di matrice europea. È in questo canale che si colloca un binario preferenziale per l'influenza della lingua inglese: si pensi al quotidiano uso, indotto dal sistema nel suo complesso, di termini quali *best practices* e "malpratica" medica; ancora, alle ascendenze del *mobbing* o del *sexting*, ovvero della *cross examination*, chiaramente portatrici di una influenza, anche culturale, sulle strutture processual-penalistiche; infine, l'insostituibilità del termine *phishing* per individuare quel preciso fenomeno della criminalità informatica.

Come si è in parte anticipato, in questo frangente sono protagoniste la lingua del legislatore e quella della giurisprudenza.

Le contaminazioni della parte speciale riferibili alla lingua della legge sono essenzialmente di due tipologie. Da un lato, vi sono le influenze recate da un uso linguistico gergale che ha portato all'introduzione (o alla modifica) di fattispecie incriminatrici, rifacendosi a fenomeni delittuosi in senso criminologico: si pensi, per tutti, al *revenge porn* o al *cyberbullismo*. Dall'altro, si registrano le contaminazioni proprie del testo normativo, ovverosia la costruzione di una vera e propria fattispecie plurilingue: è il caso, ad esempio, del mai approvato art. 452-*quaterdecies* c.p. (previsto nel d.d.l. n. 342-957-1814-B, poi sfociato nella legge 22 maggio 2015, n. 68), nel quale si prevedeva la criminalizzazione della *ispezione di*

fondali marini operata con la “*tecnica dell’air gun o altre tecniche esplosive*”.

Il primo genere di contaminazioni si riverbera sulle scelte politiche, ma non sembra essere linguistico in senso stretto, salvo il costante uso che si perpetua nel linguaggio gergale, perlopiù verbale. Diversamente, la previsione di una modalità della condotta connotata in lingua inglese, pur costituendo una terminologia tecnico-specialistica, impone di interrogarsi su quale sia il metodo per l’attribuzione di significato. Altrettanto notevoli, poi, sono i rilievi da muovere in relazione alla disciplina dell’art. 5 c.p.: il giudizio di scusabilità dell’errore finirebbe con l’imporre la generalizzata conoscenza della lingua straniera⁴¹, a meno di non voler annichilire *ab initio* l’ambito applicativo del precetto.

Altrettanto contaminato è il linguaggio della giurisprudenza, nel quale si riscontrano parimenti due diversi ordini di contaminazioni.

Anche in questo settore è assai frequente l’uso stilistico delle lingue straniere, che, in quanto tale, non è foriero di particolari effetti; nondimeno la sedimentazione di tali usi può, col tempo, condurre a epiloghi imprevedibili *ex ante*: ad esempio, è costante l’impiego del termine *stalking*, che null’altro è se non la traduzione inglese – o, meglio, il *nickname* – della condotta del delitto di atti persecutori. A ben vedere, però, *to stalk* è un verbo che si dovrebbe tradurre con *inseguire* o *avvicinarsi di soppiatto, segretamente*, e che solo nella sua sostantivizzazione (*stalker*) assume il significato di *molestatore* o *persecutore*, che poi si riflette sul termine indicativo della condotta. Le conseguenze sul piano dell’interpretazione di questo continuo riferimento al termine inglese – anche da parte del Giudice delle Leggi: “*Tale ulteriore connotazione è volta ad individuare specifici fenomeni di molestia assillante che si caratterizzano per un atteggiamento predatorio nei confronti della vittima, bene espresso dal termine inglese ‘stalking’, con cui viene solitamente descritto questo comportamento criminale*”⁴² – sono ben note: le modalità della condotta (la *molestia* e la *minaccia*) perdono la loro connotazione normativa e conseguentemente il collegamento con gli artt. 612 e 660 c.p., autonomizzandosi in requisiti di matrice criminologica, tanto chiara quanto impalpabile, e trasformando sostanzialmente il delitto in un reato a forma libera⁴³.

Diversamente, un’ulteriore forma di contaminazione si declina nella modificazione occulta di termini in lingua italiana, sostituendo loro il significato ritratto da discipline di settore sovranazionali o estere: formalmente il termine resta immutato, ed in lingua italiana, ma dietro l’apparenza delle forme la sostanza muta sensibilmente. Così, ad esempio, è accaduto con riferimento al valore semantico da attri-

⁴¹ M. LANZI, *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino 2018, in part. 86 ss. e 96 ss.

⁴² C. cost., 11 giugno 2014, n. 172, in *giurcost.org*.

⁴³ In questi termini cfr. F. AGNINO, *Il delitto di atti persecutori e lo stato dell’arte giurisprudenziale e dottrinale*, in *Giur. merito*, 2011, 589. *Contra* cfr. G. DE SIMONE, *Il delitto di atti persecutori*, Roma 2013, 121.

buire alla locuzione “fatti materiali” presente nella fattispecie delle false comunicazioni sociali, laddove la Suprema Corte ha stabilito che “*all’includibile indagine testuale debba associarsi il richiamo al canone logico-sistematico ed a quello teleologico*” e che “*la ricerca del più appropriato significato della locuzione [...], secondo la comune accezione dei termini usati, sarebbe inconferente e, persino, erronea*”. Le nozioni di “materiale” e “rilevante” – si osserva – sarebbero squisitamente tecniche (e non comuni), siccome “*frutto di mera trasposizione letterale di formule lessicali in uso nelle scienze economiche anglo-americane e, soprattutto, nella legislazione comunitaria*”⁴⁴. Da qui, il collegamento tra *materialità* dei fatti e *materiality*, intesa come criterio di redazione del bilancio di esercizio e di revisione e, dunque, come sinonimo di *essenzialità*, anche in grazia dell’operare, sullo sfondo, del criterio della *true and fair view* (normato a livello europeo e poi codificato nell’art. 2423 c.c.)⁴⁵.

Tale operazione interpretativa, intesa in astratto, si mostra di assoluto interesse perché esplicita l’intenzionale mutazione, sotto il profilo linguistico, del significato proprio dell’aggettivo *materiale*: aggirando il vincolo posto dalle parole e dalla loro connessione (art. 12 disp. prel. c.c.), e spezzando la relazione tra significato e significante, sembra addirittura che l’interprete giunga ad un luogo concettuale che precede la dicotomia tra analogia e interpretazione estensiva, anteponendo la propria opera anche rispetto alle meta-norme in tema di interpretazione della legge. Così, dietro a questa “ortopedia” semantico-linguistica, la giurisprudenza cela una riscrittura delle fattispecie⁴⁶ che, tra le altre cose, è lesiva delle elementari esigenze di certezza giuridica poste a tutela dei consociati, che impediscono che la lingua giuridico-penale diventi una questione riservata ai giuristi di professione⁴⁷, e tende a annichilire la capacità del linguaggio di essere uno strumento di tenuta della tipicità e, conseguentemente, della frammentarietà.

7. Alcuni interrogativi aperti

Le parole si dicono “termini”, perché, specialmente quando proprie di una scienza o di un’arte, sono destinate ad esprimere costantemente un’idea, determinandola e circoscrivendola dimodoché non si possa confondere con altre, come accade con i fondi agricoli. Guardando al linguaggio penalistico, occorre con-

⁴⁴ Cass. pen., Sez. V, 12 novembre 2015, n. 890/2016, in *CED*, rv. 265691.

⁴⁵ Il principio è oggi più volte menzionato – tradotto come “rappresentazione veritiera e corretta” – nella direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa alla disciplina della redazione dei bilanci e dei bilanci consolidati.

⁴⁶ C. PAONESSA, *Parola e linguaggio nel diritto penale: la garanzia della forma oltre il formalismo*, in *Studi senesi*, 2017, 310.

⁴⁷ A. PAGLIARO, *Testo e interpretazione nel diritto penale* (2000), ora in *Il diritto penale tra norma e società. Scritti 1956-2008*, Milano 2009, 468.

frontarsi col suo ruolo di mezzo veicolante gli ambiti del divieto presidiato da pena: il contenuto necessariamente tecnico di talune norme penali e della loro interpretazione rappresenta infatti un fattore costitutivo della frammentarietà, ma è al contempo la fonte di un potenziale abuso, che trova concretezza ogniqualvolta il tecnicismo si traduce in una totale oscurità, incapace come tale di giungere al destinatario e di orientarne i comportamenti, secondo il sempreverde monito della Corte costituzionale⁴⁸.

Nel suo essere “giuridica”, la parola si traduce in un atto capace di vincolare i consociati, i quali fanno – o devono poter fare – affidamento sul significato che possono percepire dal testo o che è ad esso chiaramente riconducibile. La testualità è quindi un pilastro a cui il sistema penale non può rinunciare, sia che si sposi un approccio neocostituzionalista-ermeneutico, sia che si abbracci il giuspositivismo normativo⁴⁹: è la lingua (giuridica) stessa che, nel momento in cui tenta di cristallizzare l’essere con precisione e determinatezza, apre la porta all’opera di *disambiguazione*, ossia ad un’interpretazione chiarificatrice del senso intimo della disposizione⁵⁰.

Le contaminazioni del linguaggio giuridico, intese in senso stretto, si connettono più al tema dell’interpretazione che alle vicende del lessico: dietro l’apparenza di un riferimento colto, infatti, si è visto che può celarsi il deliberato impiego di un termine straniero cui è collegato un preciso ambito concettuale che vuole surrettiziamente importare, eventualmente mutato in alcuni suoi tratti.

Il fenomeno si colloca nello scarto tra *disposizione* e *norma*, sul quale convergono diversi fattori semantici e pragmatici dai quali dipende l’accettabilità di un certo risultato interpretativo: *a)* la convenzione linguistica prevalente della comunità; *b)* le regole di interpretazione poste dalle relative meta-norme; *c)* le convenzioni interpretative accettate in quella particolare cultura giuridica. Al dato letterale dell’enunciato normativo si sostituisce il significato *convenzionalmente* dato da una parte dei giuristi, mutuato da una lingua diversa: per ridurre al minimo lo scarto tra *questa diversa disposizione* e la norma si procede ad una manipolazione genetica della convenzione linguistica che tende a nullificare il significato *prima facie* della disposizione.

Le questioni poste si collocano, quindi, al confinare degli aspetti linguistici e interpretativi; a ciò conseguono effetti di non poco momento, posto che il linguaggio giuridico è al contempo un elemento *regolativo*, di *comunicazione* e di *garanzia*: tali caratteristiche – e la loro evoluzione o involuzione – rispettivamente si riverberano sulla *legalità*, sulla *colpevolezza* e sul *processo*.

⁴⁸ C. cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *giurcost.org*.

⁴⁹ M. JORI, *Concezioni del diritto vecchie e nuove. Il positivismo giuridico rivisitato sullo sfondo del neocostituzionalismo*, in *Criminalia*, 2017, 69 ss.

⁵⁰ In termini analoghi cfr. G. MANNOZZI, *Le parole del diritto penale*, cit., 1444.

Le riflessioni sopra condotte consentono di rendicontare alcune distinzioni di fondo tra le diverse forme di contaminazione, soprattutto in ragione della diversità del loro oggetto. Le contaminazioni “non guidate”, o ancor peggio “non sorvegliate”, hanno infatti un potere del quale si è forse ancora non del tutto consapevoli: la riprova è data dal fatto che laddove è presente un regolatore – principalmente il pensiero scientifico – esse si affacciano in senso prevalentemente garantistico, anche se provenienti da ordinamenti assai diversi. Un chiaro esempio è dato dalla poca influenza esercitata dalle teorizzazioni del c.d. diritto penale del nemico, che non hanno sostanzialmente attecchito nella cittadella dei principi penalistici italiani: l’oggettivismo tipico dell’ordinamento nazionale, da un lato, e il rifiuto generalizzato di modelli di giustizia diversificati, dall’altro, sono stati impiegati dalla dottrina italiana per filtrare le relative argomentazioni giuridiche, impedendo che esse irrompessero, per tali, nel panorama domestico⁵¹. Diversamente accade, invece, in relazione alla parte speciale, o al processo, dove la sempre maggiore influenza delle contaminazioni rischia di stravolgere l’assetto costruito nella parte generale: è il caso, come si è visto, delle false comunicazioni sociali, laddove, ben oltre l’*analogia legis* e l’*analogia iuris*, si configura una vera e propria *analogia verbis*.

In questo frangente si inserisce la fondamentale distinzione tra *autori* e *interpreti* dei divieti, che segna l’incommensurabile distanza che separa sul punto il diritto penale dal diritto civile (nel quale si può ordinariamente verificare una sovrapposizione, ad esempio, tra gli autori del contratto e i suoi interpreti, com’è desumibile dagli artt. 1362, 1364 e 1365 c.c.). Diversamente, nel diritto penale l’alterità tra decisore politico-criminale e interprete incarna una necessità consustanziale al sistema, addirittura oggetto di previsione costituzionale.

La dimensione interpretativa, in quanto elemento imprescindibile della vita del diritto, non va sottaciuta, ma non può neanche sovvertire la testualità linguistica delle disposizioni di legge, anche considerando che è certamente discutibile che l’interprete non abbia alcun riferimento sicuro al di là del caso concreto oggetto della sua attenzione. È il carattere *sociale* del diritto a impedire che essa abbia basi del tutto distinte da quelle ordinarie⁵², com’è stato chiaramente osservato anche dalla Corte costituzionale, la quale ha ribadito a più riprese la fondativa importanza della lingua (giuridica) italiana, ritenuta un “*elemento fondamentale di*

⁵¹ Sul punto cfr. F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell’amico, il nemico del diritto penale e l’amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 470 ss.; A PAGLIARO, “*Diritto penale del nemico*”: una costruzione illogica e pericolosa, in *Cass. pen.*, 2010, 2460 ss.

⁵² S. ZORZETTO, *Senso comune, intuizioni linguistiche e argomenti giuridici*, in *Diritto e linguaggio. Il prestito semantico tra le lingue naturali e i diritti vigenti in una prospettiva filosofico e informatico giuridica*, a cura di P. Perri, S. Zorzetto, Pisa 2015, 100.

*identità culturale e [...] mezzo primario di trasmissione dei relativi valori*⁵³, nonché un fattore di *“identità individuale e collettiva di importanza basilare”*⁵⁴, provvista non solo di una funzione formale e considerata un vero e proprio *“criterio interpretativo generale”*, il quale esclude che altre lingue *“possano essere intese come alternative alla lingua italiana”* o tali da porla *“in posizione marginale”*⁵⁵, anche in considerazione del fatto che è il *“vettore della cultura e della tradizione immanenti nella comunità nazionale”*⁵⁶. È significativo notare che, proprio con riferimento alle interferenze giuridico-culturali col diritto eurounitario, la Corte costituzionale è tornata recentemente sul punto con grande efficacia, ribadendo la necessità che *“le scelte di diritto penale sostanziale permettano all’individuo di conoscere in anticipo le conseguenze della sua condotta, in base al testo della disposizione rilevante, e, se del caso, con l’aiuto dell’interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici”*, affermando che ciò avvalorà l’idea che *“l’ausilio interpretativo del giudice penale non è che un posterius incaricato di scrutare eventuali zone d’ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell’arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo. [...] Se è vero che anche ‘la più certa delle leggi ha bisogno di “letture” ed interpretazioni sistematiche’ (sentenza n. 364 del 1988), resta fermo che esse non possono surrogarsi integralmente alla praevia lex scripta, con cui si intende garantire alle persone ‘la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d’azione”*⁵⁷.

È proprio nell’alternativa tra il formalismo e lo scetticismo interpretativo che si può porre il ruolo determinante della lingua e delle sue regole semantiche e sintattiche: com’è stato efficacemente notato⁵⁸, l’interprete non può giustificare la decisione poggiandosi su significati di un elemento di fattispecie che si collocano al di fuori di quelli ad esso attribuibili attraverso le regole anzidette, posto che queste ultime sono il patrimonio comune degli operatori del diritto e dei cittadini. In tal modo, all’arbitrio ermeneutico si sostituirebbe un’attribuzione di significato collocata in aree di senso (più o meno) predeterminate dal legislatore, con un rispetto di fondo dell’equilibrio tra i poteri dello Stato⁵⁹. Del resto, pur vero che il linguaggio comune certamente non è sempre univoco, è del pari vero che un riferimento al medesimo generalmente produce l’effetto di restringere l’ambito applicativo delle disposizioni, anziché ampliarlo a piacimento dell’interprete, concorrendo alla obiettività degli enunciati normativi.

⁵³ C. cost., 5 febbraio 1992, n. 62, in *giurcost.org*.

⁵⁴ C. cost., 22 gennaio 1996, n. 15, in *giurcost.org*.

⁵⁵ C. cost., 18 maggio 2009, n. 159, in *giurcost.org*.

⁵⁶ C. cost., 21 febbraio 2017, n. 42, in *giurcost.org*.

⁵⁷ C. cost., 31 maggio 2018, n. 115, in *giurcost.org*.

⁵⁸ V. VELLUZZI, *Pragmatica del linguaggio giuridico e interpretazione*, cit., 330.

⁵⁹ D. PULITANÒ, *Sull’interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, Milano 2006, 658; G. PINO, *L’insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia*, 2014, 182.

PIER FRANCESCO POLI

LA COLPA GRAVE QUALE LIMITE ALL'IMPUTAZIONE PER COLPA:
UNO SGUARDO AI CODICI DELL'ITALIA UNITA ^(*)

SOMMARIO: 1. La ragione di uno “sguardo al passato” sulla colpa grave. – 2. Il codice Zanardelli del 1889. – 2.1. L'art. 371 c.p. e la relazione ministeriale. – 2.2. La posizione della dottrina. – 2.3. Gli orientamenti giurisprudenziali. – 3. L'eredità della plurisecolare elaborazione in tema di colpa grave agli albori del codice Rocco. – 4. Riflessioni conclusive e prospettive di ulteriore indagine.

1. *La ragione di uno “sguardo al passato” sulla colpa grave*

Nel nostro ordinamento penale, come noto, attraverso i reati colposi si sanzionano indiscriminatamente sia condotte tenute con colpa lievissima, sia condotte realizzate con colpa estremamente grave, giacché il grado della colpa, di regola, assume rilievo solo ai fini del *quantum* della pena, ai sensi dell'art. 133 c.p., ma non già ai fini dell'*an* della punizione.

Le uniche eccezioni all'indiscriminata incriminazione di qualsiasi grado di colpa sono rappresentate, a livello legislativo:

i) dall'art. 64 del codice di procedura civile, in cui si limita la responsabilità penale del consulente tecnico all'interno del processo civile alla sola ipotesi di “*colpa grave*”;

ii) dall'art. 217 comma 1, n. 4) l. fall., che prevede la responsabilità dell'imprenditore che abbia aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o “*con altra grave colpa*”;

iii) dall'art. 217 comma 1, n. 3) l. fall., che statuisce la responsabilità dell'imprenditore nel caso in cui questi abbia compiuto operazioni di “*grave imprudenza*” al fine di ritardare il fallimento;

iv) dall'art. 217 comma 1, n. 2) l. fall., che prevede la responsabilità

^(*) Il presente contributo costituisce una parte di una più ampia riflessione sul ruolo assunto dal grado della colpa in prospettiva storica, che verrà prossimamente pubblicata nell'ambito di un lavoro specificamente dedicato al tema della colpa grave in diritto penale. In questa sede, per ragioni di spazio, vengono prese in considerazione le sole codificazioni emanate dal Legislatore dopo l'Unità d'Italia – ossia il Codice Zanardelli del 1889 ed il Codice Rocco del 1930 – mentre non saranno oggetto d'esame il Codice penale per il Regno di Sardegna del 1839 ed il Codice penale per il Granducato di Toscana del 1853, che pure trovarono applicazione nell'Italia unita sino al 1889.

dell'imprenditore qualora il medesimo abbia consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni "manifestamente imprudenti"¹.

Una quinta eccezione era rappresentata dall'art. 3 comma 1 della l. 189 del 2012, di conversione del c.d. D.L. Balduzzi, il quale prevedeva una irresponsabilità in sede penale per *colpa lieve* del sanitario che si fosse attenuto a linee guida e buone pratiche nello svolgimento delle proprie attività. Tale disposizione, tuttavia, è stata recentemente eliminata dal legislatore con un intervento riformatore (la c.d. Legge Gelli – Bianco, introduttiva dell'art. 590-*sexies* c.p.) non privo di criticità². Interpretando la nuova disciplina, peraltro, le Sezioni Unite della Corte

¹ In dottrina, peraltro, l'individuazione della colpa *grave* quale elemento soggettivo richiesto per integrare le suddette ipotesi di bancarotta semplice è tutt'altro che pacifica: ritiene che tali ipotesi siano punibili a titolo di colpa S. CANESTRARI, "Rischio d'impresa" e imputazione soggettiva nel diritto penale, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2003, p. 554; secondo C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale, Vol. IV – Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 602, invece, almeno le ipotesi di bancarotta semplice previste dai numeri 2) e 3) (oltre, ovviamente, all'ipotesi di cui al numero 1) dell'art. 217 comma 1 possono essere commesse anche con dolo eventuale; in senso ulteriormente difforme G. COCCO, *Sub art. 217 l. fall.*, in F. PALAZZO-C. E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, Cedam, 2007, p. 1209, ritiene che le condotte di bancarotta semplice siano esclusivamente dolose. In argomento, v. pure D. MICHELETTI, *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2000, p. 609 e ss. Ad ogni modo, il numero di sentenze di condanna per bancarotta semplice, soprattutto se raffrontato a quello di condanne per bancarotta fraudolenta, è estremamente esiguo, come la ricerca su una qualsiasi banca dati di giurisprudenza può dimostrare. Per tale rilievo, v. già U. GIULIANI BALESTRINO, *La colpa dell'imprenditore nella bancarotta semplice patrimoniale nell'evoluzione del reato colposo*, in M. C. BASSIOUNI-A. R. LATAGLIATA-A. M. STILE, *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1991, p. 680. Tra le sentenze emanate dalla Corte di Cassazione in materia di bancarotta semplice, in cui si dà rilievo alla *colpa grave*, particolarmente interessante è Cass. pen., sez. V, sent. 43414 del 2013, in CED, 257533, in cui la Corte ha sottolineato l'attenzione che l'interprete dovrebbe riservare alla verifica della sussistenza della gravità della colpa nel comportamento tenuto dall'imprenditore.

² Sulla legge Balduzzi e sulla sua applicazione giurisprudenziale, v., per un quadro ricostruttivo, F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 febbraio 2017, nonché, volendo, P.F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 4/2013, p. 86 e ss.; sulla riforma del 2017, v. C. CUPELLI, *Alle porte la nuova responsabilità penale degli operatori sanitari. Buoni propositi, facili entusiasmi, prime perplessità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 gennaio 2017; C. BRUSCO, *I riflessi della legge Gelli – Bianco sulla responsabilità penale*, Relazione svolta al corso di aggiornamento "Responsabilità per colpa medica: nuovi strumenti e nuovi problemi dopo la recente modifica legislativa", 13 giugno 2017, in http://www.distretto.torino.giustizia.it/Distretto/allegato_corsi.aspx?File_id_allegato=2896; G.M. CALETTI-M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge Gelli – Bianco nella prospettiva del diritto penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 marzo 2017; G. IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia nella legge 8 marzo 2017 n. 24 (legge c.d. Gelli – Bianco)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 giugno 2017; A. ROIATI, *La colpa medica dopo la legge "Gelli – Bianco": contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, in *Archivio penale*, n. 2, 2017, p. 1 e ss.; O. DI GIOVINE,

di Cassazione sono giunte a reintrodurre, in via pretoria, il limite della colpa grave per la responsabilità del sanitario in presenza di determinati presupposti³.

Allo stato attuale, quindi, nel nostro sistema penale⁴, salvo marginali eccezioni e controverse interpretazioni giurisprudenziali, in presenza di una previsione incriminatrice di un reato colposo si sanzionano tutte le condotte commesse con colpa, indipendentemente dalla gravità della medesima.

L'obiettivo del presente contributo è verificare – posto che attualmente l'impiego del grado della colpa con funzione di limite alla responsabilità penale risulta estremamente ridotto – se siffatta situazione corrisponda alla volontà dei codificatori dell'Unità d'Italia, ovvero rappresenti un fenomeno relativamente recente.

L'idea dell'opportunità di una tale indagine è scaturita, oltre che dalla generale utilità dell'analisi retrospettiva nell'esame degli istituti giuridici⁵, dalla lettura di alcuni passaggi, sulla colpa e sulla colpa grave, di Francesco Carrara. L'Autore, nel suo Programma del corso di diritto criminale⁶ – opera che sarebbe diventata un punto di riferimento per la scienza penalistica moderna e contemporanea – scriveva, infatti, che la ragione di una regola che limiti la responsabilità penale alla *sola colpa connotata da gravità* “è evidente. La pubblica opinione in siffatte contingenze [fatti commessi senza colpa grave] si muove alla pietà, non al timore. Ciascuno, portando l'esame sopra se stesso, ripete nel suo cuore, che ciò sarebbe avvenuto a tutti; e tale coscienza non è compatibile con la coscienza della necessità di una punizione. L'opinione della sicurezza non si commuove per il fatto, e

Colpa penale, “legge Balduzzi” e “disegno di legge Gelli-Bianco”: il matrimonio impossibile tra diritto penale e gestione del rischio clinico, in *Cassazione penale*, 2017, p. 389 e ss.; L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del sanitario*, in *La Legislazione penale*, 2017, p. 16 e ss., nonché, volendo, P.F. POLI, *Il d.d.l. Gelli – Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 febbraio 2017.

³ Cass. pen., SS. UU., sent. 21 dicembre 2017, n. 8770. Per alcune considerazioni critiche su tale sentenza, la quale avrebbe operato un'interpretazione *praeter legem* del nuovo art. 590-sexies c.p., v. C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle sezioni unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1 marzo 2018; P. PIRAS, *Un distillato di nomofilachia: l'imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 aprile 2018; R. BARTOLI, *Riforma Gelli – Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 maggio 2018; R. BLAIOTTA, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 28 maggio 2018.

⁴ Per uno sguardo comparatistico sul rilievo del grado della colpa nel sistema spagnolo sia consentito rinviare a P.F. POLI, *La rilevanza del grado della colpa in funzione incriminatrice nel sistema penale spagnolo: un modello da imitare?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, p. 903 e ss.

⁵ Così G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, V ed., Torino, Giappichelli, 1965, p. 2, il quale rileva che “l'apertura storica è essenziale al giurista per acquistare coscienza del suo stesso lavoro, e rendere questo più sensibile all'individualità degli elementi con cui opera”.

⁶ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale – Parte speciale*, vol. I, VI ed., Lucca, Tipografia Canovetti, 1891, pp. 90 e ss.

poiché ognuno sente che a sua volta potrebbe trovarsi nel caso uguale di essere causa inconsapevole dell'altrui morte, quell'allarme, che non ha eccitato il fatto, non eccita invece la punizione, ed il fine della tranquillità non è manomesso. Non v'è bisogno di fare un esempio agli scioperati dove non v'è stata scioperataggine, non v'è bisogno di calmare i sospetti dei buoni dove i buoni non sentono timore. La ragione politica dell'imputabilità per colpa scompare affatto. Un omicidio, commesso per colpa lievissima, non è niente di più che una sventura, e le sventure domandano lagrime e conforti, non pene".

L'interrogativo che sorge spontaneo, dunque, è se il grado della colpa, in passato, abbia avuto un qualche ruolo nel nostro sistema in funzione di limite alla responsabilità penale e per quale ragione esso abbia perso, in tempi più recenti, tale ruolo. Per rispondere a tale domanda intraprenderemo, pertanto, nelle seguenti pagine, un'analisi retrospettiva, sia pur limitandoci a considerazioni sintetiche.

2. *Il codice Zanardelli del 1889*

Il codice Zanardelli del 1889⁷ rappresenta l'antecedente immediato del codice penale vigente (c.d. codice Rocco, dal nome dell'allora Ministro della Giustizia).

In particolare, in tale codice mancava una definizione di colpa nella parte generale, tuttavia le indicazioni sul contenuto della medesima erano fornite dalle singole norme incriminatrici di reati colposi.

2.1. *L'art. 371 c.p. e la relazione ministeriale*

Esaminando il delitto di omicidio colposo quale paradigma della responsabilità penale per colpa va rilevato che l'articolo 371 prevedeva, al primo comma:

"Chiunque, per imprudenza, negligenza, ovvero per imperizia nella propria arte o professione, o per inosservanza di regolamenti, ordini o discipline, cagiona la morte di alcuno è punito con la detenzione da tre mesi a cinque anni e con una multa da lire cento a tremila".

Al secondo comma, poi, veniva previsto

"Se dal fatto derivi la morte di più persone o anche la morte di una sola e la lesione di una o più, la quale abbia prodotto gli effetti indicati nel primo capoverso dell'articolo 372, la pena è della detenzione da uno a otto anni e della multa non inferiore a lire duemila".

Il tenore letterale della norma potrebbe far pensare, stante l'interpretazione

⁷ Siffatto codice risulta peraltro attualmente ancora in vigore nello Stato città del Vaticano. Tale vigenza si deve al richiamo operato dall'art. 7 della Legge dello Stato Città del Vaticano LXXXI, che a sua volta richiama l'art. 4, legge 7 giugno 1929, n. II, il quale rinvia alla normativa del codice italiano all'epoca vigente, cioè, appunto, il codice penale Zanardelli.

odierna relativa alla similare disposizione contenuta nell'art. 43 c.p., che fosse escluso qualsiasi rilievo del grado della colpa in funzione di limite della responsabilità penale.

Dalla Relazione al Codice del Ministro, tuttavia, si apprende che era vivo, tra gli operatori del diritto, il dibattito sulla rilevanza penale dei gradi più lievi della colpa. Nella stessa, difatti, si evidenzia anzitutto che non è stabilito “ancora con sicurezza di criteri scientifici in che cosa consistesse la colpa in diritto penale”⁸ ed inoltre che “il concetto della prevedibilità dell'evento, in addietro pacificamente ricevuto dalla dottrina, è oggidi scosso dalle nuove indagini e viene giudicato empirico e fallace”⁹.

Ancora, il Guardasigilli osservava, con riguardo ai concetti di negligenza, imprudenza o imperizia, che

“se poi ciascuna delle espressioni che vi sono contenute può lasciare adito a qualche perplessità, ravvicinate tra di loro, esse si completano e chiariscono scambievolmente, per guisa che né per inavvertenza, imprudenza o negligenza debba ritenersi imputabile *qualunque fatto dell'uomo*, nel quale non siano osservate le *più sottili cautele del vivere civile*, né per imperizia dell'arte o professione o per inosservanza di regolamenti, discipline o doveri del proprio stato s'intenda *ogni e qualunque deviazione delle norme particolari o generali*, che incombono al professionista o a qualsiasi cittadino”¹⁰.

In tale documento, quindi, pare escludersi che da condotte implicanti una tenue violazione della regola cautelare possa discendere responsabilità penale.

2.2. La posizione della dottrina

Conferma di quanto appena rilevato si ricava dalla dottrina dell'epoca¹¹.

Augusto Setti, membro della Commissione che aveva collaborato alla stesura del Codice Zanardelli, rilevava:

“Comunque non fu disconosciuta l'utilità dell'antica divisione in *lata, levis, levisima*, ammettendo implicitamente nella formola legislativa, esplicitamente nella relazione, che la *colpa lievissima non è d'ordinario punibile*, non potendosi pretende-

⁸ Cfr. la Relazione sul progetto di legge del 1887, reperibile in *Progetto del Codice Penale per il Regno d'Italia preceduto dalla relazione ministeriale*, Roma, Stamperia Reale, 1888, p. 536 e ss.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ In epoca più recente hanno confermato che nella dottrina e nella giurisprudenza formatasi sotto la vigenza del codice Zanardelli vi fosse la tendenza ad escludere la rilevanza penale della colpa *levissima*, pur rilevando alcuni problemi applicativi derivanti da tale graduazione dovuti alla difficoltà di definire con certezza i gradi della colpa, anche T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1969, p. 825; G. DE FRANCESCO, *La colpa nel codice Zanardelli in rapporto alla successiva evoluzione dottrinale*, in S. VINCIGUERRA (Coordinatore), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, CEDAM, 1999, p. 440 e ss.

re dagli uomini una previdenza od una perizia od una conoscenza del dovere straordinario, cioè non comune alla *media fra gli uomini*¹².

Similmente si esprimeva Giovanni Battista Impallomeni il quale, dopo avere evidenziato le ragioni che giustificavano l'imputabilità del reato colposo, osservava

“in coerenza all'anzidetto, la *colpa levissima o minima non forma oggetto della legge penale*, secondo che è comune insegnamento, per quegli eventi, cioè che una straordinaria solerzia e una esperienza speciale potrebbero evitare. E se qualche eccezione del passato si è da alcuno creduta necessaria per l'omicidio, in considerazione dell'estrema gravità del danno, ciò contraddice ai principi del giure punitivo. Basta considerare che la legge penale è norma di condotta, che deve essere pertanto una regola di tal natura da poter essere obbedita dalla generalità degli uomini, non rivolgendosi essa a questo o quell'altro singolarmente ma all'universalità dei cittadini. Or ciò che dalla generalità degli uomini può esigersi è la diligenza compatibile con la *media capacità presunta* in una popolazione. La legge penale non può esigere una straordinaria ocularità, appunto perché essa è straordinaria, è la dote delle persone eccezionalmente illuminate dall'ingegno e dall'esperienza”;

L'Autore, inoltre, rifacendosi al pensiero di F. Carrara, evidenziava che

“questo stesso, del resto, è il precetto del codice, poiché il medesimo raffigura la colpa nella negligenza, imprudenza e imperizia nella propria arte o professione; e imprudente è colui che non è prudente, non chi non è *prudentissimo*; negligente chi non è diligente, non *diligentissimo*; imperito chi non è perito, non chi non è *peritissimo*: occorrerebbero appunto tutti questi superlativi per la imputabilità della *colpa lievissima*”¹³.

Riprendendo, poi, la posizione dell'Autore citato, anche Luigi Majno:

“Si deve adunque ritenere come principio generale che *non tutti i gradi di colpa danno luogo a responsabilità penale*. Così vogliono in principi razionali: così richiedono autorevoli esempi legislativi così ha già ritenuto anche la pratica giurisprudenza in applicazione dell'art. 371 del codice italiano”¹⁴.

Ugualmente l'Alimena:

“Se la colpa ha, come confini, l'imprevedibile – cioè il fortuito – da una parte, e il previsto – cioè il dolo – dall'altra, è naturale che essa, nei suoi territori estremi, senta l'influenza dei suoi vicini. Quindi – e non ne dicemmo le ragioni – come vi è una *colpa lievissima*, che non può imputarsi, così vi è una *colpa gravissima*, che suol dirsi

¹² A. SETTI, *Dell'imputabilità secondo gli articoli 44, 45, 46, 47 e 48 del Codice penale italiano*, Torino, Fratelli Bocca, 1892, p. 85 e ss.

¹³ G. B. IMPALLOMENI, *Colpa e omicidio colposo. Fondamenti psicologici*, in *Antologia Giuridica*, VII, 1894, p. 743 e ss.

¹⁴ L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, Torino, UTET, vol. III, 1924, p. 284 e ss.

prossima al dolo e, specialmente, al dolo eventuale. Tra questi due limiti, vi sono tanti stadi di gravità sempre crescente, e meritevoli, quindi, di pena sempre maggiore”¹⁵.

Nella stessa linea di pensiero, Alfredo Tosti, che scriveva in una sua opera dedicata integralmente al tema della colpa¹⁶:

“Se adunque razionalmente nessuna limitazione comporta il principio non potersi esigere dai cittadini una cura *straordinaria* nelle loro azioni, è presumibile che nelle leggi positive si sia voluto adottare una regola contraria, pretendendosi, per ragioni di opportunità, quello che umanamente non è giusto pretendere?”,

richiamando il contenuto della relazione sopra menzionato e concludendo

“in qualsiasi ipotesi è sempre *alla media degli uomini che bisogna aver riguardo*, ed il giudice, nell’emettere la sua sentenza, non potrà mai fare a meno di rivolgersi, sia per i principi assoluti di giustizia, sia per le testuali nostre disposizioni di legge, la seguente domanda: dato l’insieme delle circostanze, che hanno spinto l’imputato ad agire, si presenta egli come un individuo *normale* od *anormale*? Ha egli cioè fatto quello che nel caso concreto *la media degli uomini avrebbe operato*, oppure s’è messo in opposizioni con i sentimenti o con le idee d’un determinato popolo in un dato momento storico di progresso civile? Di talché è da escludersi sempre dalla cerchia delle azioni punibili tutto quanto non è in armonia con ciò che comunemente si pratica ed a nessun magistrato è permesso violare questo principio, senza calpestare la legge scritta”¹⁷.

Così anche il Mosca:

“che della *colpa lievissima* non si risponda penalmente è ormai fuori contestazione

¹⁵ B. ALIMENA, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, vol. III, Torino, Fratelli Bocca, 1899, p. 493 e s.

¹⁶ Si tratta di A. TOSTI, *La colpa penale. Studio sociologico giuridico*, Torino, Fratelli Bocca, 1907, p. 144 e ss.

¹⁷ Nella stessa linea degli Autori appena citati F. CARFORA, *Dei delitti colposi*, in *Supplemento alla Rivista penale*, vol. VI, 1897, p. 278 e s.; D. CAMOLETTO, *Il concetto di prevedibilità nella colpa penale*, in *Cassazione Unica*, XV, 1903, p. 1462 e ss.; P. COGLIOLO, *Considerazioni sulla c.d. culpa lievissima*, in *Cassazione Unica*, IX, 1897, p. 769 e ss.; G. LETO, *Il reato colposo*, Palermo, 1913, p. 291 e ss. e G. CAMPILI, *Condizioni e limiti della punibilità della colpa*, in *Studi senesi*, XX, 1903, p. 166 e s. In termini non dissimili pure P. DEL GIUDICE, *Il delitto colposo*, cit., 1918, p. 167 e ss., il quale sostiene che è errato parlare di colpa lievissima in quanto essa, in realtà, non sarebbe colpa: “[...] occorre non far più parola di colpa lievissima: enorme errore fu quello di ammetterne, sia pur in via d’eccezione, la punibilità; errore meno grave, ma sempre errore è il discutere d’una colpa lievissima per giungere alla conclusione della sua non punibilità. Se la colpa richiede la volontaria inosservanza d’una norma per cui la condotta dell’agente sia contraria alla polizia o alla disciplina, il non osservare le più sottili cautele del vivere civile, le più raffinate consuetudini della convivenza sociale o il deviare menomamente dalle norme che regolano l’esercizio professionale non costituisce affatto colpa, mancando quella condotta anormale e illecita di cui sopra è parola. Assurdo e contraddittorio è adunque il parlare d’una colpa lievissima non punibile, se niuna colpa esiste: non può esservi punibilità di una colpa che non è colpa”.

[...]. Tutto è prevedibile dall'uomo eccessivamente cauto e meticoloso; ma se nella vita umana dovesse procedersi con codesto grado di cautela non si farebbe mai niente"¹⁸;

ed ugualmente il Crivellari:

“su questa norma della prevedibilità si regola la distinzione della colpa in *lata*, *levis*, *levissima*. L'omissione della *più ordinaria e comune diligenza*, di quella che dettata quasi dal senso comune suol essere adoperata da ogni uomo nelle cose proprie, costituisce la *colpa lata*. L'omissione di quella diligenza che suol essere impiegata nelle cose proprie delle persone *più diligenti e prudenti* è una *colpa levis*. L'omissione finalmente della più esatta diligenza solita usarsi dalle persone *più diligenti ed accortissime* costituisce la *colpa levissima*. Siccome la legge umana non può mai spingersi fino ad imporre ai cittadini cose insolite e straordinarie, così è *indubitato che la colpa levissima non è imputabile per principio di giustizia*. Non lo è poi anche per principio di politica, poiché dall'omissione di una *straordinaria diligenza* non possono i cittadini essere intimiditi se dalla comune di loro generalmente non è usata e se ciascuno sente che non la adopererebbe egli stesso al verificarsi di un caso simigliante"¹⁹.

Conferme della circostanza che la colpa punibile, nel codice Zanardelli, non fosse quella lievissima, provengono dalla lettura di ulteriori contributi dottrinali del tempo.

L'Antolisei, ad esempio, osservava che per ascrivere ad un soggetto un reato a titolo di colpa occorre accertare se questi, con il proprio comportamento, avesse dimostrato qualità antisociali e dunque difetto di quella diligenza, attenzione e perizia indispensabili nei rapporti della società, concludendo che solamente una tale indagine poteva restringere nei limiti dovuti la responsabilità per colpa e portare ad una sua graduazione²⁰.

2.3. *Gli orientamenti giurisprudenziali*

Da un'analisi della giurisprudenza formatasi sotto la vigenza del Codice Zanardelli, inoltre, si rinvengono alcune pronunce che paiono muovere nel senso di un riconoscimento della irrilevanza penale di conegni caratterizzati da un basso grado di negligenza, imprudenza e imperizia ancorché tale esclusione sia ottenuta per lo più non mediante la formale esclusione della colpa lieve ma attraverso la

¹⁸ T. MOSCA, *Brevi studi e nuove dottrine sulla colpa nel diritto civile, penale e amministrativo*, Roma, Tipografia Nazionale, 1896, p. 37 e s.; così anche F. MASINI, *La colpa nel diritto penale*, Pesaro, Nobili, 1889, p. 142 e ss.

¹⁹ G. CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, Vol. III, Torino, UTET, 1892, p. 288. Nello stesso senso anche E. BIONDI, *Sopra un caso di responsabilità colposa della levatrice per erroneo ed arbitrario trattamento di puerpera*, nota a Cass. pen. sent. 25.1.1916, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1917, vol. II, p. 160 e ss.

²⁰ Cfr. F. ANTOLISEI, *Recensione a E. JANNITTI DI GUJANGA, Concorso di persone e valore del pericolo nei delitti colposi*, in *La scuola positiva*, 1913, p. 1071.

creazione di un *tertium comparationis* su cui valutare la condotta dell'agente plasmato sul comportamento ordinario dei consociati.

Ne sono un esempio le decisioni che seguono:

Cassazione penale, sentenza 2 luglio 1913²¹, in cui la Corte precisa i parametri per l'ascrizione del reato colposo:

“nel concetto di colpa è insita la mancanza di quella diligenza e prudenza che la *comune esperienza* della vita insegna di usare nell'adempimento di alcuni atti, e specialmente nell'esercizio di alcuni mestieri o nell'uso di alcune cose”;

Cassazione penale, sentenza 29 maggio 1916, nella quale la Corte rilevava che:

“non è dubbio adunque che codesta maniera tenuta dalla levatrice di operare senza necessità, senza praticare disinfezioni, e contro la volontà della puerpera e della madre, mette capo al concetto della imperizia sanitaria. La quale consiste nella ignoranza di ciò che nell'esercizio dell'arte o della professione deve essere saputo dall'esercente, onde il non praticare per inscienza ciò che è praticato normalmente, e che la *comune perizia* insegna, induce indubbiamente la *colpa punibile*”²².

Cassazione penale, sentenza 19 novembre 1928, in cui la Corte, a fronte di un ricorso presentato dalla Procura contro la sentenza assolutoria di un imputato di omicidio colposo, stimava

“immeritevole di censura [...] la sentenza per i concetti espressi in ordine al contenuto della colpa punibile, dovendosi con essa consentire che questa presuppone la violazione dei doveri di diligenza e di previdenza che *normalmente* si osservano nell'*ordinaria vita sociale*, e specificamente nell'esercizio delle attività, arti, mestieri, professioni. Tutto ciò che è fuori di questi limiti, può essere oggetto di cura minuziosa di persone eccezionali, ma non può essere preso a fondamento di penale responsabilità”²³.

Similmente, Cassazione penale, sentenza 26 marzo 1928, in cui la Corte osservava:

“nel delimitare i limiti della diligenza generica, per tutti i cittadini, e della diligenza specifica per coloro che appartengono a categorie di persone che assumono od esercitano alcuni incarichi o professioni o mestieri, non si può pretendere di più di quanto nella *pratica ordinaria della vita*, per i primi, e nella pratica della loro specifica attività, per gli altri, la logica (attingendo dagli elementi dell'*id quod plerumque accidit*) ritiene doveroso”²⁴.

Da ultimo, Cassazione penale, sentenza 16 maggio 1930, ove si annullava una sentenza di condanna per omicidio colposo di un dipendente di una società che aveva

²¹ Cass. pen., sent. 2 luglio 1913, Stella, in *La giustizia penale*, 1914, p. 1485.

²² Cass. pen., sent. 29 maggio 1916 in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1917, vol. VIII, p. 164.

²³ Cass. pen., sent. 19 novembre 1928, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1929, p. 140.

²⁴ Cass. pen., sent. 26 marzo 1928, in *Giustizia penale*, 1928, p. 114.

malamente coperto una buca all'esito di alcuni lavori effettuati, così cagionando la morte di un soggetto per caduta del medesimo all'interno della buca stessa

“questa Suprema Corte ha già avuto occasione di notare in proposito come non sia facile la determinazione dei limiti della diligenza specifica per quelle categorie di persone che esercitano determinati mestieri o professioni; e che debbasi riconoscere che non sia lecito pretendere, oltre quello che nella pratica singolare della specifica attività, per costoro, la logica può ritenere doveroso attingendo agli elementi dell'*id quod plerumque accidit*”²⁵.

Non mancavano, poi, sentenze in cui si ritenevano penalmente punibili solo i gradi più elevati di colpa.

Così ad esempio Cassazione penale, sentenza 27 settembre 1906²⁶, in materia di errore professionale del medico, nella quale la Suprema Corte sottolineava:

“per ritenere responsabile un medico si richiede un errore *evidentissimo e imperdonabile*, per modo da rendere scusabili tutti quegli errori che non dipendono da incapacità manifesta e di trascuranza di obblighi o precetti indiscutibili”

e, quindi, confermava la condanna del sanitario sottoposto a giudizio in quanto l'omissione di una manovra con il forcipe

“che era unicamente indicata, non dipese da sua imperizia, giacché egli, col preparare e sterilizzare quell'istrumento, dimostrò di avere piena e sicura coscienza dell'indicazione ostetrica, ma dipese dall'audace lusinga di potere riparare con una manovra manuale all'imprudente e orgogliosa affermazione precedente non esservi bisogno d'operazione con ferri né d'aiuto di altri sanitari per l'estrazione del feto, ma solo dell'uso della sua mano. Quell'orgoglio e quella lusinga lo resero colpevole di *grave imprudenza*, per avere tentato l'estrazione del feto con una manovra manuale, mentre egli stesso conosceva esser l'operazione del forcipe la sola indicata nel caso. Ora, se il magistrato di merito, con apprezzamento di fatto incensurabile in questa sede, si convinse che il medico, non per imperizia, ma per malsano orgoglio, si spinse a tentare un'operazione audace e imprudente, omettendo quell'operazione che egli stesso giudicava indicata nel caso, manifestamente insussistente è l'accusa che si fa nella sentenza. Non si tratta di errore professionale più o meno sanabile, ma d'una gravissima imprudenza di un professionista, che, pur sapendo che una via facile e piana gli era aperta, per salvare la vita di una infelice signora, che in lui aveva riposto piena fiducia, per appagare la sua vanità, ne segue un'altra più difficile e perigliosa, onde veramente può dirsi che si verifica quella colpa lata *quae dolo aequiparatur*”.

²⁵ Cass. pen., sent. 16 maggio 1930, in *La scuola positiva*, 1931, p. 243 e s. In senso analogo si veda pure, sempre con riferimento alla disposizione contenuta nel Codice Zanardelli, Cass. pen., sent. 18 gennaio 1932, in *La scuola positiva*, 1933, p. 429.

²⁶ Trattasi di Cassazione penale, sez. II, sent. 27 settembre 1906, reperibile in *Rivista penale*, 1907, p. 307 e s.

Questa impostazione²⁷ venne sovente seguita anche dalla giurisprudenza di merito.

La Corte d'Appello di Milano²⁸, ad esempio, aveva rilevato in una propria sentenza che non potesse assurgere a delitto colposo l'omissione di "qualche cautela straordinaria e inusitata" e tantomeno "il costituirebbe qualsiasi leggiera inavvertenza". La legge, osservavano i giudici milanesi, "con ragione pretende che il cittadino sia diligente nelle sue azioni onde queste non siano dirette a danno altrui", ma "non può esigere in lui una antiveggenza così scrupolosa e raffinata che porti ad un'infallibilità dei suoi atti", in quanto "il fatto stesso si eleva colpa delittuosa necessita il concorso d'una indiscutibile, palese, evidente, negligenza o imprudenza o imperizia"²⁹.

Dall'analisi della dottrina e della giurisprudenza sviluppatasi sotto la vigenza del codice Zanardelli emerge, quindi, che in tale periodo la dottrina ed una significativa parte della giurisprudenza ritenevano che la colpa penalmente dovesse essere connotata da un certo grado di gravità e, nell'assenza di indicazioni legislative, l'irresponsabilità per i gradi più lievi della colpa era sovente ottenuta, anche grazie al *tertium comparationis* – plasmato sul comportamento ordinario, comune dei consociati – con cui si paragonava la condotta tenuta dall'agente concreto³⁰.

3. L'eredità della plurisecolare elaborazione in tema di colpa grave agli albori del codice Rocco

La dottrina e la giurisprudenza formatesi sulle disposizioni in tema di colpa

²⁷ In senso contrario cfr. tra le altre Cass. pen., sez. II, Sent. 27 aprile 1894 reperibile in *Rivista penale*, 1894, vol. XL, p. 73, nonché Cass. pen., sez. II, Sent. 26 giugno 1914 reperibile in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1915, vol. II, p. 30 e ss. con nota critica di S. VITOCOLONNA, *In tema di colpa penale e segnatamente se sia punibile la colpa lievissima*, in cui l'Autore, dopo aver menzionato tanto i noti passi di Carrara sopra già richiamati quanto la relazione al Codice Zanardelli, rileva "la nostra legge, sebbene non gradui la colpa, non si presta alla punibilità della colpa lievissima. Non vi si presta per le dichiarazioni che la precedettero e che abbiamo ricordate, e non vi si presta nemmeno per le sue espressioni, perché punisce l'imprudenza, la negligenza o l'imperizia e imprudenza, negligenza o imperizia non significano punto mancanza di una estrema prudenza, di una estrema diligenza o perizia". In senso conforme a tali pronunce anche Cassazione penale, sent. 2 dicembre 1896, in *La giustizia penale*, 1897, p. 311 e ss.; sent. 17 febbraio 1902, Puppini, in *Cassazione Unica*, 1902, p. 656.

²⁸ Sentenza del 9.2.1897, reperibile in *La Legge*, 1897, anno XXXVII, vol. I, p. 568.

²⁹ In questo senso, nella giurisprudenza di merito si vedano anche Corte d'appello di Trani, sent. 19.12.1890, in *Rivista Giuridica*, Trani, 1891, p. 122; Corte d'appello di Torino, 17.3.1893, in *Annali*, 1893, p. 474 e ss.

³⁰ Sul "punto di vista" scelto ai fini della valutazione della colpa ai tempi del codice Zanardelli e sui riflessi di tale scelta sul grado dell'elemento soggettivo cfr. T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., p. 846 e ss.; G.A. DE FRANCESCO, *La colpa nel codice Zanardelli in rapporto alla successiva evoluzione dommatica*, in S. VINCIGUERRA (Coordinato da), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, CEDAM, 1999, p. 412 e ss.

contenute nel codice Zanardelli ereditavano un'elaborazione plurisecolare sulla rilevanza penale dei gradi più bassi della colpa³¹.

Siffatte riflessioni non cessarono tra gli Autori che scrivevano all'indomani della promulgazione del codice Rocco, avvenuta il 19 ottobre 1930.

Benché né nel testo, né nella relazione finale si faccia cenno alcuno al grado della colpa³² in funzione di esclusione della responsabilità penale, parte della dottrina coeva sembrava non avere dubbi sulla circostanza che il requisito psicologico della colpa, per dare luogo a sanzione penale, dovesse connotarsi di un certo grado di intensità³³.

Così l'Altavilla:

“È possibile, in diritto penale, l'antica distinzione romanistica tra *culpa levissima, levis e lata*? Merita di essere ricordata una sentenza civile della Corte di Appello di Roma: ‘Tra la colpa perseguibile penalmente e quella extracontrattuale civile esiste una notevole differenza potendo questa essere anche lievissima per grado, mentre l'altra deve turbare in modo più profondo l'ordine giuridico, sì da eccitare il potere politico della repressione, comune ad entrambe è l'elemento della prevedibilità, senza cui si rientrerebbe nel concetto del fortuito o della forza maggiore, ma la misura è diversa, perché, in tema di diritto penale, *non potendo incriminarsi la colpa lievissima*, bisogna ragguagliarla alla *comune mentalità umana*, e non si può pretendere dal soggetto attivo una riflessione straordinaria, estensibile cioè ad un evento anormale, laddove nella configurazione del quasi delitto civile si può tener conto di ogni negligenza, imprudenza, imperizia e inosservanza di ordine e di disciplina che al responsabile del fatto debbano ascrivarsi. Deve cioè la colpa, per essere penalmente punibile, *avere una certa intensità*”³⁴.

Uguualmente il Frosali:

“A nostro modo di vedere, è opportuno, e risponde alla pratica quotidiana, distinguere, fra colpa penale e colpa civile, una differenza di grado, constatando che *al di sotto*

³¹ Su tale elaborazioni, come anticipato alla nota n. 1, si rinvia ad altra sede.

³² Cfr. *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol V, Parte I – Relazione sul libro I del Progetto, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929.

³³ Da rilevare altresì la circostanza che nel decennio antecedente l'adozione del Codice Rocco e negli anni immediatamente successivi alla sua promulgazione si erano sviluppate altresì correnti di pensiero fortemente critiche sulla stessa incriminabilità della colpa incosciente. Così O. VANNINI, “*Responsabilità senza colpa*” nel diritto penale, in *Rivista penale*, 1921, Vol. XCIV, p. 401 e ss. nonché O. VANNINI, *Colpa semplice e colpa con previsione*, in *La scuola positiva*, 1936, p. 361 e ss.; F. GRAMATICA, *La irrazionalità della colpa nel diritto penale*, Genova, Edizione del circolo di cultura giuridica, 1929. Siffatta linea di pensiero non era peraltro una novità in quanto sostenuta già in epoca precedente al codice Zanardelli, cfr. ad esempio V. BUCCELLATI, *Guida allo studio del diritto penale*, Milano, 1865, p. 18 e ss.

³⁴ E. ALTAVILLA, *Delitti contro la persona. Delitti contro la integrità e la sanità della stirpe*, in E. FLORIAN (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, Vallardi, 1934, p. 202 e s. I medesimi concetti sono espressi anche in E. ALTAVILLA, *Il reato colposo. Riflessi civilistici, analisi psicologica*, Roma, Edizioni dell'Ateneo, 1950, p. 253 e ss.

del grado minimo necessario per integrare la colpa penale vi è ancora un grado di colpa sufficiente a determinare la responsabilità soltanto civile. Infatti, la individuazione della colpa penale e la individuazione della colpa civile rispondono a fini diversi: per la prima, si tratta di individuare una personalità criminalmente pericolosa, per la seconda, si tratta di accertare quel tanto di imputabilità morale – secondo il generale sistema civilistico vigente – che stacchi l'azione umana dal caso fortuito, e consenta di addossare l'onere (prevalentemente patrimoniale) del danno a chi lo ha adeguatamente recato piuttosto che a chi lo ha sofferto³⁵.

Particolare, poi, la posizione del Battaglini, il quale riteneva che la colpa lievissima fosse sanzionata penalmente solo nelle ipotesi di responsabilità oggettiva previste dal Codice del 1930:

“La ‘responsabilità oggettiva’ sarebbe effettivamente compresa nell’art. 42, solo se l’‘altrimenti’ del secondo capoverso si riferisse veramente a ipotesi, nelle quali non c’è neppure la volontà della causa. [...] E allora, se non siamo fuori dalla volontà in causa (ossia della volontà indiretta dell’evento), nel secondo capoverso dell’art. 42 non può trattarsi che di un grado di volontà minore di quello che si richiede nella figura del delitto, che si denomina ‘colposo’. In questo *non rientra tutta la colpa, anche quella minima*; perché un illecito di carattere così grave, com’è il reato, *non può essere costituito* – ove il legislatore ritenga di incriminare la colpa in senso stretto: il che in penale è già un’eccezione – *dalla omissione di cautele che esorbitano dalla capacità dell’uomo medio*. In certi casi, però, il legislatore può ritenere sufficiente una colpa estremamente leggera, anche in penale. È a queste figure eccezionali, di volontarietà minima in ordine alla causa, che si riferisce appunto l’avverbio ‘altrimenti’. Vale a dire che, nei casi a cui quell’altrimenti allude, è sufficiente anche la colpa *levissima*. È la categoria, che segna il limite estremo della colpa, oltre il quale è il fortuito. Non è che si tratti in realtà di responsabilità senza colpa, ad ogni costo ed erroneamente battezzata come responsabilità per colpa³⁶.”

Opinioni similari a quelle appena riportate provenivano anche da Autori che avevano ricoperto il ruolo di Segretario della Commissione per la riforma del codice penale – Carlo Saltelli ed Enrico Romano-Di Falco – i quali sottolineavano, riprendendo quasi alla lettera il pensiero di autori precedenti quali Impallomeni e Carrara³⁷:

“è da osservare ancora che se la colpa è costituita dalla negligenza, imprudenza, imperizia o inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline, il non osservare *le più sot-*

³⁵ Così R. A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, UTET, Torino, 1958, p. 504 e s., nonché, subito dopo l’adozione del Codice Rocco, R.A. FROSALI, *Corso di diritto penale*, Città di Castello, Leonardo da Vinci, 1937, p. 122 e R.A. FROSALI, *L’errore nella teoria del diritto penale*, Roma, Tipografica editrice di Roma, 1933, p. 629.

³⁶ G. BATTAGLINI, *Diritto penale. Teorie generali*, Bologna, Zanichelli, 1937, p. 150 e s. Dello stesso Autore si veda pure G. BATTAGLINI, *Gli elementi del reato nel nuovo codice penale*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1934, p. 1097.

³⁷ Cfr. nota 105.

*tili cautele del vivere civile o le più raffinate consuetudini della convivenza sociale, o il semplice deviato delle norme che regolano l'esercizio professionale non costituisce affatto colpa. Negligente è chi non sia diligente, e non chi non sia diligentissimo; imprudente è chi non è prudente, e non chi non è prudentissimo; imperito è chi non è esperto e non chi non è espertissimo*³⁸.

Aderivano a questa posizione dottrinale anche sentenze di pochi anni successive all'adozione del Codice Rocco che escludevano la rilevanza penale della colpa lievissima e che oggi non possono che stupire il giurista contemporaneo, considerato che esse erano fondate sulle medesime norme in tema di colpa oggi vigenti.

Esempio di tale affermazione è Cassazione penale, sentenza 20 dicembre 1939 secondo cui:

“C'è invero una larga graduazione della responsabilità, anche ai fini del delitto colposo, e la legge non può giungere fino a comprendere il grado superlativo, cioè la mancanza delle *più delicate cautele della più scrupolosa condotta della civile convivenza*; colpisce chi non è diligente senza arrivare fino a chi non è diligentissimo, e potrà pertanto sempre esser colto il distacco della responsabilità civile ai sensi dell'art. 1151 C. civ., ove si prevede qualsiasi fatto dell'uomo che arreca danni ad altri sul fondamento della colpa extracontrattuale”³⁹.

In senso sostanzialmente conforme anche Cassazione penale, sentenza 26 aprile 1939 che, nell'annullare una sentenza di condanna per il proprietario di un muraglione che non aveva fatto eseguire dei lavori di restauro così cagionandone il crollo con conseguente morte di nove soggetti, così si esprimeva:

“La Corte d'appello considerò tale errore non immune da colpa e così testualmente ebbe ad esprimersi: ‘si può ammettere che la ricerca e la scoperta delle cause dei ricordati fenomeni fosse ardua e che richiedesse un tecnico espertissimo; ma è chiaro che un ingegnere chiamato a risolvere il problema ne avrebbe almeno riconosciuta la diffi-

³⁸ C. SALTELLI-E. ROMANO DI FALCO, *Commentario sistematico del nuovo codice penale*, I, II ed., Torino, Utet, 1940, p. 279. Per ulteriori spunti sul tema si vedano pure N. LEVI, *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, vol. I, Palermo, S.E.I. Editrice, 1934, p. 196 e ss.; G. SANTUCCI, *La colpa lievissima*, in *Rivista penale*, 1954, I, p. 789 e ss.

³⁹ Cassazione penale, sent. 20 dicembre 1939, in *Giustizia penale*, 1940, II, p. 439. Nel medesimo senso nella giurisprudenza di merito si veda Corte d'Appello di Bologna, sent. 23 marzo 1942, in *Temi emiliana*, 1943, I, 2, 5, n. 163. Va rilevato che nella dottrina penalistica vi è stato in passato chi ha sostenuto la diversità sostanziale della colpa civile da quella penale con conseguente inopportunità di argomentazioni fondate su analisi comparative delle due tipologie di colpa; cfr. ad esempio A. STOPPATO, *L'evento punibile*, cit., p. 144 e ss.; V. LANZA, *Diritto penale italiano. Principi generali*, Torino, UTET, 1908, p. 177 e s.). Tale problematica, se pare essere stata ridimensionata in seguito dalla dottrina penalistica, per lo meno con riferimento alla sua utilità ai fini della discussione in ordine alla rilevanza penale del grado della colpa (cfr. ad esempio T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., p. 826 e ss.) è invece rimasta ben presente nella dottrina civilistica, si veda ad esempio C. MAIORCA, *Colpa civile (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Torino, UTET, 1960, p. 581 e ss.

coltà di soluzione, e da ciò sarebbe stato indotto, se non fosse riuscito ad identificare la causa, a suggerire di ricorrere al parere di altri tecnici, astenendosi, nel dubbio, dall'escludere il pericolo di crollo, e l'ordinanza di slogging non sarebbe stata revocata'. Non si può disconoscere che un tale argomentare, rispetto ad un punto così essenziale ai fini del decidere, rivela perplessità, contraddittorietà, e comunque non costituisce valida dimostrazione dell'esattezza dell'assunto. Rivela perplessità, perché quando il magistrato, di fronte ad un quesito di responsabilità per colpa, e per di più, come è nella specie, per decidere se ricorra imperizia, ammette che soltanto un tecnico espertissimo possa scoprire quanto sfuggirebbe alla *media dei tecnici*, dimostra incertezza, ben sapendosi che, invece, il criterio razionale e giuridico da adottare per ritenere o meno uno stato di imperizia è quello di far capo alla *normale esperienza tecnica e professionale*⁴⁰.

Vi era, tuttavia, altra parte della dottrina⁴¹ che riteneva superato il problema, argomentando che il grado della colpa potesse avere rilievo esclusivamente ai fini della commisurazione della pena – in quanto ciò era stato espressamente stabilito nel nuovo codice dall'art. 133 c.p. – ma non avesse più alcuna utilità ai fini della decisione sull'*an* della sanzione penale.

Su tali posizioni si attestarono anche autori successivi⁴² e la giurisprudenza maggioritaria che, in generale, non conferì più alcun rilievo – salvo un'eccezione concernente l'applicazione anche in ambito penale della previsione dell'art. 2236 del codice civile⁴³ – ai gradi della colpa al fine di escludere la responsabilità penale.

⁴⁰ Cass. pen., sent. 26 aprile 1939, in *La scuola positiva*, 1940, p. 25 e ss.

⁴¹ Si veda ad esempio G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, Bologna, Zanichelli, 1937, p. 394. Così anche V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, UTET, 1948, p. 696 e ss., che tuttavia sembra ritenere che contegni che altri Autori definirebbero di colpa lievissima non siano comunque penalmente punibili non per la non punibilità della *colpa levissima*, ma in ragione della inesigibilità del contegno conforme alla regola cautelare. “Se vi è colpa, questa è sempre punibile, nei delitti indicati dalla legge, appunto perché la legge non distingue tra i vari gradi di colpa [...]. Se non sono state osservate le più minute cautele del vivere civile, o se non si sono seguiti i più alti ammaestramenti della scienza, non vi è colpa, perché questa, grave, lieve, o lievissima che sia, si fonda sempre su ciò che è esigibile dalla media degli uomini”.

⁴² V., ad esempio, P. NUVOLONE, *Colpa civile e colpa penale*, ora in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, Cedam, 1969. Tale contributo era già stato in precedenza pubblicato in *Corso di diritto della circolazione stradale*, Milano, Giuffrè, 1958.

⁴³ La norma, rubricata “*Responsabilità del prestatore d'opera*”, dispone che “se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave”. L'applicazione di questa norma al settore penale fu sostenuta, tra i primi, da A. CRESPI, *La responsabilità penale del trattamento medico chirurgico con esito infausto*, Palermo, Priulla, 1955; per l'evoluzione storica dell'impiego di questa disposizione alla nella responsabilità penale del sanitario cfr. F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa*, cit.

4. *Riflessioni conclusive e prospettive di ulteriore indagine*

Auspichiamo che l'*excursus* appena proposto, per quanto connotato da un'inevitabile sinteticità, abbia contribuito a chiarire una circostanza: la rilevanza penale dei gradi più lievi della colpa non è stata affatto scontata né sotto la vigenza del Codice Zanardelli né sotto al principio della vigenza del Codice Rocco⁴⁴.

Vi sono almeno tre motivi per cui, invece, dopo i primi anni di adozione dell'attuale Codice il dibattito sulla rilevanza dei gradi della colpa ai fini dell'*an* della pena si è assopito quasi del tutto.

Un primo argomento è di ordine sistematico-letterale: si ritiene che la graduazione della colpa prevista dall'art. 133 c.p. per la commisurazione della pena chiuderebbe qualsiasi discussione sulla rilevanza penale dei gradi della colpa. Esso, tuttavia, non pare da solo sufficiente a spiegare l'arrestarsi del dibattito, anche perché, come si è accennato in precedenza, vi sono materie in cui l'esistenza di tale previsione non è stata di ostacolo all'elaborazione di interpretazioni dirette da escludere la sanzione penale per colpa lieve⁴⁵.

Un secondo argomento risiede nell'affinamento della dogmatica della colpa e nella conseguente individuazione dell'*homo eiusdem condicions et professionis* quale parametro di riferimento per la valutazione della sussistenza del reato colposo. Siffatta modifica del termine di paragone – fondato su ragioni già analiticamente descritte in dottrina⁴⁶ – potrebbe aver contribuito all'allargamento della responsabilità colposa anche a contegni percepiti come di lieve entità⁴⁷.

È, difatti, abbastanza intuitivo che il parametro di riferimento con cui si compara la condotta⁴⁸ di un soggetto incide significativamente sulla determinazione dei comportamenti che sono oggetto di incriminazione.

Se ad esempio, in caso di incidente stradale, si valuta l'eventuale imprudenza

⁴⁴ Così di recente anche M. RONCO, *Scritti patavini. Gli elementi soggettivi del fatto tipico. La colpa in particolare*, Bologna, Zanichelli, 2017, p. 406 e ss.

⁴⁵ A tal proposito si veda ancora F. BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa*, cit.

⁴⁶ Tra i tanti G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 814 e ss.; V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi urbinati*, 1977 -1978, p. 298; F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 marzo 2012, p. 11 e ss.

⁴⁷ Sull'impiego di tale parametro in giurisprudenza cfr. tra le tante Cass. pen., sent. 1.7.1992, in CED Cassazione, 193035 e, più di recente, Cass. pen., sent. 4.11.2014 n. 49707 in CED Cassazione, 263283. Rileva la necessità che il giudizio in ordine alla sussistenza della colpa generica – in particolare con riguardo alla ricostruzione dell'agente modello – sia effettuato da parte della giurisprudenza con estremo rigore e serietà onde evitare pronunce arbitrarie e contraddittorie F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello*, cit., p. 27 e s.

⁴⁸ Così F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente modello*, cit., p. 8 e s.

di un soggetto – il quale, distratto per un istante dall'illuminazione del cellulare che segnalava la ricezione di un messaggio, non si è avveduto del repentino attraversamento di un bambino investendolo e cagionandone la morte – parametrando la sua condotta con il comportamento – notoriamente sciatto – ordinariamente tenuto dalle persone al volante, questi potrebbe essere ritenuto esente da responsabilità, responsabilità che al contrario potrebbe essergli attribuita, comparando il suo comportamento con quello che avrebbe tenuto l'homo *eiusdem conditionis ed professionis*, ossia un esponente coscienzioso ed avveduto del gruppo di persone di cui l'imputato è omologo⁴⁹.

Al *tertium comparationis* utilizzato al fine di stabilire l'*an* della responsabilità penale pare quindi immanente un *quantum* di pretesa di diligenza, prudenza e perizia che l'ordinamento ha nei confronti dei consociati nello svolgimento delle proprie attività.

Da ultimo, ulteriore argomento per spiegare la scomparsa – o l'estrema riduzione – del grado della colpa con funzione limite alla responsabilità penale risiede nella circostanza che il periodo storico che va dall'adozione del codice Rocco sino ai giorni nostri è stato caratterizzato da un aumento del progresso tecnologico che non trova confronti nel resto della storia dell'umanità. Conseguentemente, per far fronte ai pericoli che derivano da tale sviluppo tecnologico per l'uomo, una delle strade percorribili potrebbe essere l'espansione in misura sempre maggiore del diritto penale⁵⁰ ed in particolare del reato colposo. Tale espansione poggia sulla necessità di sfruttare la finalità preventiva del diritto penale poiché in particolare la sanzione per i reati colposi, un tempo previsti solo in via residuale, dovrebbe, in un'ottica di politica criminale, spingere i soggetti a comportamenti attenti, ad aumentare la diligenza, la prudenza, la perizia ed il rispetto delle leggi, regolamenti, ordini e discipline aventi finalità cautelare. Correlata a tale motivazione vi è altresì la considerazione che, al giorno d'oggi, e differentemente dal passato, una colpa lievissima può avere delle conseguenze disastrose; il progresso ha quindi moltiplicato a dismisura il raggio d'azione e la potenzialità distruttiva dei comportamenti umani.

Il ragionamento esposto sembra concretizzare le istanze che presso la società contemporanea paiono avere assunto un peso sempre maggiore nel corso del tempo. La veloce trasformazione della società nell'epoca della post-industrializzazione e la novità degli strumenti di comunicazione hanno contribuito in maniera decisiva ad aumentare il senso di inadeguatezza dell'individuo a

⁴⁹ Ancora F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente modello*, cit., p. 15 e ss.

⁵⁰ Un notevole contributo alla descrizione del fenomeno dell'utilizzo sempre maggiore del diritto penale nella società moderna è stato offerto da J. M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali* (ed. italiana a cura di V. MILITELLO), Milano, Giuffrè, 2004.

dominare gli eventi⁵¹ e la conseguente necessità di individuare sempre e comunque, anche a fronte di eventi imprevedibili che altro non costituiscono se non quelle disgrazie⁵² cui faceva riferimento il Carrara⁵³, un responsabile⁵⁴.

La pubblica opinione, cui Francesco Carrara attribuiva un peso determinante nell'identificazione della *ratio* giustificatrice dell'esclusione dei gradi più tenui della colpa – in quanto a fronte di condotte lievemente colpose essa si sarebbe mossa a compassione – sembra avere mutato il proprio atteggiamento.

Particolare risalto da questo punto di vista, con riguardo alle ragioni che hanno contribuito al cambiamento di atteggiamento nell'opinione pubblica, sembra avere assunto proprio la diffusione enorme, rispetto ad un tempo, degli strumenti di comunicazione di massa che giocano oggi un ruolo fondamentale⁵⁵, spingendo

⁵¹ Si veda a tal proposito J. M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale*, cit. p. 14. Il medesimo concetto è ripreso in termini similari da numerosi autori, si veda ad esempio C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 849 e ss.; F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, Giuffrè, 2003; F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2004.

⁵² Si veda la lucida analisi di W. HASSEMER, *Perché punire è necessario: difesa del diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 119, in cui l'autore, in un significativo paragrafo intitolato "Un illecito, non la sfortuna", evidenzia che "interventi del diritto penale infondati o anche solo eccessivi possono opprimere per anni o anche persino rovinare la vita delle persone colpite, possono annientare le basi su cui poggiano la reputazione sociale di una persona e anche i suoi mezzi di sostentamento. Un esempio di queste violazioni non è solo il giudizio errato formulato sull'innocente, ma lo è anche la lotta priva di risultati condotta per anni dalla vittima di un reato nei confronti delle procure e dei tribunali in sede di ricorso contro l'archiviazione degli atti [...], per ottenere l'avvio o la prosecuzione di un procedimento penale che gli garantisca la conferma di essere stata vittima di un illecito, non della sfortuna".

⁵³ Cfr. *supra*, par. 1.

⁵⁴ Tra gli altri, ha sottolineato questo aspetto J. M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 21 il quale rileva che nella società di oggi, caratterizzata da un vasto numero di "soggetti passivi" ossia di persone, costituenti la maggioranza, che non creano autonomamente utili ma che sono beneficiari del trasferimento di ricchezza da parte dello Stato, "esiste anche una resistenza psicologica rispetto al caso fortuito, di fronte alla produzione accidentale di risultati lesivi" aggiungendo "è evidente che ne consegue una crescente tendenza a trasformare l'*Unglück* (accidente, fortuito, disgrazia) in *Unrecht* (illecito), ciò che a sua volta inevitabilmente conduce ad un ampliamento del diritto penale". Aggiunge ancora l'Autore, a p. 22, che "alla sensazione di insicurezza si somma l'esistenza di un prototipo di vittima che non ammette la possibilità che il fatto di avere sofferto sia dovuto a una 'propria colpa' o, semplicemente, al caso. Si parte sempre dall'assioma per cui deve esserci sempre un terzo responsabile, cui imputare il fatto e le sue conseguenze patrimoniali e/o penali".

⁵⁵ Sul rapporto tra diritto penale e *mass media*, nel senso della strettissima relazione che vi è tra l'attività di questi e la normazione penale, la letteratura è ampia. Si veda, oltre al già citato J. M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale*, cit., p. 15, ad esempio R. BIANCHETTI, *La paura del crimine: un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Milano, Giuffrè, 2018; C. E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione del crimine ed "effetti penali" dei media)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, p. 467 e ss.; nella letteratura tedesca si vedano N. LUHMANN, *Die Realität der Massenmedien*, IV ed., Wiesbaden, Vs

cittadini ad un bisogno continuo e indefettibile di sicurezza a prescindere dalla reale esistenza di pericoli⁵⁶.

Il ruolo dei *mass media*, rispetto al diritto penale, pare determinante nell'adozione dei provvedimenti legislativi poiché influenza i cittadini, elettori, rispetto a quelli che sono i loro bisogni; bisogni – tra i quali rientra l'esigenza di essere al sicuro da determinati pericoli – la cui realizzazione viene promessa dai politici in campagna elettorale e realizzata successivamente alle elezioni⁵⁷.

Le elaborazioni in questione lasciano aperto l'interrogativo se il totale abbandono del grado della colpa quale elemento limitativo dell'imputazione colposa –

Verlag Für Sozialw, 2013, nonché W. HASSEMER, *Perché punire*, cit.; nella letteratura spagnola cfr. A. GARAPON, *Juez y democracia*, Madrid, Flor del Viento Ediciones, 1997, p. 94, in cui l'Autore osserva che “i mezzi di comunicazione, strumenti dell'indignazione e della collera pubblica, possono accelerare l'invasione della democrazia attraverso l'emozione, propagare una sensazione di paura e di vittimizzazione e introdurre di nuovo nel cuore dell'individualismo moderno il meccanismo del capro espiatorio che si credeva riservato a periodi inquieti”.

⁵⁶ Evidenzia a tal proposito W. HASSEMER, *Perché punire*, cit., pp. 76 - 77 che nel tempo si è assistito ad una “marcia trionfale della sicurezza, che ha messo in ombra le libertà civili” e che essa sia “intimamente collegata alla prevenzione, perché gli strumenti preventivi, in ultima istanza, servono a garantirla”. Sulla circostanza che tale bisogno di sicurezza nulla abbia a che fare con l'oggettività dei pericoli dei cittadini si veda J. M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale*, cit., p. 16. Il tema è stato analizzato, tra gli altri, anche da C. PRITZWITZ in *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Francoforte, 1993, p. 73, il quale ha evidenziato che, se anche la società non è mai stata sicura come adesso – si pensi solo alla facilità con cui un tempo si poteva morire per le malattie, ovvero alla minore tecnologia a disposizione che comportava una minore possibilità di controllo da parte delle autorità per esempio in tema dei reati contro la persona – la paura e l'insicurezza siano diventate il tema del XX secolo.

⁵⁷ Sulla decisività di tale ruolo si veda anche la lucida analisi di W. HASSEMER, *Perché punire*, cit., p. 107 e ss. in cui l'illustre giurista si pone la domanda: “Esiste una relazione fra teorie della pena e *mass media*?”, rispondendo: “a servirci da mezzo per la comunicazione della norma è sempre meno il Tribunale e sempre più lo spettacolo del mezzo televisivo trasmesso dalle televisioni private. I giuristi hanno tratto da ciò una serie di conseguenze che valgono per molti ambiti del diritto e della prassi giuridica; tra queste, l'idea di opinione pubblica divenuta, come da tempo non occorre più spiegare, elemento centrale in uno Stato di diritto”. E ancora “Oggi i giuristi distinguono tra pubblico del Tribunale e pubblico dei media, riconoscendo con ciò che buona parte delle speranze che poggiano sul principio di pubblicità sono ormai soggette alle condizioni poste dalla società mediatica”. L'autore quindi individua l'elemento centrale per quella che è poi l'influenza anche sulle forze politiche “Ne consegue, che chi voglia sapere di che cosa si occupa la giustizia, raramente seguirà un'udienza pubblica in Tribunale ma si informerà leggendo un quotidiano. Da tale circostanza consegue che l'idea che questa persona si fa della giustizia è grossolanamente falsata. Nell'aula di Tribunale essa avrebbe potuto maturare un'opinione con i suoi occhi e con le sue orecchie. Il mezzo di informazione di massa comunica invece le sue impressioni secondo il copione dei mezzi di informazione, cioè secondo i presunti interessi del lettore del quotidiano, da cui ci si aspetta che legga il giornale anche il giorno dopo. Ciò a sua volta significa che il lettore che segue i mezzi di comunicazione di massa concepisce l'idea errata per cui la giustizia sarebbe sostanzialmente giustizia penale, cui va ad aggiungersi qualche assaggio di diritto di famiglia, del lavoro e delle locazioni”. La risposta alla domanda che l'autore si è posto non ammette repliche: “La questione è chiara. Naturalmente teorie della pena e *mass media* sono in rapporto reciproco”.

e quindi l'estensione della sanzione penale verso qualsiasi forma di colpa, anche la più leggera – sia un fatto giustificato o giustificabile dall'effettiva efficacia dell'intervento penale al fine di stimolare positivamente l'attenzione dei consociati verso l'assunzione di comportamenti virtuosi, ovvero non sembri piuttosto il prodotto dell'evoluzione della società contemporanea per cui “nessuna morte è naturale e [...] se non è possibile attribuirle ad una volontà positiva, la si può sempre imputare ad una negligenza”⁵⁸.

Come è stato rilevato da Hassemer, infatti, un po' di sicurezza in più può essere sempre aggiunta al sacco già ricolmo dei controlli e delle sanzioni e forse è proprio questa porzione di sicurezza mancante che, domani, ci salverà. In particolare, se si concorda sull'ovvietà per cui è impossibile pensare ad un mondo in cui non vi siano dei rischi, quali e quanti rischi al giorno d'oggi siamo disposti a sostenere pur di conservare le tradizioni di libertà che hanno contraddistinto la nostra cultura dall'illuminismo in poi⁵⁹?

⁵⁸ A. GARAPON, *Juez y democracia*, cit., p. 104.

⁵⁹ Tali riflessioni sono di W. HASSEMER, *Perché punire*, cit., pp. 78 – 79.

VICO VALENTINI

DOVERE DI SOCCORRERE O DIRITTO DI SPERONARE?
QUALCHE SPUNTO (QUASI) A CALDO SUL CASO SEA WATCH 3

SOMMARIO: 1. I fatti. – 2. L’alt interministeriale e il via libera del GIP. – 3. Un appunto non decisivo. – 4. Doveri di soccorso e diritto internazionale del mare. – 5. Diritti dei migranti e diritto sovranazionale dei diritti umani. – 6. Oltre le tifoserie: diritti-doveri incerti e test dinamico di proporzionalità.

1. *I fatti*

Sulla dinamica fattuale non ci piove, le narrazioni di magistrati, studiosi e cronisti (seri) combaciano pressoché perfettamente: la Sea Watch 3, imbarcazione appartenente all’omonima ONG tedesca e battente bandiera olandese¹, la mattina del 12 giugno scorso intercettava un natante carico di migranti in – obiettive, ma non anche accidentali – condizioni di *distress*² nella zona SAR di competenza libica³; la capitana Rackete, segnalato lo scenario al *Maritime Rescue Coordination Centre* (MRCC) dello Stato ‘primariamente responsabile’ delle operazioni di sbarco (la Libia, appunto)⁴, ad alcuni Stati costieri (Italia e Malta) e, come oramai da prassi, allo Stato di bandiera (Olanda), procedeva quindi al *pick up* dei viag-

¹ Il cui ritiro, se – legittimamente – disposto, non è senza conseguenze sul piano giuridico: v. da ultimo M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare e il diritto di obbedire al diritto (internazionale) del comandante della nave privata*, in *DUDI*, 2019, 5 ss., 35 ss., 41 ss.

² «[E]ra un gommone in condizioni precarie e nessuno aveva un giubbotto di salvataggio, non avevano benzina per raggiungere alcun posto, non avevano esperienza nautica, né avevano un equipaggio»: così le dichiarazioni di Rackete, la cui genuinità è fuori discussione, riportate testualmente da GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, fra l’altro in *Dir. pen. cont.*, 3.7.2019, 8. Diversamente da quanto afferma F. VASSALLO PALEOLOGO, *Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto internazionale e nell’ordinamento interno*, in *QG*, 2/2018, 215 ss., 217, invece, nell’ambito del diritto internazionale del mare non è così pacifico che la nozione di ‘distress’ includa le ipotesi di pericolo auto-indotto ed i casi in cui si affronti intenzionalmente un viaggio con mezzi inadeguati: M. DE FILIPPO, *Irregular migration and safeguard of life at sea. International rules and recent developments in the Mediterranean sea*, in A. DEL VECCHIO (cur.), *International law of the sea*, The Hague, 2014, 9 ss.

³ La zona SAR (*Search and Rescue Region*), come noto, non coincide col mare territoriale; quella italiana, ad es., si estende fino a coprire circa 500.000 km²: v. ad es. U. LEANZA, F. CAFFIO, *Il SAR mediterraneo*, in *Rivista Marittima*, Giugno 2015, 10 ss.

⁴ Cfr. par. 1.1., Reg. 33, Cap. V Conv. SOLAS; nonché par. 3.1.9 All. Conv. SAR, così come emendati nel 2004.

giatori (auto-)esposti a pericolo, richiedendo – a tutti e quattro i centri di coordinamento allertati – l’indicazione di un ‘approdo sicuro’ (*place of safety*, POS)⁵.

In coerenza con le istruzioni del *Maritime Safety Committee*⁶, il governo formalmente incaricato del – e che si era effettivamente assunto il – coordinamento dell’evento SAR (sempre la Libia) indicava Tripoli quale ‘posto sicuro’: che però, come tristemente noto, tutto è meno che *safe*⁷.

Ed allora, esclusa la Tunisia⁸, e scartata pure la riottosa Malta⁹, il giorno successivo la comandante faceva rotta verso Lampedusa, e ciò nonostante il MRCC di Roma avesse segnalato la sua (formalmente innegabile) incompetenza.

Seguiva una comunicazione via e-mail (il 13 giugno) con cui le Autorità italiane intimavano alla nave ONG di non penetrare le acque territoriali, precisando che lo «ingresso sarebbe stato pregiudizievole per l’ordine pubblico ed il passaggio in acque nazionali sarebbe stato considerato non inoffensivo» ai sensi del combinato disposto *ex artt.* 18, 19 Conv. UNCLOS¹⁰; nonché (il 15 giugno) la

⁵ La cui definizione è affidata a una *soft law* (le linee-guida del MSC, adottate con risoluzione del 20.4.2004, par. 6.12 e ss.) che, come tale, non genera obblighi vincolanti, e che, peraltro, assolve funzioni – non già integrative ma – meramente interpretative della Convenzione SAR: F. DE VITTOR, *Il diritto di traversare il Mediterraneo...o quantomeno di provarci*, in *DUDI*, 2014, 63 ss., spec. 67 ss.

⁶ V. ancora le linee-guida MSC del 20.4.2004, par. 2.5.

⁷ Vuoi per le raccapriccianti condizioni in cui versano i migranti nei campi di raccolta libici, teatro di violenze anche sessuali, sequestri, torture e trattamenti inumani o degradanti; vuoi perché la Libia non ha aderito alla Convenzione di Ginevra sui rifugiati né garantisce l’accesso agli altri strumenti di protezione internazionale (cd. *risk of chain refoulement*): in tema, v. J.J. RIJPM, *The patrolling of the European Union’s external maritime border: preventing the rule of law from getting lost at sea*, in A. DEL VECCHIO (cur.), *International law*, cit., 77 ss.; G. BATTARINO, *I campi di raccolta libici: un’istituzione concentrazionaria*, in *QG*, 2/2018, 239 ss.; cfr. anche le raccomandazioni del Commissario per i diritti umani del Consiglio d’Europa di maggio 2019 *Live saved. Rights protected. Bringing the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean*, in *Dir. pen. cont.*, 20.6.2019, 27 ss.

⁸ Che, secondo GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 9, sarebbe sprovvista di porti sicuri: perché non riconosce un ‘diritto all’attracco’ di navi che trasportano migranti-naufraghi, e perché «non prevede una normativa a tutela dei rifugiati, quanto al diritto di asilo politico».

⁹ La quale, oltre ad avere adottato la politica dei ‘porti chiusi’, non ha ratificato gli emendamenti del 2004 alle Convenzioni SAR e SOLAS – peraltro nient’affatto risolutivi circa l’identificazione di un ‘luogo di approdo’ né, tanto meno, introduttivi di precisi doveri di accoglienza a carico degli Stati interessati dall’evento SAR: cfr. ancora F. DE VITTOR, *Il diritto di traversare il Mediterraneo*, cit., 69.

¹⁰ GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 6. La Convenzione di Montego Bay, dopo aver attribuito a tutte le unità navali un diritto al passaggio inoffensivo attraverso il mare territoriale (art. 17), e dopo aver specificato significati («la navigazione nel mare territoriale allo scopo di: a) attraversarlo senza entrare nelle acque interne né fare scalo in una rada o installazione portuale situata al di fuori delle acque interne; b) dirigersi verso le acque interne o uscirne, oppure fare scalo in una rada o installazione portuale»: art. 18, par. 1) e caratteristiche del ‘passaggio’ (che dev’essere «essere continuo e rapido. Il passaggio consente tuttavia la fermata e l’ancoraggio, ma soltanto se questi costi-

notifica del provvedimento interministeriale, di pari tenore, adottato in forza del neo-introdotta art. 11, co. 1-ter T.U. Imm.: che, appunto, autorizza il Ministro degli Interni – di concerto coi Ministri dei trasporti e della difesa – a vietare o limitare il transito o la sosta di navi straniere nel mare territoriale nei casi *già previsti* dall'art. 19 Conv. UNCLOS, ossia «per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si concretizzano le condizioni di cui all'articolo 19, comma 2, lettera g), limitatamente alla violazione delle leggi di immigrazione vigenti», del medesimo accordo internazionale¹¹.

Cominciava così l'interminabile palleggio – tredici giorni – della Sea Watch 3 a ridosso delle acque territoriali italiane, durante il quale la capitana reiterava la richiesta di assegnazione di un POS a Roma, e segnalava a più riprese le precarie condizioni medico-sanitarie in cui versavano alcuni ospiti: a cui, si badi, veniva puntualmente posto rimedio¹².

Nella percezione di Rackete, però, il costante monitoraggio medico e le operazioni di evacuazione non erano state sufficienti a ridurre a zero le probabilità di danno a un coacervo di beni personali – peraltro di variegata titolarità: il benessere e l'integrità psichica dei migranti¹³, la loro vita e integrità fisica¹⁴, l'incolumità della stessa comandante e del suo equipaggio¹⁵; e così, proprio per evitare che

tuiscono eventi ordinari di navigazione o sono resi necessari da forza maggiore o da condizioni di difficoltà, oppure sono finalizzati a prestare soccorso a persone, navi o aeromobili in pericolo o in difficoltà»: art. 18 par. 2), stabilisce che il passaggio è inoffensivo fintanto che non arreca pregiudizio alla pace, al buon ordine e alla sicurezza dello Stato costiero (art. 19, par. 1), e che tale pregiudizio/offensività è apprezzabile là dove la nave, nell'ambito del mare territoriale, sia impegnata – fra l'altro – nel «carico o [nell]o scarico [...] persone in violazione delle leggi e dei regolamenti [...] di immigrazione vigenti nello Stato costiero»: art. 19, par. 2, lett. g).

¹¹ Per un primo commento del cd. decreto sicurezza bis, introduttivo – fra l'altro – dell'art. 11, co. 1-ter T.U. Imm., S. ZIRULIA, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, in *Dir. pen. cont.*, 18.6.2019.

¹² Venivano infatti evacuati e trasportati a terra 13 migranti che necessitavano di cure e assistenza mediche: GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 6 ss.

¹³ Nella motivazione dell'ordinanza qui in commento (10), vengono enfatizzati «lo scoramento, la frustrazione e le sempre più precarie condizioni di salute dei naufraghi», riportando le dichiarazioni della stessa Rackete: «*la situazione psicologica stava peggiorando ogni giorno, molte persone soffrivano lo stress post traumatic[o], quindi quando abbiamo detto alle persone che l'esito era negativo la pressione psicologica era diventata intensa perché non avevamo nessuna soluzione e le condizioni mediche peggioravano. Abbiamo deciso di dichiarare lo stato di necessità e di entrare nelle acque territoriali. Questo il 26 giugno, quindi noi abbiamo cercato per 14 giorni di non infrangere la legge*».

¹⁴ «Salvare vite umane è molto più importante che subire un procedimento penale»: così la capitana in un'intervista alla Zdf riportata in *www.ansa.it*, 12.7.2019. E ancora: «non ce la faccio più, devo portarli in salvo» (*www.ilgazzettino.it*, 28.6.2019); «So cosa rischio ma i 42 naufraghi a bordo sono allo stremo. Li porto in salvo» (*www.lapresse.it*, 26.6.2019).

¹⁵ «*[d]iverse persone del mio team hanno espresso serie preoccupazioni, uno dei medici ha detto che non avrebbe potuto prevedere più le reazioni delle persone a bordo...diceva che ogni piccola cosa*

quel futuribile ‘rischio pluridirezionale’ (ri-)sorgesse, la comandante, il 26 giugno, decideva di dichiarare «lo stato di necessità» e di «entrare nelle acque territoriali» italiane¹⁶ in violazione del dispaccio interministeriale e del triplice alt opposto dalle motovedette della GdF¹⁷, posizionandosi a breve distanza dalle ostruzioni portuali.

Infine, dopo essere stata visitata diverse volte dalla GdF, anche in qualità di indagata¹⁸, la capitana rompeva i residui indugi: sollevava l’ancora e, ignorando ancora una volta il diniego delle Autorità portuali, procedeva all’attracco, scalandolo la motovedetta militare che tentava d’impedire quella manovra¹⁹.

Scesa a terra, Rackete veniva immediatamente arrestata e posta a disposizione dell’A.G. per la convalida.

2. L’alt interministeriale e il via libera del GIP

Gli addebiti con cui si è confrontato il Giudice agrigentino si collocano tutti nel micro-segmento conclusivo della manovra di salvataggio condotta dalla Sea Watch 3, vale a dire nella fase dell’ormeggio sulla banchina del porto di Lampedusa²⁰: quando Rackete, oltre a non rispettare gli alt intimati dalla motovedetta della GdF, praticando manovre evasive e quindi facendo resistenza a una nave da guerra nazionale, ne urtava il fianco sinistro all’atto di procedere all’attracco, con ciò mettendo in pericolo anche l’incolumità dei pubblici ufficiali a bordo dell’imbarcazione militare²¹.

Di qui l’arresto e l’accusa: violazione della norma *ex art.* 1100 c. nav.²² e – in

avrebbe potuto far esplodere la situazione ed il coordinatore-ospite ha detto che le persone stavano perdendo la fiducia nell’equipaggio»: GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 10.

¹⁶ Un perimetro di mare, dunque, senz’altro soggetto alla giurisdizione italiana. Sulla tendenza della Corte di Strasburgo, al ricorrere di determinati presupposti, ad estendere la giurisdizione statale al mare internazionale, v. ora S. VEZZANI, *Considerazioni sulla giurisdizione extraterritoriale ai sensi dei Trattati sui diritti umani*, in RDI, 2018, 1086 ss.

¹⁷ GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 7.

¹⁸ GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 9 ss.

¹⁹ Motovedetta che, al cospetto della ben più imponente nave ONG (17,5 contro circa 1400 tonnellate), non poteva che desistere dall’intento, divincolandosi dalla ‘morsa’ ed ormeggiando in zona poco distante: GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 1 ss., 8.

²⁰ Mentre non attengono alla precedente fase dell’introduzione dei migranti nel mare territoriale, che potrebbe integrare la violazione degli art. 12, co. 1 e 3, T.U. Imm.: così anche L. MASERA, *L’incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?*, in QG, 2018, 225 ss.

²¹ GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 11.

²² *Resistenza o violenza contro nave da guerra* – 1. Il comandante o l’ufficiale della nave, che commette atti di resistenza o di violenza contro una nave da guerra nazionale, è punito con la reclusione da tre a dieci anni. 2. La pena per coloro che sono concorsi nel reato è ridotta da un terzo alla metà.

concorso formale, parrebbe²³ – resistenza a pubblici ufficiali *ex art.* 337 c.p.²⁴.

Il GIP della convalida, dal canto suo, ricordato che il diritto internazionale pattizio è *lex superior* per dettato costituzionale (art. 117 Cost.), selezionava da quella normativa interposta un ventaglio di disposizioni che stabilirebbero, per un verso, il *dovere del comandante* di una nave di soccorrere prontamente chiunque si trovi in pericolo in mare (art. 98 Conv. UNCLOS; Regola V/33 Conv. SOLAS; art. 1198 c. nav.); e, per altro verso, il *dovere degli Stati contraenti*, inclusi quelli costieri, di cooperare attivamente nelle attività di ricerca e salvataggio dei naufraghi, e quindi, in ultima analisi, di «soccorrere e fornire prima assistenza allo straniero che abbia fatto ingresso, anche non regolare, nel territorio dello Stato» (par. 3.1.9 All. Conv. SAR; artt. 18 e 19 Conv. UNCLOS, letto congiuntamente alla disciplina *ex art.* 10-ter d.lgs. 286/98)²⁵.

E questa coppia di obblighi cavati dal diritto internazionale del mare, sempre secondo il GIP, esibirebbe identici contenuti e pari estensione: non si esaurirebbe nel soccorso di necessità dei naufraghi (nella «mera presa a bordo»), ma implicherebbe anche il loro sbarco-ricovero in un POS (la «loro conduzione fino al più volte citato porto sicuro»): per tale intendendosi il porto più vicino al luogo del *pick-up* in cui possano essere garantiti non solo la sicurezza della vita dei naufraghi e i loro bisogni primari (cibo, alloggio, cure mediche), ma anche il rispetto degli altri diritti basici e la *chance* di accedere agli strumenti di protezione internazionale²⁶.

Perciò – continuava la Dott.ssa Vella – la comandante Rackete non ha fatto altro che adempiere un dovere (anzitutto, e soprattutto) imposto dal diritto internazionale del mare²⁷, mentre il Governo italiano, negando l'accesso nel mare territoriale e lo sbarco dei migranti, sarebbe venuto meno al suo, per di più con una serie di regole generali e puntuali (le direttive ministeriali in materia di 'porti chiusi', il provvedimento interministeriale di diniego, lo stesso 'decreto sicurezza bis' che attribuisce quel 'potere di chiusura') di rango sotto-ordinato alla legge internazionale marittima²⁸.

²³ In questo senso, del resto, già Cass., III, 16.12.1987, n. 1988, in *CED* 177615.

²⁴ GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 1 ss.

²⁵ GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 2-5.

²⁶ Come già anticipato, in effetti, il GIP considera i porti tunisini '*unsafe*' (anche) perché la Tunisia «non prevede una normativa a tutela dei rifugiati, quanto al diritto di asilo politico»: GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 9; conf. GIP Trapani, sent. 23.5.2019, in *Dir. pen. cont.*, 24.6.2019, 27; F. VASSALLO PALEOLOGO, *Gli obblighi*, cit., 222 ss.

²⁷ «[I] descritto segmento finale della condotta dell'indagata, come detto integrativo del reato di resistenza a pubblico ufficiale, costituisce il prescritto esito dell'adempimento del dovere di soccorso, il quale – si badi bene – non si esaurisce nella mera presa a bordo dei naufraghi, ma nella loro conduzione fino al più volte citato porto sicuro»: GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 12.

²⁸ «Ritiene, peraltro, questo Giudice che, in forza della natura sovraordinata delle fonti convenzionali e normative sopra richiamate, nessuna idoneità a comprimere gli obblighi gravanti sul

Breve: il dovere di sbarcare i migranti-naufragi in un POS esiste(va), ed è(ra) stato puntualmente e correttamente adempiuto, liceizzando la condotta oggettivamente e soggettivamente tipica *ex art. 337 c.p.*²⁹.

Il fatto di resistenza-violenza (non contro i finanziari ma) contro il vascello condotto dai pubblici agenti³⁰, infine, sarebbe atipico *ex art. 1100 c. nav.*: giacché, stando alla «condivisibile opzione ermeneutica del Giudice delle Leggi (v. Corte cost., sentenza n. 35/2000), le unità navali della Guardia di Finanza sono considerate navi da guerra solo “quando operano fuori dalle acque territoriali ovvero in porti esteri ove non vi sia una autorità consolare”»³¹.

Epilogo precautelare: mancata convalida dell’arresto e immediata liberazione della capitana.

3. Un appunto non decisivo

Quando si maneggiano scriminanti in bianco (come quella *ex art. 51 c.p.*)³² e concetti normativi (di cui pullula la descrizione tipica *ex art. 1100 c. nav.*)³³, un penalista deve di necessità – e, volendo, *obtorto collo* – aprirsi alle normative rinviate, tentando di coglierne con ragionevole precisione la fisionomia positivizzata e *in action*; ciò proveremo a fare qui di seguito, senza mai abbandonare la necessaria cautela che deve accompagnare l’intera escursione: perché non siamo internazionalisti né, tanto meno, esperti di diritto della navigazione; e perché l’autonomia dell’ermeneutica penale non può spingersi al punto di obliterare elementari esigenze di coerenza inter-settoriale.

Ora, come già anticipato, il GIP ha sostenuto che la Consulta, in un arresto di vent’anni fa, avrebbe confermato che le motovedette della GdF, sempre da qualificarsi ‘navi militari’, andrebbero considerate anche ‘navi da guerra’ *esclusivamen-*

capitano della Sea Watch 3, oltre che delle autorità nazionali, potevano rivestire le direttive ministeriali in materia di “porti chiusi” o il provvedimento (del 15 giugno 2019) del Ministero degli Interni di concerto con il Ministro della Difesa e delle Infrastrutture [...]: GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 11.

²⁹ Circa l’addebito *ex art. 337 c.p.*, «deve osservarsi [...] che il fatto deve essere molto ridimensionato, nella sua portata offensiva [...]; nondimeno, l’aver posto in essere una manovra pericolosa nei confronti dei pubblici ufficiali a bordo della motovedetta della Guardia di Finanza, senz’altro costituente il portato di una scelta volontaria seppur calcolata, permette di ritenere sussistente il coefficiente soggettivo necessario ai fini della configurabilità concettuale del reato in discorso»: GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 11.

³⁰ Si tratta in sostanza della cd. resistenza impropria cui fa riferimento Cass., III, 14.6.2006, n. 31403, in *www.iusexplorer.it*, § 3.1.

³¹ GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 11.

³² In tema, v. per tutti C.F. GROSSO, *L’errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, 199 ss.

³³ A cominciare dalle nozioni di ‘comandante’ e ‘nave da guerra’.

te quando operano al di fuori del mare territoriale; perciò, visto che la Sea Watch 3 aveva opposto resistenza dentro il porto di Lampedusa, l'illecito ex art. 1100 c. nav. andava accantonato.

Peccato però che l'inciso della Consulta estrapolato (“*quando operano fuori dalle acque territoriali ovvero in porti esteri ove non vi sia una autorità consolare*”) e dotato di un senso univoco (anteponendo l'avverbio «solo») dal GIP di Agrigento, una volta ricollocato nella ‘sede originaria’, si presta ad (almeno) una lettura alternativa, peraltro maggiormente coerente con la logica che attraversa la sentenza costituzionale³⁴.

Qui, dopo aver ricordato che le unità navali della GdF sono iscritte nei ruoli del naviglio militare dello Stato, sono assimilate ai vascelli della Marina militare, e *battono bandiera da guerra*, la Consulta, nell'aggiungere che quelle unità, quando operano fuori dalle acque territoriali, «esercitano le funzioni di polizia proprie delle “navi da guerra” (art. 200 del codice della navigazione) e nei loro confronti sono applicabili gli artt. 1099 e 1100 del codice della navigazione [...] richiamati dagli artt. 5 e 6 della legge 13 dicembre 1956, n. 1409», sembra infatti voler semplicemente ribadire – anziché escludere – che le navi militari in dotazione alla GdF sono *anche* ‘navi da guerra’³⁵: giacché, appunto, esercitano *anche* in alto mare i poteri di polizia marittima sui mercantili italiani che l'art. 200 c. nav. assegna, *sia dentro che fuori il mare territoriale*, alle ‘navi di guerra’³⁶.

D'altronde, anche senza considerare che, per la Cassazione penale, è pacifico che le vedette GdF operanti *nel mare interno* vadano inquadrare fra le ‘navi da guerra’³⁷; ed anche volendo trascurare che le predette unità di mare esibiscono tutti i requisiti estrinseci delle ‘navi da guerra’ richiesti dalla disposizione defini-

³⁴ Ove la Consulta ribadisce con forza il carattere militare della GdF, «talmente compenetrato nella struttura, nell'organizzazione, nello status del personale, nelle funzioni e nelle modalità di esercizio dei compiti istituzionali del Corpo» da non poter essere neutralizzato dallo strumento referendario: Corte cost., sent. n. 35 del 7.2.2000, in *www.giurcost.org*, § 4.

³⁵ M. ANGELONI, A. SENESE, *Profili applicativi dei principali istituti del nuovo diritto del mare*, Bari, 2011, 111. La Consulta, dunque, pare andare oltre la regola ex art. 2, co. 3, d.lgs. 68/2001, che, nello stabilire i compiti della GdF in mare, sembra escludere («fatto salvo quanto previsto dall'articolo [...] 200 [...] del codice della navigazione») che il Corpo disimpegni anche le funzioni di polizia marittima delle ‘navi di guerra’: così F. CAFFIO, *Glossario di diritto del mare*⁴, 2016, in *www.marina.difesa.it*, 91.

³⁶ Art. 200. *Polizia esercitata dalle navi da guerra* – 1. In alto mare, nel mare territoriale, e nei porti esteri dove non sia un'autorità consolare, la polizia sulle navi mercantili nazionali è esercitata dalle navi da guerra italiane [...].

³⁷ Cass., III, 14.6.2006, n. 31403, cit., § 3, concernente una condotta di resistenza realizzata all'imbocco del porto di Chioggia; in senso conforme, fra le più recenti, v. Cass., III, 18.3.2003, n. 21267, in *www.iusexplorer.it*; Cass., I, 21.9.2011, n. 44014, *ivi*; Cass., III, 6.11.2014, n. 49211, *ivi*; Cass., I, 11.2.2015, n. 8563, *ivi*.

toria *ex art. 29 UNCLOS*³⁸; al di là di questioni attinenti all'inquadramento formale delle motonavi della GdF, dicevamo, nessuno ha mai dubitato che ad esse *si estenda* la tutela punitivo-penale *ex artt. 1099, 1100 c. nav.*³⁹.

Anzi, simile estensione è espressamente prevista dalle disposizioni legislative richiamate dalla Consulta *subito dopo* il passaggio estrapolato dal GIP: la «legge 13 dicembre 1956, n. 1409», infatti, stabilisce l'applicazione delle pene previste dagli artt. 1099, 1100 c. nav. nelle ipotesi di disobbedienza o resistenza contro «una unità di naviglio della Guardia di Finanza», e ciò quand'anche la condotta illecita venga realizzata *all'interno* della zona di vigilanza doganale marittima⁴⁰ – che, come noto, *include* il mare territoriale.

Sul punto, insomma, è improbabile che l'ordinanza superi lo scrutinio della S.C.⁴¹; vero è, piuttosto, che il colpo messo a segno dalla Procura non inciderebbe sul risultato: nella misura in cui la Cassazione dovesse ritenere ricorrere il dovere scriminante ipotizzato dal GIP siciliano, e dovesse ritenere che le modalità di adempimento-esecuzione di quel dovere resistano ai test di proporzionalità (*infra* § 6).

4. Doveri di soccorso e diritto internazionale del mare

Il percorso ermeneutico del GIP, al netto di qualche salto logico e della disorientante girandola dei richiami, è limpidamente tracciabile: il diritto internazionale marittimo impone agli Stati ed ai comandanti di vascello di soccorrere chiunque si trovi in pericolo di vita in mare, e il concetto di 'soccorso' includerebbe pure il ricovero (*delivery*) dei trasportati nel più vicino 'luogo sicuro'⁴²; e perciò sulla capitana, come su qualsiasi altro comandante che versò in situazioni analoghe, gravava il dovere *sostanzialmente incondizionato* di sbarcare sul suolo domestico i malcapitati, con effetto liceizzante di tutti i reati realizzati dal *pick up* fino alla conclusione delle manovre di ormeggio⁴³, mentre lo Stato italiano, in tan-

³⁸ Quanto meno nella sua versione inglese: sul punto, v. per tutti A. DE GUTTRY, *Lo status della nave da guerra in tempo di pace*, Milano, 1994, 11 ss.

³⁹ F. CAFFIO, *Glossario*, cit., 88 ss., il quale, pur dubitando dell'inquadramento delle vedette della GdF nella categoria delle 'navi da guerra', sottolinea come sia «incontestabile» che la tutela *ex art. 1100 c. nav.* si estenda a tutte le navi «in servizio di polizia».

⁴⁰ Cfr. artt. 1, 4 e 7 l. 1409/56.

⁴¹ La Procura agrigentina, all'ultimo momento utile (il 17 luglio 2019), ha infatti proposto ricorso in Cassazione: v. più diffusamente *infra* § 5.

⁴² Inteso peraltro in senso lato: *retro* § 2.

⁴³ Inclusi, ovviamente, quelli di favoreggiamento *ex art. 12 T.U. Imm.*: in questo senso, già Trib. Agrigento, sent. 7.10.2009, in *DIC.* 2/2010, 87 ss.; GIP Ragusa, decr. 16.4.2018, in *www.questionegiustizia.it*, 19.4.2018.

to in quanto più vicino *place of safety*, era tenuto a sollevare dal fardello assistenziale il comandante-soccorritore, *aprendo incondizionatamente i propri porti* e consentendo l'accesso sulla terraferma delle persone recuperate in mare.

Ebbene, nonostante i diversi e autorevoli plausi al collage normativo proposto dal GIP⁴⁴, esistono altrettante – e altrettanto autorevoli – letture esegetiche che problematizzano la questione, generando il ragionevole dubbio che la partita sia molto più aperta di quanto prefigurano alcuni addetti al settore⁴⁵.

Anzitutto, perché le Convenzioni UNCLOS e SAR vincolano direttamente gli Stati, e non anche – se non in via mediata e riflessa – i capitani di navi private⁴⁶. Intendiamoci: nessuno dubita che una regola consuetudinaria obblighi i comandanti a soccorrere chi rischia di perdere la vita in mare, internazionale o territoriale poco importa⁴⁷; il punto, ci pare, è però che la disciplina pattizia delle attività che precedono e succedono il soccorso di necessità del capitano (obblighi di ricerca; di compartecipazione, coordinamento e condivisione delle/nelle operazioni di salvataggio e sbarco; di identificazione-assegnazione del POS, etc.), come pure le definizioni di 'salvataggio'⁴⁸, 'posto sicuro'⁴⁹ e 'passaggio inoffensivo'⁵⁰, sono previste da atti normativi che si rivolgono a Stati.

⁴⁴ V. ad es. il comunicato sottoscritto da 21 internazionalisti *Nei porti ciascuno Stato eserciti la propria sovranità, ma nel rispetto del diritto internazionale*, in *www.asgi.it*, 4.7.2019.

⁴⁵ Come I. PAPANICOLOPULU, *Tutela della sicurezza o violazione del diritto del mare?*, in *www.sidiblog.org*, 26.6.2019, che considera la ricostruzione del GIP agrigentino sostanzialmente scontata e perfettamente coerente col diritto internazionale del mare; sulla stessa linea F. DE VITTOR, *Sea Watch 3: la lezione di diritto di Carola*, in *www.cattolicanews.it*, 16.7.2019.

⁴⁶ Il discorso, come noto, si riannoda alla più generale e ancora oggi irrisolta questione dei possibili destinatari delle norme di diritto internazionale: tornano sul tema, calibrandolo proprio sul nostro caso, P. DE SENA, M. STARITA, *Navigare fra istanze "stato-centriche" e "cosmopolitiche": il caso "Sea Watch" in una prospettiva conflittuale*, in *www.sidiblog.org*, 14.7.2019. Lo stesso art. 98 Conv. UNCLOS («[o]gni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera [...] a) presti soccorso [...]») – ma identico discorso è riproponibile per la Conv. SAR – genera (pseudo-)obblighi di secondo grado a carico dei comandanti, costruendo una sorta di partenariato pubblico-privato nella gestione dei soccorsi in mare: così, puntualmente, M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare*, cit., 15 ss., 37 ss.

⁴⁷ D'altronde, un obbligo di soccorso – formalmente – diretto al comandante è previsto anche dalla regola V/33, par. 1, Conv. SOLAS, secondo cui «[t]he master of a ship at sea which is in a position to be able to provide assistance on receiving information from any source that persons are in distress at sea, is bound to proceed with all speed to their assistance, if possible informing them or the search and rescue service that the ship is doing so. This obligation to provide assistance applies regardless of the nationality or status of such persons or the circumstances in which they are found. If the ship receiving the distress alert is unable or, in the special circumstances of the case, considers it unreasonable or unnecessary to proceed to their assistance, the master must enter in the log-book the reason for failing to proceed to the assistance of the persons in distress, taking into account the recommendation of the Organization, to inform the appropriate search and rescue service accordingly» [corsivi aggiunti].

⁴⁸ Conv. SAR, par. 1.3.1.

⁴⁹ Linee guida MSC del 20.4.2004, parr. 6.12 e ss.

Stucchevole gius-legalismo? Eccesso formalistico?

Potrà essere così nella prospettiva della scienza giuridica internazionalistica: ma, nel *matrix* penalistico, doveri scriminanti impliciti, per di più gravanti su pubblici ufficiali ‘a intermittenza’, sono percepiti come anomalie del sistema⁵¹.

In secondo luogo, e anzi soprattutto, parrebbe *non esistere* un vero obbligo internazionale (dello Stato costiero interessato) di accogliere sul proprio suolo i naufraghi⁵²; e perciò – replicando il gioco di specchi proposto dalla Dott.ssa Vella – *neppure* un vero obbligo di sbarcarli (gravante sul comandante) su quel suolo⁵³.

Insomma: nel diritto internazionale del mare esistono regole vincolanti che assegnano allo Stato competente per la zona SAR la ‘responsabilità primaria’ delle operazioni di sbarco; esistono regole vincolanti che impongono agli Stati interessati dall’evento, inclusi quelli costieri, di cooperare con lo Stato competente, condividendone quindi la ‘responsabilità’⁵⁴; ed esiste una regola non vincolante

⁵⁰ Artt. 18, 19 Conv. UNCLOS, i quali attribuiscono alle unità navali (e non proprio ai capitani delle stesse) un diritto (e non un dovere) di passaggio inoffensivo, delineandone i contenuti e le possibili limitazioni: v. anche *retro*, nt. 10.

⁵¹ Al netto della puntiforme ed eccezionale operatività di scriminanti non codificate o incomplete (per una recente e originale rilettura dell’intera categoria, attenta anche agli aspetti accertativi, F. DIAMANTI, *Scriminanti incomplete e giudizi controfattuali*, Torino, 2019, in corso di pubblicazione), è noto come, nei casi regolari, la giurisprudenza esiga che la norma impositiva del dovere scriminante *ex art. 51 c.p.* sia precisa e stringente (v. ad es. Cass., IV, 17.10.2017, n. 52542, in *www.iusexplorer.it*, §§ 5.2 ss.), e si rivolga a un pubblico agente (*ex multis* Cass., III, 13.10.2016, n. 50760, *ivi*; Cass., III, 24.5.2018, n. 18263, *ivi*, § 2). Al contempo, è altrettanto noto come sia assai controversa la qualifica di pubblico ufficiale (o i.p.s.) del comandante di nave, giacché egli, in moltissimi casi, non disimpegna pubbliche funzioni: Cass., VI, 5.6.2006, n. 27599, in *www.iusexplorer.it*; M. COTTONE, sub *artt. 169-202*, in S. BEVILACQUA, C. MONTEBELLO (cur.), *Codice della Navigazione esplicito*, in *www.giureta.unipa.it*; E. ROMAGNOLI, *I delitti della navigazione: cenni introduttivi al diritto penale marittimo*, in *Trasporti. Diritto, economia, politica*, 108/2009, 8 ss.

⁵² Neppure nel diritto internazionale consuetudinario, considerata la prassi dei ‘porti chiusi’ adottata, nel corso degli anni, da molti Stati: così, limpidamente, A. PROELSS (cur.), *United Nations convention on the law of sea. A commentary*, München-Oxford, 2017, 192, 728 ss., ove si precisa che il *diritto* di entrare in porto vantato dalle unità navali in *distress* – inteso, si badi, come «well-grounded apprehension of the loss of the vessel and cargo of the lives of the crew» – non genera («does not encompass») uno speculare *dovere* dello Stato costiero di autorizzare lo sbarco; conf. il parere del 4.7.2017 del gruppo di studio ‘Progetto Lampedusa’ dal titolo “*Place of safety*”. *Mancata ratifica degli emendamenti alle Convenzioni marittime S.A.R. e S.O.L.A.S. da parte dello Stato di Malta*, in *www.consiglionazionaleforense.it*, 4.

⁵³ Un’obbligazione di risultato, ossia un puntuale obbligo di accoglienza gravante sullo Stato costiero – e un corrispondente diritto allo sbarco della nave e/o dei naufraghi – in effetti, non è ricavabile né dalle Convenzioni SAR e SOLAS, né dai relativi emendamenti apportati nel 2004, né dalle *guidelines* del MSC adottate nel medesimo anno, né dai *Principles Relating to Administrative Procedures for Disembarking Persons Rescued at Sea* contenuti nella circolare del 22.1.2009 del *Facilitation Committee* dell’IMO: in questo senso, già P. DE SENA, F. VITTOR, *La “minaccia” italiana di “bloccare” gli sbarchi di migranti e il diritto internazionale*, in *www.sidiblog.org*, 1.7.2017.

⁵⁴ ‘Obbligatorietà’ della cooperazione che, peraltro, non connota la regola *ex art. 98*, par. 2, Conv. UNCLOS: A. PROELSS (cur.), *United Nations convention*, cit., 726.

che prescrive allo stesso Stato competente d'individuare-assegnare un 'posto sicuro'⁵⁵.

Ma, appunto, non è rintracciabile alcuna norma che obbliga uno o più Stati interessati a consentire lo sbarco sulla terraferma delle persone tratte in salvo⁵⁶.

Tutto ciò, senza considerare che lo pseudo-dovere (perché, in realtà, si tratta di un 'diritto' delle unità navali di ogni bandiera) di passaggio *ex artt.* 17, 18 UNCLOS al centro dell'ordinanza del GIP, oltre a essere limitabile *anche* là dove sia 'inoffensivo'⁵⁷, non sembra calzare perfettamente sul caso nostro⁵⁸; e che la stessa 'legge molle' MCS, quando delinea la nozione di '*place of safety*', sembra agganciarla al pericolo per la vita e alla necessità di garantire cure mediche e bisogni primari⁵⁹.

Breve: dal *puro* diritto internazionale del mare non parrebbe ricavabile un diritto-dovere del comandante di penetrare le ostruzioni portuali, eccetto le ipotesi di *distress* in senso stretto⁶⁰ – il che, va da sé, riverbera sulla nozione di 'posto si-

⁵⁵ Linee-guida MSC del 20.4.2004, par. 2.5.

⁵⁶ F. DE VITTOR, *Il diritto di traversare il Mediterraneo*, cit., 68 ss.

⁵⁷ Art. 25, par. 3, Conv. UNCLOS: lo ammette anche I. PAPANICOLOPULU, *Tutela della sicurezza*, cit., ancorché si affretti a precisare che l'eventuale sospensione del diritto, nel caso delle navi ONG che prestano soccorso, sarebbe abusiva *ex art.* 300 Conv. UNCLOS e financo illecita, in tanto in quanto trasgressiva dei diritti umani dei migranti-naufraghi; sulla possibile violazione del citato art. 300 nelle ipotesi di chiusure portuali «patently unreasonable or discriminatory», già R. R. CHURCHILL, A.V. LOWE, *The law of the sea*³, Manchester, 1999, 63.

⁵⁸ Così N. RONZITTI, *Migranti: chiusura dei porti, respingimenti e arrivi illegali*, in *www.affarinternazionali.it*, 11.7.2019, il quale rammenta altresì che l'art. 25, par. 2, Conv. UNCLOS consente allo Stato costiero di adottare le misure necessarie per prevenire la violazione delle condizioni stabilite per l'accesso alle acque interne.

⁵⁹ Tanto che un 'place of safety' (inteso come un 'luogo' in cui la sicurezza della vita dei naufraghi non sia più in pericolo; siano assicurate le necessità primarie come cibo, alloggio e cure mediche; e possa essere organizzato il trasferimento dei naufraghi verso una destinazione finale: par. 6.12) può essere considerato – seppur temporaneamente – anche il vascello soccorritore, sempre che sia dotato di «appropriate facilities and equipment to sustain additional persons on board without endangering its own safety or to properly care for the survivors» (par. 6.13); e può essere indifferentemente localizzato sulla terraferma («on land»), oppure «aboard a rescue unit or other suitable vessel or facility at sea that can serve as a place of safety until the survivors are disembarked to their next destination» (par. 6.14).

⁶⁰ Intese come quelle situazioni in cui un 'navigante esperto' abbia la «well-grounded apprehension of the crew losing their lives», a cui possiamo tutto sommato aggiungere i casi in cui l'imbarcazione sia «overloaded with passengers», oppure non sia provvista di «sufficient supplies to reach store» o di personale esperto nell'arte della navigazione o di equipaggiamenti di comunicazione; o, ancora, le ipotesi in cui siano apprezzabili proibitive condizioni di navigazione, oppure qualcuno dei passeggeri sia deceduto, necessiti di cure mediche o sia in condizioni di particolare vulnerabilità (es. donne in stato di gravidanza, bambini): così A. PROELSS (cur.), *United Nations convention*, cit., 185, 728; sulle condizioni di *distress* in senso stretto come presupposto dell'obbligo di soccorso in mare, v. pure S. BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2018, 134 ss., 137 ss.

curo', imponendone una declinazione restrittiva⁶¹; e, comunque, non esiste una regola che obbliga uno degli Stati costieri ad *autorizzare lo sbarco* dei vascelli in difficoltà o delle persone tratte in salvo⁶².

La politica governativa dei 'porti chiusi', insomma, sembra essere coerente col diritto internazionale del mare, scritto e consuetudinario⁶³.

Il che, in un'ottica penalistica, significherebbe che la capitana non vantava alcun dovere scriminante *ex art. 51 c.p.* di accedere senza autorizzazione ai porti dello Stato italiano, tanto meno a costo di mettere a rischio l'incolumità dei Finanziari⁶⁴: giacché, se il gommone intercettato a 47 miglia marine dalla Libia era senz'altro 'in difficoltà' e traghettava persone 'in pericolo', di certo la nave ONG, il suo equipaggio ed i suoi ospiti non versavano nelle medesime condizioni durante il lungo stazionamento nella 'zona contigua' e nel mare interno italiani (*retro § 1*)⁶⁵.

5. Diritti dei migranti e diritto sovranazionale dei diritti umani

Se, invece di spingere sui doveri (degli Stati, del comandante) e sui diritti (dei naufraghi) previsti dalla legge del mare⁶⁶, il GIP avesse prediletto un approccio

⁶¹ Un posto, cioè, in cui vita dei naufraghi non sia più in pericolo, e dove possano esserne soddisfatti i bisogni primari: *retro*, nt. 59.

⁶² A. PROELSS (cur.), *United Nations convention*, cit., 729. D'altronde, tutti sanno che, se esiste uno (pseudo-)diritto basico di emigrare, non esiste però un diritto di essere accolti in un territorio straniero: cfr. S. TREVISANUT, voce *Immigrazione [dir. int]*, in *www.treccani.it*, § 2.2.

⁶³ Così N. RONZITTI, *Migranti: chiusura dei porti, respingimenti e arrivi illegali*, cit., il quale precisa come il diritto dello Stato di chiudere i porti debba «essere temperato con "elementari considerazioni di umanità", per dirla con la giurisprudenza della CIG, o con più esplicite cause di esclusione del fatto illecito come lo stato di necessità, la forza maggiore o l'estremo pericolo».

⁶⁴ In questo senso, sostanzialmente, L. MASERA, *L'incriminazione dei soccorsi in mare*, cit., 234, il quale circoscrive il dovere di soccorso previsto dal diritto (anche) internazionale del mare, a sua volta integrante la scriminante *ex art. 51 c.p.*, ai casi di 'rischi relativi alla navigazione e alla possibilità di naufragio', proponendo però – in adesione a GIP Ragusa, decr. 16.4.2018, cit., 13 ss. – una lettura estensiva del pericolo *ex art. 54 c.p.*, e una corrispondente declinazione del concetto di 'place of safety'. Sul punto, v. anche *infra § 5*. Del resto, anche il dovere di soccorso in mare penalmente sanzionato *ex artt. 490, 1158 c.nav.* presuppone una situazione di *distress* in senso stretto: che, cioè, la nave sia «del tutto incapac[e]» di manovrare, e/o che le persone che si trovano in mare o nelle acque interne siano «in pericolo di perdersi».

⁶⁵ Come già anticipato, infatti, proprio per neutralizzare quel pericolo, le Autorità italiane avevano disposto l'accertamento delle condizioni medico-sanitarie a bordo, evacuando sulla terraferma dieci migranti bisognosi di cure mediche, un minore e due accompagnatori: GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 6 ss.

⁶⁶ Parla di un «diritto [dei migranti-naufraghi] universalmente riconosciuto di essere condotti sulla terraferma», ad es., Trib. Agrigento, sent. 7.10.2009, cit., 87 ss.; v. anche GIP Trapani, sent. 23.5.2019, cit., 45, ove si afferma che i migranti soccorsi in mare vantano «un vero e proprio diritto soggettivo al ricovero in un POS, diritto specularmente all'obbligo degli Stati firmatari delle Convenzio-

sbilanciato sui diritti basici dei trasportati, anch'essi tutelati da discipline di rango sub-costituzionale, forse l'impianto motivazionale ne sarebbe uscito un poco irrobustito.

D'altronde, la dottrina internazionalistica – e non solo la dottrina – tende oramai sistematicamente a rileggere il diritto marittimo alla luce delle Carte sovranazionali dei diritti umani, a cominciare dalla Convenzione di Ginevra col suo principio di non-respingimento⁶⁷, a sua volta esteso al di là di rifugiati e richiedenti asilo grazie alla sinergia con gli artt. 2 e 3 della Convenzione EDU⁶⁸.

Probabilmente rafforzato, dicevamo sopra: perché, pur privilegiando questo taglio prospettico, esiste un ventaglio di seri contro-argomenti spendibili in un processo penale.

Ed invero, anche volendo ammettere – col giudice ragusano del 'caso Open Arms' – che il pericolo di un danno grave alla persona *ex art.* 54 c.p. non includa solo il rischio di perdere la vita in mare⁶⁹, ma pure la plausibile e imminente minaccia di lesione della dignità umana e degli altri diritti fondamentali che i migranti avrebbero patito al ritorno in Libia o in altri *places* insensibili a istanze umanistiche sovranazionali⁷⁰; ed anche volendo conseguentemente aggiungere – col giudice trapanese del 'caso Vos Thalassa' – che per 'posto sicuro' debba necessariamente intendersi il territorio di uno Stato⁷¹ che riconosce e garantisce le libertà e i principi

ni»; in questo senso, con un funambolico incastro concettuale, anche L. MASERA, *Il caso della capitana Rackete e l'illegittimità della politica governativa dei porti chiusi per le ONG*, in *www.gustiziainsieme.it*, 6.7.2019, § 4, secondo cui «il diritto internazionale del mare attribuiva ai naufraghi-migranti il diritto a sbarcare sulle nostre coste, ed alla capitana Rackete che ha agito al fine di consentire l'esercizio di tale diritto non può essere rimproverato di essere stata costretta ad opporsi alla pubblica autorità che cercava di impedirle l'adempimento al proprio dovere».

⁶⁷ Art. 33, par. 1, a mente del quale «[n]essuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche».

⁶⁸ Così S. TREVISANUT, voce *Immigrazione [dir. int]*, cit., § 2.3. Al riguardo, v. ad es. le posizioni di N. RONZITTI, *Migranti: chiusura dei porti, respingimenti e arrivi illegali*, cit., da un lato, e I. PAPANICOLOPULU, *Tutela della sicurezza o violazione del diritto del mare?*, cit., dall'altro lato, che, pur pervenendo a soluzioni essenzialmente antitetiche sul caso Sea Watch 3 e, più in generale, sulla *policy* dei 'porti chiusi' alla luce del diritto internazionale marittimo, convergono sulla necessità di tale 'lettura sinergica'.

⁶⁹ Così invece GIP Trapani, decr. 2.8.2017, in *www.questionegiustizia.it.*, 18.9.2017, 143 ss.; GIP Catania, decr. 27.3.2018, *ivi*, 31.3.2018, 14 ss.

⁷⁰ GIP Ragusa, decr. 16.4.2018, cit., 13-15. D'altronde, la giurisprudenza domestica non è nuova a interpretazioni estensive della nozione di "danno alla persona", che includerebbe pure l'onore, il pudore, il decoro, il diritto all'abitazione, etc.: Cass., III, 7.10.1981, n. 10772, in *CED* 151194; Cass., II, 19.3.2003, n. 24290, *ivi*, 225447; Cass., II, 17.1.2008, n. 7183, *ivi*, 239447.

⁷¹ Anche nel ricorso per Cassazione proposto dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento avverso l'ordinanza in commento, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 23.7.2019, 8

previsti dalla Convenzione di Ginevra e dalla CEDU⁷², resterebbe il nodo della *attualità* del pericolo, prima ancora che quello della sua *inevitabilità-involontarietà*.

Man mano che la Sea Wacht 3 si allontanava dalle coste libiche, in effetti, il rischio di essere (ri-)sottoposti a detenzioni arbitrarie, violenze sessuali, lavori forzati, torture, trattamenti degradanti e altre gravi violazioni dei diritti fondamentali⁷³ si faceva sempre più rarefatto e ipotetico, fino a *scompare del tutto* una volta che la capitana entrava nel mare nostro: vuoi perché riconosciamo l'accesso alle misure di protezione internazionale; vuoi perché prendiamo molto sul serio il diritto europeo dei diritti umani⁷⁴; vuoi perché nessuno ha mai ventilato la possibilità di un *push-back* dei malcapitati in un 'posto insicuro'⁷⁵.

Ma, francamente, avremmo qualche – impopolare – perplessità pure sulla ricorrenza del presupposto della *inevitabilità* del pericolo di lesione (della vita e dell'integrità psico-fisica dei migranti, dell'incolumità dell'equipaggio: *retro*, § 1): giacché si tratta di minacce tutto sommato ricollegabili alla scelta di gironzolare per due intere settimane a ridosso del mare territoriale italiano, invece di provare a cercar riparo e 'sicurezza dei diritti' altrove. Quello della capitana Rackete, insomma, rassomiglia a un attendismo (deliberato) che ha (colposamente) innescato un pericolo pluridirezionale⁷⁶: pericolo che, peraltro, le Autorità nazionali hanno *dis-innescato* e *de-attualizzato* nei limiti del possibile.

Certo, invece che sulla minaccia per la sicurezza dei diritti dei migranti (art. 54 c.p.), si sarebbe potuto provare a valorizzare le prestazioni scriminanti (art. 51 c.p.) degli stessi diritti dei migranti-rifugiati-richiedenti asilo protetti dalla Convenzione di Ginevra, dall'art. 10, co. 3, Cost. e, soprattutto, dalla CEDU⁷⁷.

Ma, pure qui, non senza spericolati giochi di prestigio.

ss., si censura – correttamente – l'equiparazione fra 'posto sicuro' e 'porto sicuro' praticata dal GIP siciliano, non trovando tale omologazione riscontro nelle fonti internazionali.

⁷² Così, pressoché testualmente, GIP Trapani, sent. 23.5.2019, cit., 27.

⁷³ Questo è ciò che attende migranti e rifugiati intercettati in mare una volta sbarcati in Libia: v. le già menzionate raccomandazioni del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa del maggio 2019, 28.

⁷⁴ Attribuendo a quei patti, come pure alla loro interpretazione, il rango e la 'forza di resistenza' delle leggi sub- e para-costituzionali: sul punto, volendo, V. VALENTINI, *Case-law convenzionale, cultura dei controlimiti e giustizia penale*, in *RIDPP*, 2014, 286 ss., ivi per i necessari richiami.

⁷⁵ Ché anzi, la stessa capitana era a conoscenza di trattative internazionali in corso finalizzate ad individuare un luogo di sbarco: lo segnala anche il ricorso per Cassazione proposto dalla Procura agrigentina, cit., 10 ss.

⁷⁶ Sul presupposto scriminante della inevitabilità-involontarietà del pericolo *ex art. 54 c.p.*, che non è apprezzabile qualora l'agente si sia deliberatamente «posto in una situazione di pericolo di grave danno personale per sé e per altri in dipendenza di un proprio comportamento colposo», già Cass., II, 10.10.1975, n. 1101, in *GPen*, II, 1977, 37; Cass., IV, 5.5.1988, n. 9213, in *CED* 179155.

⁷⁷ Riteniamo viceversa fuori centro il riferimento all'art. 10-ter T.U. Imm. (GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 4 ss.), trattandosi di norma limpidamente procedimentale, che, in quanto tale, è incapace di generare "diritti" o "doveri" in capo a chicchessia.

Non tanto perché si tratta di diritti – ma lo stesso vale per gli obblighi di pronto soccorso in mare⁷⁸ – previsti da normative sì sovraordinate rispetto al novello art. 11, co. 1-ter T.U. Imm.⁷⁹, ma non auto-applicative⁸⁰: per rendere ‘direttamente azionabili’ diritti e doveri di matrice internazionale, in effetti, basta dissolverli dentro la scriminante aperta ex art. 51 c.p.⁸¹.

Quanto perché si tratta di diritti individuali *enforced* da un soggetto (la capitana, appunto) *diverso* dai rispettivi titolari⁸².

⁷⁸ Come pure per i doveri *positivi* di protezione dei diritti CEDU (cd. duties to take action) di cui la Corte EDU grava le Autorità statuali: F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*⁸, Paris, 2006, 237 ss.; per una valorizzazione di tali *positive obligations* proprio in relazione ai soccorsi dei migranti in mare, cfr. S. TREVISANUT, *Is there a right to be rescued at sea? A constructive overview*, in *QIL*, 2004, 3 ss.

⁷⁹ Ed al divieto interministeriale che ne condivide rango e forza di resistenza: così, *mutatis mutandis*, Cass., IV, 17.10.2017, n. 52542, cit., § 5.3, secondo cui un provvedimento puntuale (in quel caso: una prescrizione del giudice), qualora costituisca espressione di poteri-doveri previsti dalla legge, ne mutua il rango nella gerarchia delle fonti. Un approccio identico, del resto, è costantemente praticato in punto di ‘violazione di legge’ ex art. 323 c.p.: per queste fenomenologie ermeneutiche, sia consentito richiamare V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC*, in *AP*, 2018, 263 ss. Anche il GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 12, d'altronde, sembra far propria tale lettura, là dove ipotizza *direttamente* la violazione dell'art. 11, comma 1-ter T.U. Imm. in conseguenza della violazione del divieto ministeriale di sbarco.

⁸⁰ Oltre che (quasi) sempre afflitte da importati tassi di vaghezza: v. per tutti R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M., 1986, 99 ss.; M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, 2004, 329 ss.; neppure nel suo periodo maggiormente euro-entusiasta, in effetti, la Consulta è mai giunta al punto di riconoscere il carattere *self-executing* del diritto internazionale pattizio: V. VALENTINI, *La giustizia penale convenzionale e l'oltranzismo dei controlimiti*, in S.A. SONELLI (cur.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Torino, 2015, 253 ss. Lo stesso, *bongré malgré*, vale per il diritto costituzionale di asilo: ne dà atto M. BENVENUTI, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *QG*, 2/2018, 14 ss., il quale segnala come la giurisprudenza consolidata consideri il diritto di asilo integralmente attuato con le (tre) misure di protezione internazionale previste nel nostro ordinamento (rifugio politico, protezione sussidiaria e protezione umanitaria – quest'ultima, peraltro, sostanzialmente eliminata l'anno scorso), sicché non sarebbe (più) apprezzabile alcun margine di residuale diretta applicazione dell'art. 10, co. 3, Cost. Portato alle sue naturali conseguenze, dunque, il *ragionamento per fonti* che si concede il Giudice (GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 11, secondo cui, «in forza della natura sovraordinata delle fonti convenzionali e normative sopra richiamata, nessuna idoneità a comprimere gli obblighi gravanti sul capitano [...], oltre che delle autorità nazionali, potevano rivestire le direttive ministeriali [...] o il provvedimento [...] del Ministro degli Interni [...] che faceva divieto di ingresso, transito e sosta della nave») avrebbe dovuto generare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 11, co. 1-ter T.U. Imm.: sost. conf. L. CARLASSARE in un'intervista rilasciata a F. Olivo dal titolo “*Chiudendo i porti si viola la Costituzione. Carola? Ha fatto bene a disobbedire a una legge ingiusta*”, in *www.buffingtonpost.it*, 6.7.2019; spunti in tal senso anche nel citato ricorso per Cassazione proposto dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento, 15.

⁸¹ Che, del resto, si ritiene da sempre in grado d'inghiottire e dotare di efficacia liceizzante anche regole sub-primarie e provvedimenti individuali e concreti: I. CARACCIOLI, voce *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2289 ss.

⁸² In questo senso, ma ritenendo simile ‘supplenza’ praticabile, L. MASERA, *Il caso della capitana*, cit., § 4. La nostra impressione, viceversa, è che la nozione di diritto scriminante, inteso – pur

Il tutto, senza contare che, alla luce delle contingenze concrete, era quanto meno dubbio fosse davvero necessario esercitare ‘in via surrogata’ quei diritti⁸³: proprio perché, come dicevamo poc’anzi, la nave ONG era oramai collocata in un posto-territorio ‘sicuro’ in tutti i sensi pensabili⁸⁴.

A chi pretendesse di rintracciare un *fumus* di detenzione arbitraria ex art. 5 Conv. EDU nella permanenza dei migranti a bordo della Sea Watch 3⁸⁵, infine, è agevole replicare come un pericolo incombente su questo come sugli altri diritti convenzionali fosse stato inequivocabilmente escluso...proprio dalla Corte EDU⁸⁶.

6. Oltre le tifoserie: diritti-doveri incerti e test dinamico di proporzionalità

Vincendo l'imbarazzo – e con la consapevolezza – del *beginner*, s'è provato a setacciare il diritto internazionale del mare, alla ricerca di una regola che imponga ai comandanti di navi di ogni bandiera di sbarcare naufraghi (già) tratti in salvo sul suolo del più vicino ‘Stato sicuro’; e di una speculare regola che obblighi quest'ultimo a consentire quello sbarco.

latamente – come «un potere di agire per la realizzazione (anche) di un [...] interesse» (M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale* (Art. 1-84, I, Milano, 2004, 542), ne presupponga l'esercizio dal parte del (solo) titolare; il ‘diretto e immediato’ cimento del titolare della situazione giuridica attiva, insomma, ci sembra costituire una *precondizione logica* dell'esimente: in questo senso, ancorché sottotraccia, Cass., V, 22.11.1989, n. 1983, in *Cass. pen.*, 1991, 1050.

⁸³ Come noto, la giurisprudenza tende ad affermare che la giustificante ex art. 51 c.p. ricorre solo là dove la realizzazione dell'offesa tipica sia stata imposta dalla necessità – da valutare alla luce delle circostanze concrete – di esercitare un diritto e/o di adempiere un dovere: così già Cass., VI, 13.4.1976, n. 9784, in *GPen*, II, 1977, 9; di recente Cass., VI, 3.10.2014, n. 41192, in *www.iusexplorer.it*, §§ 4.2 ss. Sul punto, v. anche *infra* § 6.

⁸⁴ Allo stato, peraltro, appare del tutto indimostrata pure qualsiasi tensione con quel ‘diritto a un esame della situazione individuale’ che la Corte EDU identifica *à côté* del divieto di espulsioni collettive ex art. 4, Prot. 4, CEDU; ché anzi, le attività di controllo e di identificazione poste in essere a più riprese dalla GdF (GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 7), come pure il fatto che lo Stato del POS non debba necessariamente essere lo Stato tenuto a valutare le domande di protezione internazionale (GIP Trapani, 23.5.2019, cit., § 2), depongono in senso opposto.

⁸⁵ V. ad es. le raccomandazioni del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa di maggio 2019, cit., 31.

⁸⁶ Discutibili letture ipertestuali a parte (come quella di S. ZIRULIA, F. CANCELLARO, *Caso Sea Watch: cosa ha detto e cosa non ha detto la Corte di Strasburgo nella decisione sulle misure provvisorie*, in *Dir. pen. cont.*, 26.6.2019), questo pare essere il solo senso della decisione della Corte EDU: che, adita dalla capitana e dai naufraghi, ha ritenuto di *non* imporre allo Stato italiano di autorizzare lo sbarco, confidando che le medesime Autorità statuali *avrebbero continuato* – come era stato fino a quel momento – «to provide all necessary assistance to those persons on board Sea Watch 3 who are in a situation of vulnerability as a result of their age or state of health».

E tale escursione ha restituito un quadro nient'affatto cristallino⁸⁷: quale che sia l'estensione del concetto di 'safe'⁸⁸, infatti, la legge marittima non sembra andar oltre il dovere del comandante di soccorrere chi rischia di perdere la vita in mare, ed il diritto dei vascelli di penetrare le ostruzioni portuali in caso di *distress*.

Di un dovere di capitani e Stati di – rispettivamente – ricoverare e accogliere sulla terraferma i trasportati, men che mai al di fuori dei casi di stretta necessità, non c'è invece traccia nitida (*retro* § 4).

Più proficuo, viceversa, parrebbe essere il punto di vista dei diritti convenzionali dei migranti: ma anche in questo scenario, che pur consentirebbe di contaminare-dilatare la nozione di 'place of safety' prevista dalla legge marittima, servirebbero compromessi tecnici e normologici di dubbia praticabilità (*retro*, § 5).

Già in astratto, insomma, la scriminante *ex art.* 51 c.p. fatica ad essere messa in campo; se poi ci si cala nella concreta dinamica dei fatti, le perplessità aumentano esponenzialmente.

Siamo infatti fermamente convinti che *tutte* le scriminanti, anche quelle più povere di fatto⁸⁹, tollerino registri applicativi differenziati in ragione delle variabili, storico-concrete e assiologiche, che connotano il contesto su cui insistono; *nessuna esimente*, insomma, cristallizza preconfezionate e anelastiche regole di prevalenza del valore (incarnato dalla norma di favore) sul disvalore (espresso dal fatto tipico)⁹⁰.

Se un diritto (dei migranti) o un dovere (del capitano) di sbarcare i naufraghi nel più vicino 'suolo safe' esistesse davvero sulla carta, dunque, esso doveva (e dovrà) essere calibrato sull'irripetibile vicenda storica: tenendo conto delle *concrete* modalità di esercizio/adempimento prescelte dalla capitana, e del peso specifico dei (contro-)interessi messi *concretamente* in gioco⁹¹.

Di tale legame esistenziale fra esimenti e fatto materiale, d'altronde, è sempre stata consapevole la migliore dottrina e la stessa giurisprudenza: che circonda di-

⁸⁷ Lo ammettono anche L. GRADONI, L. PASQUET, *Lisistrata e Lampedusa: una riflessione sul caso Sea Watch 3*, in www.sidiblog.org, 6.7.2019, i quali considerano la scelta della capitana un 'coraggioso atto politico' in una situazione d'incertezza giuridica.

⁸⁸ Giustamente considerato orfano di una definizione appagante da A. PROELSS (cur.), *United Nations convention*, cit., 729.

⁸⁹ Tali non sono, ad es., quelle *ex artt.* 52, 54 c.p., giacché contemplano elementi descrittivo-sostanziali (es. 'necessità') che implicano *natura sui* ragionamenti di tipo assiologico: G. QUINTERO OLIVARES, F. MORALES PRATS, *Parte general del derecho penal*^P, Cizur Menor, 2005, 264 ss., 456 ss.

⁹⁰ Parz. diff. F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, 21 ss., il quale evidenzia come, in taluni casi di esercizio del diritto, il bilanciamento sia impermeabile alla mutevolezza della realtà e possa fare a meno di criteri sostanziali legati al caso concreto, giacché l'ordinamento disegnerebbe preventivamente, e una volta per tutte, la 'situazione' che determinerà la prevalenza dell'uno sull'altro interesse.

⁹¹ Impeccabile, sul punto, il ricorso per Cassazione proposto dalla Procura di Agrigento, cit., 10-12.

ritti e doveri scriminanti di confini impliciti, specie là dove, come nel caso nostro, ne siano assolutamente incerti presupposti e perimetro operativo (dovere di soccorso in mare), o, comunque, non ne siano descritte le modalità di esercizio (come nel caso delle Carte dei diritti umani)⁹².

Ed in effetti, il requisito della (effettiva) proporzione della condotta (astrattamente) facoltizzata⁹³, che spesso compare col nome di necessità-indispensabilità⁹⁴, e che serve per testare il rispetto dei limiti interni ed esterni dei diritti-doveri esimenti⁹⁵; le modalità non violente dell'esercizio del diritto⁹⁶ e non eccessivamente violente nell'adempimento del dovere⁹⁷; la stessa figura dell'abuso di diritti e facoltà⁹⁸, rappresentano valvole di contenimento della forza liceizzante innescate dal contatto fra regola astratta e la realtà regolata: e, a nostro sommo avviso, si tratta di presidi irrinunciabili quando entrano in campo *diritti e doveri incerti*.

Un paio di domande, allora.

Era davvero *indispensabile*, in quelle specifiche circostanze di tempo e di luogo, opporre resistenza a una nave da guerra e *usare violenza* per portare sulla terraferma i migranti?

⁹² Che, di regola, si limitano a riconoscere e garantire beni e valori: sulla difficile identificazione dei limiti (interni) di diritti e libertà previsti da disposizioni generalizzanti/generiche v., fra gli altri, P. SEMERARO, *L'esercizio del diritto*, Milano, 2009, 26 ss.

⁹³ Emblematica, al riguardo, la casistica concernente il rapporto fra il (generico) diritto di difesa e il reato di calunnia: fra le più recenti Cass., V, 7.3.2017, n. 14542, in *CED* 26973401; Cass., VI, 6.6.2018, n. 39918, in *www.iusexplorer.it*, secondo cui la condotta (offensiva e) facoltizzata dev'essere 'proporzionata' e 'strettamente connessa' a – oggettivamente apprezzabili – esigenze difensive, altrimenti varcandosi i limiti (impliciti e interni) di un legittimo esercizio del diritto *ex art.* 24 Cost.

⁹⁴ Cfr. ad es., sempre in punto di rapporti fra calunnia e diritto di difesa, Cass, V, 2.12.1987, n. 5457, in *Cass. pen.*, 1989, 980; Cass., VI, 2.10.2014, n. 14042, in *www.iusexplorer.it*, secondo cui l'affermazione calunniosa è scriminata solo là dove sia indispensabile per confutare la fondatezza dell'incolpazione; v. anche Cass., VI, 3.10.2014, n. 41192, cit., a proposito dei rapporti fra il diritto/dovere di vigilanza parentale e la captazione offensiva *ex art.* 617 c.p. delle comunicazioni dei figli.

⁹⁵ Come accade in punto di difesa preventiva di diritti personali o patrimoniali (cd. offencicoli); qui, infatti, la giurisprudenza pratica da sempre uno scrutinio di proporzionalità fra mezzi e beni in conflitto, esigendo, per ritenere lecita la condotta lesiva, che quest'ultima *non potesse essere sostituita* da altra meno (o per nulla) dannosa: v. *ex multis* Cass., III, 1.12.1994, n. 12576, in *CP*, 1996, 809.

⁹⁶ Sulla esclusione della scriminante nel caso di violenza su persone o cose, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 544; conf. A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, PG³, Padova, 2012, 280; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, PG³, Torino, 2013, 246; A. NAPPI, *Guida al codice penale*, PG³, Milano, 2008, 340. Peraltro, se le norme *ex artt.* 392, 393 c.p. fossero davvero intimamente connesse alla fattispecie *ex art.* 51 c.p., tracciando un limite generale (interno) del diritto scriminante, la nostra tesi della 'precondizione logica' (*retro* nt. 82) riceverebbe indiretta conferma: giacché (anche) il delitto di esercizio arbitrario rientra «tra i cc.dd. reati propri ed esclusivi o di mano propria, che si caratterizzano in quanto la loro esecuzione implica l'intervento personale diretto del soggetto designato dalla legge» (Cass., II, 3.11.2016, n. 46288, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 8.2.2017, § 9.2.5.1).

⁹⁷ Cass., VI, 2.12.2008, n. 1786, in *www.iusexplorer.it*; Cass, V, 2.10.2017, n. 4398, *ivi*.

⁹⁸ In questo senso, già Cass., III, 8.5.1996, n. 5883, in *www.iusexplorer.it*.

Probabilmente no: esistevano percorsi modali molto più ortodossi⁹⁹.

Il ventaglio degli interessi-valori giustiziati dalla capitana sostiene il *confronto assiologico* con i contro-interessi ‘esterni’ minacciati o pregiudicati?

Pure qui, se il saldo poteva forse essere *astrattamente* positivo (benessere e integrità psico-fisica dei migranti *vs.* istanze pseudo-securitariste e beni funzionali domestici), le *concrete* modalità di adempimento prescelte da Rackete, coinvolgendo *anche* la vita dei militari, sbilanciano il test a favore dell'accusa¹⁰⁰.

Al di là delle tifoserie e delle etiche, resta dunque una condotta che danza pericolosamente fra liceità (solo) putativa¹⁰¹, illiceità (quasi) dolosa, ed un eccesso *ex art. 55, 59, co. 4, c.p.* (al più) per errore-inabilità¹⁰²; e resta la responsabilità (micro-)politica e civile di celebrare un provvedimento che, al netto degli impropri richiami al conflitto fra diritto e giustizia¹⁰³, riconosce a *chiunque* bazzichi la zona adiacente al mare nazionale un diritto-dovere *incondizionabile* di sbarcare persone (già) in salvo nel primo porto utile, asfaltando tutto ciò che – leggi, divieti, cose, financo persone – si frappone fra prua e banchina.

Con ciò, all'evidenza, aprendo alla piana ripetibilità dello stesso scenario.

⁹⁹ Lo segnala giustamente il ricorso per Cassazione proposto dalla Procura agrigentina, 11, là dove precisa che, «[anche] ritenendo che il dovere di soccorso dei migranti terminasse esclusivamente con la loro conduzione a terra [...] il GIP avrebbe dovuto valutare se la circostanza che Rackete [...] avrebbe potuto condurre a terra i migranti con modalità alternative, ad esempio a mezzo delle scialuppe di bordo – possibilità, del resto, prospettata dalla stessa – adempiendo in tal modo il proprio dovere con evidente minor pericolo [...] potesse comunque consentire l'applicabilità della scriminante di cui all'art. 51 c.p.».

¹⁰⁰ Ribadiamo ancora che, in quel frangente, non era minacciata la vita dei trasportati (senz'altro prevalente sulle esigenze di controllo delle frontiere e di contrasto all'immigrazione irregolare: così le raccomandazioni del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa di maggio 2019, cit., 37), né era apprezzabile un rischio di *refoulement*, diretto o indiretto. Si trattava invece, come la stessa capitana ha dichiarato, di evitare un 'aggravamento delle condizioni psicologiche' dei trasportati: GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 10; cfr. altresì il ricorso per Cassazione proposto dalla Procura di Agrigento, 11 ss.

¹⁰¹ Anche se, avendo la capitana ricevuto ben due *feedback* giurisdizionali sul difetto dei presupposti per procedere allo sbarco (Corte EDU e TAR Lazio: GIP Agrigento, ord. 2.7.2019, cit., 9), non ci sorprenderemmo se qualcuno, applicando collaudati schemi interpretativi (v. ad es. Cass., V, 1.10.2008, n. 38596, in CED 241954), replicasse che s'è trattato di un errore di diritto irrilevante *ex art. 59 c.p.*

¹⁰² In tema, v. ora il resoconto di M. SPINA, *La Cassazione considera (già) inutile quel che la politica promette di eliminare. Il paradosso dell'eccesso colposo di legittima difesa (art. 55 c.p.)*, in *Dir. pen. cont.*, 7/2018, 21 ss.

¹⁰³ Insiti nell'accostamento, proposto dai media ma pure da diversi giuristi, fra la capitana e Antigone; in verità, siamo oceanicamente distanti dalle *gross violations* e dagli 'illeciti di sistema' che, nell'ambito di certe esperienze transizionali, hanno convinto la magistratura a giustiziare regole giuridico-formali in nome di istanze di giustizia materiale: sul fenomeno, v. G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2004.

HANNO COLLABORATO AL VOLUME

GIULIANO BALBI – Professore ordinario nell’Università della Campania “Luigi Vanvitelli”

ROBERTO BARTOLI – Professore ordinario nell’Università di Firenze

FABIO BASILE – Professore ordinario nell’Università di Milano

MARTA BERTOLINO – Professore ordinario nell’Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

FILIPPO BELLAGAMBA – Professore associato nell’Università di Siena

FRANCESCO CALLARI – Dottore di ricerca nell’Università di Palermo

GIOVANNI CANZIO – Primo Presidente emerito della Suprema Corte di cassazione

ALBERTO CAPPELLINI – Dottorando di ricerca nell’Università di Firenze

GAETANO CARLIZZI – Giudice del Tribunale Militare di Roma

STEFANIA CARNEVALE – Professore associato nell’Università di Ferrara

MAURIZIO CATINO – Professore ordinario nell’Università di Milano-Bicocca

CRISTINA DE MAGLIE – Professore ordinario nell’Università di Pavia – Institute for Legal Research University of California, Berkeley School of Law

CORRADO DEL BÒ – Professore associato nell’Università di Milano

GIAN PAOLO DEMURO – Professore ordinario nell’Università di Sassari

RICHARD DUBÉ – Professeur agrégé nell’Università di Ottawa (Canada)

GIOVANNI FLORA – Professore ordinario nell’Università di Firenze

MARGARIDA GARCIA – Professeure agrégée nell’Università di Ottawa (Canada)

ALBERTO GARGANI – Professore ordinario nell’Università di Pisa

FAUSTO GIUNTA – Professore ordinario nell’Università di Firenze

GAETANO INSOLERA – Professore ordinario nell’Università di Bologna

MASSIMILIANO LANZI – Dottore di ricerca nell’Università di Parma

FRANCESCO MACRÌ – Dottore di ricerca nell'Università di Firenze
GIORGIO MANIACI – Professore associato nell'Università di Palermo
GIANFRANCO MARTIELLO – Ricercatore nell'Università di Firenze
DARIO MICHELETTI – Professore associato nell'Università di Siena
GHERARDO MINICUCCI – Assegnista di ricerca nell'Università di Firenze
CATERINA PAONESSA – Ricercatore nell'Università di Firenze
MICHELE PAPA – Professore ordinario nell'Università di Firenze
PIER FRANCESCO POLI – Assegnista di ricerca nell'Università di Milano
LUCIA RISICATO – Professore ordinario nell'Università di Messina
SERGIO SEMINARA – Professore ordinario nell'Università di Pavia
MICHELE TARUFFO – Professore nell'Università di Girona (Spagna)
ANDREA FRANCESCO TRIPODI – Ricercatore nell'Università di Macerata
VICO VALENTINI – Professore associato nell'Università di Perugia
ANTONIO VALLINI – Professore ordinario nell'Università di Pisa

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 similari).
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
Giuliano Balbi
Elio R. Belfiore
Filippo Bellagamba
Marta Bertolino
Riccardo Borsari
David Brunelli
Marcello Busetto
Alberto Cadoppi
Alberto Camon
Damiano Canale
Carlotta Conti
Cristiano Cupelli
Francesco D'Alessandro
Giampaolo Demuro
Giulio De Simone
Alberto De Vita
Mariavaleria Del Tufo
Alberto di Martino
Vittorio Fanchiotti
Giovanni Fiandaca
Giovanni Flora
Luigi Foffani
Désirée Fondaroli
Gabriele Fornasari
Ignazio Giacona
Roberto Guerrini
Giulio Illuminati

Gaetano Insolera
Sergio Lorusso
Claudio Luzzati
Stefano Manacorda
Ferrando Mantovani
Luca Marafioti
Enrico Marzaduri
Oliviero Mazza
Nicola Mazzacuva
Alessandro Melchionda
Sergio Moccia
Vito Mormando
Vania Patanè
Paolo Patrono
Marco Pelissero
Davide Petrini
Nicola Pisani
Tommaso Rafaraci
Mario Ricciardi
Lucia Risicato
Mauro Ronco
Placido Siracusano
Luigi Stortoni
Valeria Torre
Giovanni Tuzet
Paolo Veneziani
Tiziana Vitarelli

Edizioni ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di settembre 2019



Edizioni ETS

www.edizioniets.com - info@edizioniets.com

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

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

- **Primo Piano**
MARTA BERTOLINO, *Diritto penale, infermità mentale e neuroscienze* – GIOVANNI CANZIO, *Multiculturalismo e giurisprudenza penale* – MAURIZIO CATINO, *Fare luce sulla zona grigia* – CRISTINA DE MAGLIE, *La lingua del diritto penale* – ALBERTO GARGANI, *Depenalizzazione e "materia penale". La graduazione delle garanzie tra forma e sostanza* – MICHELE TARUFFO, *Note sparse su certezza e coerenza della decisione giudiziale*
- **I grandi temi La tutela della persona umana**
ROBERTO BARTOLI, *Brevi riflessioni sul fine vita a partire dai concetti di uomo, individuo e persona* – GIOVANNI FLORA, *La tutela della libertà sessuale ed i tormenti di Cupido nell'era postmoderna* – FAUSTO GIUNTA, *I beni della persona penalmente tutelati: vecchie e nuove sfaccettature* – MICHELE PAPA, *La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali: appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità* – ANTONIO VALLINI, *Il "discorso" giuridico in tema di "persona": abbozzo di un lessico*
- **I grandi temi Negazionismo**
GIULIANO BALBI, *Il negazionismo tra falso storico e post-verità* – FILIPPO BELLAGAMBA, *Dalla criminalizzazione dei discorsi d'odio all'aggravante del negazionismo: nient'altro che un prodotto della legislazione penale simbolica* – CORRADO DEL BÒ, *Tollerare l'intollerabile. Il negazionismo tra etica e diritto*
- **I grandi temi Tortura**
GIOVANNI CANZIO, *I crimini di guerra nazisti in Italia (1943-1945) nella giurisprudenza della Corte di cassazione* – STEFANIA CARNEVALE, *Tortura e maltrattamenti in carcere: i presidi di diritto processuale e penitenziario a supporto degli strumenti sostanziali* – LUCIA RISICATO, *L'ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del diritto penale e crimini contro l'umanità*
- **Il punto su... La nuova disciplina dell'art. 162-ter c.p.**
GIAN PAOLO DEMURO, *L'estinzione del reato mediante riparazione* – SERGIO SEMINARA, *Procedibilità a querela ed estinzione del danno per condotte riparatorie: spunti di riflessione*
- **Il punto su... La corruzione tra privati**
FRANCESCO MACRÌ, *La corruzione tra privati (art. 2635 c.c.): i recenti ritocchi della legge "spazzacorrotti" (l. n. 3/2019) e i problemi di fondo della disciplina italiana alla luce dell'esperienza comparatistica* – ANDREA FRANCESCO TRIPODI, *La corruzione tra privati. Un'analisi diacronica dello spettro offensivo della fattispecie ovvero la concorrenza come figlia di un dio minore*
- **Antologia**
FABIO BASILE, *Violenza sulle donne e legge penale: a che punto siamo?* – FRANCESCO CALLARI, *La rivisitazione in malam partem del giudicato penale: dal contrasto del terrorismo e della criminalità organizzata ad orizzonti futuri* – ALBERTO CAPPELLINI, *Machina delinquere non potest? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale* – GAETANO CARLIZZI, *Il principio del libero convincimento come guida per il legislatore e per il giudice nel campo del processo penale* – RICHARD DUBÉ, MARGARIDA GARCIA, *L'opinione pubblica come fondamento del diritto di punire: frammenti di una nuova teoria della pena?* – FAUSTO GIUNTA, *Culpa, culpa* – GAETANO INSOLEIRA, *Dalla legittima difesa all'offesa legittimata? Ragioni a confronto sulle proposte di modifica all'art. 52 c.p.* – MASSIMILIANO LANZI, *Preterintenzione e reato aberrante, tra vecchi paradigmi e nuove esigenze di tutela* – GIORGIO MANIACI, *Harm principle e offence principle secondo un'etica liberale* – GIANFRANCO MARTIELLO, *Violenza pubblica potenzialmente letale e diritto alla vita ex art. 2 CEDU: a proposito dell'art. 53 c.p. "convenzionalmente riletto"* – DARIO MICHELETTI, *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e colpa specifica* – GHERARDO MINICUCCI, *Brevi riflessioni sulle contaminazioni linguistiche nel diritto penale* – PIER FRANCESCO POLI, *La colpa grave quale limite all'imputazione per colpa: uno sguardo ai codici dell'Italia unita* – VICO VALENTINI, *Dovere di soccorrere o diritto di speronare? Qualche spunto (quasi) a caldo sul caso Sea Watch 3*

www.edizioniets.com/criminalia

€ 50,00

ISBN-13: 978-8846756343



9 788846 756343