

# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

2007

●  
ricordo di Federico Stella

*L'acqua e la sfera*

●  
primo piano

*Prova dichiarativa e diagnostica della verità*

*I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*

*Processo penale e mass media*

●  
dibattito

*La soggezione del giudice alla legge: un principio ancora attuale?*

●  
passato e presente

*Il pensiero di Giuseppe Bettiol*

●  
il punto su

*I recenti progetti di codificazione*

●  
opinioni a confronto

*L'appellabilità delle sentenze di proscioglimento*

*Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*

*Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità*

●  
antologia

dalla libreria alla biblioteca, e ritorno

Edizioni ETS

# **Criminalia**

---

*Annuario di scienze penalistiche*

*Direttore*

Fausto Giunta

*Comitato scientifico*

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

*Redazione*

Dario Micheletti

*Direttore responsabile*

Alessandra Borghini

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

# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

2007



Edizioni ETS



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

© Copyright 2007  
EDIZIONI ETS  
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa  
[info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com)  
[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

Distribuzione  
PDE, Via Tevere 54, I-50019 Sesto Fiorentino [Firenze]

ISBN 978-884672047-4 - ISSN 1972-3852

## INDICE

### **Ricordo di Federico Stella**

GABRIO FORTI

*L'acqua e la sfera. Un ricordo di Federico Stella* 9

### **Primo piano**

GIUSEPPE DI CHIARA

*Il canto delle sirene. Processo penale e modernità scientifico-tecnologica: prova dichiarativa e diagnostica della verità* 19

GIOVANNI FIANDACA

*I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione* 41

GLAUCO GIOSTRA

*Processo penale e mass media* 57

### **Dibattito: La soggezione del giudice alla legge: un principio ancora attuale?**

WINFRIED HASSEMER

*Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria* 73

GÜNTER HIRSCH

*Verso uno stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico* 107

BERND RÜTHERS

*Vincolo della legge o libera scelta del metodo? Ipotesi per una discussione* 121

### **Passato e presente: Il pensiero di Giuseppe Bettiol**

FERRANDO MANTOVANI

*Il personalismo e la personalità del reo nel pensiero di Giuseppe Bettiol* 135

MAURO RONCO

*L'attualità di Giuseppe Bettiol nel 100° anniversario della nascita e nel 25° anniversario della morte* 147

### **Il punto su... I recenti progetti di codificazione**

GIOVANNI CANZIO

*Il progetto "Riccio" di legge delega per il nuovo codice di procedura penale* 167

LUCIANO EUSEBI

*Appunti minimi di politica criminale in rapporto alla riforma delle sanzioni penali* 185

**Opinioni a confronto**

*L'appellabilità delle sentenze di proscioglimento*  
Nota introduttiva di Renzo Orlandi 197

*Ne dibattono:*

FRANCESCO CAPRIOLI

GIORGIO SPANGHER

*Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*  
Nota introduttiva di Cristina de Maglie 217

*Ne dibattono:*

OMBRETTA DI GIOVINE

PAOLO VENEZIANI

*Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità*  
Nota introduttiva di Fausto Giunta 249

*Ne dibattono:*

SEBASTIANO ARDITA

MASSIMO PAVARINI

**Antologia**

FRANCESCO ANGIONI

*Il nuovo codice di deontologia medica* 277

COSTANZA BERNASCONI

*Recidiva reiterata e bilanciamento di circostanze: la duplice presa di posizione della Corte costituzionale* 291

PAOLO CAPPELLINI

*Francesco Carrara e il problema della codificazione del diritto* 305

GIANFRANCO MARTIELLO

*La responsabilità penale del medico tra punti (quasi) fermi, questioni aperte e nuove frontiere* 325

LORENZO MORILLAS CUEVA

*Violenza nello sport e diritto penale* 359

CATERINA PAONESSA

*La discrezionalità del legislatore nazionale nella cornice dei vincoli comunitari di tutela* 377

PAOLO PIRAS

*Prescrizione di farmaci off label e responsabilità penale* 429

**Dalla libreria alla biblioteca, e ritorno**

FAUSTO GIUNTA

*Rileggendo Norberto Bobbio. "L'analogia nella logica del diritto"* 447

# **Ricordo di Federico Stella**



prof. GABRIO FORTI  
Università Cattolica del S.C. di Milano

L'ACQUA E LA SFERA.  
UN RICORDO DI FEDERICO STELLA<sup>(\*)</sup>

Le ultime righe della *Premessa* che apre i due volumi degli *Scritti per Federico Stella* che oggi presentiamo sono in realtà una citazione. Sono le stesse parole con cui Johann Wolfgang von Goethe annunciava un suo libro, che aveva deciso inizialmente di intitolare “Libro degli amici”. Scriveva appunto Goethe che «il Libro degli amici contiene serene parole di amore e simpatia che in certe circostanze vengono offerte a persone amate e stimate» e, aggiungeva: «solitamente al modo persiano, con i margini arabescati d'oro».

Il riferimento al «modo persiano» rivela che quell'originario “Libro degli amici” sarebbe diventato il celebre *Divano occidentale-orientale*: opera eccelsa della letteratura mondiale, attuazione dell'ideale romantico di «poesia universale» e, innegabilmente, una delle creazioni – diremmo oggi – più multiculturali del pensiero occidentale. Riprendendo le parole di una lirica del «principe dei poeti tedeschi», come lo chiama Ladislao Mittner, non l'«argilla» plasmata dai Greci incanta ormai il Goethe dei tardi anni, «ma l'acqua dell'Eufrate che spegne l'incendio dell'anima e ne fa scaturire un canto, *l'acqua* che secondo una leggenda indiana acquista per propria magica virtù la forma solida della *sfera*».

Quest'eco goethiana, quest'impronta da “Libro degli amici”, non si è materializzata *per caso* nella *Premessa* ai solitamente solenni e specialistici “Scritti in onore” imposti dal costume accademico e che il Maestro scomparso ha voluto che semplicemente si chiamassero *Scritti per Federico Stella*.

Credo del resto che chiunque abbia conosciuto Federico Stella sappia bene come non ci fosse molto spazio nel rapporto con Lui per il caso. E nell'opera che abbiamo di fronte, sia nel primo avvio sia nella fase conclusiva, una tale presenza costante non poteva che svolgere, sulla preziosa limatura di ferro dei contributi che andavamo ammuccchiando, l'effetto di un magnete. Un effetto che, incredibilmente, si esercita perfino ora quando, davanti al libro ormai concluso, che idealmente ci evoca *anche* il vasto e profondo insieme della

\* Testo della Prolusione pronunciata il 22 maggio 2007 in occasione della presentazione presso l'Università Cattolica del S.C. di Milano degli *Scritti per Federico Stella*, a cura di M. Bertolino e G. Forti, Editore Jovene, 2007.

*Sua* opera, si è spinti a ritrovarvi, magari arbitrariamente, ma comunque in modo rivelatore del *nostro* rapporto con Lui, una ragnatela di fili, di nessi, di sensi, appunto *non casuali*

Credo che il dedicarsi di Federico Stella con tanta energia al tema della *causalità*, lungo un arco di tempo così esteso, fosse solo *una* tra le molte epifanie di ciò che mi è sempre balzato incontro al Suo cospetto. Di un tratto che, in trent'anni di sodalizio accademico con il Maestro, mi è anche capitato spesso di menzionargli, quasi sempre con un tono giocoso, prontamente ripreso dall'interessato con altrettanta ammiccante giocosità.

Stella andava sempre alla ricerca della spiegazione, delle ragioni delle cose e dei fatti: puntava al cuore, al centro, non di rado con la brutalità che compete a ogni visione dall'alto, che colga fulmineamente il superfluo, la scoria, il cascame, e si precipiti a strapparlo dal tronco dell'essenziale; che punti a imprimere all'indistinzione dell'acqua, come nella leggenda indiana, «la forma solida della sfera». Federico Stella ha espresso nella sua vita, o almeno nel pallido riflesso che io posso averne assorbito nella pur protratta comunanza con Lui, un istinto epico, proprio nel senso con cui Nietzsche caratterizzava il grande stile e vi ravvisava il vertice dell'evoluzione: volontà vittoriosa, coordinamento intensificato, armonizzazione dei desideri forti, spinta di gravità infallibilmente perpendicolare, semplificazione geometrica, forza organizzante. Un'epica lotta, la Sua, per il disvelamento dell'essere che, come diceva Parmenide, «è compiuto da ogni parte, simile a massa di ben *rotonda sfera*, di ugual forza dal centro in ogni parte».

Credo proprio che questo *spieghi* – anche qui non riesco a vedere *casualità* – il fascino che la personalità di Stella ha esercitato sui suoi allievi, o almeno sull'unico di cui posso parlare con *qualche* cognizione di causa, ossia me stesso. Non mi ero certo iscritto all'università con un interesse per il diritto penale. Ricordo che nell'ultimo anno di corso ero già in procinto di chiedere la tesi al prof. Luigi Mengoni, considerati i risultati nei due esami sostenuti con lui e gli apprezzamenti che questo grande maestro del diritto mi aveva rivolto in quelle occasioni. Dopo un anno di lezioni con Federico Stella, però, abbandonai il proposito originario e decisi di chiedere a Lui la tesi, in diritto penale. Per vero credo che una tale scelta sia stata indipendente dalla materia: avesse insegnato diritto aeronautico, antichità mesopotamiche o, perfino, tecniche di coltivazione dei tuberi: mi sarei probabilmente convinto che *quella*, la Sua, fosse *La* materia, *Il* campo che bisognava studiare, a cui dedicare la propria vita; e non solo per desiderio di conoscenza, ma anche per una profonda esigenza etica.

Del resto i mammiferi in generale, e gli uomini in particolare, si curano moltissimo non tanto dei singoli fatti o episodi, ma delle *strutture delle relazioni*. Lo ricordava l'antropologo Gregory Bateson, quando diceva che noi mammiferi siamo davvero interessati soprattutto alla «posizione in cui ci troviamo rispetto agli altri, in un rapporto di amore, odio, rispetto, dipendenza, fiducia, e astrazioni analoghe, ed è sulla base primariamente di *questo* rapporto che valutiamo i fatti che ci accadono». Ciò tra l'altro spiega l'importanza assolutamente fondamentale che riveste nella via sociale – *anche* riguardata dalla prospettiva specialistica del giurista – l'elemento della fiducia e il carattere distruttivo, anche in senso ontologico e direi quasi biologico, di ogni esperienza, pubblica o privata, nella quale una tale fiducia venga tradita.

Ricordo uno dei primi insegnamenti del Maestro, anzi una delle prime frasi confidenziali che mi rivolse all'inizio del nostro sodalizio scientifico: «Forti, si ricordi, per quanti risultati possa ottenere nel campo degli studi o della professione, sappia, non lo dimentichi mai: la cosa che conta di più nella vita sono gli affetti».

Quella frase mi è tornata spesso alla mente in questi anni, ne ho avvertito tanti echi nelle esperienze e negli studi, non certo solo penalistici, degli anni successivi. Mi ha spesso ricordato un grande pensiero di Gottfried Benn: «vivere significa gettare, inarcare ponti su fiumi che scorrono via». Significa, come chiosava Claudio Magris, che «l'esperienza fondamentale, quella che ci rende più felici e ci fa sentire non del tutto inutili, è la coscienza di aver *gettato* questo ponte, di aver instaurato il dialogo con qualcuno, di aver fermato la fuga dell'esistenza nel valore. Rispetto a questo ponte, a questo dialogo, tutto il resto, tutto quello che noi facciamo, un libro, un'azione, è un mezzo, uno strumento».

Dall'aver a lungo lavorato e dall'essersi molto interiormente confrontati con questo abito mentale *causale*, credo naturalmente consegua il generarsi di una prospettiva (o forse, semplicemente, il consolidarsi di un'affinità elettiva originaria), incline a cercare e a vedere nell'acqua, nella liquidità indistinta dei fatti, la magica virtù, la forma solida della sfera, la tensione a comporre dalle cose, sempre, un senso compiuto e inesorabile. Tutto e tutti, accanto a Federico Stella, erano, *sono* sospinti al *causale*.

Ed ecco allora, come dicevo, il magico istinto a vedere solo il *causale* anche in *questi Scritti*. Come si afferma nella *Premessa*, quello qui presentato non è un volume in onore – Federico Stella, ho detto, non voleva questa espressione – ma, appunto, un libro degli amici. Una composizione che ha *volutamente* caratterizzato sospinge allora anche inconsapevolmente a cogliervi questo tratto in ogni pagina.

E' già la bella, *amichevole* foto cretese di Federico Stella che apre il volume, lontana dalle pose più o meno curiali che corredano questo genere di pubblicazioni, a parlarci *così*.

E poi c'è la vocazione, l'ansia – da *Divano occidentale-orientale* – del dialogo interculturale, così evidente nell'ultima opera di Federico Stella *La giustizia e le ingiustizie*, ma che già si avverte in *Giustizia e modernità*, con quel paragrafo conclusivo sulle “Regole d'oro dell'etica religiosa e dell'etica laica, comuni a tutti i popoli e tutte le religioni”. E mi piace pensare non sia stato solo un gioco casuale dell'ordine alfabetico, ma una precisa *causalità*, a porre in apertura di questi *Scritti* proprio il contributo di Cristina De Maglie sui problemi del multiculturalismo. Ricordo il racconto entusiasta di Federico Stella di una traversata nel deserto per aiutare un beduino malato o della gioiosa accoglienza degli abitanti delle sue “isole felici” dei mari del Sud. Come scriveva di sé il Goethe del *Divano*, anch'Egli avrebbe potuto considerarsi «soprattutto un viaggiatore, per il quale è titolo di lode adattarsi con simpatia alle consuetudini di una diversa popolazione, sforzarsi di assimilarne l'uso linguistico, saperne condividere la mentalità e accogliere i costumi», pur dovendosi scusare «se lo straniero rimane ancor sempre riconoscibile in lui», se si avverte «qualche invincibile persistenza delle sue caratteristiche nazionali». Federico Stella ha scritto, voleva, *sapeva*, scrivere e soprattutto vivere molti “libri degli amici”.

C'è un'altra *causale* affinità che sono spinto a ritrovare tra questi nostri *Scritti* e il goethiano “Libro degli amici” e poi *Divano*: essi recano il suggello della volontà di colui cui sono dedicati di testimoniare e manifestare, come in tante altre occasioni, il risultato raggiunto in una fase avanzata, matura, del suo percorso di pensiero; di additare, come nel Goethe dei tardi anni, ciò che in altre opere il suo autore riteneva particolarmente meritevole di attenzione.

Ricordo che quando proposi per la prima volta a Federico Stella di avviare i cosiddetti “Scritti in onore”, dopo qualche iniziale resistenza da parte sua, con le parole affilate come una lama che sapevano scuotere ed estrarre la linfa, il sangue dalle cose e dalle persone, mi disse: «sì, va bene, ma che, per favore, sia un'occasione per pensare, per riflettere sui temi della modernità, i temi a cui ho dedicato la collana e il libro, *Giustizia e modernità*». Federico Stella si vedeva impegnato in una lotta e voleva, esigevo, che gli amici, e dunque anche il libro dei *suoi* amici, lo aiutassero in questa impresa, a «tenere alta la bandiera», per usare una delle sue caratteristiche espressioni. C'era in questo anche una presa di distanza da ciò che aveva caratterizzato la prima stagione della sua riflessione scientifica, una volontà di rimarcare e definire quello che

reputava un fondamentale spartiacque del proprio itinerario intellettuale.

Il distanziarsi del Federico Stella maturo dagli scritti e analisi anteriori credo nascesse soprattutto dall'accentuarsi in lui di una perdita di fiducia nelle forme, nelle forme giuridiche, innanzi tutto, ma non soltanto. Mi verrebbe da accostarlo, questo suo ideale discorso *ad se ipsum*, al succedersi di due visioni distinte e per molti aspetti contrapposte, che l'immagine tradizionale attribuisce al filosofo Ludwig Wittgenstein, differenziando la fase del *Tractatus* da quella successiva delle *Ricerche filosofiche*. Anche Wittgenstein teneva ad accreditare questa immagine, a suggerire un proprio profondo cambiamento di atteggiamento intellettuale. E la sua critica, meglio autocritica, si indirizzava anche allo *stile intellettuale* della sua prima opera: ciò che egli imputava soprattutto al *Tractatus*, era la propensione a generalizzare partendo da pochi esempi – anche se magari chiari e in sé significativi – giungendo a formulazioni dogmatiche in cui la realtà viene forzata a conformarsi a un presunto «caso ideale», sulla base di un pregiudizio essenzialista che spinge il filosofo a generalizzazioni, salvo poi imbattersi, in molti casi, solo nei «contorni della forma».

Chi conosca l'opera recente di Federico Stella non tarda a ravvisare varie affinità e assonanze con questa tradizionale ricostruzione del percorso speculativo del filosofo austriaco, specie se alle “forme lessicali” sostituiamo quelle “giuridico-penali”. Pensiamo alla critica radicale, allo scavo inesorabile che Federico Stella aveva condotto o si riprometteva di condurre, personalmente e con l'aiuto dei suoi allievi, non solo sulla categoria della causalità, ma sul dolo, la colpa, l'imputabilità, il pericolo astratto, lo stesso concorso di persone, oggetto anch'esso ultimamente di critiche affilate. Gli si spalancava dinnanzi un intero continente di forme da dissolvere e, forse, riedificare o, meglio, ridurre all'essenziale-necessario.

Anche per Federico Stella, dunque, con i debiti adattamenti, si potrebbe riconoscere una differenza tra due fasi di pensiero, come per Wittgenstein: il primo Wittgenstein voleva risolvere dei problemi, il secondo aspirava a dissolvere molti di quelli che si presentavano come problemi; il primo Wittgenstein pensava che, se una proposizione ha senso, il suo senso dev'essere perfettamente determinato, il secondo pensava che questa sia un'illusione derivata dalla sovrapposizione di un ideale al linguaggio quale esso è in realtà; e così via. E analoga, mi pare, in Stella, l'affermazione nel processo della causalità individuale contro la causalità generale, la convinzione che non sia possibile rintracciare una nozione ultima e genuina di causa e che la comprensione della distinzione tra spiegazioni causali e correlazioni non causali dipende esclusivamente dal contesto delle singole discipline, con la necessità dunque di ri-

costruire il quadro d'insieme dal quale soltanto è possibile trarre le indicazioni in ordine alla prova, per dare sostanza a quella "cultura delle prove" cui Egli tanto teneva.

Peraltro, ascoltando Federico Stella insistere sulla profondità di questo suo più recente cambiamento, varie volte mi sono azzardato invece a rimarcargli la continuità del suo tracciato, della sua ricerca: il fatto che il codice genetico riconoscibile nella sua produzione scientifica e nella sua riflessione ultime fosse già *largamente* iscritto nel Federico Stella che avevo conosciuto e che mi aveva avvinto. Quel codice lo vedevo identico, intatto e semmai solo potenziato negli ultimi anni del Maestro. Per renderne il senso non trovo di meglio che ricorrere di nuovo a un fulminante pensiero di Ludwig Wittgenstein. Comune al Federico Stella della mia gioventù e a quello dei più tardi anni era l'impulso, l'istinto ad avventarsi «in modo perfettamente, assolutamente disperato» «contro le pareti della nostra gabbia»: la gabbia delle forme, i limiti del linguaggio giuridico, delle cosiddette categorie dogmatiche (termine che di per sé Egli abborriva), come ben sanno quanti di noi allievi ne hanno particolarmente assecondato le pionieristiche aperture, che egli riteneva doverose per il giurista, alle scienze empirico-sociali, alla criminologia.

E anche ora, se rifletto nell'occasione di questi *Scritti* a lui dedicati, di questo "libro degli amici", tutta l'acqua tumultuosa del pensiero di Federico Stella, anche quella che egli stesso forse vedeva rifluita nella polla di una passata stagione, mi pare acquistare per magica virtù la forma solida di *un'unica* sfera.

In apertura delle sue *Osservazioni filosofiche* Ludwig Wittgenstein diceva di preferire, rispetto allo «spirito che si esterna in un corso progressivo e nella costruzione di strutture sempre più ampie e complesse», «la tensione verso la perfetta limpidezza di qualunque struttura» e il desiderio di «cogliere il mondo» non a partire dal suo perimetro, ma «dal suo centro e nella sua essenza».

Era piaciuta molto a Federico Stella e me la evocava quasi a ogni incontro, l'immagine del "riccio" che gli avevo attribuito in un'altra occasione di omaggio. L'avevo tratta da un frammento del poeta greco Archiloco di Mileto ripreso da Isaiah Berlin come titolo per uno dei suoi libri più conosciuti in Italia e a cui sono particolarmente affezionato, anche perché la traduzione è di mio padre, Gilberto Forti: «Molte cose sa la volpe, ma il riccio ne sa *una*, grande».

Sì, Federico Stella voleva e sapeva pensare grande, *il* grande. In questo pensare e sapere grande, certo si annidava ciò che Nietzsche aveva criticato nel grande stile: l'impulso di dominio immanente in ogni ricerca della verità, in ogni pensiero che pretende di risolvere e cancellare nella sua unità, nell'unità dell sfera, le contraddizioni del reale. Ma questo suo "sapere grande"

voleva anche dire cogliere il grande nelle cose o nelle persone, rendendole, con questo atto di agnizione, *microcosmi*, proprio nel senso con cui lo intendeva Benedetto Croce al principio della sua *Storia come pensiero e come azione*: «L'uomo è un microcosmo, non in senso naturalistico, ma in senso storico: compendio della storia universale».

Ecco *qui* ho sempre identificato, al di là dei cambiamenti di interessi e di stile intellettuale, una profonda fedeltà di Federico Stella a se stesso, una continuità senza deflessioni del suo itinerario di pensiero.

In Federico Stella, fin dall'inizio, tutto tendeva al *causale* ma a ben vedere la *causalità* essenziale e dominante non era una causalità tra accadimenti, eventi, ma soprattutto una causalità che legava le persone, le loro emozioni e sentimenti, i loro pensieri. Io credo che questo tratto si leghi molto anche all'affetto, prima ancora che all'ammirazione, che Federico Stella aveva maturato per alcuni grandi giuristi: il giudice Brennan, il giudice Barak. Per riprendere il pensiero del tardo Wittgenstein, se si concepisce una regola in modo non-interpretativo, in modo non formale, ossia in termini *prassiologico-antropologici*, ciò implica in fondo contestare il presupposto che i fatti semantici siano oggettivi, che essi sussistano indipendentemente dal riconoscimento da parte della comunità. Ciò che conta è allora l'accordo fattuale di una comunità di individui sul modo paradigmatico di applicare regole in date circostanze e un tale paradigma di correttezza delle successive applicazioni della regola corrisponde a un *agire* che, nel suo spontaneo scaturire, caratterizza un modo dell' *essere umano*, il modo in cui, potremmo dire, un essere umano è un animale simbolico.

Per Federico Stella il centro, l'essenza, è il ponte che si inarca tra le persone e tutto il resto, le astratte forme giuridiche, sono solo un mezzo, uno strumento o, per usare una celebre proposizione di Wittgenstein, una scala, che però può esser gettata via dopo che vi si è saliti, *purché vi si sia saliti*. Le decisioni, rispettose dei diritti della persona, pronunciate dai grandi giudici che Federico Stella aveva eletto a propria guida morale, anzi le persone stesse di questi giudici, rappresentavano in fondo la viva incarnazione, l'applicazione paradigmatica della regola che *non* precede l'applicazione della regola stessa, semplicemente è quella stessa applicazione, perché ne definisce il paradigma di correttezza.

\* \* \*

«Che animale sono io, ah sì il riccio...», mi diceva, sorridendo, Federico Stella, in genere alla fine dei nostri incontri, nei momenti che ricordo con più

tenerezza, quando ci salutavamo, magari dopo uno di quei colloqui da cui si usciva rimescolati e perturbati nel senso freudiano della parola e Lui ci accompagnava verso l'uscita dello studio. In quegli attimi prima del saluto finale, non avvertivo più le spine e gli aculei del riccio, non l'impulso di dominio sempre immanente nel grande stile. No, sentivo solo il calore della sua mano che si stringeva alla mia nell'atto di commiato, una presa che non voleva congedare, ma trattenere accanto a sé. Quel gesto dava, *a posteriori*, un senso anche a ciò che ci si era detti *prima*: l'acqua delle parole scambiate spegneva l'incendio dell'anima e, proprio come nella leggenda indiana, acquistava per magica virtù la forma solida della sfera. In quella mano protesa vedevo, *sentivo*, solo il *ponte* epicamente, impavidamente inarcato a fermare in un senso, *nel* senso *grande* del rapporto tra due persone, tra *le* persone, la fuga dell'esistenza, lo scorrere vorticoso del fiume della vita.

**Primo piano**



prof. GIUSEPPE DI CHIARA  
Università di Palermo

IL CANTO DELLE SIRENE.  
PROCESSO PENALE E MODERNITÀ SCIENTIFICO-TECNOLOGICA:  
PROVA DICHIARATIVA E DIAGNOSTICA DELLA VERITÀ<sup>(\*)</sup>

*Custodite perciò la luce della scienza,  
fatene uso e non fatene spreco,  
perché non avvenga che una pioggia di fuoco  
un giorno ci divori tutti quanti,  
sì, tutti quanti.*

B. BRECHT, *Vita di Galileo*, didascalia della scena XV

SOMMARIO: 1. Scienza e modernità: spunti su scientismo, antiscientismo e intolleranza. – 2. Nuove tecnologie e processo penale: qualche sguardo esemplificativo. – 3. La parabola dei dispositivi tecnologici di governo e controllo dell'attendibilità dei contributi dichiarativi: primi appunti. – 4. Libertà morale della persona e divieto di «metodi o tecniche» perturbanti: tra norma e prassi. – 5. «Mezzi coercitivi della volontà» e «spie sull'interno organico»: quale *discrimen*? – 6. Tecniche diagnostiche di *deception processing* e *truth telling processing*: la risonanza magnetica funzionale per immagini. – 7. Risonanza magnetica e nuove frontiere tra modernismo efficientista e valori dell'accertamento giudiziario: gli scenari.

1. *Scienza e modernità: spunti su scientismo, antiscientismo e intolleranza*

Nel fluire delle concise, lucide pagine de *La scomparsa di Majorana*, Leonardo Sciascia dedica una digressione – che tale, poi, in realtà non si configura affatto – agli atteggiamenti, in qualche misura contrapposti, di alcune tra le fucine in cui, sullo scacchiere del mondo, negli scenari sulfurei a cavallo tra il finire degli anni trenta e i primi anni quaranta del secolo scorso, si lavorava alle premesse della fissione dei nuclei radioattivi che avrebbero, di lì a poco, condotto a Hiroshima e Nagasaki: da una parte Werner Heisenberg, la scuola del programma atomico tedesco e il gruppo di Lipsia; dall'altra, più spostato in avanti, il Manhattan Project e il forte di Los Alamos. Rileva Sciascia che chi

\* Testo, con l'aggiunta di riferimenti essenziali, della relazione svolta al Convegno su «Valori e secolarizzazione nel diritto penale» (Verona, 9-10 marzo 2007), organizzato dall'Associazione Franco Bricola e dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Verona.

conosce la storia dell'atomica «è in grado di fare questa semplice e penosa constatazione: che si comportarono liberamente, cioè da uomini liberi, gli scienziati che per condizioni oggettive non lo erano; e si comportarono da schiavi, e furono schiavi, coloro che invece godevano di una oggettiva condizione di libertà»; furono, rispetto all'atomica, e si comportarono da «liberi coloro che non la fecero», e da «schiavi coloro che la fecero»<sup>1</sup>. Gli «schiavi» – i fisici della Germania hitleriana, o meglio che operavano nella Germania del Reich – «ne ebbero preoccupazione, paura, angoscia», e si risolsero, Heisenberg in testa, a rinunciare addirittura al seguito di quelle ricerche, disperatamente tentando, senza riuscirvi, di darne notizia al di là dell'Atlantico; i «liberi», invece, nei recinti fortificati di Los Alamos – in cui «si maneggia, anche se destinata ad altri, la morte» e perciò «si è dalla parte della morte»<sup>2</sup> – «senza alcuna remora, e persino con punte di allegria, la proposero, vi lavorarono, la misero a punto e, senza porre condizioni o chiedere impegni [...], la consegnarono ai politici e ai militari»<sup>3</sup>.

Sono temi ben noti, emblemi di quella storia e della parabola che essa rappresenta. Claudio Magris, animatore e voce narrante, negli ultimi anni, di lucidi confronti interdisciplinari sui percorsi della scienza e sugli interrogativi che quei percorsi sprigionano, lo ha rammentato con la limpidezza eclettica che lo contraddistingue: «pure il progresso scientifico e tecnologico deve essere oggetto di critica razionale», perché «se è invece oggetto di mera intollerante fede, non è più scienza»; lo sviluppo scientifico e tecnologico «solleva, nel suo corso, problemi e anche pericoli, ed è progresso solo se, continuando a procedere, ritorna al contempo di continuo sui suoi passi per superare, con gli strumenti da esso elaborati, quelle insidie create dal suo cammino»<sup>4</sup>. Sicché – continua Magris – «mai come oggi gli scienziati sono chiamati a esercitare il dubbio scientifico, fare della scienza pure nei confronti del loro lavoro, e ad interrogarsi sulle conseguenze e sul senso del loro lavoro»<sup>5</sup>: allargando, così come in più sedi si è cercato di realizzare, il tavolo del dibattito a dirimpettai, confinanti, attori di un indotto multidisciplinare che, nel valorizzare la molteplicità dei punti di osservazione, moltiplica gli stimoli e rende feconde le sintesi, pur sempre aperte, aggirando i tranelli di malintesi neo-dogmatismi

<sup>1</sup> L. SCIASCIA, *La scomparsa di Majorana*, Einaudi, Torino, 1975, p. 38.

<sup>2</sup> L. SCIASCIA, *La scomparsa di Majorana*, cit., p. 39, nota 1.

<sup>3</sup> L. SCIASCIA, *La scomparsa di Majorana*, cit., p. 38.

<sup>4</sup> C. MAGRIS, *Scienziati sotto il segno del dubbio*, in *Corriere della sera*, 13 novembre 2002, p. 35.

<sup>5</sup> C. MAGRIS, *Scienziati sotto il segno del dubbio*, cit., loc. cit.

scienziasti o antiscentisti. Non farlo – rinunciare alle asprezze e alle scomodità di un dibattito a più voci, in nome di una inverosimile anodina neutralità della scienza – fa correre il rischio non tanto di coniare improbabili zone franche, quanto di riesumare antiche prigioni, lasciandosi asservire a fideismi – dice Magris – in fondo non meno ottusi di quelli degli inquisitori di Galileo<sup>6</sup>.

In quell'acme intriso di paradosso che è la scena XIV della *Vita di Galileo* di Brecht, l'ormai vecchio e stanco scienziato pisano, nel consegnare ad Andrea il manoscritto dei *Discorsi su due nuove scienze*, dirà: «Se gli uomini di scienza si limitano ad accumulare sapere per sapere, la scienza può rimanere fiaccata per sempre e le vostre nuove macchine non saranno fonte che di nuovi triboli per l'uomo. [...] Tra voi e l'umanità può scavarsi un abisso così grande che, un giorno, a ogni vostro eureka rischierebbe di rispondere un grido di dolore universale...».

Il progresso tecnico-scientifico è uno dei portati chiave di ogni modernità<sup>7</sup>: accresce eppure divide, si incanala in un *continuum* («sulle spalle dei giganti»<sup>8</sup>) eppure spezza e interrompe, esalta solchi tradizionali eppure pone in crisi inveterati valori più o meno presunti, conforta ed esalta eppure allarma. Nella misura in cui pretenda di assumere vesti sacerdotali, salvifiche, cristallizza – oltre a negare se stessa – uno degli idoli cardine di una malintesa religione della modernità: che ispira impeti sinistri di redivive guerre sante, ora per affermare pretese supremazie scienziaste da «nuova frontiera», ora per rivendicare – con furore altrettanto manicheo – non rovesciabili primati di una pretesa tradizione immobile sottratta al fluire del tempo.

## 2. Nuove tecnologie e processo penale: qualche sguardo esemplificativo

Gli esempi, sul versante del processo penale, del vario dispiegarsi di questa tensione tra valori tradizionali (talora reali, talaltra immaginati) e modernità tecnico-scientifica, davvero non mancano. Sovviene, ad esempio, quanto accaduto con l'avvento dei congegni di partecipazione a distanza alle procedure giudiziarie: l'irruzione della tecnologia nello «spazio sacro» (lo *ieròs kùklos* dello scudo di Achille, descritto dal XVIII libro dell'Iliade) rompe la solen-

<sup>6</sup> C. MAGRIS, *Scienziati sotto il segno del dubbio*, cit., loc. cit.

<sup>7</sup> Per acute considerazioni un rinvio va fatto a F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela della vittima*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 4.

<sup>8</sup> Cfr., sulla celebre metafora, almeno U. ECO, *Sulle spalle dei giganti* (2001), in ID., *A passo di gambero*, Bompiani, Milano, 2006, p. 327 ss.

nità ieratica delle antiche tre unità di tempo, di luogo e di azione tratte dalla tragedia greca (come se le stesse, sul versante processuale, non fossero già logore per vie decisamente meno nobili: si pensi all'unità di tempo) e induce voci nostalgiche a intonare dolenti orazioni funebri sulla violazione del contraddittorio (che fanno da contrappunto a suggestioni d'oltre Oceano, in cui la categoria della *con-frontation* viene fatta etimologicamente risalire alla ragion dialettica di un «*face to face*» che si vorrebbe entrasse in crisi ove lo schermo tecnologico si frapponga tra i contendenti<sup>9</sup>); assai più saggiamente la Corte costituzionale italiana<sup>10</sup>, nel respingere una questione di costituzionalità sollevata in riferimento all'art. 24 Cost., ha mostrato come i dubbi profilati finiscano per confondere il piano della struttura della norma e della configurazione del diritto con quello delle modalità pratiche attraverso le quali la norma trova attuazione e, quindi, il diritto viene esercitato. Nessuna crisi, dunque, del contraddittorio, e nessun *vulnus* al diritto di difesa: si registra, soltanto, una modalità alternativa di esercizio del diritto, anzi destinata a fecondi sviluppi sugli scenari dei rapporti tra Stati, attraverso cui la modernità tecnologica non già si contrappone ai valori della tradizione ma si incanala nel solco degli stessi, imponendone modifiche – anche cospicue – di funzionamento mentre se ne preserva e, anzi, se ne amplifica la *ratio* di fondo<sup>11</sup>. La novella del 1998 – con cui fu introdotto, per la prima volta, allora per un tempo predefinito e, dunque, in chiave sperimentale, il regime della partecipazione a distanza – presenta, osserva la Corte, un quadro di presidî di incisività e completezza tale da rendere la normativa in questione aderente al principio sancito dall'art. 24, comma 2, Cost.: «non potendosi certo», soggiunge, «in tale prospettiva, evocare il superamento della tradizione – per di più nella specie dovuto alle innovazioni introdotte dalla evoluzione tecnologica – quale elemento in sé idoneo a perturbare equilibri e dinamiche processuali che, al contrario, rimangono nella sostanza inalterati».

È affermazione importante (e la si deve, va qui ribadito, ancora una volta al

<sup>9</sup> Cfr. Supreme Court U.S. Maryland v. Craig 497 U.S. 836 (1990).

<sup>10</sup> Corte cost., sent. 14 luglio 1999, n. 342, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2686 ss.

<sup>11</sup> Per i necessari ragguagli cfr., per tutti, AA.Vv., *Lesame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, a cura di E. ZAPPALÀ, Giuffrè, Milano, 1999; AA.Vv., *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti. Commento alla legge 7 gennaio 1998, n. 11*, a cura di L. KALB, Giuffrè, Milano, 1998; nonché, di recente, D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2006, e, per le cospicue novità del versante sovranazionale, B. PIATTOLI, *Videoconferenze e cooperazione nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2005.

limpido acume dialettico e al robusto istinto pratico di Giuliano Vassalli, estensore di quella pronuncia cui non si sono forse, in dottrina, dedicati spazi bastevoli), negli spaccati che qui si intendono per grandi linee visitare: è destituito di fondamento un tecnofobico, pretestuoso *horror novi*; spetta, piuttosto, all'interprete (e, anzitutto, al pratico del diritto) tesaurizzare il portato degli sviluppi tecnico-scientifici nei loro impatti con il processo penale, garantendone innesti armonici con i valori fondamentali custoditi dalle procedure giudiziarie; solo allorché l'evoluzione tecnologica si ponga in strutturale contrasto con garanzie irrinunciabili dell'accertamento penale può porsi un problema di doveroso contemperamento o, nell'impossibilità dello stesso, di necessitato rigetto, qui motivato, tuttavia, proprio alla luce dell'inderogabilità dei valori tavolari coinvolti e non già alla stregua di una malintesa *affectio* al dato o all'assetto abitudinario.

### 3. *La parabola dei dispositivi tecnologici di governo e controllo dell'attendibilità dei contributi dichiarativi: primi appunti*

Non v'è tempo per esplorare con cura l'intera variegata serie di situazioni in cui le nuove tecnologie hanno, in vario modo, inciso sull'ordito delle garanzie coinvolte nel processo (si pensi, per non fare che qualche esempio, ai rapporti tra *mass-media* specie di nuova generazione e processo penale, alle complesse dimensioni del c.d. "processo parallelo" e alle sue possibili interferenze perturbatrici sull'accertamento giudiziario; si pensi ancora ai multiformi fenomeni di captazione "legale" di colloqui riservati, alla «formidabile capacità intrusiva» – per ribadire la formula adoperata dalla Corte costituzionale<sup>12</sup> – di apparati tecnologici sempre più sofisticati e subdoli, alle problematiche di contemperamento tra efficienza dell'accertamento penale e tutela della riservatezza dei soggetti coinvolti, specie se estranei all'indagine: tutti temi che individuano veri e propri nervi scoperti, oggetto, nel più recente periodo, di polemiche imperversanti e di manovre, non sempre coerenti, nella fucina parlamentare).

V'è, però, un terreno che offre uno tra i più formidabili banchi di prova del caleidoscopio dei rapporti tra nuove frontiere della conoscenza, modernismo tecno-scientista, metodologie dell'accertamento giudiziario e istanze di tutela della persona riposte nella radice di quei «valori permanenti del processo»<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Corte cost., sent. 23 luglio 1991, n. 366, in *Giur. cost.*, 1991, p. 2914.

<sup>13</sup> E. FAZZALARI, *Valori permanenti del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 1 ss.

che la letteratura di lingua anglofona indica con la formula evocatrice e prudente di *natural justice*<sup>14</sup>: si trova al punto di incrocio di un dibattito, non certo recente e dai toni discontinui, circa l'accreditabilità, nell'alveo delle procedure giudiziarie penali, di strumentari tecnologici idonei a garantire un controllo «scientifico» dell'attendibilità dei contributi dichiarativi.

La materia – converrà subito segnalarlo – ha registrato, nel più recente scorcio, una straordinaria amplificazione di interesse: le applicazioni giudiziarie della pratica ipnotica, più volte scandagliate dalla giurisprudenza statunitense fino a un fondamentale arresto del 1984<sup>15</sup>, sono state al centro di pronunciamenti importanti in Italia nel 1999<sup>16</sup>, in Francia nel 2000<sup>17</sup>, in Canada nel 2007<sup>18</sup>; e, soprattutto, recenti ricerche scientifiche nel campo del *brain mapping*<sup>19</sup> hanno dischiuso orizzonti nuovi, aperti, almeno in chiave teorica, alle più imprevedibili evoluzioni.

Il tema – sarà utile avvertire – assume, da subito, cromie molteplici: la classe dei contributi dichiarativi è assai variegata, ricollegandosi alla pluralità di *patterns* di dichiaranti contemplati dai sistemi in vigore. Emergono, anzitutto, le tipologie ben distinte dell'imputato (titolare di una facoltà di non rispondere e di un diritto di non *edere contra se*) e del testimone (assoggettato, per contro, a una tradizionale *servitus iustitiae* e perciò avvinto da un obbligo di veridicità e completezza); rilevano, d'altronde, in Italia, anche le posizioni ibride del teste assistito e del dichiarante *ex art.* 210 c.p.p.; e l'inventario potrebbe proseguire (coinvolgendo, a mero titolo di esempio, la facoltà di astensione dal testimoniare dei prossimi congiunti dell'imputato, i diversi regimi dei segreti opponibili, le ulteriori situazioni di incompatibilità a rivestire questo o quello *status* di dichiarante).

<sup>14</sup> Cfr. P. STEIN-J. SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale* (1974), trad. it., Giuffrè, Milano, 1981, p. 114 ss.; in tema, per acute notazioni, cfr. E. AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa* (2002), in ID., *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 131 ss.

<sup>15</sup> Si tratta di Supreme Court U.S. *Rock v. Arkansas* 483 U.S. 44 (1984), su cui cfr., per un riepilogo, M. GIACCA, *L'esame dell'imputato nell'esperienza comparatistica: spunti problematici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 171 ss.

<sup>16</sup> Ass. Caltanissetta 28 aprile 1999, Cosca, in *Foro it.*, 2000, II, c. 248 ss.

<sup>17</sup> Court de Cassation, sez. crim., 12 dicembre 2000, W., in *Arch. n. proc. pen.*, 2002, p. 239.

<sup>18</sup> Supreme Court of Canada, *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6.

<sup>19</sup> Il riferimento è soprattutto a F.B. MOHAMED et al., *Brain Mapping of Deception and Truth Telling about an Ecologically Valid Situation: Functional MR Imaging and Polygraph Investigation – Initial Experience*, in *Radiology*, n. 238, febr. 2006, p. 679 ss.

#### 4. Libertà morale della persona e divieto di «metodi o tecniche» perturbanti: tra norma e prassi

Il tema del controllo «scientifico» sulla dichiarazione rappresentativa ha, per vero, radici quanto mai risalenti: l'intera parabola della tortura giudiziaria *ad eruendam veritatem* ne costituisce uno tra i capitoli di più drastico rilievo. Il profilarsi, già all'indomani della rivoluzione francese (ma si sarebbe dovuto attendere ancora a lungo prima che talune istanze entrassero a pieno titolo nel patrimonio dell'*idem sentire*), della consapevolezza che la giurisdizione penale mira all'accertamento del fatto attraverso il presidio di ineliminabili garanzie per l'individuo, condusse, ad esempio, al conio, nell'ambito della «bozza Carnelutti» del 1963<sup>20</sup>, di una clausola di preservazione dei diritti del singolo che accomunava già, puntando alla ricerca di un denominatore comune, imputato e testimone: l'art. 66 comma 2 della «bozza» stabiliva che «sono vietati tutti i modi e i mezzi, i quali tendono a limitare la libertà dell'interrogato o dell'esaminato sia rappresentandogli fatti diversi dal vero, sia moltiplicando le domande in guisa da disorientarlo o prolungarne l'interrogatorio o l'esame in guisa da estenuarne la volontà». Non può tacersi, d'altronde, che l'art. 65 della stessa «bozza», aprendo il titolo IV del libro I, dedicato alle prove, sanciva il «potere», del pubblico ministero «nella inchiesta preliminare» e del «giudice del reato nel dibattimento», di «compiere sulle cose e sulle persone tutti gli atti necessari a procurarsi *per loro mezzo* le ragioni utili all'accertamento del reato», e «sempre che tali atti non cagionino un danno *grave* alle persone o un danno irreparabile alle cose che vi sono sottoposte»: il fronte di tutela della persona, cui pure la «bozza» guardava in termini non poco avanzati, si palesava, così, in qualche misura frammentario e ancora meritevole di sviluppi, sia per il raggio chiuso delle condotte «a forma vincolata» di cui l'art. 66 sanciva l'illiceità, sia per la previsione (qui invece) generalizzata del potere degli organi della procedura di compiere *tutti* gli atti di accertamento *sulla* persona necessari all'indagine sul fatto, con il solo argine limitativo del danno *grave* all'individuo. Una simile soglia di tutela ben si sposa, d'altronde, con la convinzione carneluttiana dell'esistenza di un «diritto dell'imputato agli esperimenti sul suo corpo»<sup>21</sup>, cui si avrà modo di accennare in seguito<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Le due versioni della «bozza» sono riprodotte in F. CARNELUTTI, *Verso la riforma del processo penale*, Morano, Napoli, 1963.

<sup>21</sup> F. CARNELUTTI, *Diritto dell'imputato agli esperimenti sul suo corpo*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, p. 270 ss.

<sup>22</sup> *Infra*, § 7.

Ben più solido si mostra, per contro, l'orizzonte di tutela consacrato dal codice del 1988 e già, *in subiecta materia*, anticipato dal progetto preliminare del 1978: un medesimo divieto, che pone al bando «metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti» e che esclude *ex professo* la scriminante del consenso dell'avente diritto, è previsto dall'art. 188 c.p.p. 1988 (dal tenore identico all'art. 180 prog. prel. 1978) con riguardo alla prova in generale e dall'art. 64 comma 2 c.p.p. 1988 (anticipato dall'identico art. 78 comma 2 prog. prel. 1978) con riguardo all'interrogatorio dell'imputato, rimarcandosi, in tal modo, il *discrimen* tra mezzi probatori, destinati ad accertare il *thema probandum* o frazioni di esso, e strumenti di difesa, cui elettivamente afferisce l'interrogatorio dell'imputato<sup>23</sup>. L'endiadi<sup>24</sup> parrebbe *prima facie* omnicomprensiva, e in tal senso è stata di solito interpretata: vi ricadono le «manipolazioni psichiche», e perciò non solo «narcoanalisi, *lie-detector* e simili», ma più latamente «qualunque intervento manipolante, grossolano o sottile»<sup>25</sup>; veglie coatte, fame, sete, luce abbagliante, buio, caldo e freddo, esami estenuanti, messinscene traumatiche equivalenti alla *territo*, minacce, esche quali impunità o favori offerti sottobanco costituiscono un elenco esemplificativo<sup>26</sup> del campionario proibito.

Peccherebbe, d'altronde, di superficialità chi, guardando alla prassi, desse per consolidati gli esiti del bilanciamento, consacrato dal legislatore in questo binomio normativo, tra efficientismo della procedura ed etica della persona. Si accennava già<sup>27</sup> a un recente istruttivo caso giudiziario, deciso a fine anni novanta da una Corte di merito siciliana, che investiva i rapporti tra il divieto di cui all'art. 188 c.p.p. e l'accertamento tecnico peritale<sup>28</sup>. Nell'ambito di un processo per omicidio, consumatosi in ambiente domestico, si palesava decisivo il contributo di una minore, figlia della vittima, testimone diretta del fatto di sangue, la quale, dapprima nel quadro di molteplici colloqui con terzi, di seguito attraverso deposizioni rese in sede di incidente probatorio e a dibattimento, mostrava di aver riconosciuto l'uomo che aveva ucciso la madre. Atte-

<sup>23</sup> Cfr. dir. 5 l. delega, su cui v., per tutti, O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel sul procedimento*, Giuffrè, Milano, 2004, spec. p. 91 ss.; in tema, rimane fondamentale V. GREVI, «*Nemo tenetur se detegere*». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1972.

<sup>24</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, 8<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 2006, p. 620.

<sup>25</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., *loc. cit.*

<sup>26</sup> Si tratta dell'elenco tracciato ancora da F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., *loc. cit.*

<sup>27</sup> *Supra*, § 3.

<sup>28</sup> Ass. Caltanissetta 28 aprile 1999, Cosca, cit.

sa la peculiare parabola evolutiva delle diverse dichiarazioni, il giudice del dibattimento riteneva opportuno attivare una verifica dell'attitudine psico-fisica della minore a riferire su vicende particolarmente traumatiche, personalmente vissute, e disponeva, dunque, perizia psicologica. Il perito conduceva l'indagine avvalendosi anzitutto di una batteria di test psicodiagnostici; riteneva, di seguito, di procedere allo svolgimento di due sedute ipnotiche, nelle forme della ricostruzione in regressione di età o rivitalizzazione, e ciò al dichiarato scopo di «escludere l'evenienza che il racconto della ragazza fosse espressione di una più o meno razionale ricostruzione *a posteriori*». In esito al dibattimento il giudice, sulla scorta di un cristallino apparato motivazionale, ha sottoposto a scandaglio gli approdi dell'indagine tecnica, dichiarando inutilizzabili le risultanze della pratica ipnotica in quanto in contrasto con il divieto categorico stabilito dall'art. 188 c.p.p.: l'ipnosi elimina il filtro della criticità cosciente, determinando un procurato «vuoto di potere» del sistema nervoso del soggetto; simile pratica, pacificamente vietata in sede di esame del dichiarante condotto sulla ribalta giudiziaria, deve del pari ritenersi coperta dal divieto di legge anche nella conca dell'accertamento tecnico peritale, pur se di esso – come nel caso qui riferito – l'ipnosi costituisca una semplice *tranche* strumentale interna. Così, la fattispecie siciliana mostra come nulla, nel quadrante post-modernista della (per così dire) diagnostica tecnico-scientifica della verità, possa darsi per definitivamente acquisito, e come la vigilanza dell'interprete si imponga a fronte di mai sopite tentazioni di arditezze nelle fughe in avanti.

##### 5. «Mezzi coercitivi della volontà» e «spie sull'interno organico»: quale discrimen?

Su una distinzione, tuttavia, converrà insistere. È sufficiente uno sguardo appena attento per rilevare come gli strumentari cui può alludersi siano ripartibili in due classi ben distinte: da una parte si collocano gli arnesi direttamente finalizzati *ad eruendam veritatem* (tortura, narcoanalisi, pentotal, ipnosi, veglia, *territio*); dall'altra si collocano le «spie sull'interno organico»<sup>29</sup>, *id est* gli strumenti finalizzati ad agevolare, in capo al fruitore del *narratum* (e, dunque, anzitutto in capo al giudice), una diagnosi circa – può dirsi, per ora, approssimativamente – la verità o la menzogna di quanto declinato dal dichiarante.

Invita alla riflessione, in tal senso, la relazione al progetto preliminare del

<sup>29</sup> La formula è di F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, 2<sup>a</sup> ed., Utet, Torino, 1992, p. 229.

codice del 1988 (*in parte qua* identica, d'altronde, alla precedente relazione al progetto preliminare del 1978). Quanto al divieto di «metodi o tecniche» manipolative nel corso dell'interrogatorio dell'imputato, le due relazioni rimarcano, all'unisono, la «massima importanza» dello sbarramento introdotto, sottolineando che la norma «toglie ogni incertezza sull'uso di *strumenti coercitivi o di persuasione occulta*», e ciò «a prescindere dalla loro "produttività" in termini di risultati processualmente utilizzabili»<sup>30</sup>. Più ampi sono i rilievi circa il *pendant* probatorio del divieto: dopo aver dato conto che lo «sdoppiamento» si è «reso necessario al fine di sottolineare l'estraneità dell'interrogatorio alla tematica delle prove», si chiarisce che «dalle due norme parallele risulta così assicurata, sull'intero fronte dei possibili interventi dell'autorità, la tutela della libertà morale del cittadino di fronte a *mezzi coercitivi della volontà* o a *tecniche di subdola persuasione*», soggiungendosi che «l'accento cade soprattutto su narcoanalisi, *lie detector*, ipnosi e siero della verità», i quali «vanno banditi dalla sede processuale *anche per la scarsa attendibilità che viene loro generalmente riconosciuta*»<sup>31</sup>.

Un breve riepilogo si impone. Due parrebbero gli accenti logici che emergono dal mosaico normativo e dall'*explicitatio* offerta dalle relazioni accompagnatorie: ispirati a garanzie di «civiltà del processo»<sup>32</sup>, gli sbarramenti colpiscono i «mezzi coercitivi della volontà» e le «tecniche di subdola persuasione»; il loro ostracismo è decretato «anche per la scarsa attendibilità» che «generalmente» si accredita ai risultati conseguiti con l'uso di tali mezzi. In termini assai efficaci ci si è espressi in chiave di «parametro di utilità» (con riguardo al tema dell'affidabilità dei risultati) e di «parametro di innocuità» (con riguardo al profilo della tutela della dignità della persona)<sup>33</sup>; e ormai da tempo si è rimarcata l'esigenza di porre i due estremi in connessione, nel senso che «il grado di affidamento scientifico del mezzo può essere un elemento che, combinato al grado di pericolo che esso rappresenta per beni individuali meritevoli di tutela, può orientare per l'adozione o per il ripudio di una tecnica determinata»<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> *Rel. prog. prel. c.p.p. 1978*, in *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, a cura di G. CONSO, V. GREVI e G. NEPPI MODONA, vol. I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Cedam, Padova, 1989, p. 327; *Rel. prog. prel. c.p.p. 1988*, in *G.U.*, s.g., 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ord. n. 2, p. 32.

<sup>31</sup> *Rel. prog. prel. c.p.p. 1978*, cit., p. 518; *Rel. prog. prel. c.p.p. 1988*, cit., p. 60.

<sup>32</sup> Alla formula, a proposito del divieto di «metodi e tecniche» adoperabili sull'imputato, si riferiscono la *Rel. prog. prel. c.p.p. 1978*, cit., p. 327, e la *Rel. prog. prel. c.p.p. 1988*, cit., p. 32.

<sup>33</sup> L. SCOMPARIN, *La tutela del testimone nel processo penale*, Cedam, Padova, 2000, p. 19.

<sup>34</sup> G. VASSALLI, *I metodi di ricerca della verità e la loro incidenza sulla integrità della persona*, in *Riv. pen.*, 1972, p. 408.

L'apparente impenetrabilità della fortificazione corre, però, così il rischio di lasciare scoperti possibili sottili vie d'accesso: affiorano subdoli talloni d'Achille, già oggetto di recenti tentativi di assalto dagli esiti sinora infausti, e tuttavia astrattamente idonei, in tempi non troppo lontani, a rendere vulnerabile la fortezza.

È ben vero che le relazioni ai progetti preliminari del 1978 e del 1988 collocano il *lie detector* nel novero esemplificativo degli strumenti proibiti. A ben vedere, tuttavia, il dispositivo di indagine psicofisiologica appare spurio rispetto alla classe in cui è inserito: narcoanalisi, ipnosi, siero della verità sono senz'altro strumenti «idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione» e «ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti»; la stessa conclusione non potrebbe, in sé, estendersi al *lie detector*, ove questo – come talora si è ritenuto – fosse idoneo soltanto a fornire strumenti valutativi dell'attendibilità della dichiarazione non incidendo minimamente né sulla libera autodeterminazione del dichiarante né sulla sua capacità di ricordare e di valutare i fatti<sup>35</sup>.

Di più, il discredito proprio di tali strumenti è legato – per esplicita sottolineatura dei *conditores* – «anche» alla «scarsa attendibilità» di cui «generalmente» godono i risultati così acquisiti: decisiva, in altri termini, si è (sinora) rivelata la circostanza che, sul piano gnoseologico, lo «stato dell'arte» non consente di individuare come rigorosi in chiave di attendibilità gli esiti forniti da tali strumenti. È, questo, un dato cardine della problematica, confermato dalle indicazioni provenienti dall'esperienza comparata: l'ostracismo, ad esempio, nei confronti dell'uso giudiziario dell'ipnosi (sono emblematiche le soluzioni giurisprudenziali emerse negli Stati Uniti, in Francia, in Canada) riposa in larga misura sull'incertezza sperimentale del tasso potenziale di errore dei risultati ottenibili. Nitida appare, in tal senso, la recentissima decisione della Corte Suprema del Canada in tema di *post hypnosis evidence*<sup>36</sup>: «allorché i parametri per valutare l'affidabilità della nuova prova scientifica siano applicati», ha statuito la Corte, «diviene evidente che la tecnica dell'ipnosi e il suo impatto sulla memoria umana non sono bastevolmente compresi perché la

<sup>35</sup> È, ad esempio, la tesi di G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 543 s.; *contra cfr.*, tra gli altri, F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 229; O. DOMINIONI, sub *Artt. 64-65 c.p.p.*, in *Commentario Amodio-Dominioni*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1989, p. 401 ss.; ID., *La prova penale scientifica*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 214; L. LUPARIA, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 101 s.; nonché, con fine argomentazione, L. SCOMPARIN, *La tutela del testimone nel processo penale*, cit., *loc. cit.*

<sup>36</sup> Si tratta di Supreme Court of Canada, *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, cit.

testimonianza post ipnotica possa ritenersi sufficientemente affidabile in sede giudiziaria»; infatti, «anche se l'ipnosi è stata oggetto di studi molteplici, tali studi o sono inconcludenti o puntano l'attenzione sul fatto che l'ipnosi può, in talune circostanze, dar luogo a una distorsione di memoria». Orbene – ha proseguito la Corte – «il tasso potenziale di errore nell'informazione aggiuntiva ottenuta attraverso l'ipnosi, allorché il metodo sia utilizzato per scopi forensi, è piuttosto dubbio»: infatti «oggi non è dato di sapere se tali informazioni siano accurate o imprecise», e «tale incertezza è inaccettabile avanti a un'istanza giudiziaria».

Già in tempi risalenti, peraltro, la giurisprudenza italiana aveva tracciato un *discrimen* netto tra i dispositivi finalizzati *ad eruendam veritatem* e i mezzi (ritenuti) meramente diagnostici della verità e della menzogna dei contributi narrativi. Negli anni cinquanta, nel corso di un processo di larga risonanza, in grado di appello gli imputati facevano istanza di rinnovazione del dibattimento chiedendo di essere sottoposti a narcoanalisi o, in subordine, alla «macchina della verità». La Corte di assise di appello di Roma aveva cura di distinguere i due piani invocati dagli appellanti: la richiesta di narcoanalisi veniva dichiarata inammissibile in quanto il metodo «determina necessariamente notevole menomazione della personalità fisio-psichica del soggetto esteso e una rilevante limitazione della sua libertà», e perciò «il rilasciamento psichico, che così si può provocare per vincere la resistenza della volontà e privare l'individuo del potere critico e di controllo, si risolve in una palese violenza fisica e morale». Marcati caratteri distintivi separano, invece, ad avviso della Corte, l'uso del *lie detector* dal procedimento narcoanalitico: con il «rivelatore di bugie», affermava la Corte, «la personalità fisica dell'imputato non è menomata, né alterati risultano i suoi processi psichici dall'uso dello strumento che registra quelle turbe somatiche connesse a modificazioni neuro-vegetative indotte dallo stato di tensione emotiva cagionata nel corso dell'interrogatorio dalla menzione dei fatti che ne formano oggetto»; e, tuttavia, il congegno, pur «certamente utile ai fini orientativi, nonché per l'esame della emotività del soggetto e per lo studio della sua personalità», non si presta ad applicazioni giudiziarie, in quanto non idoneo a «rilevare in via di certezza né la menzogna né la verità»<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Ass. app. Roma 27 aprile 1956, Pisciotta e a., in *Riv. dir. proc.*, 1956, II, p. 270 ss.; in termini sostanzialmente analoghi cfr. Ass. Roma 26 aprile 1961, cit. da G. VASSALLI, *La protezione della sfera della personalità nell'era della tecnica*, in *Studi in onore di Enrico Betti*, vol. V, Giuffrè, Milano, 1962, p. 704, nota 52.

L'arresto giurisprudenziale degli anni cinquanta evocava, dunque, un argomento sottile, dotato di una dirompente carica di suggestione: i responsi della macchina, afferma la Corte romana, forniscono solo dati esterni, riconducibili – lo si è visto – a «turbe somatiche connesse a modificazioni neuro-vegetative» indotte da stati di tensione emotiva (più o meno) connesse alla verità o alla falsità della risposta; sotto il profilo della tutela dell'integrità psichica del dichiarante non vi sarebbe, perciò, diversità alcuna rispetto all'ipotesi di «semplice osservazione di quelle turbe» che l'interrogante potrebbe direttamente cogliere, «*se pure in grado minore*, nel mutato ritmo di frequenza del respiro, nel pallore e nel rossore del viso, nella sudorazione delle mani e della fronte». Il rinvio è, dunque, a taluni di quegli elementi prosodici e paralinguistici che, accanto al nudo *narratum*, grande peso assumono in sede di valutazione del risultato di prova: se – questo l'argomento – il giudice, facendo leva su un filtro approssimato qual è il proprio soggettivo acume, ben può utilizzare tali emergenze grezze nella formazione del suo convincimento, è irragionevole che il sistema sbarri la via a strumenti che consentano di rilevare «scientificamente» i medesimi dati non verbali, attraverso l'uso di dispositivi che lasciano comunque impregiudicata la libertà morale del dichiarante<sup>38</sup>.

#### 6. *Tecniche diagnostiche di deception processing e truth telling processing: la risonanza magnetica funzionale per immagini*

Occorre insistere, però, ancora sulla rimarcata imperfetta attendibilità gno-seologica dei risultati conseguibili con l'assistenza degli strumenti descritti: il dibattito ha documentato con chiarezza che, costantemente, proprio in ciò si è radicato il rilievo risolutivo che ha finora condotto all'ostracismo verso i più tradizionali mezzi volti a diagnosticare «scientificamente» la corrispondenza al vero del *narratum*. Ipnosi, narcoanalisi, siero della verità, oltre a vulnerare la dignità della persona partoriscono risultati di segno dubbio, talora perché il mezzo non è esente dal rischio di incidere sulla genuinità del “sapere” del dichiarante (si pensi, ad esempio, all'ipnosi, in cui il «vuoto di potere» determinato dalla *tranche* ipnotica potrebbe essere “riempito” da opachi patologici *inputs* impartiti dall'operatore), talaltra perché gli esiti non garantiscono la co-

<sup>38</sup> Per un cenno di cronaca a questo argomento, evidenziato dal dibattito d'oltre Oceano, cfr. G. VASSALLI, *I metodi di ricerca della verità e la loro incidenza sulla integrità della persona*, cit., p. 415, nota 23.

stante corrispondenza al vero del “sapere” così ottenuto (si pensi alla narcoanalisi, in ordine alla quale indagini cliniche hanno posto in luce come il ricercato esito disinibitorio non sia totale e come la sua intensità vari in ragione della personalità del soggetto e delle motivazioni poste a base delle condotte indagate, o ancora all’ipnosi, a proposito della quale ricerche in campo clinico hanno documentato esiti talora incerti o intermittenti).

È palese, allora, l’interrogativo centrale che, negli snodi dei rapporti fra tradizione delle garanzie e suggestioni della modernità, spetta al giurista porre e discutere: *quid* ove gli sviluppi della ricerca applicata conducessero a «metodi o tecniche» idonei a coniugare non invasività sulla sfera della libertà morale dell’individuo e rigorosa scientificità dei risultati in chiave di diagnostica della verità o della menzogna?

L’interrogativo, oltre a non peccare certo di indulgenze alla retorica, ha raggiunto, oggi, soglie di così incisiva attualità da essere, ormai, assolutamente ineludibile.

È noto che gli anni appena trascorsi hanno registrato progressi di portata epocale nel quadro delle neuroscienze: anche grazie all’apporto offerto dalle nuove tecnologie, gli studi sulle dinamiche di funzionamento del cervello hanno condotto alla decifrazione di fenomeni dapprima non compresi, e hanno, così, dischiuso orizzonti nuovi, che lasciano intravedere prospettive future – sul piano diagnostico e terapeutico – davvero di straordinaria portata.

Un ricco filone di ricerca, sviluppatosi in modo rigoglioso all’incirca nell’ultimo quinquennio, ha riguardato lo studio dei processi cerebrali coinvolti nelle funzioni narrative in chiave di menzogna o di verità (*deception and truth telling*). Varie indagini, in chiave sperimentale, sono state condotte attraverso l’uso di apparati di risonanza magnetica funzionale per immagini (*fMRI*): tali dispositivi, rilevando le variazioni del livello di ossigeno nel sangue che affluisce alle regioni corticali del cervello (metodo *BOLD: blood oxygen level-dependent*), sono in grado di mostrare quali regioni corticali si attivano durante i processi di elaborazione della menzogna (*deception processing*) e di elaborazione della risposta veritiera (*truth telling processing*), conducendo a una mappatura delle dinamiche cerebrali (*brain mapping*) idonea a essere posta a raffronto con esiti di altre indagini sperimentali, come ad esempio con le diagnosi offerte da un tradizionale *lie detector*.

I risultati, ancora iniziali, di tali studi assumono portata straordinaria non tanto sul piano del coefficiente di affidabilità degli esiti sperimentali (che presentano ancora qualche pur lieve inesattezza), quanto perché hanno condotto alla messa a fuoco delle radicali differenze tra la specificità delle emergenze

del poligrafo e la specificità delle diagnosi offerte dalle mappature tracciate dai dispositivi di risonanza magnetica funzionale.

Le ricerche condotte con gli apparati di risonanza magnetica funzionale hanno mostrato che le aree corticali del cervello attivate nel processo di elaborazione della menzogna sono assai più dilatate rispetto a quelle, in larga misura non coincidenti, attivate nel processo di elaborazione della risposta veritiera: la bugia, oltre a comportare maggiori *outputs* emozionali rispetto alla risposta veritiera, attiva procedure cerebrali più complesse, implicando – al di là dei processi di comprensione e di rappresentazione della domanda – il recupero delle informazioni veritiere dalle sedi della memoria in cui le stesse sono state archiviate, la rappresentazione simulata delle aspettative dell'interrogante, l'elaborazione strategica di un "piano" alternativo di risposta o il suo richiamo, la comparazione della menzogna elaborata con la risposta veritiera, l'inibizione della risposta veritiera e la conferma dell'opzione per il "canale" non veritiero in quanto ritenuto strategicamente più conveniente, infine l'elaborazione della risposta menzognera sotto il controllo delle aree deputate alla coscienza di sé nonché al significato delle proprie e delle altrui azioni, alle interazioni sociali e alle conseguenze di tali interazioni.

Si accennava alla circostanza che il processo di elaborazione della bugia comporta, di norma, *outputs* emozionali più significativi di quelli indotti dal processo di elaborazione della risposta veritiera: responsabile di tali *outputs* è il sistema limbico, che pure è implicato nelle dinamiche della memoria e di determinati aspetti del movimento. Orbene, va chiarito che la «macchina della verità» rileva proprio taluni *outputs* del sistema limbico, fornendo – nella sua veste più moderna, costituita dal poligrafo a quattro canali – dati sul ritmo e sulla profondità della respirazione, sulla pressione sanguigna e sulla sudorazione superficiale: atteso che il processo di elaborazione della bugia è di solito associato a variazioni dei ritmi respiratori, a un aumento della pressione sanguigna (che si traduce anzitutto in un aumento del battito cardiaco) e a un incremento della sudorazione, si ritiene che dal documentato verificarsi di tali fenomeni si possa indurre una diagnosi di falsità della narrazione.

Va, tuttavia, rimarcata la soggettività e la non selettività degli *outputs* emozionali ora descritti: da una parte essi possono correlarsi anche a matrici ben diverse dal processo di elaborazione della bugia, essendo dipendenti da dati caratteriali del soggetto (una personalità iperemotiva produce *outputs* significativi del sistema limbico anche in situazioni del tutto disgiunte da progettazioni di dichiarazioni non veritiere); si rileva, d'altra parte, che un opportuno *training* è ben in grado di addestrare il soggetto a un'attività di dominio della

sfera emotiva e, perciò, a una capacità di controllo delle “uscite” del sistema limbico. Deriva da ciò una definitoria non univocità dei dati rilevati dal poligrafo: non esiste alcuna corrispondenza biunivoca che leghi al processo di elaborazione della bugia le variazioni del ritmo respiratorio, l’aumento della pressione arteriosa o l’incremento della sudorazione, ben potendo simili fenomeni manifestarsi a fronte di risposte veritiere e, per contro, non palesarsi o palesarsi in misura minima – perché tenuti sotto controllo dall’agente – contestualmente all’elaborazione di una bugia. In altri termini, la «macchina della verità» è “ingannabile” e può, dunque, fornire responsi imprecisi quando non erronei *tout court*, come comprovano, d’altronde, le statistiche elaborate in sede sperimentale.

Per contro, non esiste *training* in grado di addestrare a un’inibizione volontaria dell’afflusso sanguigno nelle zone corticali del cervello interessate ai fenomeni di *deception processing* o di *truth telling processing*: per proseguire con la pur approssimativa terminologia adesso adoperata, la risonanza magnetica funzionale per immagini non è “ingannabile” attraverso manovre inquinanti poste in opera da un dichiarante addestrato e fornisce, dunque, risposte attendibili.

Certo, la ricerca in questo campo attende di progredire non poco: molti fenomeni neuronalizzati attendono ancora di essere adeguatamente decifrati, e i *tests* sperimentali, ad oggi disponibili nel quadro della letteratura scientifica, sono appena alle loro prime battute. Quanto già posto in luce, tuttavia, è bastevole perché l’urgenza di talune riflessioni si imponga con forza agli occhi dell’interprete.

#### 7. Risonanza magnetica e nuove frontiere tra modernismo efficientista e valori dell’accertamento giudiziario: gli scenari

I dati appena sinteticamente riepilogati conducono, allora, allo sgretolarsi dell’alibi su cui, sinora, era stato possibile risolvere con disinvoltura il quesito circa l’ammissibilità degli strumenti diagnostici della dichiarazione contraria al vero a scopi giudiziari: accanto ai dubbi sull’invasività del “vecchio” poligrafo si poneva l’equivocità delle sue risultanze e, pertanto, l’inaffidabilità del mezzo in chiave gnoseologica, e il saldarsi dell’uno e dell’altro rilievo conduceva agevolmente al rigetto del metodo; l’affidabilità, per contro, della mappatura cerebrale offerta dalla risonanza magnetica funzionale per immagini scompagina l’antico *modus discessus*, inchiodando l’interprete a responsabilità ben più significative. Dunque: risolto – già oggi o, in prospettiva, doma-

ni – il problema dell'affidabilità gnoseologica, può la risonanza magnetica trovare ingresso nel trapezio delle procedure giudiziarie utilizzabili a fini di accertamento del fatto?

Peccherebbe di superficialità chi ritenesse il quesito ancora troppo teorico. Nel 2005 è stato pubblicato, negli Stati Uniti, un contributo scientifico in cui si discute – prendendone, per vero, le distanze – dell'uso della risonanza magnetica funzionale in sede di interrogatorio di prevenzione, caldeggiato oltre Oceano, dopo lo scandalo di Abu Ghraib, quale «quint'essenza di soluzione all'americana» alla “scandalosa” domanda sul se sia giustificato o meno «essere disumani in sede di difesa della nostra umanità»<sup>39</sup>.

Si è, tuttavia, già andati oltre. È appena di ieri la notizia dello stato avanzato di un'indagine, condotta da un'*équipe* interdisciplinare di studiosi tedeschi e inglesi, che ha mostrato come la risonanza magnetica funzionale per immagini sia in grado di evidenziare un'attività corticale preparatoria di *deception processing* o di *truth telling processing*<sup>40</sup>: i dati diagnostici offrono, dunque, la possibilità di pronosticare che il dichiarante *stia per* dire la verità o *stia per* mentire, prima ancora che egli stesso linguisticamente formalizzi “in uscita” un'affermazione veritiera o falsa. Sarà – si chiede il *Guardian* – il primo embrione di una «“Minority Report” era»? Diverrà la nostra – si è chiesta una neuropsicologa dell'Università di Cambridge, intervistata dal *Guardian* – una «“Minority Report” society», in cui i crimini si preverranno prima che accadano? L'emersione di queste tecniche, ha avvertito uno dei ricercatori che hanno condotto l'indagine, rende necessario un dibattito etico circa le loro implicazioni «affinché un giorno noi non possiamo sentirci sorpresi o travolti o le cose non imbocchino una via sbagliata. Questi metodi entreranno in uso nei prossimi anni, e noi dovremo essere adeguatamente preparati».

Questi, dunque, gli scenari. Da non enfatizzare, è vero, ma avendo cura, nel contempo, di scongiurare sottovalutazioni pericolose.

Al di là degli spettri evocati dal racconto di Philip Dick<sup>41</sup>, v'è, allora, spazio realistico per un uso forense della risonanza magnetica funzionale per immagini? Potrà distinguersi la posizione del testimone da quella dell'imputato? O, più direttamente: è la risonanza magnetica realmente non invasiva? Si colloca

<sup>39</sup> S.K. THOMPSON, *The Legality of the Use of Psychiatric Neuroimaging in Intelligence Interrogation*, in *Cornell Law Rev.*, 2005, vol. 90, p. 1601 ss.

<sup>40</sup> I. SAMPLE, *The brain scan that can read people's intentions*, in *Guardian*, 9 febbraio 2007.

<sup>41</sup> P.K. DICK, *Minority Report* (1956), in ID., *Rapporto di minoranza e altri racconti*, trad. it., Fanucci, Roma, 2002, p. 27 ss.

al di fuori dello spettro dei «metodi» e delle «tecniche» oggetto dello sbarramento previsto dall'art. 188 c.p.p. italiano? Erode zoccoli duri riconducibili alla tutela della dignità dell'individuo?

Occorre intendersi. Nel cuore, ormai lontano, del dibattito sulla liceità del *lie detector* nelle aule giudiziarie si era osservato che «il procedere capzioso e subdolo dell'interrogatorio ai fini della determinazione delle emozioni ha tutti i caratteri della violenza morale»<sup>42</sup>; pur rimarcandosi che «non ogni tentativo di esplorazione dell'inconscio porta con sé, quando sia consentito, una lesione della libertà morale»<sup>43</sup> si era, comunque, di seguito osservato, con riguardo all'interrogatorio dell'imputato, che esso «deve svolgersi libero da ogni suggestione od intrusione di elementi valutativi esterni» e che «inconcepibile è sottoporre il soggetto inquisito ad un interrogatorio che, sia pure con il suo consenso, si svolga mentre è possibile sorvegliare tecnicamente, e misurare, le sue reazioni»<sup>44</sup>; «per nostra fortuna» – aveva soggiunto altra voce autorevole – «l'imputato è ancora considerato una persona e quindi gli compete un diritto all'inviolabilità dell'anima», perché «appena questo privilegio cadesse dovremmo rassegnarci a una condizione subumana»<sup>45</sup>. I rilievi riguardavano, tuttavia, l'interrogatorio: la sua funzione di strumento di difesa avrebbe rischiato tracimazioni snaturanti nell'opposto terreno della prova; «col consenso e senza consenso dell'esaminato», si era scritto, «l'esperimento forza la personalità psichica le cui manifestazioni sono deviate dal fine investigativo dell'esperimento stesso»<sup>46</sup>. Incombeva, poi, sul dibattito l'ipoteca lanciata da Francesco Carnelutti: l'impossibilità di usare il *detector veritatis* in nome della tutela della libertà dell'imputato – aveva scritto, a commento critico della già indicata decisione della Corte di assise di appello romana – conduce al paradosso che «questi, anche se potesse fornire, con certi esperimenti sul suo corpo, le prove della sua innocenza, dovrebbe essere condannato in omaggio alla sua libertà»<sup>47</sup>.

Già da tempo, tuttavia, un'indicazione preziosa in tale ambito era stata posta in luce. La legge – si era argutamente scritto – «esclude le ordalie, anche in versione incruenta e scientificamente rispettabile»<sup>48</sup>, e al paradigma della pro-

<sup>42</sup> G. SABATINI, *Poligrafo e libertà morale*, in *Giust. pen.*, 1962, I, c. 9.

<sup>43</sup> G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale (contributo allo studio dei diritti della personalità)*, in *Studi in memoria di Filippo Vassalli*, vol. II, Utet, Torino, 1960, p. 1678, nota 102.

<sup>44</sup> G. VASSALLI, *I metodi di ricerca della verità*, cit., p. 415.

<sup>45</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, 9<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 1987, p. 472.

<sup>46</sup> G. SABATINI, *Poligrafo e libertà morale*, cit., c. 10.

<sup>47</sup> F. CARNELUTTI, *Diritto dell'imputato agli esperimenti sul suo corpo*, cit., p. 273.

<sup>48</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, 9<sup>a</sup> ed., cit., p. 923.

va ordalica è, a ben vedere, riconducibile tanto lo strumento *ad eruendam veritatem* quanto la classe delle «spie sull'interno organico»: la parte, ove chiedo o consenta l'uso di mezzi simili, «dichiarandosi disposta a subire la "prova" lancia una sfida», ma «a questo modo il soggetto diventa cosa, contro natura»<sup>49</sup>; ecco perché già il sistema del 1930 – che non contemplava esplicite norme assimilabili agli odierni artt. 64 comma 2 e 188 c.p.p. 1988 – poteva dirsi contenere un divieto implicito all'uso giudiziario di armamentari simili<sup>50</sup>.

Altri interrogativi suscitava, poi, la questione della *servitus iustitiae* testimoniale: possono, i medesimi argomenti spesi per l'esame dell'imputato con il poligrafo, estendersi anche al teste, titolare senza dubbio di un diritto alla dignità individuale ma non certo di una facoltà di non rispondere?

Una replica a simili tarli, con riguardo alla terzietà del testimone e alla «servitù» che su lui incombe, può trarsi da una cristallina pronuncia costituzionale che ha nobilmente sottoposto a scandaglio la problematica del teste "debole"<sup>51</sup>. La disciplina della testimonianza e delle modalità per assumerla – ha sottolineato la Corte – «risponde anzitutto all'esigenza di assicurare la genuinità della prova, ma non può essere insensibile alla necessità di tutelare la persona del teste nel delicato momento in cui è chiamato a deporre sui fatti e le circostanze dedotti in contraddittorio tra le parti»: infatti la testimonianza è «funzione resa obbligatoria dalla legge in vista delle esigenze del processo», ma «proprio per questo, se esige impegno e può comportare anche difficoltà per il teste, chiamato ad enunciare con verità davanti al giudice le informazioni in suo possesso, non deve mai tradursi, per il modo in cui è condotta, in violazioni della dignità e del rispetto dovuto alla persona del teste medesimo».

Il più risalente dibattito aveva, peraltro, fatto emergere, pur con qualche enfasi, un dato di portata decisiva: «già nella sua exteriorità il poligrafo si manifesta *sub specie torturae*», si era scritto; «anche se la sedia è comoda, se l'esaminatore fa di tutto per mettere l'esaminato a suo agio e se gli avvolgimenti di parti del corpo rappresentano apparecchi sensibilissimi, non v'ha dubbio che su quella sedia vi è un uomo ristretto nella libertà fisica e nella libertà psichica», come emerge anche dai dispositivi utilizzati, in ordine a molti dei quali «veramente si può raffigurare quella che è apparentemente una sedia ad una

<sup>49</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, 9<sup>a</sup> ed., cit., p. 923 s.

<sup>50</sup> Di divieto implicito parla ancora F. CORDERO, *Procedura penale*, 9<sup>a</sup> ed., cit., p. 924; allo stesso concetto si riferisce espressamente Cass., VI, 18 febbraio 1972, in *Ced. Cass.*, n. 120705, che ritiene l'ipnosi e la narcoanalisi «in contrasto con il sistema» pur se non oggetto di divieti espliciti.

<sup>51</sup> Corte cost., sent. 30 luglio 1997, n. 283, in *Giur. cost.*, 1997, p. 2564 ss.

sedia di tortura»<sup>52</sup>. Converterà cogliere il nucleo del problema, al di là della veste enfatica di cui compare rivestito.

Si è citato Heisenberg, all'inizio, a proposito degli atteggiamenti della scienza rispetto al potere. Al noto principio di indeterminazione di Heisenberg<sup>53</sup> può, adesso, farsi rinvio, adoperandolo – al di là delle misurazioni del suo rilievo in fisica quantistica – in chiave di metafora: con la sua stessa presenza, l'osservatore altera l'oggetto osservato e gli equilibri in cui lo stesso è immerso; la neutralità dell'osservatore è un predicato che non esiste in natura. La libertà fisica del dichiarante, tutelata, in sede di interrogatorio, anche ove il dichiarante medesimo sia in stato di privazione della libertà personale (art. 64 comma 1 c.p.p.), garantisce la dignità della persona ma è del pari strumentale alla tutela della libertà morale, a cui presidio operano gli sbarramenti dei «metodi» e delle «tecniche» vietate. Ora, pur se la risonanza magnetica non altera *in sé* la capacità di ricordare e di valutare i fatti, è indubbia la sua invasività sul terreno della libertà morale del dichiarante: la stessa configurazione fisica del dispositivo (la macchina della risonanza magnetica è un grande cilindro al cui interno il soggetto viene introdotto, disteso, al fine dell'attivazione del campo magnetico sulla cui fisica si fonda la tecnica diagnostica in discorso) rende lo stesso grandemente invasivo della libertà morale della persona, pregiudicando, per questa via, in radice tanto l'accettabilità etico-giuridica dello strumento che la genuinità dei risultati; ripercorrendo l'asserto chiave del principio di indeterminazione di Heisenberg, può dirsi che il mezzo diagnostico-osservatore altera gli equilibri del dichiarante-oggetto osservato e, perciò, nega la sua pretesa neutralità ponendosi, dunque, nel cono di operatività degli sbarramenti previsti dal sistema.

Giungiamo, così, al termine di questo itinerario. Se i mezzi scientifici di perquisizione della coscienza a uso giudiziario, attraverso le mappature cerebrali ormai tecnologicamente possibili, sostanziano un problema della modernità (o della post-modernità), è compito dell'interprete – non altrimenti che dello scienziato, di fronte ai rischi di derive incontrollabili – richiamarne i raccordi con i valori irrinunciabili di tutela della persona, ponendo in guardia se stesso e i naviganti dalle seduzioni del canto delle sirene. Tra Scilla e Cariddi, tra le esigenze – innegabili e anzi da difendere – del progresso della ricerca

<sup>52</sup> G. Sabatini, *Poligrafo e libertà morale*, cit., c. 10.

<sup>53</sup> Per un richiamo in sede processuale penale cfr. G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. UBERTIS, Giuffrè, Milano, 1992, p. 2.

---

scientifico (qui, nel quadrante del *brain mapping*, importantissima sul piano clinico e terapeutico) e il nocciolo duro dei diritti della persona, ricompare ancora, ma in forma di paradosso, il mito di Icaro e Dedalo: v'è una scienza – e la metafora qui diviene paradigma – che, assunte in sé le vesti del padre e del figlio prigionieri del labirinto, fabbrica ingegnose ali di cera per evadere, e conquista, con la libertà, spazi sempre nuovi; solo un peccato di *ybris* sfocerà nella pur evitabile tragedia. E sovengono, in dimensioni ben più aperte, le evocazioni limpide di David Maria Turollo, uno dei più grandi poeti del nostro tempo: «Si moltiplicano nelle città tribunali ove piccoli uomini ancora indossano toghe e parrucche, quasi a dimostrare che sono gente di altra stirpe: arbitri assoluti. No, non sono dei, e tuttavia sono ugualmente un pericolo come gli antichi dei».



prof. GIOVANNI FIANDACA  
Università di Palermo

## I CRIMINI INTERNAZIONALI TRA PUNIZIONE, RICONCILIAZIONE E RICOSTRUZIONE<sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. La giustizia penale internazionale di fronte ad alcuni possibili paradossi. – 2. Profili relativi ai problemi di legalità e legittimazione. – 3. La complessa questione degli obiettivi presi di mira: a) in rapporto al dibattito sugli scopi della pena. – 4. Segue: b) in rapporto ad un più ampio ventaglio di possibili finalità. – 5. La logica giudiziaria della colpevolezza: limiti e inconvenienti. – 6. La elaborazione dei conflitti per via extragiudiziaria; riferimenti alla *Commissione sudafricana per la libertà e la riconciliazione*. – 7. Segue: rapporti di possibile interazione tra strumenti – rispettivamente – giudiziari e extragiudiziari di elaborazione dei conflitti.

### 1. *La giustizia penale internazionale di fronte ad alcuni possibili paradossi*

Mi sia consentito iniziare queste considerazioni introduttive prospettando un paradosso, sul quale desidererei richiamare subito l'attenzione e che provo a sintetizzare così. Per un verso, è divenuto quasi uno *slogan* parlare di crisi della pena e – più in generale – di crisi del diritto penale, in un contesto più generale di crisi o transizione quale riflesso del tormentato frangente storico-culturale in cui viviamo, definibile – se si vuole – in chiave di seconda modernità o postmodernità. Per altro verso, e contraddittoriamente, proprio in questa fase storica la giustizia penale sembra poter sperimentare una stagione di grande *revival*, specie in una dimensione che però trascende gli Stati nazionali.

Emblematica, nel secondo senso, la particolare enfasi con la quale taluno tende a rimarcare le presunte enormi potenzialità del diritto penale in un orizzonte sempre più globalizzato: sollecitando, in questa prospettiva enfatica, persino a ipotizzare – alludo, in particolare, a Mirelle Delmas-Marty – «se il diritto penale possa contribuire a ridurre le tensioni esistenti tra la globalizzazione dell'economia e l'universalismo dei diritti dell'uomo»; giungendo addirittura ad avanzare – sia pure in termini di auspicio – la tesi del «diritto penale

\* Il testo riproduce la relazione introduttiva al Seminario internazionale dal titolo "Punire Riconciliare Ricostruire. Dalla giustizia penale internazionale alla elaborazione dei conflitti", tenutosi presso l'Università di Palermo nei giorni 30-31 marzo 2007.

come etica della mondializzazione»<sup>1</sup>. Senonché, non tarda in proposito ad emergere un ulteriore paradosso, del quale la stessa Delmas-Marty è peraltro ben consapevole: appare cioè «paradossale porre in prima linea sul fronte della mondializzazione proprio il diritto penale, considerato sin dall'inizio dell'epoca moderna simbolo della sovranità statale e tradizionalmente limitato dal principio di territorialità»<sup>2</sup>.

È vero che diversi fenomeni noti e convergenti inducono oggi a superare progressivamente il principio di territorialità, e a espandere gli ambiti di competenza degli stessi giudici penali ben al di là dei confini tradizionali<sup>3</sup>.

Ed è altrettanto vero che in questa direzione una tappa fondamentale, un traguardo storico è indubbiamente segnato dall'entrata in funzione della Corte penale internazionale (Cpi). Ma il grande favore manifestato da diversi versanti per i progressi del processo di internazionalizzazione della giustizia penale rischia in realtà di risultare retorico e fuorviante, se non si tengono presenti le questioni complesse che stanno ancora sul tappeto e i non pochi ostacoli che sotto svariati aspetti si continuano (e, verosimilmente, si continueranno) a incontrare.

Per quanto mi riguarda, dico subito che la stessa idea (pur assai nobile nelle ragioni ispiratrici) di un diritto penale come etica della mondializzazione, lungi dall'attrarmi, mi turba e preoccupa non poco: pensare di poter affidare al magistero punitivo un ruolo decisivo nella costruzione di un nuovo ordine mondiale, ripropone infatti – tra l'altro – l'obiezione difficilmente superabile di una impropria giurisdizionalizzazione della politica; e pensare di poter assegnare alla giustizia penale altresì il compito di promuovere una etica della mondializzazione, significa alimentare o rischiare di favorire un processo di rieticizzazione del diritto penale. Tutto ciò non può invero non inquietare, perché contrasta non poco con una visione liberale e laica dei compiti dello strumento penale.

Ma, a parte le riserve politico-ideologiche e culturali di fondo, ci si scontra sul versante della realtà effettuale con un grosso problema di efficacia. Perché mai un diritto penale in crisi di funzionamento nell'ambito di non pochi contesti nazionali dovrebbe trasformarsi in un'arma molto più potente in un orizzonte metastatale?

<sup>1</sup> M. DELMAS-MARTY, *Il diritto penale come etica della mondializzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 3 s.

<sup>2</sup> M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 4.

<sup>3</sup> Per stimolanti riflessioni in argomento cfr., di recente, J. ALLARD, A. GARAPON, *La mondializzazione dei giudici*, trad. it., Macerata, 2006, *passim*.

## 2. Profili relativi ai problemi di legalità e legittimazione

I problemi fondamentali che si prospettano rispetto alla Cpi sono – almeno in parte – sostanzialmente non dissimili da quelli che sorgono riguardo a ogni sistema penale: alludo, in particolare, ai problemi di legalità, legittimità ed efficacia<sup>4</sup>. I tre profili, concettualmente distinti, sotto alcuni aspetti interagiscono: un diritto penale inficiato da una legalità debole e da uno scarso livello di efficacia finirebbe, infatti, con l'essere carente anche in termini di legittimità.

Ai fini di queste notazioni introduttive, sarebbe in realtà un fuor d'opera dedicare più di un rapido accenno al profilo della legalità. Sicché, mi limito a rilevare che lo Statuto di Roma ha compiuto in proposito notevoli passi avanti: oggi si può invero prendere atto che l'interrogativo, se le norme del diritto penale internazionale siano in grado di soddisfare le esigenze di chiarezza e conoscibilità tipiche delle disposizioni penali, ha ormai perduto gran parte della sua ragione giustificatrice<sup>5</sup>. Rimane tuttavia controvertibile l'ulteriore interrogativo, se il modello di legalità recepito nello Statuto di Roma sia proprio quello che hanno in mente gli studiosi di diritto penale, ovvero sia qualcosa di ibrido, da ricostruire con un approccio interdisciplinare (cioè a un tempo penalistico e internazionalistico)<sup>6</sup>.

Quanto poi al profilo della legittimità o legittimazione, rapportata ai contenuti della tutela, si può sinteticamente affermare che la giustizia penale internazionale ricava la propria giustificazione dall'universalismo dei valori umani assunti a oggetto di protezione. Sotto l'aspetto delle finalità di tutela, essa oggi si profila come la principale istituzione giudiziaria, alla quale – secondo aspettative crescenti – viene affidato il compito di sanzionare le più gravi violazioni a livello (potenzialmente) planetario: così, per dirla con linguaggio penalistico, i diritti fondamentali assurgono a beni giuridici oggetto di protezione penale.

Ci si può, peraltro, chiedere se questo della salvaguardia dei diritti umani fondamentali sia un obiettivo in sé – ovvero, se esso sia da concepire come a sua volta funzionale al raggiungimento di obiettivi ulteriori, come la difesa di

<sup>4</sup> Per un quadro chiaro ed efficace di pressoché tutti i problemi emergenti nell'ambito della giustizia penale internazionale cfr. D.R. PASTOR, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica*, Barcelona, 2006.

<sup>5</sup> Cfr., per tutti, G. WERLE, *Voelkerstrafrecht*, 2. Auflage, Tuebingen, 2007, p. 59.

<sup>6</sup> Nel senso della pressoché completa assimilazione al modello strettamente penalistico cfr., in particolare, M. CATENACCI, *'Legalità' e 'tipicità' del reato nello Statuto della Corte internazionale penale*, Milano, 2003, p. 187 ss. Per riserve critiche cfr. G. FIANDACA, *Spunti di riflessione su diritti umani e diritto penale nell'orizzonte sovranazionale*, in *Diritti umani e diritto intern.*, 2007, n. 1, p. 74.

beni o interessi ad amplissimo spettro quali pace, sicurezza e benessere a livello mondiale<sup>7</sup>. Ora, al di là delle possibili suggestioni teoriche nell'ottica della dottrina del bene giuridico, il vero problema è in verità di natura empirica e politica, e come tale sta a monte: sembra cioè realistico ritenere che vi sia una notevolissima sproporzione di scala tra l'impiego delle risorse punitive, e addirittura la conservazione o promozione degli assetti su cui dovrebbe fondarsi l'auspicabile ordine mondiale. In proposito, Miriam Damaska molto saggiamente ammonisce: «Tentativi precipitosi da parte delle Corti penali di imporre il potere del diritto nell'instabile mondo della politica internazionale possono rivelarsi facilmente controproducenti e minare la loro legittimazione. È probabile che la giustizia penale internazionale cresca più vigorosamente se sfrondata dalle aspirazioni irrealistiche e dallo zelo eccessivo»<sup>8</sup>.

### 3. *La complessa questione degli obiettivi presi di mira:* *a) in rapporto al dibattito sugli scopi della pena*

Fatte queste premesse, mi preme seguitare ad accennare alle ragioni che continuano a far apparire problematico non solo il funzionamento, ma anche (per dir così) il significato di una giustizia penale internazionale. Torniamo così alla questione degli scopi, che essa persegue o tenta di perseguire condannando i colpevoli di gravissimi reati: e, tra questi scopi, mentre alcuni sono pur sempre riconducibili al risalente e circoscritto dibattito sulle funzioni delle pene, altri rimandano a obiettivi di portata ben più generale.

Cominciando dal primo tipo di scopi, e dalla rilevanza prioritaria degli auspicabili effetti deterrenti, è subito da osservare che la funzionalità preventiva della punizione di un numero pur sempre circoscritto di individui (posti per lo più in posizione apicale), in termini di efficacia dissuasiva nei confronti di conflitti futuri, appare abbastanza problematica per poterla dare per scontata. La stessa esperienza dei processi penali internazionali del secondo dopoguerra non sembra in questo senso fornire indicazioni confortanti, se è vero che i crimini di guerra, i crimini contro l'umanità e varie forme di atrocità di massa non sono in realtà diminuiti rispetto al passato. Guardando le cose da questa prospettiva, «nulla sembra garantire che un'attività giudiziaria che applichi sanzioni, anche le più severe, contro singoli individui responsabili di illeciti

<sup>7</sup> In proposito cfr. G. FIANDACA, *op. cit.*, p. 70 ss. e letteratura ivi citata.

<sup>8</sup> M. DAMASKA, *L'incerta identità delle corti penali internazionali*, in questa *Rivista*, 2006, p. 55. In senso analogo D.R. PASTOR, *op. cit.*, p. 191 ss.

internazionali incida sulle dimensioni macrostrutturali della guerra, possa cioè agire sulle ragioni profonde dell'aggressività umana, del conflitto e della violenza armata»<sup>9</sup>.

Ma a far apparire non scontata l'efficacia deterrente della sanzione penale concorrono ulteriori considerazioni. Tra queste, le principali sono di duplice ordine. Per un verso, l'idea della deterrenza presuppone il convincimento che i delinquenti siano individui freddi e razionali, inclini a calcolare e soppesare i rispettivi costi e benefici delle scelte delittuose. Ma che questo modello idealtipico di criminale predomini davvero nel teatro dei crimini internazionali, o sia più diffuso che nell'ambito della criminalità comune, sembra azzardato supporlo. Come è stato ben osservato, «i contrasti di cui la giustizia penale internazionale si occupa innescano passioni potenti e tendono a coinvolgere soggetti pronti ad accettare il rischio di una punizione», o addirittura propensi a considerare «la morte conseguente alle loro azioni una conferma dei loro ideali e una benedizione»<sup>10</sup>. Ma, anche se così non fosse, vi sarebbe comunque una ulteriore ragione di indebolimento della efficacia deterrente, ricollegabile proprio alle specifiche attuali modalità di funzionamento della Cpi: la Corte cioè da sola, senza una efficace collaborazione degli Stati, non ha il potere di far in modo che la minaccia di pene si traduca in una punizione effettiva dei colpevoli; sicché non sembra molto sensato porre in primo piano un obiettivo di deterrenza, il cui conseguimento dipende da un insieme di fattori che sfuggono al diretto potere di controllo della Corte medesima<sup>11</sup>.

Se così è, sempre rimanendo all'interno delle teorie sugli scopi della pena, ad assurgere in primo piano è il punto di vista della retribuzione, sia pure valorizzato in una accezione più ampia includente la stigmatizzazione simbolica della particolare gravità insita nei *crimina juris gentium*. Ancorché ormai screditato nella predominante cultura penalistica delle dottrine nazionali di area europea, il paradigma retributivo finisce così col riguadagnare dignità nel contesto dei crimini internazionali, appunto in ragione delle caratteristiche specifiche di tale contesto. Regressione culturale verso un modello arcaico di punizione, come qualcuno paventa? Senza cadere nella facile tentazione dello schematismo ideologico, la quale è sempre in agguato anche quando sono in discussione le ideologie penalistiche, sembrerebbe – almeno a prima vista – di poter constatare che il paradigma retributivo mantiene in effetti una sua plau-

<sup>9</sup> D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, 2004, p. 100.

<sup>10</sup> M. DAMASKA, *op. cit.*, p. 34.

<sup>11</sup> M. DAMASKA, *op. cit.*, p. 34 s.

sibilità proprio in relazione alle aspettative delle vittime di crimini atroci: nel senso che la pena retributiva, con l'infliggere una punizione meritata a quanti si sono resi responsabili di azioni criminose, servirebbe nel contempo ad esprimere – appunto – solidarietà alle vittime per le sofferenze precedentemente patite<sup>12</sup>.

Ora, che le ragioni delle vittime debbano trovare ascolto anche nell'ambito del processo, e che questo debba fungere da sede in cui esse raccontano le atrocità subite allo scopo di recuperare la loro dignità offesa e di ottenere così una qualche forma di soddisfazione, rientra verosimilmente tra gli obiettivi più ampi (rispetto alla prevenzione e retribuzione in senso stretto) assegnabili alla giurisdizione penale internazionale. Solo che queste sacrosante aspettative di soddisfazione possono essere esaudite sino a un certo punto. Sotto un profilo strettamente processuale, innanzitutto, l'esigenza di attribuire un ruolo alle vittime deve essere mantenuta entro limiti di compatibilità con la necessità di garantire i diritti degli imputati e di evitare un eccessivo rallentamento dei procedimenti<sup>13</sup>. Ma, più a monte, c'è bisogno di un supplemento di riflessione proprio sul possibile significato della pena retributiva nell'ottica specifica della vittima. Siamo sicuri che infliggere sofferenza ai colpevoli di precedenti sofferenze comporti una forma di autentica soddisfazione, in termini psicologici e morali, per quanti rivestono il ruolo di vittime? E siamo sicuri che questa soddisfazione non può essere meglio conseguita attraverso modalità di reazione diverse dalla pena retributiva e a carattere persino extrapunitivo? In effetti, gli studi sulla psicologia della vittima, considerata in rapporto alle possibili valenze psicologiche delle sanzioni criminali, non sono a tutt'oggi sviluppati in misura sufficiente da consentire risposte univoche. Anzi, qualche indagine pionieristica, nel tendere a escludere nessi di implicazione tra retribuzione e soddisfazione della vittima, prospetta l'esigenza di cominciare a sviluppare l'idea che – dopo aver già da tempo costruito, in sede sia teorica che normativa, un primo binario destinato alla rieducazione dei condannati – sia venuto il momento di edificare un secondo nuovo binario per la «rieducazione delle vittime»<sup>14</sup>. Si tratta, in realtà,

<sup>12</sup> Cfr., in particolare, G.P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, trad. it., Bologna, 2004, p. 70.

<sup>13</sup> Ma vi è di più. Come è stato ben osservato: «Vi sono altre e magari più serie difficoltà. Una successione di orrori narrati dalle vittime può indurre i giudici ad attribuire all'imputato un ruolo nelle atrocità più esteso di quello realmente giocato. Possono sorgere pressioni per gli *standards* probatori minimi e può anche emergere la tentazione di impostare i procedimenti per ottenere facili condanne» (M. DAMASKA, *op. cit.*, p. 14).

<sup>14</sup> Cfr. J.Ph. REEMTSMA, *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem*,

di prospettive teoriche che meritano senz'altro di essere approfondite negli anni futuri, in modo da contribuire ad un aggiornamento del dibattito sugli scopi della pena che risponda alle più complesse esigenze e alle crescenti aspettative del mondo contemporaneo.

Ma la enfattizzazione dello scopo retributivo, unitamente a quello della stigmatizzazione simbolica dei colpevoli, suscita possibili riserve anche sotto aspetti ulteriori. Invero, se la condanna e la pena servono sia a retribuire, sia a stigmatizzare il particolare disvalore dei crimini lesivi dei più elementari diritti umani, ecco che la reazione punitiva finisce con l'assumere il compito di additare simbolicamente i valori fondamentali, il cui rispetto segna lo spartiacque tra gli *amici* e i *nemici* del genere umano: questa forte valenza simbolica, oltre a determinare una sovrapposizione di funzioni repressive ed etico-politiche, rischia in realtà di sospingere la giustizia penale internazionale verso la preoccupante china del *diritto penale del nemico* (nella ormai nota accezione di Guenther Jakobs)<sup>15</sup>. Esito, questo, alquanto paradossale: una giustizia concepita per sanzionare le più gravi violazioni dei diritti umani, potrebbe – senza contraddirsi anche agli occhi del pubblico – rendersi, essa stessa, autrice di gravi violazioni dei diritti e delle garanzie degli imputati?

#### 4. Segue: *b) in rapporto ad un più ampio ventaglio di possibili finalità*

Come si rilevava prima, lo spettro degli obiettivi assegnabili alla giurisdizione penale internazionale è tuttavia più ampio del novero pur sempre circoscritto degli scopi tradizionalmente attribuiti alla sanzione penale.

In questo orizzonte più esteso, l'elenco dei possibili obiettivi finalistici della persecuzione dei crimini internazionali include in realtà scopi quali: contribuire a porre fine ai conflitti in corso e alla stabilizzazione e riconciliazione nelle zone tormentate dai conflitti; produrre una documentazione storica attendibile dei crimini e delle atrocità commesse, collocando i fenomeni criminali in un contesto più ampio e indagandone le cause di tipo storico-politico; contribuire alla diffusione della cultura dei diritti umani e all'educazione civi-

Muenchen, 1999, p. 26 s.; in argomento si veda altresì il confronto critico a due voci sviluppato in W. HASSEMER, J.Ph. REEMTSMA, *Verbrechensopfer*, Muenchen, 2002. Per un approccio in chiave più strettamente psichiatrica e psicologica v., di recente, R.F. MOLLICA, *Le ferite invisibili*, trad. it., Milano, 2007.

<sup>15</sup> Sia consentito rinviare più diffusamente in proposito a G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. GAMBERINI e R. ORLANDI, Bologna, 2007, p. 191 ss.

le dei popoli<sup>16</sup>. Insomma, ci troviamo di fronte a un *sovraccarico di obiettivi*, per giunta talmente impegnativi che è oltremodo difficile – come si è in precedenza rilevato – addossarli tutti sulle spalle del processo penale. Ma, a ben vedere, si tratta anche di obiettivi che, oltre a non risultare compatibili con gli scopi delle pene strettamente intesi, «spingono in direzioni diverse e generano tensioni», per cui «persistono ambiguità imbarazzanti» in assenza di un chiaro quadro di priorità, peraltro verosimilmente impossibile da definire<sup>17</sup>.

Basti in proposito qualche esemplificazione, cominciando dall'esigenza che la ricostruzione processuale non si limiti alle singole responsabilità penali ma abbracci un orizzonte meno angusto. È vero che la riconciliazione all'interno delle comunità sociali lacerate dai conflitti presuppone un accertamento della verità che includa le cause delle vicende conflittuali. Ma un dubbio più che fondato riguarda la idoneità del processo penale a fungere da valido strumento di ricerca storica, e ciò sotto vari profili: le limitazioni temporali del processo e l'ottica incentrata sulla rilevanza penale, con la conseguente tendenza a leggere gli accadimenti in una chiave 'criminalizzatrice' e di contrapposizione schematica tra colpevoli e innocenti, non permettono infatti sia di osservare i tempi lunghi del dibattito storico approfondito, sia di rendere possibili e plausibili ricostruzioni pluralistiche aperte alla diversità dei punti di vista e attente alle sfumature. Per rimediare a tali limiti, non manca in verità chi sostiene che anche il processo dovrebbe funzionare da «teatro per lo scontro di idee»<sup>18</sup>. Senonché, pur comprensibile nelle sue motivazioni ispiratrici, questa prospettiva entra in tensione con l'esigenza di ricostruire in maniera univoca l'effettiva commissione dei fatti criminosi e, nel contempo, con la missione educativa del processo se concepita nel senso di dover stigmatizzare in termini chiari, e univocamente condivisibili, il disvalore delle conseguenze lesive provocate<sup>19</sup>.

Ma non meno problematico appare un altro possibile obiettivo ad ampio spettro della giustizia penale internazionale, che assume un rilievo maggiore nell'ambito di questo mio intervento introduttivo: alludo, com'è facile intuire, all'obiettivo della riconciliazione e, dunque, al problema se essa sia conseguibile a mezzo del processo e della punizione. L'interrogativo che in proposito

<sup>16</sup> Cfr. più diffusamente M. DAMASKA, *op. cit.*, p. 11 ss.

<sup>17</sup> Per una evidenziazione particolarmente lucida di queste tensioni e ambiguità cfr. M. DAMASKA, *op. cit.*, p. 12 ss., 19.

<sup>18</sup> M. OSIEL, *Collective Memory and the Law*, 1997, p. 52, 164. Si veda anche P. RICOEUR, *La Mémoire, l'Histoire, l'Oubly*, 2000.

<sup>19</sup> Più diffusamente, R. DAMASKA, *op. cit.*, p. 37.

sorge, è questo: ai fini della riconciliazione dei gruppi sociali che hanno vissuto gravi conflitti e patito gravi violazioni su vasta scala dei diritti umani, è più efficace la personalizzazione della responsabilità penale in capo a pochi individui (per lo più in posizione di comando o comunque apicale) o sono più efficaci meccanismi alternativi di presa di conoscenza, elaborazione e responsabilizzazione collettiva? Nell'affrontare questo interrogativo davvero cruciale, sarebbe opportuno rendersi conto che la «questione del rapporto tra la condanna di pochi individui, da un lato, e la stabilizzazione post-bellica di una regione e la riconciliazione della popolazione colpita, dall'altro, è molto più complessa di quanto alcuni ritengano. In talune circostanze può darsi che la rimozione della consapevolezza di una responsabilità morale collettiva crei simpatia per i pochi soggetti imputati, aizzando ampi settori della società contro una giustizia imposta dall'esterno. Può anche accadere che in alcune società imputazioni di responsabilità molto estese generino l'impulso a giustificare atti di violenza, ostacolando reazioni più favorevoli alle incriminazioni. Sia come sia, il conseguimento di una riconciliazione richiede tempo e probabilmente richiede molto di più che di un intervento del giudice»<sup>20</sup>.

##### 5. *La logica giudiziaria della colpevolezza: limiti e inconvenienti*

Giunti a questo punto, non è facile fugare tutte le possibili ragioni di dubbio avanzabili nei confronti della efficacia della giustizia penale internazionale, specie se considerata in rapporto a tutta la potenziale estensione dei suoi obiettivi. Così stando le cose, sarebbe errato assumere nei confronti di essa posizioni aprioristiche di segno contrario nell'un senso o nell'altro: cioè confidando, con una sorta di atteggiamento fideistico, in una efficacia sempre e in ogni caso positiva della sua attivazione; o, viceversa, assumendo un atteggiamento di sfiducia e svalutazione altrettanto preconcepite. È verosimile che sia preferibile un tipo di approccio (per dir così) sperimentale, egualmente lontano dall'enfatizzazione o dalla demolizione di principio, e orientato piuttosto a distinguere contesti e situazioni in cui può risultare utile o – al contrario – controproducente attivare forme di intervento giudiziario.

Questa strategia critica differenziata trova, d'altra parte, giustificazione e sostegno nella consapevolezza che esistono forme alternative di elaborazione dei conflitti per via extragiudiziaria ed extrapunitiva. E la principale ragione ispiratrice di questo nostro seminario consiste – appunto – nel tentativo di

<sup>20</sup> M. DAMASKA, *op. cit.*, p. 13, nt. 5.

mettere a confronto, rispettivamente, strategie giudiziarie ed extragiudiziarie di intervento: ciò secondo una prospettiva di analisi a più livelli, distinti anche in considerazione della diversa ampiezza dei contesti (sovranzionali, nazionali o locali) di riferimento. Una prospettiva di analisi, dunque, per alcuni aspetti trasversale e forse non poco ambiziosa: ma suggerita appunto dalla presa d'atto che le esigenze di elaborazione dei conflitti nascenti dai reati possono, in presenza di determinate condizioni, essere più adeguatamente soddisfatte rinunciando alla più tradizionale logica della condanna e della punizione. E parlando di logica punitiva – tendo a sottolinearlo – non penso soltanto alla dimensione giuridica che vi è sottesa; alludo alle implicazioni del paradigma della colpevolezza anche in una prospettiva più ampia, e cioè al tempo stesso morale, politica, sociale e financo psicologica.

Confesso che, preparandomi mentalmente a questo nostro seminario, ho riletto – non a caso – un saggio che mi capita di riprendere specie quando avverto (per dir così) che la mia coscienza di penalista versa in crisi e vacilla più del solito: si tratta di un saggio di taglio psicoanalitico sulla 'logica della colpa', e ne è autore Roberto Speziale-Bagliacca, studioso e psicoanalista di notevole talento<sup>21</sup>.

Invero, nel tentativo di abbozzare una anatomia della logica della colpa, Speziale-Bagliacca fa riferimento a una disposizione psicologica che egli stesso suggestivamente (e, forse, arditamente) definisce «*paradosso schizofrenico*»: sarebbe questa la condizione nella quale ciascuno di noi si può trovare quando ci si sforza di guardare alle vicende umane secondo la logica della colpa ma, nello stesso tempo, secondo una logica che la trascende; vale a dire secondo una prospettiva che, lungi dal giudicare e condannare, ambisce a spiegare, comprendere, cogliere la complessità delle cose (attingendosi, così, un livello più sofisticato di consapevolezza definibile in termini di «responsabilità tragica») <sup>22</sup>. Tutto ciò nel presupposto, più che verosimile, che gli stessi crimini gravi sono la conseguenza di fattori eterogenei, certamente non riconducibili soltanto ad azioni individuali, sia pure esecrabili.

Orbene, v'è da chiedersi: perché la logica della colpevolezza e della condanna è molto diffusa e tende spesso a prevalere?

A parte un probabile bisogno innato di giustizia, la risposta va forse individuata nel fatto che una simile logica ha il vantaggio di *tendere a semplificare*,

<sup>21</sup> R. SPEZIALE-BAGLIACCA, *Esiste una logica della colpa?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1998, p. 69 ss.; ID., *Colpa. Considerazioni su rimorso, vendetta e responsabilità*, Roma, 1997.

<sup>22</sup> R. SPEZIALE-BAGLIACCA, *Esiste una logica della colpa?*, cit., p. 81 ss.

cogliendo solo alcuni nessi e azzerando gli altri: «semplifica la realtà e quindi è più agevole da trasmettere agli altri. Si ha l'impressione che, non solo gli stereotipi e i pregiudizi consolidati, ma lo stesso pensiero privo di complessità e di sfumature abbia più facile presa sulle menti non educate, pigre, su quelle innamorate di un ideale da difendere a ogni costo, o semplicemente non molto intelligenti (anche se la scarsa intelligenza non porta necessariamente ad ancorarsi alla logica della colpa e viceversa)»<sup>23</sup>.

Ne deriva, allora, che è agevole comprendere perché un pensiero semplificato come quello della colpa si presti a essere facilmente utilizzato proprio dalle istituzioni, «che tendono a cercare la strada con minori ostacoli per gestirsi tra le difficoltà e per potere quindi operare [...]; da ciò possono nascere politiche e strategie obiettivamente ciniche»<sup>24</sup>.

#### 6. *La elaborazione dei conflitti per via extragiudiziaria; riferimenti alla Commissione sudafricana per la libertà e la riconciliazione*

Alla base della scelta politica di elaborare i conflitti per via giudiziaria potrebbe, dunque, esservi il calcolo opportunistico – se non proprio cinico – di prescegliere la strada più facile, più comprensibile. E, nel parlare di *scelta* circa la via giudiziaria o extragiudiziaria da seguire per l'elaborazione dei conflitti, mi preme proprio sottolineare il ruolo fondamentale della *dimensione politica*: nel senso che la scelta a monte rimane *politica* anche quando, eventualmente, si prescelga la soluzione giudiziaria. Emerge in proposito, infatti, un nesso strettissimo e ambiguo tra politica e giustizia penale, che andrebbe tematizzato e approfondito più di quanto solitamente non si faccia.

In ogni caso, sarebbe difficile contestare, anche in linea generalissima di principio, che il diritto penale e l'esercizio della giurisdizione penale sono sotto molti aspetti concretizzazione di politica costituzionale e di diritto costituzionale: lo ha ben compreso con estrema lucidità, e con largo anticipo rispetto ai tempi in cui tale consapevolezza è più diffusamente maturata, uno dei due massimi protagonisti della scienza giuridica del Novecento, cioè Carl Schmitt<sup>25</sup>. E mi sembra, del resto, che lo confermino indirettamente le esperienze

<sup>23</sup> R. SPEZIALE-BAGLIACCA, *op. ult. cit.*, p. 86.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> C. SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, trad. it., Vicenza, 2005, p. 167: «[...] io vengo dal diritto penale e ho dovuto riconoscere che anche questo è Costituzione».

alternative alla giustizia penale, come ad esempio quella – davvero emblematica – della *Commissione sudafricana per la verità e la riconciliazione* ben analizzata da Andrea Lollini<sup>26</sup>. Invero, questa Commissione ha affrontato i problemi della giustizia cosiddetta di transizione dal vecchio regime autoritario al nuovo regime democratico, chiudendo i conti aperti con i crimini dell'era dell' *apartheid*, per una via diversa da quella giudiziaria adottata in Europa dopo il secondo conflitto mondiale. Precisamente, il carattere inedito della nuova strada seguita è consistito: a) nel sospendere la logica giudiziaria; b) nel valorizzare la *confessione pubblica* quale presupposto di una «amnistia condizionata».

In proposito, il punto da sottolineare mi sembra risieda – innanzitutto – nel fatto che la sospensione della logica giudiziaria sia stata fatta oggetto di una esplicita previsione costituzionale, e ciò sul duplice piano della costituzione formale e materiale: per cui si conferma, da questo punto di vista, come tanto esercitare, quanto non esercitare la repressione penale sia questione che in verità attiene al processo costituente di un nuovo ordine politico-giuridico. Non a caso, la tesi di Lollini è che un organo come la Commissione abbia appunto assolto un vero e proprio ruolo costituente nella nascita del nuovo ordinamento sudafricano<sup>27</sup>.

Ma mi preme, a livello di introduzione generale, mettere in evidenza qualche punto ulteriore (peraltro, avvalendomi sempre degli stimoli offerti dalla indagine di Andrea Lollini). E cioè, evidenzerei che la scelta tra esercizio dell'azione penale, e ricorso alla logica riconciliativa, ha implicazioni politico-simboliche di segno diverso. Nel senso – direi sinteticamente – che l'intervento repressivo-giudiziario reca con sé una impronta pur sempre *polemologica*: sotto il simbolo guerresco della spada (che si aggiunge significativamente a quello della bilancia), esso infatti divide, separa, discrimina tra colpevoli e innocenti, buoni e cattivi, amici e nemici. Sicché la giustizia penale così assolve – lo nota bene Lollini – la funzione primaria di espellere, occultare il corpo del reo dal tessuto sociale<sup>28</sup>. Ma essa allora finisce, di conseguenza, anche col riproporre politicamente e simbolicamente la frattura tra *vinti* e *vincitori*: e ciò non solo ha effetti politico-sociali rilevanti, ma incide al tempo stesso sul modo di elaborare la memoria collettiva del passato in termini pur sempre conflittuali.

<sup>26</sup> A. LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna, 2005.

<sup>27</sup> A. LOLLINI, *op. cit.*, p. 161 ss.

<sup>28</sup> A. LOLLINI, *op. cit.*, p. 163.

Il modello riconciliativo invece, con la sospensione della logica giudiziaria, persegue l'obiettivo politico-simbolico di promuovere «il consolidarsi dell'unità del corpo politico orientandosi all'inclusione piuttosto che all'esclusione dei singoli e dei gruppi»<sup>29</sup>: un obiettivo, dunque, più *irenico* che polemico.

7. Segue: *rapporti di possibile interazione tra strumenti – rispettivamente – giudiziari e extragiudiziari di elaborazione dei conflitti*

Sempre in considerazione delle esigenze di chiarimento sottese al seminario odierno, metterei in evidenza un altro punto in forma di interrogativo: quando si fa riferimento alla riconciliazione quale strumento extragiudiziario di elaborazione dei conflitti, ciò significa che si intendono rompere completamente i ponti con la giurisdizione penale?

In effetti, le soluzioni cosiddette alternative paiono potersi articolare nella prassi secondo differenti tipologie di rapporto con l'intervento giudiziario: nel senso che, mentre ci sono soluzioni che intendono mantenere un rapporto di connessione funzionale o di complementarità tra approccio riconciliativo e risposta penale, altri tipi di soluzione extragiudiziaria pretendono invece di essere del tutto alternativi rispetto al sistema di giustizia penale. Questa distinzione di modelli, forse più idealtipica che empirica, è esemplificabile facendo riferimento, da un lato, alla Commissione sudafricana e, dall'altro, alle esperienze di *mediazione penale* così come ad esempio concepite nel contesto italiano nell'ambito della giustizia minorile.

Quanto alla Commissione per la riconciliazione, sempre l'indagine di Lollini chiarisce infatti che il relativo funzionamento è stato caratterizzato da forme di complessa interazione con il sistema penale ordinario, e ciò almeno in un duplice senso. Per un verso, nel senso che la stessa possibilità di concreto funzionamento della Commissione, col sistema delle auto-denunce o confessioni individuali volontarie in uno spazio pubblico di memoria, sarebbe stata di fatto condizionata – almeno in parte – dalla minaccia e pressione esterna esercitata dall'esistenza di un sistema di giustizia penale idoneo a intervenire (in poche parole: se confesso dinnanzi alla Commissione, evito il processo e la condanna!)<sup>30</sup>. Per altro verso, nel senso che l'esercizio dell'azione penale «non viene negato *a priori*, ma è solo rimandato; essa verrà residualmente esercitata nei

<sup>29</sup> A. LOLLINI, *op. cit.*, p. 164.

<sup>30</sup> A. LOLLINI, *op. cit.*, p. 188 s.

confronti di coloro che non hanno risposto alla proposta 'redentiva'»<sup>31</sup>.

Orbene: nella sopra illustrata logica di rapporto tra riconciliazione e punizione, la primazia spetta alla Commissione rispetto al processo penale; ma il processo penale è complementare, sussidiario nel senso che esso appunto si attiva o può attivarsi nei confronti di quanti entro un certo periodo non confessano spontaneamente. Se così è, la logica giudiziaria non viene rinnegata ma rimane sullo sfondo: a monte o a valle dell'approccio riconciliativo. Da questo punto di vista, potrebbe allora sembrare che tra processo penale e procedura riconciliativa si instauri, al di là della interazione di cui si diceva, anche una sorta di rapporto di sostanziale equivalenza funzionale: ma, se così fosse, non finirebbe col ridimensionarsi il significato di vera alternativa politico-simbolica del ricorso alla Commissione? Vi sarebbe, in effetti, il rischio di degradare la soluzione extragiudiziaria a comodo succedaneo di quella giudiziaria consigliato da ragioni soprattutto pragmatiche, se non proprio opportunistiche: sul versante dei criminali, quale scappatoia per evitare le conseguenze più pesanti di un processo penale; e, sul versante delle istituzioni pubbliche, per evitare i maggiori costi e le maggiori difficoltà del processo penale.

Calcoli in termini di puro utilitarismo dovrebbero, almeno in linea teorica, esulare invece dall'orizzonte della giustizia riparativa e, in particolare, della mediazione penale così come finora praticata nelle esperienze nostrane sperimentate nell'ambito della delinquenza minorile. In quest'ambito, il ricorso alla mediazione pretende infatti di essere, più che una strada preferibile sul piano della mera convenienza, una vera alternativa rispetto al processo penale sul piano degli obiettivi perseguiti, dei significati esperienziali e dei vissuti interiori degli autori e delle vittime dei reati. Com'è noto, scopo fondamentale della mediazione è quello di promuovere una elaborazione del conflitto interpersonale scaturente dal fatto criminoso, orientata a ricostituire un rapporto comunicativo tra autore e vittima nel segno della reciproca comprensione e sfocante, alla fine, nella riconciliazione<sup>32</sup>. Certo, può apparire paradossale che la mediazione penale ambisca a essere qualche cosa di assolutamente diverso, sul piano qualitativo, rispetto al processo, nonostante essa prenda origine e si sviluppi in un contesto che è pur sempre quello di una vicenda criminosa e di un procedimento giudiziario. Sicché, tende a riproporsi il dubbio se

<sup>31</sup> A. LOLLINI, *op. cit.*, p. 202.

<sup>32</sup> Nell'ambito dell'ormai copiosa letteratura in tema di mediazione ci limitiamo a segnalare G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003.

la pretesa di radicale alternatività rispetto al processo rimanga una presunzione ideologica, più di quanto non riesca a tradursi in dato di realtà.

È auspicabile che dubbi siffatti, così come altre questioni di fondo e altri interrogativi prospettati nell'ambito di queste ormai lunghe considerazioni introduttive, siano fatti oggetto di discussione approfondita e chiarificatrice grazie ai contributi dei numerosi e prestigiosi relatori che prenderanno la parola nell'odierno seminario.



prof. GLAUCO GIOSTRA  
Università di Roma "La Sapienza"

## PROCESSO PENALE E MASS MEDIA

SOMMARIO: 1. La fiducia nella giustizia quale bene irrinunciabile per ogni collettività democraticamente organizzata: il ruolo dell'informazione. – 2. Le pericolose suggestioni del processo mediatico. – 3. Le potenzialità, i rischi e le distorsioni della pubblicità mediata. – 4. Le ricadute sul singolo processo e sul sistema. – 5. L'irrinunciabile funzione della cronaca giudiziaria: precondizioni per una buona informazione.

### 1. *La fiducia nella giustizia quale bene irrinunciabile per ogni collettività democraticamente organizzata: il ruolo dell'informazione*

Ogni collettività democraticamente organizzata ha vitale bisogno di credere nella sua giustizia. Si può arrivare a dire che per la tenuta sociale di un Paese la fiducia dei consociati nella giustizia è almeno altrettanto importante del modo stesso in cui viene effettivamente amministrata.

Qualunque consorzio umano – inesorabilmente stretto tra la necessità di giudicare e punire i comportamenti ch'esso ritiene incompatibili con la sua sopravvivenza e l'impossibilità di conoscere la verità, come la soddisfazione di quest'imprescindibile esigenza postulerebbe – da sempre individua i soggetti e le procedure che, nel contesto storico-culturale dato, sono percepiti come il modo migliore per approssimarsi alla verità e per *ius dicere*. Attività, quest'ultima, che appunto altro non designa se non quell'itinerario cognitivo che consente ad un soggetto artificialmente "terzo" di passare dalla *res iudicanda* alla *res iudicata*, e, soprattutto, alla collettività di accettare quest'ultima *pro veritate*. Lo stesso destinatario della decisione, partecipando al procedimento giurisdizionale e in tal modo riconoscendo validità alle norme che lo regolano e legittimazione al giudice chiamato a pronunciarsi, si priva della possibilità di creare consenso e di formare alleanze sociali, economiche, etniche o politiche a sostegno dei suoi interessi o dei suoi obiettivi.

L'accettazione dei responsi decisionali emessi al termine di un procedimento condiviso, dunque, permette di conseguire un obiettivo socialmente irrinunciabile: l'assorbimento dei rischi di radicalizzazione e di aggregazione del dissenso. Ciò avviene, certo, per un processo di interiorizzazione delle

norme sociali convenute (Durkheim, Parsons), ma non può prescindere dalla riconosciuta legittimazione di certe procedure di risoluzione dei conflitti, che non induce tanto un consenso attivo alla singola decisione, quanto un diffuso adeguamento della generalità dei cittadini, che emargina e rende socialmente irrilevante il dissenso delegittimante (Luhmann). Di qui, l'insostituibile funzione di disinnesco politico del conflitto svolta dal fiducioso affidamento delle controversie al procedimento giurisdizionale. Di qui, il ruolo di integrazione sociale esercitato dalla conoscenza collettiva delle "epifanie giudiziarie" del diritto.

La credibilità e la funzione di "collante" culturale della giurisdizione poggiano su una circolarità virtuosa, che in termini elementari potrebbe essere così riassunta: il potere legislativo fissa le regole della convivenza e il procedimento per accertarne la violazione; un organo "terzo", a ciò preventivamente deputato per legge, applica le norme nel caso concreto; la collettività controlla il modo in cui si amministra giustizia in suo nome e lo valuta, in genere orientata dalla propria elite culturale, cioè dalla «sfera pubblica», intesa come il complesso di attività di quei consociati i cui giudizi, commenti, suggerimenti, critiche, richieste, manifesti culturali sono in grado di influenzare l'opinione pubblica e la classe politica (Habermas, Pizzorno); se insoddisfatta, la collettività cambia – per il tramite dei suoi rappresentanti politici – le regole che fissano i comportamenti di intollerabile disvalore sociale o il procedimento per accertarne la commissione. Si riattiva così il moto circolare che esprime la vitalità democratica e civile di un Paese. Ciò postula che la collettività possa conoscere il suo modo di rendere giustizia. Poiché questa viene percepita soprattutto per come appare, ed appare soprattutto per come è rappresentata dai mass media, è sul loro ruolo che occorre focalizzare l'attenzione.

## *2. Le pericolose suggestioni del processo mediatico*

I momenti di intersezione tra processo penale e informazione si collocano su due piani distinti.

Possiamo intendere il loro rapporto nel senso di "informazione sul processo", interrogandoci su quali siano gli effetti, le ripercussioni, le ricadute della cronaca giudiziaria su di esso. I mezzi di comunicazione di massa, in quest'ottica, riferiscono ciò che la giustizia fa, la incalzano, la criticano o ne supportano l'azione. Ed è sulle implicazioni del ruolo dei media, come veicolo amplificante del fenomeno giurisdizionale, che intendo soffermarmi.

Ma c'è anche un'altra chiave di lettura del tema, cui non si può non far

cenno: dall'informazione sul processo si passa al processo celebrato sui mezzi d'informazione. Va sempre più prendendo piede, infatti, la tendenza a scimmiettare liturgie e terminologie della giustizia ordinaria, riproducendone alcune cadenze, alcuni passaggi procedurali, "pantografando" una sorta d'indagine giudiziaria per presentare all'opinione pubblica i risultati di questa messa in scena: un' "aula mediatica" che si costituisce come foro alternativo.

In effetti, le suggestioni, le possibilità di confusione e di commistione non sono poche, perché entrambe queste attività – quella del giudice ordinario e quella dell'operatore dell'informazione che allestisce la mimesi giudiziaria – tendono al medesimo fine, cioè a ricostruire un accadimento passato attraverso tracce, testimonianze, dichiarazioni, cose del presente. Bisogna, però, cercare di tenere sempre ben distinti i due fenomeni, perché sono sostanzialmente diversissimi: il processo giurisdizionale ha un luogo deputato, il processo mediatico nessun luogo; l'uno ha un itinerario scandito, l'altro nessun ordine; l'uno un tempo (finisce con il giudicato), l'altro nessun tempo; l'uno è celebrato da un organo professionalmente attrezzato, l'altro può essere "ufficiato" da chiunque. Ma vi sono anche differenze meno evidenti e più profonde. Il processo giurisdizionale seleziona i dati su cui fondare la decisione; il processo mediatico raccoglie in modo bulimico ogni conoscenza che arrivi ad un microfono o ad una telecamera: non ci sono testi falsi, non ci sono domande suggestive, tutto può essere utilizzato per maturare un convincimento. Il primo, intramato di regole di esclusione, è un ecosistema chiuso; il secondo invece è aperto, conoscendo soltanto regole d'inclusione; la logica dell'uno è una logica accusatoria, quella dell'altro, inquisitoria. Nel primo ci sono criteri di valutazione, frutto della secolare sedimentazione delle regole di esperienza; nel secondo, invece, valgono l'intuizione, il buon senso, l'emotività. Il processo giurisdizionale obbedisce alla logica del probabile, il processo mediatico a quella dell'apparenza. Nell'uno, la conoscenza è funzionale all'esercizio del potere punitivo da parte dell'organo costituzionalmente preposto; nell'altro, serve a propiziare, e spesso indurre, un convincimento collettivo sulle responsabilità di fatti penalmente rilevanti. Nel primo, il cittadino è consegnato al giudizio dei soggetti istituzionalmente deputati ad amministrare giustizia; nel secondo, alla esecrazione della "folla" mediatica.

È innegabile, tuttavia, che, nonostante queste differenze siderali, non sempre l'utente riesce a distinguere i due fenomeni, e a coglierne i diversi significati, le diverse garanzie e il diverso grado di affidabilità. Ed anzi, quando li si pone a confronto, è la dimensione formale del processo ordinario – e quindi del suo prodotto, la sentenza – a risultare spesso meno comprensibile e meno

“vera”. Si registra, cioè, una certa insofferenza per la giustizia istituzionale, intessuta di regole e di limiti, a fronte del presunto accesso diretto alla verità, che sembra assicurato dall'avvicinamento di un microfono o di un obiettivo alle fonti. Liberata da ogni forma del procedere, quella fornita dai mass media sembra l'unica verità immediata. E con ciò si sconfinava nell'ossimoro, trattandosi invece della verità mediata per definizione e per eccellenza.

L'insidiosa idea, sottesa a questo *favor* per il processo celebrato sui mezzi di informazione, è che il miglior giudice sia l'opinione pubblica. Questa idea ne evoca un'altra: il sogno della democrazia diretta, della gestione della *res publica* da parte dei cittadini senza l'intermediazione della rappresentanza politica. E forse appartiene alla medesima matrice culturale anche la congettura, circolata con immeritata fortuna ancora di recente in Italia, secondo cui un imputato votato dalla maggioranza dei cittadini è innocente per definizione o comunque non processabile, perché, se il popolo-giudice sceglie di farsi rappresentare da un certo soggetto, evidentemente l'ha giudicato penalmente irresponsabile.

Sarebbe bene, al contrario, tenere ferma almeno una convinzione: il processo reso nell'*agorà* mediatica, in cui il giudice è l'opinione pubblica, ha a che fare con la giustizia quanto un potere politico, che debba rispondere soltanto al popolo e ai sondaggi, senza mediazioni e contrappesi istituzionali, ha a che fare con la democrazia: cioè nulla, assolutamente nulla.

### 3. *Le potenzialità, i rischi e le distorsioni della pubblicità mediata*

Ma, come anticipavo, vorrei particolarmente soffermarmi sull'altro tipo di rapporto tra processo e mass media. Vale a dire, sulla rappresentazione dello *jus dicere*, del modo di amministrare giustizia.

Ormai la pubblicità immediata, quel modo di recarsi in udienza per constatare come viene esercitata la giurisdizione, è di declinante attualità, perché oggi sono i fatti che vanno al soggetto e non più il soggetto che raggiunge il luogo dove essi avvengono. Fatalmente e irreversibilmente la pubblicità immediata viene sempre più surrogata dalla pubblicità mediata. Tuttavia, la tentazione di intendere questa come qualcosa di simile, di omologabile all'altra nasce soltanto da una fuorviante apparenza. Non foss'altro perché da cittadini scegliamo noi quali processi andare a seguire, partecipando alle udienze dibattimentali, mentre come lettori o telespettatori subiamo una selezione di quelli meritevoli di essere rappresentati, effettuata sulla base delle propensioni, delle sensibilità, delle inclinazioni di carattere culturale o ideologico

dell'operatore dell'informazione, degli interessi del proprietario del *medium* o anche di altri meno trasparenti fattori. Ad essere selezionate, poi, non sono soltanto le vicende giudiziarie; si scelgono anche quali notizie di esse debbano essere date e con quali modalità rappresentative.

Chi è in udienza decide se osservare il giudice, se fissare la sua attenzione sull'atteggiamento della persona offesa, se controllare particolarmente le reazioni emotive dell'imputato al momento di un confronto, se seguire con speciale cura una certa dichiarazione testimoniale o le delucidazioni offerte da un perito. Le modalità rappresentative dei processi, invece, obbediscono a scelte che nascono altrove e rispondono ad esigenze diverse. Esse dipendono da un'occulta cernita delle notizie non meno importante di quella relativa a "che cosa" riferire. L'interesse, commerciale o politico, ad offrire una certa rappresentazione di una determinata vicenda giudiziaria, peraltro, non comporta necessariamente un'adulterazione dei fatti.

Ma c'è una differenza di importanza ancora maggiore fra la pubblicità immediata e la pubblicità mediata: soltanto la seconda è interattiva. Mentre se andiamo ad assistere ad un processo non incidiamo sulle sue modalità di svolgimento e, tantomeno, sul suo epilogo, il modo in cui, invece, viene rappresentata l'amministrazione della giustizia dai mass media è circolarmente condizionato e condizionante rispetto all'oggetto rappresentato.

Si tratta di rilievo che acquista un significato del tutto particolare in realtà – come quella italiana – connotate da una vistosa sfasatura temporale tra il *clou* dell'informazione giudiziaria (che in genere riserva la massima attenzione alle prime indagini) e il *clou* del procedimento penale (che in genere insiste sul dibattimento). All'interno della giustizia visibile si registrano, in tal caso, due "velocità" molto dissimili: quella dell'amministrazione della giustizia e quella della sua rappresentazione massmediatica.

Da un lato, vi è l'"andatura" del processo, con i suoi tempi "geologici". Ipercriminalizzazione delle condotte antisociali, irrinunciabili garanzie processuali, croniche carenze strutturali ed organizzative, cultura del rinvio (funzionale ad accidie professionali e a interessi di parte) concorrono in una inestricabile e nefasta sinergia a far sì che la società che assiste alla punizione non sia quasi mai più la stessa che ha assistito al fatto-reato, né la persona che l'ha commesso più la stessa che è chiamata a risponderne.

Dall'altro, vi è l'incalzante rapidità dell'informazione. La notizia è ormai prodotto estremamente caduco: l'odierna eclissa quella di ieri ed è eclissata da quella di domani; è una realtà effimera e ad altissima deteriorabilità. Immaginiamo i mass media come un riflettore e il processo come una sorta di

lentissimo *tapis roulant*. Poiché l'attenzione della cronaca non si può soffermare sul processo penale per molto tempo, finisce per metterne in luce soltanto i primissimi passi: la parte iniziale del *tapis roulant*, che scorre sotto il suo occhio con esasperante lentezza.

Se così stanno le cose, è abbastanza intuitivo come i limiti di segretezza e i divieti di pubblicazione, che presidiano l'esigenza di "copertura" delle fasi iniziali delle indagini, subiscano non sostenibili pressioni da parte dei mass media: sui protagonisti e sulle comparse del procedimento penale – magistrati, polizia giudiziaria, personale ausiliario, parti, avvocati, consulenti, testimoni – si scaricano le incalzanti sollecitazioni dei giornalisti, che vogliono sapere tutto e subito, per dare in pasto la notizia ad una collettività, avida di informazione sui primissimi spezzoni di procedimento penale, in genere il naturale seguito di inquietanti notizie di cronaca nera.

E allora capita che i detentori delle notizie, più o meno disinteressatamente, rivelino informazioni riservate, tanto da far parlare addirittura di desuetudine con riguardo alle norme che tutelano la segretezza investigativa, a causa della loro generalizzata disapplicazione.

Emblematiche le motivazioni in genere addotte dai detentori della notizia per giustificare l'indebita rivelazione e dai giornalisti per giustificarne la non meno indebita pubblicazione.

I primi si trincerano sovente dietro ragioni di trasparenza, di corretta informazione su una controversa vicenda giudiziaria, di controllo da parte dell'opinione pubblica sul loro agire. Si tratta, nella migliore delle ipotesi, di motivazioni "concorrenti"; la verità è che l'indiscrezione giudiziaria non è mai disinteressata, quanto meno c'è dietro un'esigenza di autolegittimazione – comprensibile e in qualche misura condivisibile – del proprio operato. Altre volte si parla di "fuga di notizie", di cui non si sa bene quale sia stato il percorso. Sciascia notava quanto sia stravagante l'espressione "fuga di notizie" riferita a casi in cui all'indiscrezione la porta venga aperta dall'interno per consegnarla in fidate mani. Ed in effetti credo si possa dire – se mi è consentito esprimermi così – che i "bracconieri" della notizia, cioè i giornalisti, possano spesso contare su non poche compiacenze da parte delle "guardie forestali"; ossia, per uscire dalla metafora, dei magistrati e della polizia.

I giornalisti, da parte loro, quando divulgano in violazione del divieto di pubblicazione, si giustificano officinando sull'altare della libertà di stampa: «abbiamo il dovere di pubblicare tutto e subito quello di cui veniamo a conoscenza» è l'immane *refrain*. Tuttavia, gli intellettualmente onesti non possono non provare un qualche imbarazzo quando viene invocato solennemente

il dovere di informare la collettività per giustificare l'intempestiva propalazione della notizia che ha pregiudicato irreversibilmente delicatissime indagini. Sanno che nella corsa ad anticipare di qualche ora o di qualche giorno la divulgazione della notizia si nascondono meno nobili fini, che, spesso, hanno più a che fare con interessi commerciali; con l'esigenza soprattutto, per dirla in gergo giornalistico, di non "bucare la notizia", poiché l'operatore dell'informazione sa che se si astiene dal pubblicarla subito, rispettando la norma, non altrettanto farà il collega della testata concorrente.

Dietro questa propensione a voler pubblicare tutto, subito e comunque, c'è forse in molti casi una sorta di subliminale volontà "risarcitoria": sapendo di non essere in grado – per mancanza di tempo, di professionalità o per condizionamenti politico-economici – di offrire alla collettività notizie alacramente cercate, scrupolosamente riscontrate, sapientemente collegate, criticamente analizzate, il giornalista tende, per così dire, a "compensare" il lettore pubblicando tutto e subito.

Vi è un rapporto di stretta interdipendenza tra la professionalità del cronista ed una informazione giudiziaria all'altezza del suo alto compito istituzionale. Non solo nel senso, un po' scontato, che il giornalista culturalmente attrezzato è in grado di fornire una cronaca di maggiore livello qualitativo e tecnicamente più sorvegliata, come per ogni altro settore specialistico dell'informazione. La scarsa preparazione giuridica della stragrande maggioranza degli addetti all'informazione giudiziaria è, insieme al prevalere della logica mercantile sul senso di responsabilità e sull'etica professionale, la causa primaria dell'innegabile deformazione che la giustizia reale subisce nel suo momento divulgativo. L'inavvertita valenza tecnica del fenomeno processuale favorisce una informazione-spettacolo, che tende a presentare i fatti in forma personalistica e sensazionalistica, sovente con grave adulterazione del valore di taluni atti o momenti dell'accertamento giurisdizionale, bisognoso invece di una accorta mediazione tecnica.

Soprattutto, però, si deve considerare che una profonda consapevolezza dell'effettivo significato processuale dell'attività giudiziaria permetterebbe al giornalista di affrancarsi dalla sua fonte, nel senso che gli consentirebbe di non essere soltanto il suo passivo megafono, ma di valutare, apprezzare e correlare ad altre conoscenze in suo possesso le notizie che gli vengono non disinteressatamente fornite. Probabilmente, proprio a causa del lamentato *deficit* di preparazione specialistica, il giornalismo giudiziario finisce sovente per trasmettere tantissime notizie e pochissima conoscenza in ordine alle cose della giustizia: il vero antidoto al segreto, infatti, non è l'accumulo delle notizie, ma l'intelligenza

critica della vicenda giudiziaria. Quando vengono offerti mille dati sfilacciati e asincroni, disordinati fotogrammi di un procedimento penale, senza spiegare come sono tra loro legati, che cosa significhino, perché non si vuole o non si sa spiegarlo, di certo gli interessi politici che stanno dietro al segreto non sono sconfitti; anzi, forse sono tutelati in altro modo. Le innumerevoli informazioni casualmente affastellate creano soltanto l'illusione di avere un'adeguata comprensione del fenomeno giudiziario. La collettività, attraversata dal gioco vorticoso delle notizie, satura di informazione, ma povera di conoscenza, assuefatta e stanca, dimentica e distratta, finirà per rinunciare ad esercitare qualsiasi discernimento critico. L'importante, per combattere i coni d'ombra, è fornire chiavi di lettura e quindi collegare le informazioni tra di loro, spiegarle e, anche se faziosamente, interpretarle, dando la possibilità al lettore di fare altrettanto.

#### *4. Le ricadute sul singolo processo e sul sistema*

Se questa è la situazione, vale la pena analizzare le distorsioni che essa determina nel singolo processo e nel sistema.

Lo scontro giudiziario in alcuni processi importanti – per l'imputato o per il fatto di reato – si sposta sui mass media. Si tratta di un contraddittorio spurio, volto non già a convincere il giudice, ma l'opinione pubblica e, per questa via, a condizionare il giudice. Un contraddittorio spesso scorretto, sempre sbilanciato, i cui esiti dipendono da quanto siano introdotte le parti nel circo massmediatico e da quanto sappiano spregiudicatamente gestirne le potenzialità. Comunque asimmetriche sono le rispettive basi di partenza: in genere, l'accusa è detentrica di un numero più cospicuo di informazioni, ma è vincolata ad una maggiore riservatezza, mentre la difesa dispone di un minor numero di informazioni, ma gode di una più ampia libertà di esternazione.

L'accusa, talvolta, prende l'iniziativa di gestire il suo ruolo anche sui mass media, talaltra è costretta a farlo per "giocare di rimessa" rispetto ad una analogia scelta della difesa, che altrimenti sarebbe lasciata libera di occupare il proscenio massmediatico, fornendo una ricostruzione "monoculare" della vicenda giudiziaria. Il gioco dell'accusa al tavolo dell'informazione può assumere forme diverse (rilascio di interviste, conferenze stampa, governo dell'indiscrezione giudiziaria), ma è sempre più o meno consapevolmente proiettato a finalità di autolegittimazione del proprio operato ed è spesso foriero di distorsioni. Intollerabile, e censurata anche dalla Corte di Strasburgo (Allenet de Ribemont c. Francia, 10 febbraio 1995) quella consistente nel rappresentare l'indagato o l'imputato come sicuro colpevole del crimine addebitatogli.

Anche la difesa, per propria iniziativa o per reazione, si muove sul palcoscenico mediatico quando la notorietà del fatto o dell'imputato, da un lato, e le proprie entrate nel mondo dell'informazione, dall'altro, glielo consentono. Con minori vincoli alle sue esternazioni, la difesa si ripropone di far vacillare l'impianto accusatorio, screditando l'attendibilità degli elementi a carico ed enfatizzando quelli a discarico. Iniziativa legittima e, anzi, persino doverosa per un difensore, quando sia costretto a contrastare un'offensiva mediatica dell'accusa.

Quello che invece va censurato, ed anche recisamente, è un malvezzo, che si è registrato negli ultimi anni in Italia, per la verità soltanto da parte di alcuni avvocati, di screditare non già l'accusa, ma l'accusatore; di ricorrere a quelli che i retori medievali chiamavano *argumenta ad hominem*, cioè argomenti contro le persone, quando non si hanno *argumenta ad rem*, cioè argomenti sulle cose, sulle prove portate a sostegno di una determinata tesi.

Non che «la libertà di espressione non valga anche per gli avvocati, i quali hanno certamente il diritto di pronunciarsi pubblicamente sul funzionamento della giustizia ed anche in modo critico, severamente critico, ma non debbono varcare certi limiti», abbandonandosi a censure rivolte a singoli magistrati che per genericità, gravità e tono risultano incompatibili «con il contributo che gli avvocati sono chiamati ad apportare alla fiducia del pubblico nella giustizia» (Corte eur. dir. uomo, Schöpfer c. Svizzera, 20 maggio 1998).

Si ha la sensazione che, in genere, quando lo scontro processuale si sposta sui mezzi di informazione, i più corretti tra i suoi protagonisti del processo siano i più svantaggiati e che quindi le sorti di un processo, almeno a livello massmediatico, dipendano da fattori affatto diversi dalla consistenza delle prove a carico o a discarico. Non è difficile cogliere quale affidamento possa offrire un giudizio, il cui esito può dipendere dalla telegenia di uno dei protagonisti o dalla compiacenza di un conduttore televisivo.

Veniamo alle distorsioni sul sistema. Se è vero che le leggi dell'offerta e della domanda "costringono" gli operatori dell'informazione a concentrarsi soltanto sullo stadio iniziale del procedimento penale, gli atti d'indagine finiscono per caricarsi di una attendibilità, peggio, di una parvenza di definitività che non debbono avere. Ci si va perniciosamente abituando ad equazioni mentali del tipo: informazione di garanzia = imputazione; rinvio a giudizio = condanna di primo grado; misura cautelare restrittiva = esecuzione di pena. Certo, tutti sappiamo che l'unica vera giustizia è quella istituzionale, l'unico accertamento meritevole di essere assunto *pro veritate* è quello contenuto in una sentenza emessa al termine di un giusto processo giurisdizionale. Ma

càpita un po' per la giustizia ciò che i meteorologi ci spiegano per il caldo: l'importante non è la temperatura misurata dai termometri, bensì quella percepita. E la "giustizia percepita" rischia di essere quella – più facilmente e direttamente fruibile – dispensata dalla carta stampata o dal tubo catodico. Tutto ciò determina rilevanti effetti distorsivi.

Il controllo sociale, che dovrebbe essere esercitato con lo strumento della norma penale, si sposta fatalmente dalle fattispecie incriminatrici agli istituti del processo, utilizzati in modo improprio come mezzi di prevenzione speciale.

Nella professione forense, sono *a la pàge* avvocati verbalmente aggressivi e ben introdotti nel mondo dell'informazione. Il valore professionale di un avvocato, per lo meno a certi livelli, non si misura più sulla sua competenza, ma sui *decibel* della sua facondia oratoria, sul grado di ringhiosità che sa manifestare nella gestione mediatica del processo.

Ma vi è un effetto negativo più generale e soprattutto più preoccupante per la democrazia: noi subiamo, raramente avendone la consapevolezza, una doppia selezione delle vicende giudiziarie. Ci vengono rappresentati attraverso i mass media soltanto quei processi dei quali qualcuno ha avuto interesse a far trapelare determinate informazioni: chi ha le notizie ancora segrete le passa ai mezzi di comunicazione in base a scelte imperscrutabili, ma, abbiamo visto, difficilmente disinteressate. Tra questi processi, poi, il giornalista opera una seconda selezione, stabilendo di quali parlare, come e per quanto tempo. Quelli di cui veniamo informati sono un'infima percentuale dei processi celebrati e ciò può generare il rischio di una distorsione nella formazione della volontà politica. Beninteso, un fisiologico scarto tra giustizia normativa (quella dei codici), giustizia reale (quella amministrata nelle aule dei tribunali) e giustizia rappresentata (quella raccontata sui mezzi di informazione) è nelle cose; è un dato presente in tutti gli ordinamenti. Se però tra la realtà della giustizia amministrata e la rappresentazione che ne viene fornita si registra uno iato vistoso, l'interposizione dei media altera il circuito democratico, di cui si diceva all'inizio. Va da sé che ove si descriva qualcosa di sensibilmente diverso da quello che è, allora la dinamica democratica è alterata, perché la collettività solleciterà riforme o si asterrà dal farlo non in base al fenomeno reale, bensì al fenomeno che le viene rappresentato. Se poi il potere politico potesse controllare l'informazione, si troverebbe nella condizione (fausta per lui, infausta per la democrazia) di farsi sollecitare dalla collettività le riforme che esso stesso auspica: sarebbe sufficiente che i mass media di cui direttamente o indirettamente dispone fornissero una rappresentazione del crimine e dei processi funzionale allo scopo.

### *5. L'irrinunciabile funzione della cronaca giudiziaria: precondizioni per una buona informazione*

Quanto precede può forse contribuire a spiegare, ma non certo a giustificare, né tantomeno a condividere, la tendenza a misconoscere la funzione di controllo esercitata dall'opinione pubblica sul modo di amministrare giustizia. Funzione sostenuta con sempre più flebile convinzione, se non con malcelato scetticismo, dagli stessi propugnatori di una giustizia garantita, trasparente e partecipata: quasi si trattasse di uno slogan, che suona bene ma significa ormai poco.

Di fronte ad un fenomeno complesso, proteiforme e dilagante come quello dell'informazione di massa, il riaffermare la funzione di controllo svolta dalla pubblicità processuale suscita talvolta la degnata attenzione, che si riserva alle verità ormai sopravvissute a se stesse: un'eredità ingombrante di cui bisognerebbe avere il coraggio culturale di disfarsi. In effetti, una concezione incentrata sul riconoscimento di una funzione critica dell'opinione pubblica, quando la sociologia delle comunicazioni di massa ha dimostrato che nello Stato sociale moderno l'uso manipolato e manipolativo dell'informazione mira alla produzione e al controllo del consenso (Habermas), può sembrare frutto di un'impostazione vetero-liberale, sopravanzata dall'evoluzione politica, sociale e tecnologica.

Lo scadente profilo qualitativo di larga parte dell'informazione giudiziaria, il protagonismo e il sensazionalismo da essa indotti, l'uso distorto e strumentale cui spesso si presta, la modesta incidenza dei suoi fruitori sulla risoluzione dei mali della giustizia hanno finito per fiaccare le attese riposte nel «tribunale della pubblica opinione» e indotto a dimenticare, tra l'altro, gli effetti benefici derivanti dalla sua stessa esistenza: risponde ad una elementare regola di psicologia comportamentale, infatti, che la sola prospettiva di una verifica esterna del proprio operato dissuade quasi sempre da deviazioni ed abusi nell'esercizio del potere conferito.

Né questa azione preventiva è l'unico effetto positivo collegabile alla pubblicità del processo. Quotidiani sono gli esempi di iniziative giudiziarie coraggiose intraprese o portate a termine grazie al sostegno della stampa; di denunce da parte dei mass media dell'uso improprio degli strumenti processuali; di contributi decisivi alle indagini riportati, suggeriti o raccolti dagli organi di informazione; di insabbiamenti o torbide manovre diversive smascherati da inchieste giornalistiche.

Il problema, tuttavia, sarebbe mal posto, se si riducesse ad una comparazione – peraltro, soggetta ad alterne fortune – dei vantaggi e degli svantaggi

conseguenti all'accesso della pubblica opinione alla giustizia penale. Questo accesso, infatti, non si pone in termini di opportunità, ma di necessità politica: per un ordinamento democratico moderno, prima ancora che essere utile una giustizia pubblica, è inconcepibile una giustizia segreta. Sottratta ad una efficace forma di *controllo da parte della società*, la repressione penale, che è il più incisivo mezzo di *controllo sulla società*, sviluppa fatalmente l'aspetto deteriore di quella politicITÀ che le è connaturale, divenendo pericoloso strumento di affermazione di parte. Il valore della pubblicità della giustizia penale, quindi, non va misurato soltanto sugli effetti che essa in concreto propizia, ma sulla gravissima involuzione civile e democratica che la sua assenza comporterebbe.

Niente, certo, ci può mettere al riparo dal rischio che la cronaca giudiziaria sia di volta in volta approssimativa, scandalistica, servile, lacunosa, allarmistica, diffamatoria; vi sono, tuttavia, condizioni legislative, professionali e culturali, che possono contenere un tale rischio in termini di accettabile marginalità statistica.

È anzitutto necessario che vi sia una credibile disciplina del segreto processuale: una normativa, cioè, che lo limiti a casi eccezionali, in cui la diffusione della notizia giudiziaria potrebbe pregiudicare l'accertamento della verità o ledere la riservatezza di un soggetto rispetto a circostanze processualmente irrilevanti. Delimitato nel modo più restrittivo possibile l'ambito del segreto, bisogna che l'ordinamento ne presidi con opportuni accorgimenti l'osservanza e ne sanzioni severamente l'inosservanza. Ma è necessario, altresì, che tutto ciò che è divulgabile sia liberamente accessibile al giornalista – in linea oltretutto con i principi 4 e 5 enunciati nella R (2003)13 del Consiglio d'Europa – per evitare privilegiati collegamenti “carsici” tra operatori della giustizia e operatori dell'informazione, sempre sintomatici di non disinteressate compiacenze.

Quanto sia importante che la professionalità del cronista giudiziario risulti connotata da un'alta qualificazione specialistica, si è già detto: da un lato, essa lo emancipa dalla “lettura” interessata del dato processuale, fatalmente suggeritagli dalla fonte (magistrati del pubblico ministero, polizia giudiziaria, avvocati); dall'altro, lo mette in grado di proporre una ricostruzione della vicenda giudiziaria, ricomponendo criticamente il mosaico delle notizie processuali, altrimenti “mute”, ove singolarmente fornite e lette. Tutte le pur necessarie condizioni per una cronaca all'altezza del suo relevantissimo compito istituzionale saranno insufficienti, sino a quando i suoi artefici difetteranno di una specifica attrezzatura culturale e di una spiccata consapevolezza del ruolo.

Di intuibile rilievo, infine, è l'habitat culturale in cui opera l'informazione giudiziaria. Se la collettività-utente è consapevole della precarietà di alcune

notizie e della provvisorietà di alcuni dati processuali, se è educata a cercare un'intelligenza non superficiale delle vicende giudiziarie, se sa smalziatamente confrontare più organi di informazione, non solo minimizzerà i danni di una cattiva stampa, ma costituirà un incentivo ad un costante miglioramento del prodotto informativo. A questo punto, ovviamente, il discorso assume un andamento circolare: i media sono influenzati dall'opinione pubblica e al tempo stesso la influenzano, subendone e creandone le aspettative, in una feconda osmosi culturale. Anche se un giornalismo avvertito dovrebbe sempre cercare di offrire qualcosa in più di quanto i suoi fruitori si accontenterebbero di ricevere.

L'importante è aver sempre chiaro che sarebbe nefasto pensare di porre restrizioni alla libertà di stampa – foss'anche quella, di tutte la più ipocrita, di riferire soltanto i fatti, privi di commento – per scongiurare il pericolo che possa condizionare negativamente l'opinione pubblica. L'unico serio antidoto ad un'informazione inadeguata o, peggio, manipolatrice delle coscienze è un'informazione libera e plurale; è il pluralismo delle faziosità. Di questo infatti, tra tante incertezze, si deve essere profondamente convinti: i mali della libertà di stampa – e ce ne sono di seri – si curano soltanto per via omeopatica, con incrementi ulteriori della stessa libertà.



**Dibattito:**

*La soggezione del giudice alla legge:  
un principio ancora attuale?*



prof. Dres. WINFRIED HASSEMER  
Vicepresidente del Bundesverfassungsgericht

## METODOLOGIA GIURIDICA E PRAGMATICA GIUDIZIARIA<sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. Metodologia giuridica, democrazia parlamentare e divisione dei poteri nello stato di diritto. – 2. Il sogno della rigosità della regola. - 2.1. Vincolo della legge e metodo. - 2.2. Stato legislativo e stato giudiziario. – 3. Fine del sogno. - 3.1. Carta e realtà. - 3.2. Logica giuridica: metodi della derivazione. - 3.2.1. Univocità e completezza. - 3.2.2. Comprendere e decidere. - 3.2.3. La pochezza della deduzione. – 4. Motivi e questioni. - 4.1. Programmi informali. - 4.1.1. Regole. - 4.2. Individuazione del diritto e giustificazione. - 4.3. Situazioni professionali. - 4.3.1. Situazioni giuridiche. - 4.3.2. Settings. – 5. Conclusione.

### 1. *Metodologia giuridica, democrazia parlamentare e divisione dei poteri nello stato di diritto*

Recentemente il mio stimato collega Bernd Rüthers – forse addirittura nell’ambito di questa serie di conferenze nel maggio dell’anno scorso?<sup>1</sup> – in due pubblicazioni<sup>2</sup> ha proseguito le sue precedenti ricerche pionieristiche sul significato del metodo giuridico e del diritto giudiziario per la relativa condizione dello stato e della società<sup>3</sup>, ha demolito la nozione di «interpretazione oggettiva»<sup>4</sup> e in tal modo, allo stesso tempo, la comprensione metodologica dei giudici superiori nella Repubblica federale<sup>5</sup>. Entrambi i testi dispongono della

\* Conferenza tenuta allo *Interdisziplinäres Forum Franken. Theorie und Praxis des innerjuristischen Diskurses*, presso l’Università di Erlangen/Norimberga l’8 giugno 2006. Traduzione dal tedesco a cura del Dr. jur. Domenico Siciliano, già pubblicata in *Ars interpretandi*, 2006.

<sup>1</sup> B. RÜTHERS, *Methodenrealismus*, conferenza tenuta il 12 maggio 2005 a Bayreuth (*Interdisziplinäres Forum Franken*).

<sup>2</sup> B. RÜTHERS, *Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz*, in *Juristen Zeitung*, 61 (2006), n. 2, p. 53 ss.; ID., *Geleugneter Richtersstaat und vernebelte Richtermacht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 58 (2005), n. 38, p. 2759 ss.

<sup>3</sup> In particolare B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen, 2005; ID., *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluß des Richterrechts*, Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, 2003; ID., *Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, München, 2005<sup>2</sup>.

<sup>4</sup> Questo è il punto focale dell’articolo pubblicato nella *Juristen Zeitung*.

<sup>5</sup> Questo è il punto focale del commento nella *Neue Juristische Wochenschrift*; cfr. in dettaglio *ivi*, a p. 2759 in nota.

robusta chiarezza che ci si attende dagli interventi di R uthers e portano ampiamente oltre lo stretto circolo del ragionamento metodologico nel terreno di democrazia, legislazione e giurisprudenza. Essi sono testi chiari, brevi, spigolosi e non edulcorati dalla ritrosia a criticare con asprezza le opinioni altrui. Pertanto si adattano bene a essere contraddetti. Questo voglio fare<sup>6</sup> e indagare sulle fonti, i presupposti e le possibilit  del vincolo del giudice alla legge.

R uthers considera la metodologia giuridica come una forza; egli vede in essa niente meno che la garanzia per la divisione dei poteri e per lo stato di diritto<sup>7</sup>. Egli registra e flagella numerose e molteplici violazioni, distorsioni e malcostumi: (1) l'esistenza oscura della metodologia giuridica nella formazione dei giuristi; (2) un diritto giudiziario che prolifera ovunque; (3) un occultamento e una risignificazione di cambi di sistema e di ideologie di sistema; (4) una comprensione naif e astorica dei metodi giuridici nella letteratura della scienza giuridica, ma prima di tutto nella giurisprudenza<sup>8</sup>; e infine (5) la marcia trionfale del «metodo oggettivo»<sup>9</sup>.

Questo metodo sarebbe secondo R uthers «rozzamente ingannevole»; esso permetterebbe a chi applica il diritto di discostarsi a piacere e di nascosto dai riconoscibili fini della regolamentazione e delle norme legislative; esso violerebbe i principi costituzionali della democrazia parlamentare e della divisione dei poteri dello stato di diritto<sup>10</sup>.

Io affermo al contrario<sup>11</sup>: qui vengono enormemente sopravvalutate la vincolativit  nonch  l'efficienza della metodologia giuridica. Questa dottrina   inidonea come solo criterio dell'individuazione del diritto secondo i principii

<sup>6</sup> Mi concentro sull'articolo pubblicato nella *Juristen Zeitung*; l  ci sono gli argomenti. Il commento pubblicato nella *Neue Juristische Wochenschrift* ne   essenzialmente un'accentuazione.

<sup>7</sup> «Una metodologia giuridica dell'applicazione del diritto chiara, vincolante nei tratti fondamentali   uno strumento necessario di assicurazione della Costituzione per la garanzia della divisione dei poteri (stato di diritto!)» (R uthers, *Methodenrealismus*, cit., p. 53). «Le questioni di metodo sono questioni di costituzionalit . Esse riguardano la reale distribuzione del potere di porre le norme nello stato. Le risposte a tali questioni decidono se la Repubblica federale diventer  uno stato di diritto democratico o uno stato oligarchico dei giudici» (*ivi*, p. 60). Queste sono la prima e l'ultima ipotesi del suo articolo.

<sup>8</sup> *Ivi*, p. 53 ss.

<sup>9</sup> *Ivi*, p. 57 ss., 60.

<sup>10</sup> Dal riassunto in R UTHERS, *Methodenrealismus*, cit., p. 60. Critico nella stessa direzione anche W. NAUCKE, *Der Nutzen der subjektiven Auslegung im Strafrecht*, in ID., *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*, Frankfurt a.M., 1999, p. 45 ss.

<sup>11</sup> Il che mi riesce tanto pi  facile quanto pi  so di avere lo stesso scopo di R uthers: il miglioramento del vincolo del giudice alla legge.

dello stato di diritto in un sistema giuridico codificato; per questo fine sono disponibili altri mezzi.

## 2. Il sogno della rigorosità della regola

### 2.1. Vincolo della legge e metodo

Il sogno di un metodo giuridico strettamente dedotto da regole, che traspone le indicazioni della legge in modo affidabile nelle decisioni dei giudici è antico come la legge stessa e non è molto originale<sup>12</sup>. Questo sogno ha in effetti un motivo cogente: un sistema giuridico come il nostro, che si organizza tramite codificazioni, che cioè mette per iscritto le indicazioni di contenuto delle decisioni giuridiche, invece di lasciarle sviluppare di caso in caso a coloro che sono autorizzati a decidere, un tale sistema giuridico si è deciso, con la sua scelta per la codificazione, allo stesso tempo e inderogabilmente per il vincolo del giudice alla legge. A che cosa dovrebbe infatti servire la legge se essa non si prolunga nella decisione per cui essa deve valere? Tutto il resto avrebbe in effetti il sapore dell'inganno e del gioco frivolo: in un sistema di diritto codificato, che distingue tra legislazione e giurisprudenza, il vincolo del giudice alla legge è senza alternative. La legislazione genera vincolo alla legge.

Consequenzialità sistemica e serietà normativa – due forti pilastri della nostra attuale cultura giuridica<sup>13</sup> – obbligano a questa connessione tra legislazione e vincolo alla legge. Per questo la Legge Fondamentale<sup>14</sup> e la legge sull'ordinamento giudiziario<sup>15</sup> hanno giustamente prescritto la soggezione del giudice alla legge in un luogo di spicco, e pertanto noi non discutiamo mai il postulato del vincolo alla legge, ma solo la via per produrre tale vincolo. Questa distin-

<sup>12</sup> Ho riassunto brevemente e provato questo in W. HASSEMER, *Rechtssystem und Kodifikation. Die Bindung des Richters an das Gesetz*, in A. KAUFMANN-W. HASSEMER-U. NEUMANN (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg, 2004<sup>7</sup>, p. 251 ss.

<sup>13</sup> Che in teoria e prassi dell'individuazione del diritto e dell'argomentazione da parte dei giuristi possa anche andare del tutto diversamente si può studiare per esempio in D. SIMON, *Rechtsfindung am byzantinischen Reichsgericht*, Frankfurt a.M., 1973, p. 13 ss., 22 ss., dove si parla esemplarmente di criteri estetici.

<sup>14</sup> Art. 20 co. 3 (Vincolo a «legge e diritto»); art. 97 co. 1 («soggetti [i giudici: N.d.T.] solo alla legge»). La differenza nell'indicazione dell'oggetto condusse naturalmente subito a controversie di filosofia del diritto sul significato di «diritto» in questo contesto. Fondamentale sul punto e con molte indicazioni A. KAUFMANN, *Gesetz und Recht*, in ID., *Rechtsphilosophie im Wandel*, Köln, 1984<sup>2</sup>, p. 131 ss.

<sup>15</sup> § 1 («soggetta solo alla legge»).

zione tra il se e il come del vincolo alla legge è fondamentale per ogni riflessione e per ogni discorso sulla metodologia giuridica. Chi sovrappone la differenza tra il principio del vincolo alla legge da una parte e dall'altra parte le possibilità di garantire tale vincolo, e rimprovera a coloro che sono scettici circa il percorso per realizzare il vincolo alla legge (cioè con riguardo al metodo giuridico), di violare il postulato del vincolo alla legge e di porsi al di fuori della Costituzione, fa loro torto. Egli scambia la cattiva notizia con chi la porta<sup>16</sup>.

In breve: chi vuole delle leggi, deve volere il vincolo del giudice alle leggi. Di che tipo però possa essere questo vincolo, come esso debba essere attuato, questo sta su di un altro piano. Il primo piano si chiama Costituzione, stato di diritto e divisione dei poteri, il secondo si chiama metodologia giuridica e prassi interpretativa giudiziaria. Tali piani non sono identici l'uno con l'altro, sono però cresciuti legati assieme: il vincolo alla legge riesce tanto più, quanto più riesce il metodo giuridico, ed esso resta poi una promessa vuota se non si può trovare alcun metodo che possa mettere all'opera e assicurare in modo affidabile il vincolo. Da questo punto di vista – per quanto solo da questo punto di vista – un metodo giuridico ha un riferimento alla Costituzione, e ce l'ha un qualsiasi metodo, nella misura in cui è un metodo: senza regole dell'interpretazione della legge e dell'osservanza della norma da parte delle istituzioni che interpretano la legge non si produrrà vincolo alla legge. Per converso la Costituzione non prescrive la soggezione a un determinato metodo dell'interpretazione della legge, e non prescrive per nulla che un tale metodo debba essere trovato – in che modo poi?

## 2.2. *Stato legislativo e stato giudiziario*

Con ciò non è stato ancora chiarito molto. In particolare è aperta la que-

<sup>16</sup> Questo accade anche a Rüthers. In Rüthers, *Geleugneten Richterstaat*, cit., p. 2761, dove anch'io entro per una volta nel cono di luce della sua critica, egli commenta il principio da me formulato «Dal punto di vista del metodo, il giudice è libero nella scelta delle regole interpretative» in tal modo: «La Legge Fondamentale dice qualcos'altro: Il giudice è soggetto alla legge; egli deve scegliere il metodo che è conforme al precetto dell'interpretazione della legge. Il metodo "oggettivo", che rimuove ampiamente la volontà della legislazione, è altrettanto anticostituzionale come il principio di una libera scelta del metodo da parte del giudice». Questo addolora nel risultato e nella fondazione, ma non prova che l'inutilità di una ricerca di regole che potessero assicurare con rigore e in modo affidabile l'interpretazione delle leggi costituirebbe un'aggressione al vincolo alla legge, e con ciò una violazione della Costituzione. (Si può qui prescindere dal chiedersi se sia corretto mettere il timbro dell'anticostituzionalità su di una tesi metodologica). – Sub 3.3.2.3. svilupperò ancora una volta in questo contesto la tesi della libertà metodologica nella scelta delle regole interpretative.

stione di come debba essere approntato un metodo che corrisponda al meglio al postulato del vincolo, che quindi realizzi nel modo più fedele e traduca nella prassi giudiziaria il precetto costituzionale del vincolo alla legge. Questa domanda sul come del vincolo alla legge, cioè sulle possibilità di un metodo giuridico, non è triviale. La sua risposta non è infatti: più rigoroso è il metodo, più soddisfatta la Costituzione. Le cose non sono così semplici.

In verità molti tendono a una tale semplice risposta – e non solo da oggi. Essi seguono, per lo più senza dirlo, una concezione della divisione dei poteri che ha una tradizione del tutto rispettabile, ma anche del tutto miope; si tratta della concezione dello stato legislativo. Essi trascurano qui che lo stato legislativo ha avuto da sempre nello stato giudiziario un fratello nemico, che soltanto entrambi compongono l'intera famiglia e che sul rapporto tra i due ha avuto luogo un'ampia e profonda discussione<sup>17</sup>. Con essa ci si deve confrontare.

Ci si accorge dell'abbondanza delle possibilità di comprendere il «vincolo» del giudice alla legge<sup>18</sup> ovvero la sua «soggezione» alla legge<sup>19</sup> solo quando si connettono i concetti giuridici «vincolo» e «soggezione» con il loro oggetto, cioè la legge, invece di accennarvi semplicemente; se dunque ci si chiede seriamente se vi possa essere un metodo giuridico che sia in grado di assicurare il vincolo alla legge e che sembri avere questo metodo<sup>20</sup>. Questo presuppone che ci si accordi su ciò che nel nostro ordinamento giuridico può essere considerato «legge» e su quali siano le condizioni di possibilità dell'essere «vincolati», «soggetti» a tale oggetto<sup>21</sup>. Da ciò dipende in ultima analisi quale ruolo giochi il potere giudiziario nello stato di diritto caratterizzato dalla divisione dei poteri.

La domanda di teoria del metodo suonerebbe così: potrebbe uno stato giudiziario con determinati presupposti assicurare la divisione dei poteri nello stato di diritto meglio di uno stato legislativo? O potrebbe piuttosto essere consigliabile come garante del vincolo alla legge uno stato legislativo addolcito dal punto di vista dello stato giudiziario invece della sua variante brutale, e che tratti potrebbero avere questi addolcimenti, e come avrebbero effetto

<sup>17</sup> Ancora sempre meritevole di lettura e riflessione R. MARCIC, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat. Recht als Maß der Macht. Gedanken über den demokratischen Rechts- und Sozialstaat*, Wien, 1957.

<sup>18</sup> Art. 20 co. 3 GG.

<sup>19</sup> Art. 97 co. 2 GG.

<sup>20</sup> Vedi *infra*, par. 3.3.

<sup>21</sup> Per altre, simili classificazioni dalla tradizione di teoria della scienza e del diritto P. MASTRONARDI, *Juristisches Denken. Eine Einführung*, Bern, 2001<sup>2</sup>, p. 202 ss.

nella prassi della legislazione e dell'interpretazione della legge? Infine i sistemi che si sono decisi per un case law, per un diritto giudiziario, funzionano pure bene o male. Per uno scienziato in ogni caso sarebbe colposo non considerare fin da principio l'opzione dello stato giudiziario<sup>22</sup>.

Idee dello stato legislativo mostrano, come di riflesso i loro fratelli e le loro sorelle dello stato giudiziario, un'immagine unilaterale dell'interpretazione giudiziale della legge, dei suoi compiti e delle sue possibilità. Mentre concezioni dello stato giudiziario come la *Interessenjurisprudenz* o la Scuola del diritto libero (*Freirechtslehre*) considerano poco le disposizioni di legge e promettono giustizia solo grazie a un'autorità giudiziaria attiva e accorta, concezioni dello stato legislativo come la *Begriffsjurisprudenz* o il positivismo giuridico considerano l'autorità giudiziaria come una cosa neutrale che essenzialmente ha compiti di trasposizione e di concretizzazione, e si tiene fuori da ogni questione contenutistica di realizzazione giuridica.

Nel teatro dello stato legislativo i giudici si presentano come automi della sussunzione<sup>23</sup> che debbono leggere la legge e trasporre le sue indicazioni senza modifiche nella corrispondente realtà di vita. In questo contesto essi debbono astenersi strettamente da ogni aggiunta contenutistica a tali indicazioni. Dovessero destare l'impressione di aggiungere qualcosa alla legge nella loro attività di interpretazione, cadrebbero subito per il controllore dello stato di diritto legislativo nel sospetto di manipolazione anticostituzionale. Essi sono figure pallide e fedeli, non sono più della bocca della legge, essi sono semplicemente delle cerniere di collegamento. Decide la legge, non i giudici. Essa decide tramite i giudici: attraverso di essi.

Queste rappresentazioni conformi al principio dello stato legislativo dell'interpretazione giudiziale della legge sono degne di ogni onore. Esse non sono soltanto testimonianze di una seria e dotta radicalità della ricerca di un confine fermo alla comprensione e interpretazione delle leggi; esse portano in sé anche le migliori tradizioni del sogno di un apparato giudiziario che realizza i principi dello stato di diritto. Esse marcano i punti angolari e di svolta della nostra storia costituzionale, in cui si è deciso che la giurisprudenza è un'istituzione democratica, che lavora in pubblico e non allo scrittoio del

<sup>22</sup> Dalla più recente discussione sul diritto giudiziario: K. LANGENBUCHER, *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht. Eine methodologische Untersuchung zur richterlichen Rechtsfortbildung im deutschen Zivilrecht*, München, 1996.

<sup>23</sup> Esempio qui R. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a.M., 1986.

Gabinetto, che ciò che produce non è stato determinato tramite circoli segreti di grandi, cortigiani e pubblici funzionari, ma tramite il legislatore eletto, un'istituzione che si esprime in modo tale da poter anche essere compresa da tutti, così che ognuno può verificare se essa applica la legge o meno. La *Begriffsjurisprudenz*, il positivismo giuridico logico, le rappresentazioni della costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico e di concetti che possono generare da se stessi altri concetti in un processo puro, il sogno di una logica giuridica, che ammette solo concetti ben definiti e pertanto prescrive al giudice coscienziosamente un metodo rigorosamente deduttivo dell'utilizzo dei concetti – tutti questi progetti, rappresentazioni e teorie dell'agire del giudice<sup>24</sup> dello stato legislativo collegano asciutta erudizione con il sogno del vincolo riuscito alla legge. Collegano la rigidità delle regole con il controllo pubblico dell'agire del giudice. Queste sono tante promesse e a prima vista ciò sembra veramente buono.

### 3. *Fine del sogno*

#### 3.1. *Carta e realtà*

In verità solo a prima vista. Perché non si tratta di più che di un sogno. Le rappresentazioni conformi al modello dello stato legislativo dell'interpretazione della legge da parte del giudice librando passano davanti alle legalità cui ogni rapporto con testi legislativi è soggetto senza possibilità di deviare. Esse inoltre non colgono le condizioni di lavoro cui necessariamente è sottoposta una comprensione dei testi come quella cui è tenuto il giudice.

Se si considerano un po' più precisamente tali legalità e condizioni di lavoro, allora anche il sogno di uno stato legislativo dalle regole rigorose perde ben presto il suo fascino; ci si accorge che esso ha poco a che fare con la realtà che costituisce il suo oggetto, sì, che per questa realtà sarebbe meglio che si smettesse di sognare e si cominciasse a osservare bene ciò che accade realmente. Solo allora si può poi sperare di trovare regole che possano realmente attuare la soggezione del giudice alla legge, e controllarla, regole che quindi corrisponderebbero al precetto costituzionale della divisione dei poteri nella realtà e non solo sulla carta<sup>25</sup>. Queste regole non sono così rigide e semplici come suggerisce il sogno dello stato legislativo di un apparato giudiziario

<sup>24</sup> Sul contesto storico: A. KAUFMANN, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, in KAUFMANN-HASSEMER-NEUMANN, *Einführung*, cit., p. 109 ss.

<sup>25</sup> Vedi *supra*, par. 2.1.

ridotto ad attività «di trasposizione». A fronte di questo hanno il vantaggio di riflettere ed elaborare le condizioni di possibilità alle quali è sottoposto ogni confronto con testi di legge.

Vorrei provare questa mia opinione prendendo come esempi due tappe della metodologia giuridica del nostro tempo: le speranze di rigorosa deduttività dell'interpretazione della legge, che si sono a suo tempo collegate all'invenzione di una logica giuridica<sup>26</sup>, e i colpi sotto i quali queste speranze sono crollate, quando si è scoperto che gli automi della sussunzione sono creazioni di fantasia, e per quali motivi<sup>27</sup>.

### 3.2. Logica giuridica: metodi della derivazione

Durante la mia adolescenza teorico giuridica a metà degli anni sessanta il sogno della rigidità delle regole nel metodo aveva un indirizzo preciso. Questo si chiamava «logica giuridica»<sup>28</sup>. Non che avesse regnato del tutto chiarezza o addirittura consenso su che cosa si dovesse intendere per questo – c'erano del resto degli scienziati all'opera<sup>29</sup>! Nondimeno la logica giuridica aveva un unico e urgente messaggio per il vincolo del giudice alla legge. Questo messaggio era: non appena la logica giuridica vede la luce del mondo, sono finite le possibilità per l'apparato giudiziario di introdurre nel processo dell'interpretazione contenuti estranei; la logica giuridica è la via maestra verso il dominio illimitato della legge, verso il puro stato legislativo: essa realizza il precetto costituzionale del vincolo alla legge senza alcuna riduzione<sup>30</sup>.

#### 3.2.1. Univocità e completezza

In che modo<sup>31</sup>? I veicoli che avrebbero dovuto portare nel paradiso dello

<sup>26</sup> Vedi *infra*, par. 3.2.

<sup>27</sup> Vedi *infra*, par. 3.3.

<sup>28</sup> Nella mia libreria trovo per esempio ancora queste opere: U. KLUG, *Juristische Logik*, Berlin-New York 1966<sup>3</sup>; R. SCHREIBER, *Logik des Rechts*, Berlin-New York, 1962; ID., *Die Geltung von Rechtsnormen*, Berlin-New York, 1966; H. FIEDLER, *Juristische Logik in mathematischer Sicht. Einige Bemerkungen und Beispiele*, in «ARSP», 52 (1966), p. 93 ss.; G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique. Éléments de sémiotique, logique des normes et logique juridique*, Paris, 1965.

<sup>29</sup> Per un riassunto breve, attuale e ricco di materiali U. NEUMANN, *Juristische Logik*, in KAUFMANN-HASSEMER-NEUMANN, *Einführung*, cit., p. 298 ss.

<sup>30</sup> Dà risalto a tali concezioni K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1997<sup>9</sup>, p. 134 ss.

<sup>31</sup> Ho discusso questo intensamente nella mia tesi di dottorato e mi rifaccio a questa: W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln-

stato legislativo si chiamavano «assiomatizzazione» e «deduzione», dove la prima era madre della seconda. Il loro rapporto era il seguente: qualora si riuscisse ad assiomatizzare completamente la legge, a formulare univocamente tutti i suoi contenuti, allora l'interpretazione della legge da parte dei giudici non sarebbe stata altro che deduzione, derivazione della decisione del caso soltanto dalla legge – senza aggiunta di informazioni estranee alla legge. La legge deciderebbe i suoi casi da sola; a tal fine essa dovrebbe deporre lo sporco, cangiante, vago linguaggio ordinario, in cui essa finora si è presentata, e indossare un nuovo linguaggio, il linguaggio puro, ben definito della logica «simbolica» o «matematica», come si chiamava allora. Questa idea del vincolo della legge festeggiò una «festa di resurrezione» particolarmente rumorosa in un ambito che, secondo criteri dello stato legislativo, tradizionalmente non viene particolarmente considerato: la determinazione della pena. Perché là il giudice rende noto quello che vuole, e nessuno gli può bacchettare le dita. Proprio là dovrebbe ottenere, dopo l'impiego di calcoli logici e determinazioni matematiche in passaggi decisorii definiti nei particolari, la pena concreta – pulita e ricalcolabile per chiunque<sup>32</sup>.

Era in realtà prevedibile che tutto ciò non potesse funzionare dall'oggi al domani e che vi fossero da superare ancora alcuni difficili punti, come per esempio i procedimenti analogici o il completamento delle lacune; ma anche a tal fine la logica giuridica aveva posto delle vie che promettevano che il giudice non avesse più bisogno di allontanarsi dal guscio della deduzione rigorosa<sup>33</sup>. Inoltre nessuno si era assunta la fatica – per quel che posso vedere – di trasformare un'intera legge nel linguaggio formale della logica simbolica; ovunque v'erano solo esempi brevemente formulati di come ciò potesse funzionare – ed essi erano per la loro scomodità già sufficientemente spaventosi<sup>34</sup>.

Dovesse però un giorno venir completata l'assiomatizzazione delle leggi, queste codificazioni formidabili conterrebbero tutte le informazioni che sarebbero necessarie per la decisione dei casi, e precisamente in una formulazione univoca. Queste informazioni dovrebbero poi venir richiamate e adottate nella situazione decisoria e già la legge, e solo la legge, avrebbe deciso il suo

München, 1968, Parte I, p. 17 ss., 26 ss., 39 ss.

<sup>32</sup> Ho rappresentato e criticato questo ampiamente in W. HASSEMER, *Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung*, in *ZStW*, 90 (1978), p. 64 ss.

<sup>33</sup> Sul punto KLUG, *Juristische Logik*, cit., p. 118 ss.

<sup>34</sup> Anche nel mio lavoro *Tatbestand und Typus*, cit., p. 26 ss.

caso; questa sarebbe stata l'ora di un metodo giuridico cogente e la morte di uno stato giudiziario oligarchico<sup>35</sup>.

Con l'epifania di questa logica giuridica, a dire il vero, non sarebbero solo venute meno le possibilità dell'apparato giudiziario di dare alla legge in modo manipolativo nuovi contenuti; sarebbe venuto meno l'apparato giudiziario tout court. Esso sarebbe stato nella sua interezza vittima del puro stato legislativo. Nel linguaggio della divisione dei poteri: il legislatore sarebbe poi la sola istanza della decisione del caso; l'apparato giudiziario non avrebbe nulla da dire, esso sarebbe veramente solo cinghia di trasmissione, *pouvoir neutre, la bouche qui prononce la parole de la loi*<sup>36</sup>.

### 3.2.2. *Comprendere e decidere*

Ben presto a dire il vero divenne chiaro che questo tipo di logica giuridica non è di questo mondo, che le leggi, anche con le migliori intenzioni, non possono essere formulate completamente e univocamente, che dunque al giudice non saranno mai sufficienti procedimenti deduttivi per trasporre la legge nella realtà dei casi, o detto altrimenti: per decidere i casi esclusivamente con le informazioni della legge. E si mostrò che non ci si doveva dolere di questa impossibilità di fatto del concludere logico, e che piuttosto bisognava esserne contenti. Essa era un guadagno e non una perdita<sup>37</sup>.

Che le leggi vengano formulate nel linguaggio ordinario, cangiante e ricco di collegamenti, non è un caso e non è nemmeno un incidente<sup>38</sup>, sebbene sia proprio questo linguaggio a far nascere i problemi interpretativi. Questo linguaggio trasporta infatti le informazioni di cui un giudice ha bisogno per comprendere e poi decidere che cosa sia ai sensi della legge un «danno patrimoniale»<sup>39</sup> o un «utilizzo sul pegno» (*Verwendung auf das Pfand*)<sup>40</sup>. Una volta trasformati questi oggetti scintillanti del linguaggio quotidiano in un linguaggio formale, si è tolto loro proprio ciò che li rende importanti per una legge e la sua interpretazione: la semantica, il senso, il significato delle parole, l'infor-

<sup>35</sup> Vedi *supra*, par. 1.

<sup>36</sup> Su questa allusione a Montesquieu e alla sua ricezione obliqua: R. OGOREK, *De l'esprit des légendes*, in *Rechtshistorisches Journal*, 2 (1983), p. 277 ss.

<sup>37</sup> Su quel che ora segue Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, cit., p. 63 ss., 72 ss.

<sup>38</sup> Sulle molteplici implicazioni di questa semplice considerazione A. KAUFMANN, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, Köln-München, 1984, p. 101 ss.

<sup>39</sup> § 263 StGB - Truffa.

<sup>40</sup> § 1216 BGB - Risarcimento di utilizzi.

mazione sul mondo che essi portano con sè. In verità ci si è procurati come problema l'ulteriore questione di che cosa sia questo senso (nel senso della legge), se per esempio una messa in pericolo del patrimonio (indipendentemente da quello che questa sia nel particolare) possa essere già considerata come «danno patrimoniale» nel senso dei delitti contro il patrimonio del diritto penale oppure no<sup>41</sup>. Ma proprio questa questione è quella che mette in moto tutto: dà il via alla ricerca del messaggio della legge e porta il giudice nei processi di comprensione.

E inoltre: questo tipo di logica giuridica non può prendere dalla legge un pizzico di informazione in più di quanto essa non le abbia prima inserito. E il tutto può funzionare solo in presenza del presupposto ultraterreno di inserire prima tutto quello di cui più tardi, in un qualche momento, si avrà bisogno come informazione per la decisione; perché qualora un caso successivo non sia contenuto nell'univoco e completo programma della legge, allora la legge non è per nulla completa, allora l'assiomatizzazione non ha funzionato, la deduzione va a vuoto e l'automa della sussunzione si spegne automaticamente.

Ma come deve procedere praticamente questo inserimento? Non è una fondamentale esperienza giuridica il fatto che ogni legge è aperta verso il futuro, perché ogni caso può proporre un nuovo problema – e in realtà non solo a causa del cambiamento sociale e tecnico, ma anche di quello normativo, perché insomma facciamo per tutta la vita nuove esperienze e oltre a ciò ogni giorno che passa sentiamo, valutiamo e giudichiamo nuovamente? E non è proprio la questione se questo caso sia «nuovo», se esso abbisogni di un «nuovo» criterio per la decisione o se esso debba essere soggetto ai criteri di ieri, una tipica e quotidiana questione della nostra professione? Ad aiutare a trovare risposte ragionevoli a tali domande ci sono proprio i giuristi in forza della loro formazione, che non è assimilabile alla «matematica» o alle «scienze bibliotecarie», ma insegna a «decidere»<sup>42</sup>.

### 3.2.3. *La pochezza della deduzione*

Da ciò si può imparare che completezza e univocità delle leggi sono delle chimere e che perciò un vincolo alla legge in forza della deduzione non può funzionare. L'univocità fallisce con l'inidoneità di un linguaggio formale come

<sup>41</sup> Si veda per esempio R. KELLER, *Die schadensgleiche Vermögensgefährdung beim Betrug*, in *Juristische Rundschau*, 44 (1990), p. 519 ss.; B.R. SONNEN, *Zum strafprozessualen Tatbegriff und zur Vermögensgefährdung als Vermögensschaden*, in *Strafverteidiger*, 9 (1989), p. 479 ss.

<sup>42</sup> In dettaglio sul punto MASTRONARDI, *Juristisches Denken*, cit., p. 55 ss., 66 ss.

modus di un comando legislativo; il linguaggio della legge deve piuttosto trasmettere un significato contenutistico, deve informare sulla valutazione da parte della legge di una parte del mondo reale. La completezza fallisce con l'impossibilità di prevedere e preformulare al momento dell'emanazione della legge tutti i casi che debbono essere «casi di questa legge»; la legge è piuttosto aperta verso il futuro, essa non può assicurare completamente la sua applicazione – e la sua non applicazione! – a successive costellazioni<sup>43</sup>. E la deduzione come metodo giuridico fallisce con il fallire di completezza e univocità delle leggi; una legge, che non decide chiaramente ogni caso e oltre a ciò fa sorgere delle domande su che cosa essa prescriva «veramente», non può essere «applicata» deduttivamente.

A una tale legge si deve piuttosto chiedere con attenzione e accortezza quale potrebbe essere il suo messaggio alla luce della concreta situazione della decisione. Oltre a ciò si deve cercare di comprenderla, di scoprire che cosa essa abbia da dire per questo caso. E in questo tentativo lo sguardo va qua e là (*hin und her*) tra il caso che sta dinanzi per essere deciso e la legge che forse lo decide – ma forse anche non lo decide –<sup>44</sup>, nell'aspettativa che dinanzi al caso la comprensione della legge si materializzi e che il caso, alla luce della legge, mostri la sua struttura rilevante ai fini della decisione<sup>45</sup>.

Lo ammetto: questo sogno del vincolo alla legge dettato da regole rigorose tramite logica giuridica era particolarmente temerario, e oggi i sostenitori di una logica siffatta parlano ragionevolmente in modo del tutto diverso<sup>46</sup>. Essi non si aspettano da tale strumento alcun «guadagno conoscitivo»<sup>47</sup>, ma che esso – «correttamente utilizzato» – solo ancora (e questo con diritto) «possa con-

<sup>43</sup> Ho ampiamente dedotto e descritto questo in W. HASSEMER, *Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform*, in A. KAUFMANN (Hrsg.), *Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis*, Karlsruhe, 1971, p. 27 ss.

<sup>44</sup> Questa bella immagine è di K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1963<sup>3</sup>, p. 14 ss.

<sup>45</sup> Questo evoca il «circolo ermeneutico» o meglio la «spirale ermeneutica»; sul punto HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, cit., p. 104-108; KAUFMANN, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, cit., p. 65 ss.

<sup>46</sup> Questo è già in HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, cit., p. 65 ss., 142 ss.

<sup>47</sup> NEUMANN, *Juristische Logik*, cit., p. 318: «[...] dall'utilizzo di calcoli logici non è da attendersi un guadagno conoscitivo. Se si intende la logica come ricostruzione delle regole dell'argomentare ragionevole [così intende l'autore in U. NEUMANN, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, 1986, p. 39 ss.; W.H.], allora le regole di trasformazione della logica formale vanno misurate con riguardo alla loro corrispondenza con tali regole, senza però poter essere al contrario assunte a criterio per un'argomentazione ragionevole».

durre a strutturare problemi giuridici e così aiutare nella loro soluzione»<sup>48</sup>. Non si parla più di assiomatizzazione e deduzione, di completezza e univocità. Il sogno dello stato legislativo di un legislatore che neutralizzi semanticamente l'apparato giudiziario e lo metta a tacere nella triade della divisione dei poteri è fortunatamente finito<sup>49</sup>. Possiamo di nuovo – e ulteriormente – parlare di «decidere», di «comprendere» e di «interpretazione della legge», quando ci riferiamo al giudice.

E possiamo ancora interrogarci sulle condizioni di possibilità di un metodo giuridico; per intenderci: possiamo chiedere come possa essere assicurato nel migliore dei modi il principio costituzionale del vincolo del giudice alla legge, una volta che la deduzione della decisione da una legge completa e univoca si è rivelata una strada sbagliata. E possiamo finalmente anche aprire la porta a una concezione della metodologia giuridica che sia adeguata alla ricchezza del suo oggetto: all'interpretazione della legge, alla sua applicazione alla realtà. Perché indipendentemente da quel che si pensi dei procedimenti deduttivi, resta il fatto che essi non sono ricchi. Essi sono scarni, unilineari, non affabili e asciutti. E anche se proprio questo rigore costituisce il loro charme dal punto di vista dello stato di diritto, come abbiamo visto<sup>50</sup>, tuttavia si esita a coprire questo scheletro con il sontuoso vestito della «metodologia giuridica».

### 3.3. *Precomprensione e scelta dei metodi: regole dell'interpretazione*

Le varianti e le visuali divengono molte se si considerano seriamente le possibilità del vincolo alla legge e ci si chiede quali apparati di regole di una possibile metodologia giuridica possano realmente favorire la divisione dei poteri – non solo sulla carta e a tavolino<sup>51</sup>. Niente contro la carta e il tavolino. Si vedrà subito che là è di casa una metodologia veramente ricca e vicina alle cose<sup>52</sup>. Ma si vedrà infine anche che lasciare la carta e il tavolino per fare una passeggiata nelle vicinanze dello studiolo non solo rinfresca lo spirito, ma conduce anche a nuovi pensieri<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> J.C. JOERDEN, *Logik im Recht. Grundlagen und Anwendungsbeispiele*, Berlin-New York, 2005, p. 1.

<sup>49</sup> Altrettanto sostiene R. ZIPPELIUS, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, München, 1974<sup>2</sup>, p. 110 ss.

<sup>50</sup> Vedi *supra*, par. 2.2. alla fine.

<sup>51</sup> Vedi l'annuncio *supra*, par. 2.2.

<sup>52</sup> *Supra*, par. 3.3.1.

<sup>53</sup> *Infra*, par. 4.

### 3.3.1. Ragionevolezza

Carta e tavolino: dobbiamo il cuore di una metodologia giuridica in un sistema di diritto codificato<sup>54</sup> a Friedrich Carl von Savigny. Egli ha – con validità fino a oggi – descritto quattro vie, sulle quali le leggi possono aprirsi alla comprensione, sulle quali però si possono trovare anche giustificazione e critica di questa comprensione<sup>55</sup>. Queste vie conducono oltre per questo motivo, perché esse – in modo del tutto diverso dai progetti di una logica giuridica<sup>56</sup> – costruiscono sull’oggetto sul quale si deve lavorare: sulla legge, sulle modalità in cui essa appare e sulle sue possibilità di dare informazione e comunicare senso<sup>57</sup>.

Ciò non solo dà a queste vie stabilità, ma procura loro una ragionevolezza cogente; esse si spiegano per così dire da sole<sup>58</sup>, quando esortano il giudice come segue<sup>59</sup>: (1) prendi la tua decisione secondo la lettera della legge; (2) considera il contesto sistematico in cui la legge si trova; (3) persegui lo scopo della regolamentazione che il legislatore ha davanti agli occhi; (4) segui il senso che la legge ha oggi.

Questo per me vuol dire: prendere sul serio la legge e da ciò sviluppare una dottrina per l’utilizzo della legge che sia giusta nei confronti della legge<sup>60</sup>.

L’indicazione (grammaticale) di prendere come criterio la lettera della legge realizza le circostanze triviali che le leggi sono mezzi linguistici, che le loro parole e proposizioni significano qualcosa e che una comunità giuridica (e proprio non solo il giudice) si può anche mettere d’accordo con riferimento a questi mezzi. Chi nell’interpretare la legge lascia la sua lettera perde già il mezzo che contiene il senso cercato da ogni interpretazione.

L’indicazione (sistematica) di considerare, nella ricerca del messaggio della legge, il contesto in cui la legge si trova, realizza l’esperienza di ogni dire e

<sup>54</sup> Sul contesto vedi *supra*, par. 2.1.

<sup>55</sup> Prima di tutto F.C. VON SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*, hrsg. v. G. WESENBERG, Stuttgart, 1951, p. 19; ID., *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. I, Berlin, 1840, p. 212 ss.

<sup>56</sup> Sul contesto vedi *supra*, par. 2.2., 3.2.

<sup>57</sup> Cfr. su quanto segue anche F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, Berlin, 1976<sup>2</sup>, p. 147 ss.

<sup>58</sup> Quanto segue adesso è esposto e provato ampiamente in W. HASSEMER, *Freiheitliches Strafrecht*, Berlin, 2001, p. 15 ss. (*Juristische Hermeneutik*); U. KINDHÄUSER-H.U. PAEFFGEN-U. NEUMANN (Hrsg.), *Nomos Kommentar zum StGB*, Baden-Baden 2005<sup>2</sup>, § 1 Rn. 102 ss. (Hassemer/Kargl).

<sup>59</sup> Un’ampia raccolta di direttive interpretative è fornita da K. LARENZ-C.W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-New York, 1995<sup>3</sup>, p. 141 ss.

<sup>60</sup> Per un breve panorama vedi H.M. PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm und des Gesetzes*, Heidelberg, 1999<sup>3</sup>, Rn. 359 ss.

comprendere che il linguaggio non informa solo con l'ausilio di parole e proposizioni, ma anche con l'ausilio del sistema in cui queste parole e proposizioni si trovano – e questo vale persino per un linguaggio improntato professionalmente come quello delle leggi, per le quali il contesto delle loro informazioni è (o almeno dovrebbe essere) un principio di costruzione. Chi non vede la connessione sistematica di norme di legge perde una chance per la comprensione.

L'indicazione (storica) di cercare e realizzare la volontà del legislatore è altrettanto cogente e ragionevole. Essa proviene dalla considerazione fondamentale secondo cui la legislazione genera vincolo alla legge<sup>61</sup>. I fini della regolamentazione del legislatore sono motivo e per lo più – se la formulazione della legge è riuscita – anche misura della legge, del cui significato si tratta, e il legislatore storico ha dalla sua parte il precetto del vincolo del giudice, perché è la «sua» legge a cui il giudice è sottoposto. Chi non considera i fini della regolamentazione e del legislatore non considera il suo vincolo alla legge.

Infine l'indicazione (teleologica) che obbliga il giudice al significato oggettivo del comando della legge sembra essere il coronamento di tutte le regole dell'interpretazione. Ci si chiede non arbitrariamente: con riferimento a che cosa dovrebbe altrimenti essere egli obbligato? Può la legge obbligare il giudice a un'interpretazione che oggettivamente sia priva di senso? E non si deve concludere che un giudice che arrivi a un risultato irragionevole, già per motivi di professionalità nel suo agire è obbligato ad accantonare subito questo risultato e a provare di nuovo? Chi può dedurre dalla legge solo un risultato privo di senso ha fatto in un qualche luogo un banale errore.

Tutto questo risulta assolutamente ragionevole e si può perciò capire che queste regole dell'interpretazione siano durate per secoli. Ma abbiamo trovato in esse allora alla fine quello che cerchiamo? Questa metodologia giuridica ci mette in condizione di garantire in modo affidabile il vincolo del giudice alla legge e di assicurare democrazia parlamentare e divisione dei poteri secondo il principio dello stato di diritto<sup>62</sup>?

### 3.3.2. *Limiti*

La risposta dipende naturalmente da quel che si intende per «in modo affidabile» e per «assicurare». Ma una cosa è sicura: non ci si può attendere un mero automatismo<sup>63</sup>. Mai si starà del tutto dalla parte sicura; si arriva appena,

<sup>61</sup> Vedi *supra*, par. 2.1.

<sup>62</sup> Vedi *supra*, par. 1.

<sup>63</sup> Larenz-Canaris, *Methodenlehre*, cit., p. 67 ss.

come anche si verifica di solito nella giurisprudenza, sempre solo ad argomenti che cercano di ottenere consenso, mai a risultati univoci<sup>64</sup>. Il sogno di rigidità delle regole e della derivazione è definitivamente finito. Perché la ragionevolezza delle regole di interpretazione ha tre limiti dolorosi, presso i quali la speranza di un'interpretazione giudiziaria completamente controllabile e rigorosamente conforme a regole si infrange: la schiera delle regole non è completamente descritta, e i criteri dell'appartenenza a questa non sono univoci (3.3.2.1.); questi sono tra di loro eterogenei (3.3.2.2.) e non dispongono di un univoco apparato di regole per la loro applicazione (3.3.2.3.). Il metodo giuridico è e resta uno strumento aporetico.

### 3.3.2.1. *Appartenenza*

La cerchia dei metodi interpretativi non è chiaramente delimitata. Inoltre non è determinabile univocamente quali ulteriori regole ancora vi appartengano e quali invece non vi appartengano. Attualmente vi sono tre regole che possono pretendere di aggiungersi alla cerchia dei metodi interpretativi.

L'interpretazione conforme alla Costituzione indica al giudice di non oltrepassare mai i limiti della Costituzione nell'applicazione della legge. Essa si richiama al primato della Legge fondamentale, cioè a un pilastro ben fondato. Una regola di interpretazione conforme al diritto europeo impartisce al giudice il precetto speculare e ha naturalmente parimenti buoni motivi per sé, che potrebbero in futuro divenire ancor più forti. E infine una regola orientata alle conseguenze gli prescrive di considerare le conseguenze della decisione per coloro che ne sono immediatamente o mediamente colpiti e, se necessario, di correggere la decisione, qualora essa rechi con sé conseguenze insopportabili; anche questa regola in un sistema giuridico moderno, per l'appunto orientato alle conseguenze<sup>65</sup>, è evidente. Con riguardo a tutti e tre i metodi interpretativi si può discutere con buoni motivi se essi portino o meno (già) in sé la cogente ragionevolezza delle regole di Savigny<sup>66</sup>. Qui si può tralasciare

<sup>64</sup> Ho sviluppato questo nei particolari in HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, cit., p. 160 ss., per il caso del divieto di analogia nel diritto penale.

<sup>65</sup> W. HASSEMER, *Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze*, in N. HORN (Hrsg.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für H. Coing zum 70. Geburtstag*, München, 1982, vol. I, p. 493 ss.

<sup>66</sup> Non solo nel diritto costituzionale nordamericano si discute – evidentemente con conseguenze per i relativi risultati interpretativi – la possibile regola per chiamare in causa ordinamenti giuridici stranieri e le loro indicazioni nell'individuazione e nella fondazione del diritto, oppure per non farlo; cfr. per esempio B.O. BRYDE, *The Constitutional Judge and the Internatio-*

come debba essere decisa la controversia.

Perché già il fatto che la cerchia delle regole interpretative sia aperta e i criteri dell'appartenenza non siano univoci fa in modo che il canone di regole perda in maneggevolezza e univocità e quindi perda la sua forza nell'assicurare il risultato: si può con buoni motivi affermare e anche contestare che una determinata regola di interpretazione che non appartiene al canone interpretativo debba appartenervi, e quindi vincoli il giudice. In tal caso è aperta la questione circa le regole di metodo cui soggiaccia il giudice nella sua interpretazione. Egli può scegliere, fino a dove è in grado di fondare la scelta; egli decide, sì egli deve decidere invece di obbedire. Essere semplicemente obbediente, questo è nella sua posizione una concezione del tutto insensata. Perché a chi e perché dovrebbe egli obbedire, e a chi e perché dovrebbe disobbedire?

### 3.3.2.2. *Differenziazione*

Il secondo limite della ragionevolezza: le regole dell'interpretazione sono tra di loro eterogenee e, per la precisione, sotto un duplice aspetto. Alcune esortano a un determinato agire, altre lo vietano, altre di nuovo restano indeterminate (a). E ancora più importante: alcune espongono i loro risultati a un test che li potrebbe contraddire, altre li proteggono da tale test (b).

(a) I metodi interpretativi che sono giunti a noi con il canone di Savigny esortano il giudice ad agire con anima e corpo, e in questo sono di regola davvero esigenti. Essi richiedono per esempio che sia chiarita la lettera della legge (e che ci si attenga a essa), oppure che siano ricercati i motivi del legislatore (per realizzarli). Questo come programma è già sufficientemente difficile, sebbene si presenti semplice. Si cerchi una buona volta un metodo per trovare in un tempo adeguato che cosa significhi «realmente» una parola – e cioè solo tra giuristi di professione oppure anche nel quotidiano, e poi: nel quotidiano di chi? O si pensi alle motivazioni lacunose del precedente legislatore, le cui rappresentazioni di regolamentazioni sono state da tempo superate dal cambiamento sociale. Si vede già: non di rado anche queste regole del tutto ragionevoli e vicine alle cose portano il giudice in emergenze decisionali che egli,

*nal Constitutional Dialogue*, in *Tulane Law Review*, 80 (2005), p. 213 ss. Contesto, motivi e nomi si possono leggere in K. GELINSKY, *Vom Rest der Welt verschieden. Der amerikanische Supreme Court und die Rechtsauffassungen anderer Länder*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 13.3.2006, p. 10. – Anche questa è una controversia che riguarda l'ambito delle regole interpretative.

con il principio del vincolo alla legge, ora non può veramente affrontare. Anche qui egli deve decidere.

Se si abbracciano con lo sguardo tutte le possibili regole interpretative, allora si aggrava la complessità della differenziazione. Diversamente rispetto alle indicazioni di Savigny, l'interpretazione conforme alla Costituzione per esempio non esorta il giudice all'azione, ma all'omissione: non oltrepassare mai i limiti della Costituzione, così gli dice; ma essa non gli dice che cosa egli debba fare all'interno di tali limiti. Lo stesso si potrà dire con una certa plausibilità dell'interpretazione orientata alle conseguenze, mentre la variante conforme al diritto europeo – si pensi per esempio allo «*effet utile*»<sup>67</sup> – si potrebbe presentare come strumento a più fini, cui sarebbe pertinente del tutto anche il compito di rafforzare le indicazioni di contenuto del diritto europeo nell'interpretazione del giudice nazionale e non solo di porgli limiti interpretativi. Ora, che cosa succeda «realmente», nessuno lo sa di preciso. Anche le indicazioni di metodo più semplici sembrano, quanto più precisamente le si considera, condurre il giudice dinanzi a nuove domande piuttosto che a nuove risposte.

(b) Il secondo aspetto della strutturale differenziazione dei metodi interpretativi conduce non solo a nuove domande, ma prima di tutto a un evidente scandalo. Questo scandalo ha condotto Rùthers a ritenere il «metodo oggettivo» anticostituzionale<sup>68</sup>. In via di principio ciò è comprensibile, perché questo metodo interpretativo produce da sé i propri risultati. Esso sottrae i propri risultati a ogni possibilità di falsificazione.

Mentre le altre tre classiche dottrine si rifanno a criteri che in via di principio sono passibili di osservazione, il metodo teleologico oggettivo nasconde il suo criterio nella testa della persona che di volta in volta interpreta; con ciò esso rende impossibile un controllo del risultato. Che (1) un risultato interpretativo non corrisponda ora più realmente all'uso linguistico, (2) il giudice che interpreta non abbia considerato una norma di legge che è in una connessione importante con la norma in questione, oppure (3) gli sia sfuggita un'importante fonte nella motivazione del legislatore: tutto ciò può di volta in volta falsificare il risultato dell'interpretazione del giudice: egli ha compreso qualcosa erroneamente, non ha trovato o non ha visto qualcosa. Questo qualcosa può essere indicato, può essergli rimproverato.

Con il metodo teleologico oggettivo il giudice non corre questo rischio.

<sup>67</sup> H. LECHER, *Einführung in das Europarecht*, München, 2003<sup>2</sup>, p. 142 s. con riferimenti.

<sup>68</sup> RÜTHERS, *Methodenrealismus*, cit., p. 60. Vedi già *supra*, par. 1.

Perché chi gli vuole dimostrare che egli ha determinato erroneamente il significato oggettivo della norma? E come può farlo? Sui risultati di questo metodo si può essere solo di un'altra opinione, falsificarli però non si può. Questo metodo non ha mordente perché il criterio della sua applicazione non è accessibile all'osservazione, a differenza dell'uso linguistico, del contesto delle norme o della situazione delle fonti. Il criterio teleologico si nasconde dietro la fronte del giudice e perciò non può per nulla essere misurato ed essere contraddetto. Gli si può solo offrire la propria fronte.

Il fatto che questa regola interpretativa sia nebulosa può spiegare il favore che riscuote tra giuristi che non desiderano alcuna intrusione nel loro campo<sup>69</sup>. Esso giustifica la raccomandazione pragmatica di utilizzare questo metodo con parsimonia<sup>70</sup>. Questo fatto giustifica anche un atteggiamento professionale consistente nel muoversi nell'applicazione di tale metodo con particolare acribia. Esso però non giustifica affatto l'eliminazione di questo metodo dal canone o il considerarlo addirittura anticostituzionale<sup>71</sup>. Questo sfuggirà solo a colui che non ha ancora perso la sua innocenza metodologica e ha mantenuto la sua credenza nella rigidità delle regole della metodologia giuridica<sup>72</sup>.

Effettivamente il metodo teleologico oggettivo non è il «Dio sia con noi», che potrebbe rendere comprensibili tali reazioni di panico. Esso condivide la strategia di sottrarre i suoi risultati a una falsificazione, per esempio, tramite l'interpretazione conforme alla Costituzione, il cui confine è a sua volta un'interpretazione – cioè quella della Costituzione. Esso ha effetto, utilizzato con prudenza, in molte costellazioni casistiche non in modo così errato come l'energica, ma non provata affermazione del giudice secondo la quale ora l'uso linguistico o la volontà del legislatore sarebbero così. Ed esso introduce, con lo scopo oggettivo di una norma di legge, un criterio nel processo interpretativo che è irrinunciabile in un ordinamento giuridico realizzato per fini terre-

<sup>69</sup> Meraviglia in realtà già che questo metodo sia particolarmente stimato addirittura nella letteratura di diritto penale, che a causa del principio di legalità e del principio di determinatezza (§ 1 StGB, art. 103 II GG) ha interessi particolarmente stretti a controllare l'interpretazione della legge da parte del giudice: H.H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996<sup>5</sup>, § 17 IV 1 b; anche R. MAURACH-H. ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1987<sup>7</sup>, § 9, Rn. 15 e 22; H.J. RUDOLPHI (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Frankfurt a.M. 1975, § 1 Rn. 32; B. JÄHNKE-H.W. LAUFHÜTTE-W. ODERSKY (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Berlin-New York 2003, § 1 Rn. 46.

<sup>70</sup> Vedi *infra*, par. 3.3.3.3.

<sup>71</sup> Sul punto anche Larenz-Canaris, *Methodenlehre*, cit., p. 137 ss.

<sup>72</sup> Vedi *supra*, par. 1. e 2.

ni<sup>73</sup>. La guarigione non sta nella sua eliminazione, ma in un approccio attento e critico nei suoi confronti.

### 3.3.2.3. Regole di applicazione

Il più doloroso dei limiti è però il terzo: i metodi interpretativi non dispongono di un chiaro apparato di regole per la loro applicazione. Questo porta alla fine, assieme alle altre limitazioni della loro ragionevolezza, a una libertà nella scelta del metodo<sup>74</sup>.

Un *proprium* di tutti i metodi interpretativi è la loro differenza quanto ai risultati. Solo questo spiega il loro numero. Portassero tutti agli stessi risultati interpretativi, tale molteplicità verrebbe subito meno: basterebbe una sola regola. Avevamo osservato questo già nel caso del metodo della derivazione logica della «decisione» dalla legge univoca e completa<sup>75</sup>; esso, nella sua armatura di immutabilità e totalità, ha reso inutile la richiesta di altri metodi.

In realtà però diversi metodi generano diversi risultati – in verità non sempre, ma di regola. La volontà del legislatore spesso non è compatibile con la lettera della norma, ed entrambe sono contraddette dal fine attuale della norma: questo è il quotidiano dei giuristi. Con la scelta di un determinato metodo interpretativo viene pertanto scelto tipicamente anche un determinato risultato e un altro viene rigettato. E chi padroneggia la sua materia può prevedere ciò e agire strategicamente<sup>76</sup>. Dalla differenza di risultati delle regole interpretative segue del resto un'apprezzata strategia argomentativa dei giuristi, che partendo da una semplice sequenza di metodi interpretativi costruiscono le posizioni dei vincitori e dei perdenti: «In verità la volontà del legislatore è univoca; essa però non si è manifestata a sufficienza nella lettera della norma» – questo si può facilmente ribaltare, ogni volta con chiare conseguenze per il risultato e senza dover introdurre un argomento che sostenga la cosa<sup>77</sup>.

Che i metodi differiscano per quanto riguarda i risultati, non è per niente una vergogna, ma, come già detto, un motivo della loro esistenza e della loro fecondità. Il problema che si pone nella nostra questione circa il contributo di

<sup>73</sup> Per le varianti di questo criterio e i suoi retroscena ZIPPELIUS, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, cit., p. 26 ss.

<sup>74</sup> Si veda sul punto *supra*, par. 2.1.

<sup>75</sup> *Supra*, par. 2, 3.2.

<sup>76</sup> Con semplicità su questo punto anche A. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, München, 1997<sup>2</sup>, p. 179 ss.

<sup>77</sup> Esempi in BGHSt 16, p. 210 (213 ss.); 42, p. 230 (234).

una metodologia giuridica per il vincolo del giudice alla legge sta altrove<sup>78</sup>: il vincolo alla legge riuscirà in un senso stretto solo se riuscirà il vincolo metodologico. Se però le cose stanno in tal modo, ovverosia il giudice è libero nella scelta della relativa regola interpretativa, così egli nella misura di tale libertà è libero anche nel generare risultati interpretativi. Finchè e nella misura in cui non disponiamo di una metaregola delle regole interpretative che non solo determini contenuto e struttura di tali regole, ma che anche ordini vincolativamente in quale situazione decisoria una certa regola interpretativa debba essere utilizzata, i risultati interpretativi non possono essere resi certi. Senza una tale regola di applicazione il giudice con il metodo sceglie allo stesso tempo il risultato della sua interpretazione.

Non disponiamo di una tale regola di applicazione. Tentativi, per esempio di rendere vincolante una gerarchia dei metodi interpretativi, sono per motivi comprensibili falliti<sup>79</sup>. Vi sono certamente raccomandazioni di ragionevolezza pragmatica come quelle (1) di procedere con attenzione e prudenza con il metodo teleologico oggettivo<sup>80</sup>; (2) di non utilizzare il metodo grammaticale se il campo semantico di un concetto della legge è molto ampio, oppure (3) nell'utilizzo del metodo storico di considerare l'età della legge relativa: leggi più recenti potrebbero esserci più vicine e potrebbero dirci di più.

Queste raccomandazioni però non ci procurano quello che cerchiamo: un metodo giuridico che assicuri in modo affidabile il precetto costituzionale del vincolo del giudice alla legge. Al giudice resta cioè consentito di considerare come lettera morta tali raccomandazioni, qualora di volta in volta possa addurre per ciò dei motivi<sup>81</sup>. Qui in verità non agirà alla cieca come generatore di casualità, ma si farà guidare da aspettative di senso e precomprensioni<sup>82</sup>; egli fonderà i suoi risultati, si offrirà come si deve al controllo, alla critica e alla cassazione<sup>83</sup>.

<sup>78</sup> Esposto magistralmente e in modo molto istruttivo da J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a.M., 1972<sup>2</sup>, p. 124 ss.

<sup>79</sup> Ricco di riferimenti K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1983<sup>5</sup>, p. 328 ss.; H.J. KOCH-H. RÜBMAN, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München, 1982, p. 176 ss., 181 ss.

<sup>80</sup> Cfr. *supra*, par. 3.3.2.2.

<sup>81</sup> Prove in E. SIMON, *Gesetzesauslegung im Strafrecht. Eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, Berlin, 2005, p. 24 ss., 583 ss.

<sup>82</sup> Evidenza con forza questo contesto K. ADOMEIT, *Rechtstheorie für Studenten*, Heidelberg, 1998<sup>4</sup>, p. 90 ss.

<sup>83</sup> Si sofferma ampiamente sul punto il mio articolo sull'ermeneutica giuridica pubblicato

### 3.4. *Caos regolato*

Il risultato di un contatto metodologico tra teoria e prassi giuridica è tradizionalmente prostrante. Non che l'apparato giudiziario non riesca bene o male a fare il suo lavoro quotidiano, non che proceda senza coordinate di metodo o produca più anormalità che di solito. Prostrante è piuttosto il giudizio della metodologia giuridica su quello che fa la prassi giuridica. Se si osserva con più precisione, la prassi, in una formulazione leggermente caricata, ha la scelta tra due posizioni: quella dell'idiota che non si accorge di quello che sta facendo, e quella del nemico della Costituzione che, passo dopo passo, amplia i limiti del suo potere a scapito del legislativo e quindi della divisione dei poteri nello stato di diritto.

Abbiamo già visto come esca facilmente dalla penna della metodologia il rimprovero di ostilità nei confronti della Costituzione<sup>84</sup>. Non conosco nessun ambito di contatto tra scienza giuridica e prassi del diritto nel quale oggi si sparino ancora tali cannonate. La diagnosi che giudici di alto grado della Repubblica federale puntino strategicamente e professionalmente a una violazione della Costituzione, che essi minaccino l'esistenza del legislativo e si ergano essi stessi a legislatori è così grave, che – per me – non si spiega con furore metodologico e desiderio di confronto retorico.

Per il partito dell'idiota ci sono prove in abbondanza<sup>85</sup>. La lista delle mostruosità dal punto di vista del metodo che la prassi giudiziaria produce giorno dopo giorno è lunga e variopinta. Il tableau della giurisprudenza è una miniera di diamanti di peccati metodologici, un caos regolato. Alcuni esempi presi casualmente dal diritto penale, che nel confronto tra i campi giuridici

in HASSEMER, *Freiheitliches Strafrecht*, cit., p. 15 ss.; similmente ZIPPELIUS, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, cit., p. 99 ss.

<sup>84</sup> Sopra sub I. Ancora un assaggio dalle «conclusioni» di RÜTHERS, *Methodenrealismus*, cit., p. 60: «Le dichiarazioni di fedeltà sulla carta da parte dei tribunali federali dei più alti gradi al presunto metodo “oggettivo” [...] nonché la reale prassi metodologica servono a dare ai risultati di volta in volta desiderati dai collegi giudicanti una fondazione apparentemente scientifica». «Il metodo “oggettivo” viene preferito, perchè esso permette ai tribunali e ai restanti applicatori del diritto deviazioni a piacere dai riconoscibili fini delle regolamentazioni e fini normativi della legislazione, senza rivelare e fondare tali deviazioni». «Questo metodo viola i principi costituzionali della democrazia parlamentare e della divisione dei poteri dello stato di diritto (art. 20 GG). Esso aggira la prerogativa del Parlamento di porre le norme». «La Repubblica federale si trasforma tramite questa prassi metodologica da una democrazia parlamentare in uno stato oligarchico dei giudici».

<sup>85</sup> Cfr. da ultimo la meritevole tesi di dottorato di ERIC SIMON, *Gesetzesauslegung im Strafrecht*, cit., con indicazioni e analisi della giurisprudenza dei tribunali superiori.

non deve per nulla essere considerato un'anomalia<sup>86</sup>.

a) Proprio una decisione che ricorda e applica in modo classico le classiche regole interpretative si macchia di un peccato mortale nel diritto penale, nel momento in cui essa equipara un «autoveicolo» (*Kraftfahrzeug*) a una «carrozza» (*bespanntes Fuhrwerk*), infrangendo con ciò il divieto di analogia dell'art. 103 II GG e del § 1 StGB senza spendere alcuna parola sulla questione; mi posso spiegare questo solo ritenendo che qui fosse all'opera un «collegio giudicante penale balneare» (*Ferienstrafsenat*) nella cui carne e nel cui sangue era entrata la metodologia giuridica, ma non il significato di questa per i limiti costituzionali della punibilità<sup>87</sup>.

b) La comprensione linguistica quotidiana finisce sotto le ruote del linguaggio specializzato dei giuristi e della determinazione di significato teleologica quando l'espressione legislativa «non comparso» viene applicata anche a un accusato che è sì apparso fisicamente davanti al giudice, ma che, nonostante la sua presenza corporea, «a causa di ubriachezza colpevole è assente spiritualmente e con ciò incapace di partecipare alla trattazione»<sup>88</sup>; tale persona, una volta tornata sobria, si sarà meravigliata della cosa.

c) I tribunali, se la cosa fa comodo, non si fanno alcun riguardo a criticare, correggere e aggirare<sup>89</sup> una lettera della legge a loro vedere incompleta o errata, rifiutandosi di «prendere puramente alla lettera»<sup>90</sup> una prescrizione oppure rimproverando all'opinione contraria di essere troppo aderente alla pura lettera<sup>91</sup>. Ma se fa più comodo in un'altra maniera, allora «risultati che appaiono iniqui» «in casi singoli» non possono «dare adito a un'interpretazione della legge tale da contraddire il volere dichiarato del legislatore»<sup>92</sup>. Povera legge.

d) In modo particolarmente scortese si comportano i tribunali con il legislatore storico. Essi non rinunciano a frenarlo sempre nuovamente con il giudizio secondo cui egli avrebbe sì avuto determinate intenzioni, ma non sarebbe purtroppo riuscito a formularle chiaramente nella sua legge<sup>93</sup>. Egli non avrebbe soppesato le conseguenze di una rigorosa interpretazione letterale<sup>94</sup>

<sup>86</sup> Cfr. per esempio ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, cit., §§ 4 II., 10 II., 12 III.

<sup>87</sup> BGHSt 10, p. 375 s.

<sup>88</sup> BGHSt 23, p. 331 (334).

<sup>89</sup> BGHSt 16, p. 282 (294 s.).

<sup>90</sup> *Ivi*, p. 294.

<sup>91</sup> BGHSt 11, p. 171 (173).

<sup>92</sup> BGHSt 6, p. 312 (314).

<sup>93</sup> BGHSt 6, p. 364 (365 ss.); 41, 47 (52 s.).

<sup>94</sup> BGHSt 20, p. 170 (176).

oppure da un punto di vista del sistema non avrebbe visto bene che cosa ha disposto nella legge<sup>95</sup>. Appreziate, perché aprono vie di uscita, sono anche speculazioni sulla questione se un legislatore ragionevole avrebbe utilizzato una tale formulazione oppure una diversa<sup>96</sup>. Povero legislatore.

A mio parere non si può accettare tutto questo semplicemente come stato normale del rapporto tra teoria e prassi, che – come per esempio nell’ambito della dogmatica giuridica – è tradizionalmente dominato da tensione e critica. Di questa critica vivono entrambe e tramite essa si sviluppano l’una con l’altra. Che vi siano delle fasi «di gelo», in cui la prassi non prende in considerazione la discussione scientifica e fasi «calde», in cui la scienza non comprende per nulla perché la prassi non voglia vedere la sua verità e la sua giustizia, è parte della relazione e, una volta passata la fase critica, la situazione è per lo più migliore di prima.

Nel caso della metodologia giuridica le cose stanno diversamente. Qui si deve ammettere che entrambi i fronti non si prendono sul serio: la scienza si attende dalla prassi da un punto di vista del metodo solo estemporanee sciocchezze e la osserva più che altro con interesse pedagogico se non satirico. La prassi non considera la metodologia. Essa produce da sola, se necessario, le sue pietre di costruzione metodologiche ad hoc, si richiama al massimo ai precedenti e gira al largo dalla teoria come il diavolo dall’acqua santa.

#### 4. *Motivi e questioni*

Se ciò è più o meno corretto, la questione del rapporto tra metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria è urgente. Non credo che qui, come nel caso della dogmatica giuridica, sia sufficiente una risposta che, minimizzando, rimandi alla normalità di critica e tensione. Le differenze sono più acute, i motivi sono più profondi e hanno bisogno di essere chiariti.

Non posso fornire questo chiarimento<sup>97</sup>, tuttavia vorrei stimolarlo.

<sup>95</sup> BGHSt 44, p. 62 (67).

<sup>96</sup> BGHSt 18, p. 242 (245 s.).

<sup>97</sup> Cfr. sul punto già le riflessioni in MÜLLER, *Juristische Methodik*, cit., p. 264 ss.; con attenzione alla pragmatica giudiziaria adesso anche L. KUHLEN, *Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, Heidelberg, 2006.

#### 4.1. Programmi informali

##### 4.1.1. Regole

Da anni mi lamento del fatto<sup>98</sup> che i risultati di un risalente progetto di ricerca monacense *Argumentationstheoretische Aspekte höchstrichterlicher Rechtsprechungsänderungen* (Aspetti di teoria dell'argomentazione di mutamenti della giurisprudenza dei tribunali superiori) non abbia mai visto la luce dell'opinione pubblica. In quel progetto fu fatto valere materiale argomentativo che non poteva concordare con le regole della metodologia giuridica del tempo<sup>99</sup>, ma che però era guidato da regole; la giurisprudenza era ordinata dal punto di vista del metodo, però non nel modo in cui la teoria metodologica pretendeva da essa<sup>100</sup>.

Nel frattempo ci sono concezioni che, con prudenza, vogliono scoprire nella prassi giudiziaria «programmi informali», cioè modi di procedere che non sono formalizzati, non sono scritti, e nemmeno vengono trasmessi sistematicamente, ma che seguono un difficile e complesso ordine, un ordine che richiede osservanza professionale da parte di colui che agisce in questo ambito della prassi e prevede sensibili sanzioni nel caso di inosservanza. Questi programmi determinano per esempio come debba procedere un'assunzione di una prova con dei bambini come testimoni, quando più procedimenti vadano riuniti, come dovrebbero comunicare tra di loro avvocati specializzati in diritto penale e diritto societario in determinate fasi di un procedimento, oppure quando sia sensato (per un pubblico ministero o per un difensore) proporre pubblicamente un accordo procedimentale (*Verfahrensabsprache*). Chi non padroneggia questi programmi va incontro a difficoltà; essi regolano la sua prassi e pretendono non solo di ordinare la prassi, ma anche di migliorarla.

Ci sono inoltre progetti di teoria del diritto e di metodologia che, dietro l'apparato di regole della metodologia giuridica, vedono all'opera «routine», «sapere aziendale» oppure «habitus», cioè schemi di comportamento pragmatici di un approccio professionale alle leggi<sup>101</sup>, schemi che provengono da tutt'altre regioni rispetto a quelle di provenienza, per esempio, dell'asciutto

<sup>98</sup> Da ultimo in W. HASSEMER, *Rechtstheorie und Rechtspraxis. Eine Erinnerung*, in R.M. KIESOW (Hrsg.), *Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag*, Frankfurt a.M. 2005, p. 275 ss., 280 ss., 282, con riferimenti.

<sup>99</sup> *Supra*, par. 3.3.1.

<sup>100</sup> Anche SIMON, *Gesetzesauslegung im Strafrecht*, cit., p. 588 ss., dedica giustamente particolare attenzione ai mutamenti della giurisprudenza.

<sup>101</sup> Breve sintesi e riferimenti nella mia esposizione in W. HASSEMER, *Rechtssystem und Kodifikation*, in KAUFMANN-HASSEMER-NEUMANN, *Einführung*, cit., p. 251 ss., 264 ss.

metodo interpretativo teleologico oggettivo, nei quali però si può chiaramente vedere che essi danno quello che la metodologia giuridica spera di ottenere dalle sue regole: essi non sono soltanto responsabili di determinati risultati decisionali, ma sono anche ordinati sistematicamente. Essi sono sistemi di regole.

Tali concezioni non sono formalizzate e tra loro omogenee. Esse sono da ricondurre a modi di pensare del tutto diversi, dalla teoria dell'argomentazione fino alla sociologia del diritto e dei giudici. Esse mischiano osservazioni e regole. Concordano però nell'asserire che la prassi dei giudici (e degli avvocati e dei pubblici ministeri) dal punto di vista metodologico non è assolutamente un mucchio di immondizia, ma un campo di regole ordinato in modo differenziato, regole che si comprendono anche da un punto di vista normativo – in verità secondo un ordine di cui la metodologia giuridica non sa nulla.

#### 4.1.2. *Ipotesi, prognosi, questioni*

Queste riflessioni fanno sorgere domande e stimolano a formulare ipotesi.

Domande: la tradizionale metodologia giuridica è fatta per la pragmatica giudiziaria oppure questa ha le sue proprie regole, e in che relazione sono queste con le regole della metodologia giuridica? La metodologia giuridica, così come noi la pratichiamo, è il mero frutto di un lavoro fatto a tavolino che si può richiamare a una rigorosa riflessione, ma non all'osservazione dell'agire giuridico pratico – e pertanto è sistematicamente nell'impossibilità di cogliere l'agire pratico dell'interpretazione della legge, sebbene la sua ragion d'essere consista proprio nel pensare, cogliere e ordinare l'agire pratico?

La mia ipotesi è attualmente triplice: (1) la ragionevolezza della metodologia<sup>102</sup> è fuori di discussione; (2) la sua complessità però è molto inferiore alla complessità del campo da essa regolato della pragmatica giudiziaria; (3) qualora essa voglia, con le sue regole, avere degli effetti, deve sondare sistematicamente tale campo e mettere a punto le sue regole con riferimento a questo suo oggetto.

E la mia prognosi è: una metodologia giuridica che, come la nostra, non sa e non vuole sapere nulla di pragmatica giudiziaria, alla fine perderà del tutto la sua forza regolativa, iniziando dal rapporto dei giudici con la legge e finendo con la formazione dei giuristi – e questo a ragione, e probabilmente con conseguenze per il precetto costituzionale del vincolo del giudice alla legge.

Una spiegazione sistematica delle regolarità della pragmatica giudiziaria

<sup>102</sup> *Supra*, 3.3.1.

tocca un campo ampio e notevolmente oscuro. Ci vorrà del tempo per scoprire se questo campo ha una struttura normativa e di quale sembianza. Soltanto quando si saprà questo, avrà un senso riflettere su di un miglioramento di tale ordine, per tradurre nella realtà il precetto del vincolo del giudice alla legge, e cioè per tradurlo nelle condizioni di possibilità del comprendere, interpretare e applicare una legge.

Per iniziare però si possono almeno formulare alcune questioni dotate di fondamento.

#### 4.2. Individuazione del diritto e giustificazione

Per ogni riflessione sul luogo, sulla struttura e sul valore di un metodo giuridico mi sembra basilare una distinzione: quella tra individuazione e giustificazione del diritto, tra produzione e rappresentazione di decisioni giudiziarie sotto la legge<sup>103</sup>.

Alla base di questa distinzione sta la considerazione alla luce dell'esperienza che la fase in cui un risultato interpretativo viene ancora cercato può essere soggetta ad altre regole del pensare e del parlare che la fase in cui tale risultato viene messo per iscritto o annunciato<sup>104</sup>. Questa esperienza si basa su esami scientifici della realtà dell'agire giudiziario<sup>105</sup>, ma anche su stabili tradizioni di pragmatica giudiziaria, come per esempio le diverse retoriche del voto e della decisione<sup>106</sup>, di stile del parere e della sentenza<sup>107</sup>, di consulenza fattuale e di lettura nei collegi giudicanti. Queste tradizioni fanno prova in ogni caso dell'immagine professionale secondo la quale il rapporto regolato con la legge procede per passi che si possono assennatamente distinguere, passi la cui distinzione è così ragionevole che ha senso esplicitarla tramite la retorica e i setting.

<sup>103</sup> Sul punto più ampiamente W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1990<sup>2</sup>, § 18 I.

<sup>104</sup> K.L. KUNZ-M. MONA, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die theoretischen Grundlagen der Rechtswissenschaft*, Bern, 2006, 2/49.

<sup>105</sup> Per esempio R. HASSEMER, *Einige empirische Ergebnisse zum Unterschied zwischen der Herstellung und der Darstellung richterlicher Sanktionsentscheidungen*, in *Die Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 66 (1983), p. 26 ss.

<sup>106</sup> Cfr. i diversi schemi di testi per voti e decisioni in O. TEMPEL-C. THEIMER-A. THEIMER, *Mustertexte zum Zivilprozess*, München, 2003<sup>5</sup>, vol. I e II, nonché per il processo penale H.C. SCHAEFER-J. SCHROERS, *Mustertexte zum Strafprozess*, München, 2003.

<sup>107</sup> Su questa distinzione G. WOLF, *Bemerkungen zum Gutachtenstil*, in *Juristische Schulung*, 36 (1996), p. 30 ss.; C. FAHL, *Bemerkungen zum Urteilsstil*, in *Juristische Schulung*, 36 (1996), p. 280 nonché la guida pratica di P. SATTELMACHER-W. SIRP, *Bericht, Gutachten, Urteil. Eine Einführung in die Gerichtspraxis*, München, 2003.

La distinzione tra la produzione da una parte e la rappresentazione di un risultato decisionale vincolato alla legge dall'altra ha, oltre a ciò, dalla sua differenza fondamentale per una metodologia giuridica tra visibilità e controllabilità. Mentre la produzione di una decisione è nella migliore delle ipotesi accessibile cognitivamente al giudice stesso o alle persone che lo consigliano, alla rappresentazione abbiamo accesso in via di principio tutti; ciò produce possibilità del tutto differenti di verificare la compatibilità di queste due fasi dell'agire del giudice con l'apparato di regole sul metodo. Questa differenza dell'accesso cognitivo viene di nuovo affiancata e assicurata pragmaticamente da istituzioni differenzianti come da una parte il segreto della consulenza e dall'altra parte la pubblicità dell'annuncio di una decisione.

Estremamente importante mi sembra essere la differenza tra produzione e rappresentazione, a dire il vero, nell'ambito della metodologia stessa. Qui si può toccare con mano che le speranze di imposizione delle regole, così come coltivate dalla metodologia giuridica, nella fase della produzione sono pure chimere. Se il giudice si sia lasciato «guidare» dalle relative regole nel trovare la decisione – come viene ordinato dalla metodologia –, si può apprendere al più presto e nel migliore dei casi dalla motivazione della sua decisione.

Certamente non tutto quello che si può immaginare e desiderare può venir fondato. Da ciò segue che la fase di rappresentazione getta le sue ombre regolatrici anche sulla fase della produzione; certamente è fondabile anche la speranza che il giudice nella sua rappresentazione non voglia allontanarsi troppo dal punto di vista del contenuto dalla sua produzione. Altrettanto certo è però che le ombre come la speranza hanno, nella migliore delle ipotesi, margini estremi di devianza. Nel caso normale non vi è nessuna istanza di controllo delle regole – non la più vicina istanza giudiziaria di grado più alto e non di certo la metodologia o la stampa critica – a scrutare che cosa c'è dentro la testa del giudice che progetta, pensa, costruisce e rigetta vie e alternative della sua decisione. Solo la fase di rappresentazione rende visibile quali sentieri dell'apparato di regole metodologiche sono stati percorsi, quali sono stati forse non visti e quali sono stati abbandonati.

Questo significa che la metodologia giuridica non è una dottrina dell'individuazione ma una dottrina della fondazione di decisioni giudiziarie vincolate alla legge. Essa sarebbe una dottrina dell'individuazione del diritto solo sul presupposto che la pragmatica giudiziaria della fase di produzione concordasse con la pragmatica della fase di rappresentazione. Contro di ciò parlano i già ricordati differenti programmi del ritrovare e del fondare nel quotidiano giuridico; contro di ciò parla anche l'esperienza che i nostri pensieri si

sviluppano, si consolidano e si diffondono ora lentamente e sistematicamente, ora d'un tratto e spontaneamente, che i pensieri in ogni caso si aprono più a una vivace *ars inveniendi* che a una fedele obbedienza metodologica. Per questa depone al contrario poco. Per esempio non considererei come franchezza discorsiva ma impoverimento professionale il caso in cui il giudice si ritenesse obbligato a coprire argomentativamente e sistematicamente sempre entrambe le fasi. – Ma questo si lascerebbe spiegare empiricamente, ordinare analiticamente e alla fine valutare normativamente se si sapesse poi in che modo farlo.

#### 4.3. *Situazioni professionali*

Presumo che la pragmatica giudiziaria sia inoltre ordinata da una quantità di concrete condizioni di lavoro del pensare, leggere, comprendere, agire, scrivere e parlare professionale, che per esempio variano a seconda della disciplina giuridica in cui si agisce, che però vengono determinate anche da diversi *settings* dell'individuazione e della fondazione di decisioni, da *settings* che non solo esistono e vigono di fatto, ma che – esattamente come la metodologia giuridica – forse possono avanzare anche la pretesa normativa di assicurare il vincolo del giudice alla legge.

Anche qui le mie ipotesi sono che (1) l'agire dei giudici soggiace a regole complesse, che lo portano in un ordine determinato; (2) questo ordine favorisce il vincolo del giudice alla legge e (3) noi non vediamo ancora questo ordine.

Senza pretese di completezza – per non parlare di esattezza – vorrei porre un poco l'attenzione su due campi dei quali si può sostenere con una certa plausibilità che su di essi crescano bene regole di pragmatica giudiziaria: indicazioni del relativo diritto materiale e formale nonché condizioni di *settings* professionali. Entrambi i campi non possono essere rappresentati tracciando con precisione i loro confini; questo però non nuoce nel nostro contesto, piuttosto promuove le possibilità di fantasia e discernimento. Di queste abbiamo oggi bisogno.

##### 4.3.1. *Situazioni giuridiche*

Io sostengo che una gran parte delle aspettative che la dottrina costituzionale e la teoria del diritto hanno riposto e ripongono sempre ancora nella metodologia giuridica, nel frattempo vengono corrisposte da una dogmatica giuridica differenziata.

La dogmatica giuridica è da un punto di vista strutturale vicina alla metodo-

logia giuridica<sup>108</sup>. Essa si colloca, come questa, a un livello mediano tra la legge e il caso e media, come questa, tra il comando della legge e la decisione del caso singolo; essa assicura in tal modo la stabilità e l'uniformità dell'applicazione della legge e della strutturazione di costellazioni di casi; questa si chiama per me funzione di mediazione (*Vermittlungsfunktion*)<sup>109</sup>. Diversamente dalla metodologia, la dogmatica giuridica è dipendente dalla situazione giuridica, essa lavora a una semantica di leggi determinata e in mutamento e si sviluppa con queste. La metodologia si intende come indifferente nei confronti dei relativi contenuti della legge<sup>110</sup>; la dogmatica al contrario vive, muore e si modifica con essi; questa si chiama per me dipendenza dalla situazione giuridica. Nella funzione di mediazione la metodologia e la dogmatica giuridica sono vicine tra di loro, nella dipendenza dalla situazione giuridica sono invece lontane<sup>111</sup>.

Le due cose assieme fanno sì che la dogmatica giuridica sia una potente concorrente della metodologia. La sua funzione di mediazione tra la legge e il caso la rende un apparato di regole che, come la metodologia, contiene indicazioni sulla giusta comprensione della legge e sull'appropriata costituzione del caso. La sua dipendenza dalla situazione giuridica la rende, diversamente dalla metodologia, una fonte di regole concrete, concentrate sulle relative leggi. Se si considerano per esempio le dogmatiche estremamente differenziate e strutturate in modo completamente diverso del principio di eguaglianza<sup>112</sup>, degli interventi sul diritto al lavoro<sup>113</sup>, della revoca di un atto favorevole dell'amministrazione<sup>114</sup> o del concetto di patrimonio nel diritto pe-

<sup>108</sup> Sul rapporto tra dogmatica giuridica e teoria del diritto ADOMEIT, *Rechtstheorie für Studenten*, cit., p. 12 ss.

<sup>109</sup> Su punto anche MASTRONARDI, *Juristisches Denken*, cit., p. 249 ss.

<sup>110</sup> Non nei confronti della *esistenza* di leggi; cfr. *supra* par. 2.1.

<sup>111</sup> Similmente HORST DREIER in un testo del 1991 da lui gentilmente messi a disposizione: *Zum Stellenwert der Rechtsdogmatik in der juristischen Methodenlehre*, par. II.3.

<sup>112</sup> Esempio: BVerfG 99, p. 367 (388 ss.) e p. 88, 87 (96 ss.) (Transessuali): l'Art. 3 GG of-fre – a seconda della costellazione – protezione differenziata per gradi dal mero divieto di arbitrio fino al rigoroso vincolo a requisiti di proporzionalità.

<sup>113</sup> Sui requisiti materiali per le limitazioni relative – in particolare la cosiddetta dottrina dei «gradi» (*Stufenlehre*) del BVerfG – commento dettagliato in M. SACHS-U. TETTINGER, *Grundgesetz-Kommentar*, München, 2003<sup>3</sup>, Art.12, Rn. 100 ss. Un panorama conciso è dato da H.D. JARRASS-B. PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, München, 2004<sup>7</sup>, Rn. 11-18.

<sup>114</sup> Esempio D. GÖLDNER, *Die Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte nach dem neuen Verwaltungsverfahrenrecht*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 32 (1979), p. 805 ss.; sulla problematica del termine per la revoca cfr. oltre a ciò SCHOCH, *Die Frist zur Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte nach § 48 Abs.4 S 1 VwVfG*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 4 (1985), p. 880 ss.

nale<sup>115</sup> si vede – con la consueta imprecisione del diritto – un campo riccamente colmo e chiaramente ordinato di indicazioni per la formulazione e la risposta a domande, fino a sequenze di una regolamentazione professionale dell'attività di verifica. E queste indicazioni non si comprendono solo come ordine, ma come buon ordine. Esse vogliono promuovere, come la metodologia giuridica, non solo la certezza del diritto, ma anche la giustizia.

Praticamente in tutti i campi giuridici le nostre dogmatiche si stanno gonfiando e si stanno differenziando – la qual cosa ha motivi comprensibili<sup>116</sup> e può essere anche oggetto di lamentela (per esempio con lo sguardo al sovraccaricato apparato di verifica in sede di esame della formazione giuridica)<sup>117</sup>. Non si potrà però mettere in discussione che gli apparati di regole dogmatiche non sono in nulla secondi alla metodologia giuridica con riferimento alla vincolatività normativa per la prassi giudiziaria, ma che per concretezza, molteplicità e differenziazione delle regole le sono ampiamente davanti. Le dogmatiche sono di norma ricche e bene ordinate. Gli apparati dogmatici di regole consolidano l'interpretazione della legge, la rendono trasparente e con ciò controllabile e la vincolano alla legge<sup>118</sup>.

Indicazioni per l'agire giudiziario provenienti da situazioni giuridiche derivano in verità non solo dalle dogmatiche giuridiche; là esse sono solo individuabili con particolare facilità. La pragmatica giudiziaria genera tali indicazioni presumibilmente anche da routine professionali meno chiaramente distinte,

<sup>115</sup> Esempio: A. SPICKHOFF, *Zivilrechtliche Wertungen und strafrechtlicher Vermögensbegriff*, in *Juristen Zeitung*, 57 (2002), p. 970 ss.; recentemente anche S. SWOBODA, *Betrug und Erpressung im Drogenmilieu: Abschied von einem einheitlichen Vermögensbegriff*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 25 (2005), p. 476 ss.

<sup>116</sup> Cfr. per esempio U. VOLKMANN, *Veränderungen der Grundrechtsdogmatik*, in *Juristen Zeitung*, 60 (2005), p. 261 ss.; L. MICHAEL, *Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze*, in *Juristische Schulung*, 41 (2001), p. 148 ss.

<sup>117</sup> Sulla dogmatica del *Bereicherungsrecht*, cresciuta enormemente dal 19. secolo, U. WESEL, *Bereicherungsrecht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 47 (1994), p. 2594 ss. (L'autore parla criticamente di un «altamente intelligente rogo della dogmatica»). Critico nei confronti dell'ampliamento del diritto penale per esempio R. HAMM, *Missbrauch des Strafrechts*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 49 (1996), p. 2981 ss. Della «incalcolabilità» dell'apparato per la verifica in sede di esame della formazione giuridica, che, non da ultimo, si basa anche su di una dogmatica in continua crescita, si lamenta K. GÜNTHER, *Philosophie des Staatsexamens*, in *Kritische Justiz*, 2001, n. 1, p. 126.

<sup>118</sup> HORST DREIER, *op. cit.*, sub VII: «La più intensa considerazione della dogmatica giuridica nella metodologia giuridica significa un avvicinamento alla prassi – non un consegnarsi a essa».

come per esempio le regole (1) del bilanciamento, (2) dei giudizi prognostici, (3) delle decisioni in mancanza di sapere e informazione (*Entscheiden unter Nichtwissen*), (4) della limitazione di ambiti di valutazione e di organizzazione, (5) della determinazione di competenze come regole di produzione del diritto.

Indipendentemente da ciò, non è astrusa l'ipotesi di pragmatiche che variano con il variare della situazione giuridica<sup>119</sup>. Per esempio potrebbe essere che le pretese nei confronti dell'individuazione del diritto, come nei confronti della giustificazione dello stesso, varino con la probabilità di poter correggere le conseguenze di un giudizio fallace – dall'applicazione della pena di morte passando per la *Sicherungsverwahrung* [misura di sicurezza privativa della libertà personale tendenzialmente a tempo indeterminato: N.d.T.] o la distribuzione della cura delle persone fino all'espulsione di un richiedente asilo: per situazioni in cui questa correzione è esclusa o resa difficile si potrebbero forse trovare delle regole di preferenza. La tendenza a colmare le lacune<sup>120</sup> o all'applicazione della legge per analogia potrebbe avere tra giuristi di formazione penalistica dei connotati diversi che altrove<sup>121</sup>. Anche le comprensioni di volta in volta diverse della «verità»<sup>122</sup> cercata nei diversi ordinamenti processuali potrebbero regolarmente portare a diverse richieste pragmatiche alla relativa ricerca della verità – più generosamente nel processo civile, con scrupolo nel processo penale: in ogni caso diversamente. E infine è fondata l'aspettativa che la pragmatica del metodo dell'interpretazione della legge in situazioni giuridiche che, come per esempio il diritto del lavoro, vivono formalmente di diritto giudiziario, abbia delle sembianze del tutto diverse rispetto a là dove, come per esempio è il caso del diritto penale, il diritto giudiziario viene piuttosto maneggiato con estrema cautela, e fondamentalmente è autorizzato solo là dove è a favore dell'imputato.

Come si vede, si tratta di un campo ampio, tuttora scuro con dei solchi non chiari.

<sup>119</sup> Riferimenti anche in PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen*, cit., n. 370 ss.

<sup>120</sup> Istruttivo ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, cit., p. 175 ss.

<sup>121</sup> Cfr. *supra*, par. 3.4. con riferimento a BGHSt 10, p. 375.

<sup>122</sup> Cfr. per esempio per il processo penale J. KRETSCHMER, *Ermittlung oder Herstellung von Wahrheit im Strafprozess?*, in *Juristische Rundschau*, 54 (2000), p. 10 ss.; B. SCHÜNEMANN, *Der deutsche Strafprozess im Spannungsfeld von Zeugenschutz und materieller Wahrheit*, in *Strafverteidiger*, 18 (1998), p. 391 ss.; per il processo civile D. OLZEN, *Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess*, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 98 (1995), p. 403 ss.; W. BERHARDT, *Wahrheitspflicht und Geständnis im Zivilprozess*, in *Juristen Zeitung*, 18 (1963), p. 245 ss.; per il processo davanti al Tribunale amministrativo con riferimento ai doveri di collaborazione e di asserire la verità dei partecipanti: H.A. WOLFF, *Die Pflicht der Beteiligten im Verwaltungsprozess zur Wahrheit und zur Vollständigkeit*, in *Bayerische Verwaltungsblätter*, 128 (1997), p. 585 ss.

#### 4.3.2. *Settings*

Meno facilmente visibili a occhio nudo delle situazioni giuridiche sono le condizioni dell'agire dei giudici. Queste appaiono come delle situazioni esterne che però informano di sé questo agire e presumibilmente conducono al sorgere di regole che ordinano la pragmatica giudiziaria e la rendono più trasparente e meglio controllabile. Tali regole debbono a dire il vero venir maneggiate con particolare cura, se ci si pone, come noi<sup>123</sup>, la questione delle condizioni di possibilità del vincolo alla legge. Diversamente dalle situazioni giuridiche<sup>124</sup>, i *settings* non sono già di per sé collegati alle leggi, alle quali lo stato di diritto della codificazione ordina un vincolo. Mentre le dogmatiche giuridiche formalmente sono pensate per preparare la legge alla sua applicazione al caso, quindi per realizzare sul piano dell'apparato giudiziario il principio della divisione dei poteri, i *settings* sono in primo luogo più lontani dalla legge; essi possono, ma non debbono, favorire, tramite l'ordine che portano, allo stesso tempo il vincolo dell'apparato giudiziario alla legge. Essi vanno esaminati criticamente, non appena si sappia quali *settings* siano in gioco e quali funzioni ordinatorie essi di volta in volta svolgano.

Io sono convinto – con la necessaria provvisorietà propria delle impressioni – che la pragmatica giudiziaria, oltre che in forza di situazioni giuridiche, sia vincolata e ordinata anche tramite condizioni lavorative professionali, che alla fine codeterminano le condizioni di possibilità di un vincolo del giudice alla legge.

Tali *settings* differenti si potrebbero per esempio trovare (1) nelle diverse condizioni di lavoro di giudici monocratici e collegi, che influenzano non solo le fasi della produzione e rappresentazione di risultati di decisioni<sup>125</sup>, ma anche le retoriche e l'ampiezza degli argomenti fondanti; (2) nella distinzione tra questioni di fatto e di diritto, che prescrive al giudice del fatto un approccio diverso e anche diverse routine rispetto a quelle del giudice di revisione; (3) nei carichi di lavoro, che rendono diversamente possibile una profondità e precisione di sguardo, trattazione e motivazione; (4) nei gradi di dicibilità dei motivi della decisione, che – su di una scala per esempio dalla determinazione della pena o dalla valutazione della prestazione nel diritto scolastico o nel diritto dei funzionari pubblici (*Beamtenrecht*) da una parte, e dalla misurazione della capacità di prestare dal punto di vista del diritto tributario o del supera-

<sup>123</sup> Vedi *supra*, par. 1.2.1.

<sup>124</sup> *Supra*, par. 4.3.1.

<sup>125</sup> Cfr. *supra*, par. 4.2.

mento dei limiti di velocità dall'altra parte – permettono una diversa «vicinanza alla cosa» e «onestà» di motivazione; (5) nella possibilità di comunicare i risultati di votazioni oppure di controbilanciare la decisione della maggioranza con un'opinione dissenziente, il che tipicamente potrebbe avere conseguenze per la disponibilità a farsi carico di un risultato preso a maggioranza; (6) nelle molteplici decisioni prognostiche cui è tenuto il diritto come per esempio nella moderna determinazione della pena, orientata verso la prevenzione<sup>126</sup>, oppure in ambiti del diritto amministrativo o costituzionale, dove ci si può attendere che si formino specifici schemi di accertamento e motivazione, che sono modulati sulle particolari difficoltà di tali decisioni.

Questo è un campo coltivato a metà (*Kraut und Rüben*), e non di più. Ma, in quanto tale, è adatto alla situazione che deve essere descritta: si è sicuri che lì stia crescendo qualcosa che potrebbe essere commestibile; questo appare però altamente diverso e disordinato. Una cosa è per me certa: chi sostiene che una tale regolarità della pragmatica giudiziaria non abbia nulla a che vedere con il vincolo del giudice alla legge, può farlo seguendo un sogno che è finito da tempo: il sogno della rigorosità delle regole e della deduzione<sup>127</sup>. Tutti gli altri, che sono interessati al reale rapporto tra metodologia giuridica e divisione dei poteri dello stato di diritto, dovrebbero cercare di scoprire che cosa sia realmente la pragmatica giudiziaria.

## 5. Conclusione

La metodologia giuridica è considerata un ponte per assicurare il vincolo del giudice alla legge e con ciò garantire la divisione dei poteri nello stato di diritto. Questo ponte non regge sul serio. Le regole della metodologia sono sì ragionevoli e cogenti in sistemi codificati; esse però non sono adeguate alla complessità dell'agire del giudice. La pragmatica giudiziaria segue un sistema di regole che intendono favorire un vincolo del giudice alla legge, regole che costruiscono un ordine e sono sanzionate. Queste regole sono attualmente visibili solo in modo non chiaro; esse dovrebbero venir investigate sistematicamente. In tal modo potremo sapere che cosa sia una metodologia giuridica vicina alle cose e che cosa essa offra.

<sup>126</sup> Per esempio § 46 I 2 StGB: «Vanno considerati gli effetti che a seguito della pena sono da attendere per la vita futura del reo nella società».

<sup>127</sup> Cfr. *supra*, par. 2 e 3.

prof. GÜNTER HIRSCH  
Presidente del Bundesgerichtshof

VERSO UNO STATO DEI GIUDICI?  
A proposito del rapporto tra giudice e legislatore  
nell'attuale momento storico<sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: I. I giudici prendono il potere? – II. Soggetti alla legge, vincolati al diritto. – III. Di fatto, non di diritto, la legge è autorità suprema per il giudice. – IV. La legge può essere più saggia del legislatore. – V. Lo Stato dei giudici è la concretizzazione dello Stato di diritto. – VI. Giudice e legislatore: simbiosi con flessibile divisione del lavoro. – VII. La europeizzazione della legislazione conduce alla europeizzazione della interpretazione. – VIII. Il giudice – servitore o pianista?

Da quando, nel 1959, uscì la monografia di RENÉ MARCIC “*Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*” è diventata un’abitudine la messa in guardia contro “l’oligarchia giudiziaria” (*oligarchischer Richterstaat*)<sup>1</sup>. Allo stesso tempo diventano sempre più forti le critiche nei confronti del legislatore, che sommerge il paese con un’inondazione di norme, che non raggiungerebbero più il cittadino e che talvolta sarebbero di dubbia qualità e avrebbero imprevedibili conseguenze<sup>2</sup>.

La critica secondo cui i giudici – come si suppone – non vogliono più svolgere il ruolo loro assegnato dalla Costituzione (ovvero, come ebbe a dire PHILIPP HECK nel 1914, essere servitori della legge), non è nuova. Un breve “intervento” del sottoscritto sulla *Zeitschrift für Rechtspolitik* (“*Der Richter wird’s schon richten*”)<sup>3</sup> ha tuttavia acceso il dibattito intorno al rapporto del giudice con il legislatore. Esso viene citato soprattutto da B. RÜTHERS E C. MÖLLERS a conferma della loro tesi, secondo cui i giudici vogliono sciogliersi dallo stretto vincolo alla legge e l’equilibrio istituzionale deve essere spostato a favore del terzo potere<sup>4</sup>.

\* Scritto pubblicato in *Juristenzeitung*, 2007, 853 col titolo *Auf dem Weg zum Richterstaat?* Traduzione a cura di *Kolis Summerer*, assegnista di diritto penale presso l’Università di Bologna.

<sup>1</sup> Si veda, in particolare, RÜTHERS, *Juristenzeitung* 2002, 365 e *ivi*, 2006, 958.

<sup>2</sup> L’istituzione di un autonomo consiglio per il controllo delle norme presso la Cancelleria, decisa nell’estate 2006 dal *Bundestag*, è espressione di questa tendenza; al riguardo, merita una lettura B. MERTENS, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen. Theorie und Praxis der Gesetzgebungstechnik aus historisch-vergleichender Sicht*, 2006.

<sup>3</sup> *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2006, 161.

<sup>4</sup> RÜTHERS, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 28.12.2006; IDEM., in *Juristenzeitung*, 2006,

## I. I giudici prendono il potere?

La discussione sul confine tra competenze legislative e giudiziarie è antica almeno quanto la divisione dei poteri. A partire da MONTESQUIEU (1748), lo Stato si regge su un equilibrio costantemente minacciato nel quale i tre poteri si controllano e si limitano reciprocamente. Tuttavia, secondo MONTESQUIEU tra i tre poteri quello dei giudici è “*en quelque facon nulle*” (quasi pari a zero), poiché i giudici sarebbero soltanto bocca della legge, nulla più (“*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”)<sup>5</sup>. A questa famosa citazione ritorna la mente quando si sentono o si leggono le lamentele, secondo cui i giudici si sottraggono sempre più allo stretto rispetto della legge e alla volontà del legislatore.

Così, si lamenta “il proliferare del diritto giurisprudenziale”, che in sostanza sarebbe un “atto di politica del diritto” (e perciò non più di giurisprudenza); i giudici avrebbero la tendenza, sulla base delle proprie idee di giustizia e per mezzo di adeguate strategie di “interpretazione”, o meglio di integrazione, a scostarsi da esistenti valutazioni legislative, cioè a rifiutare il rispetto della legge”; strumento del rifiuto sarebbe il metodo “oggettivo” di interpretazione, secondo cui alla reale volontà del legislatore sarebbe riconosciuto soltanto un ruolo secondario, mentre alle “idee soggettive dei giudici si aprirebbero ampie possibilità di imporsi, quasi a piacere”<sup>6</sup>.

Se la critica fosse giusta, la Germania si troverebbe in una crisi costituzionale; lo Stato di diritto fondato sulla divisione dei poteri sarebbe in pericolo.

Una “prova certa di quanto la Repubblica federale si sia già trasformata da uno Stato di diritto in uno Stato dei giudici” è individuata da RÜTHERS nella “accanita lotta dei capi di partito per il monopolio nell’elezione dei giudici”<sup>7</sup>. Questa sarebbe, a prescindere dalla correttezza, solamente una conferma del fatto che “capi di partito” credono di poter influenzare la giurisprudenza attraverso l’elezione di determinati giudici nelle corti federali. Ma ciò sarebbe una falsa credenza, quanto meno per il *Bundesgerichtshof*.

Alcuni rinvergono una ulteriore prova di ciò nell’“intervento” del Presidente del *Bundesgerichtshof*: persino al più alto rappresentante della giustizia ordinaria il vincolo del giudice alle leggi sembrerebbe davvero non piacere<sup>8</sup>;

958; IDEM., *ivi*, 2007, 556, 559; MÖLLERS, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 26.10.2006.

<sup>5</sup> MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, libro XI cap. 6.

<sup>6</sup> Si veda, in particolare, RÜTHERS, in *Juristenzeitung*, 2002, 365.

<sup>7</sup> RÜTHERS, in *Juristenzeitung*, 2002, 365, 371.

<sup>8</sup> MÖLLERS, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 26.10.2006.

egli rifiuterebbe di vedere i giudici come “servitori della legge” (laddove lo stesso re prussiano Federico II si considerava “primo servitore dello Stato”)<sup>9</sup>.

## II. Soggetti alla legge, vincolati al diritto

Dietro questa cortina fumogena, un solido ancoraggio costituzionale lo si trova nell'art. 20, comma 3, *Grundgesetz* (d'ora in poi *GG*) dove si afferma con ammirevole concisione e pregnanza, che la giurisprudenza è “vincolata alla legge e al diritto”. Non si tratta di una tautologia. La formula, come ha stabilito il *Bundesverfassungsgericht*, mantiene ferma “la consapevolezza che, in generale, legge e diritto di fatto coincidono, ma non necessariamente e non sempre”<sup>10</sup>. Questa norma costituzionale è la reazione all'amara esperienza nazionalsocialista, dalla quale abbiamo appreso che possono esistere leggi ingiuste, “che l'ordinamento positivo e l'idea del diritto possono divergere”<sup>11</sup>. Con ciò, la Costituzione respinge un “positivismo legislativo privo di valori” e offre la possibilità di preferire il principio della giustizia materiale alla validità della legge positiva<sup>12</sup>. “In altri termini, la Costituzione conosce l'alto valore, ma anche i limiti del diritto tradotto in legge”<sup>13</sup>. Lo “Stato di diritto”, come sappiamo dai tempi di *Tacito*, è appunto qualcosa di diverso dallo “Stato delle leggi”.

Tuttavia, un'altra norma costituzionale (art. 97, comma 1, *GG*) sancisce che i giudici sono “indipendenti e soggetti soltanto alla legge” (cioè allo stesso tempo indipendenti e dipendenti)<sup>14</sup>. Questa formulazione si discosta di fatto dal vincolo del giudice “alla legge e al diritto” di cui all'art. 20, comma 3, *GG*. A prescindere dal fatto che l'art. 20, comma 3, *GG*, in quanto “norma fondamentale dello Stato”, ha rango più elevato rispetto all'art. 97, comma 1, *GG*<sup>15</sup>, quest'ultima disposizione ha per scopo la garanzia costituzionale della indipendenza del giudice e non mette in dubbio la fondamentale differenza fra

<sup>9</sup> RÜTHERS, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 28.12.2006.

<sup>10</sup> *Entscheidungen des Bundeversfassungsgerichts*, vol. 34, 286; MÖLLERS attribuisce erroneamente questa citazione al Presidente del *Bundesgerichtshof* (loc.ult.cit.).

<sup>11</sup> HERZOG, in MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz*, art. 20, VI, n. 53.

<sup>12</sup> *Entscheidungen des Bundeversfassungsgerichts*, vol. 3, 232.

<sup>13</sup> DI FABIO, in *Handbuch des Staatsrechts* (a cura di ISENSEE-KIRCHHOF), 3. ed., II, § 27, n. 26.

<sup>14</sup> Non corrisponde al vero l'affermazione di RÜTHERS (*Juristenzeitung*, 2006, 958, 959) che nell'“intervento” del Presidente del *Bundesgerichtshof* (*Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2006, 161) non sarebbe citata la norma costituzionale dell'art. 97, comma 1 *GG*, così importante per il tema in discussione.

<sup>15</sup> Cfr. HERZOG, in MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz*, art. 97, I, n. 5.

diritto e legge. Rimane dunque la constatazione che, in vigenza della Costituzione, nessun giudice, richiamandosi al suo vincolo alla legge, può rassicurarsi con il fatto che – ipoteticamente – una evidente violazione dell’idea di giustizia sia consentita o imposta in una legge.

Già uno sguardo al passato tedesco vieta di postulare qualsiasi vincolo assoluto alla legge, posto che la strada che condusse allo Stato nazionalsocialista era lastricata di leggi e ordinanze (basti pensare soltanto alla legge speciale – *Ermächtigungsgesetz* – che, di fatto, consegnò la Costituzione nelle mani di Hitler, e alle leggi razziali di Norimberga, che privarono gli ebrei dei diritti civili, introducendo fra l’altro la fattispecie di infamia razziale - *Rassenschande*). Ciò non significa certamente che i giudici nel Terzo *Reich* siano responsabili soltanto di aver obbedito a leggi ingiuste; piuttosto, nessuno mette in dubbio che, richiamandosi alla volontà del *Führer* ed al sano sentimento del popolo, talune pronunce giurisprudenziali abbiano finito col fare un’applicazione perversa anche di leggi ineccepibili per uno Stato di diritto<sup>16</sup>.

### III. *Di fatto, non di diritto, la legge è autorità suprema per il giudice*

Nonostante il principio fondamentale espresso nell’art. 20, comma 3, *GG*, secondo il quale il vincolo del giudice alla legge è limitato, questi non può “abbandonare il sentiero del rispetto della legge semplicemente con la giustificazione che l’idea di giustizia esiga appunto qualcosa di diverso”<sup>17</sup>. Così come egli non può tradire il diritto con la legge, egli non può svuotare la legge richiamandosi alla sua morale privata. Ci troviamo al di là sia del diritto naturale sia del positivismo giuridico.

La Germania è uno Stato di diritto con solide basi e con un differenziato sistema di tutela giuridica. La legislazione è democraticamente legittimata, essa è sottoposta a controlli costituzionali estremamente efficaci da parte del

<sup>16</sup> Così, a ragione, per es. RÜTHERS, *Juristenzeitung*, 2007, 556, con ulteriori riferimenti; l’accusa di RÜTHERS (*Juristenzeitung*, 2006, 958, 959) e di MÖLLERS (*Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 26.10.2006), secondo cui il Presidente del *Bundesgerichtshof* contribuirebbe ad una “gigantesca polverizzazione della storia”, che affermerebbe che il positivismo giuridico sarebbe stato la vera causa della prassi dell’ingiustizia nello Stato dell’ingiustizia (egli non conoscerebbe “la lezione storica”) è assurda (cfr. i numerosi riferimenti alla sua posizione riguardo alla ingiustizia del nazionalsocialismo in GODAU-SCHÜTTKE, *Der Bundesgerichtshof – Justiz in Deutschland*, 2005, così come, in particolare, in *Beiträge zum Widerstand 1933-1945*, HANS VON DOHNANYI, 2003, 13 ss.).

<sup>17</sup> HERZOG, in MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz*, Art. 20, VI, n. 53; cfr. anche HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. ed., 1995, 87.

Presidente della Repubblica (che deve esaminare la legittimità costituzionale delle leggi prima della loro promulgazione e che, come l'esperienza ha dimostrato, prende questo compito sul serio), del *Bundesverfassungsgericht* così come dei più di 21.000 giudici (che non possono né applicare né respingere una legge ritenuta incostituzionale, dovendo sottoporla allo scrutinio del *Bundesverfassungsgericht* ai sensi dell'art. 100 GG).

L'idea alla base dell'art. 20, comma 3, GG, che la legge scritta e il diritto non scritto possano divergere e che per il giudice non esista pertanto un vincolo assoluto alla legge, costituisce dunque condizione di uno Stato di diritto; che la condizione non si realizzi, è nella natura dello Stato di diritto.

Di fatto, il problema sta al di sotto del principio costituzionale che esclude un vincolo assoluto del giudice alla legge; tuttavia si può cogliere in esso un riflesso di tale principio. La questione è: dove si situano i confini della interpretazione giudiziale delle leggi e della evoluzione del diritto? quando e quanto il giudice può (o deve) allontanarsi dall'evidente significato letterale della legge e dalla volontà del legislatore attraverso l'interpretazione e il completamento della norma, di quali metodi egli deve servirsi?

Il metodo della interpretazione della legge è il criterio della concreta applicazione del diritto (*Rechtsfindung*). La questione fondamentale è se, scopo della interpretazione sia l'accertamento e il rispetto della reale volontà del legislatore o invece il significato normativo della legge. Questa dicotomia della cosiddetta teoria soggettiva e oggettiva ha contraddistinto la relativa letteratura giuridico-filosofica e metodologica del 19° e 20° secolo ed è legata a grandi nomi (WINDSCHEID, RADBRUCH, ENNECCERUS, NIPPERDEY, HECK, LARENZ, CANARIS). Gli attuali attacchi contro la giurisprudenza si basano, in sostanza, sul rimprovero di una errata scelta di metodo: quella dei tribunali federali si risolverebbe in uno strumento di potere (!) per la conservazione e la trasformazione dell'ordinamento giuridico; i giudici agirebbero sistematicamente a piacere, con attenzione ai risultati e smontando la reale volontà del legislatore determinerebbero "il passaggio da un democratico Stato di diritto ad un oligarchico Stato dei giudici"<sup>18</sup>.

#### IV. La legge può essere più saggia del legislatore

Il metodo interpretativo può decidere l'esito di una controversia giuridica. La sua scelta perciò non è uno strumento neutro, non vincolante per la con-

<sup>18</sup> Così RÜTHERS, *Juristenzeitung*, 2002, 365 e *ivi*, 2006, 958.

creta applicazione del diritto; la scelta ha piuttosto valore giuridico. Nella giurisprudenza tedesca si è affermato il metodo oggettivo, secondo il quale la volontà del legislatore storico deve essere considerata un aspetto fondamentale nella interpretazione, ma in caso di contrasto deve cedere in favore di criteri oggettivo-teleologici. Decisiva per la interpretazione di una legge è in definitiva la volontà oggettivata del legislatore, volontà che però di regola coincide con l'intenzione problematicamente orientata del legislatore. Vale ancora la classica definizione di SAVIGNY, secondo cui l'interpretazione è "la ricostruzione dell'idea interna alla legge", sicché per lui non si trattava delle idee puramente soggettive delle persone coinvolte nel procedimento legislativo, bensì di ciò che deve essere disciplinato dalla legge.

Se il legislatore non è riuscito a formulare in modo adeguato la propria intenzione, se dà luogo ad errori o idee sbagliate o se il processo di invecchiamento di una legge ha fatto sì che questa non corrisponda più alla attuale concezione dei valori o alle esigenze dell'odierno traffico giuridico, allora la teoria oggettiva offre ai giudici la possibilità di scostarsi dalla volontà soggettiva del legislatore storico. In questo senso, vale proprio la affermazione di GUSTAV RADBRUCH e del *Bundesverfassungsgericht*, che la legge può essere talvolta più saggia del legislatore<sup>19</sup>.

### V. Lo Stato dei giudici è la concretizzazione dello Stato di diritto

Questa idea che la legge possa essere più saggia di coloro che la crearono non è (forse) la vera menzogna dei giudici, perché nasconde il fatto che essi si ritengono più saggi del legislatore? Non si tratta in realtà della "ratio iudicii", spacciata per "ratio legis"?<sup>20</sup>

Vero è che, di fatto, il giudice è impegnato con la sua personalità e con tutta la sua soggettività (la sua "pre-comprensione") nella individuazione del diritto applicabile<sup>21</sup>. Ma egli non può semplicemente porre la propria concezione di giusto e sbagliato al posto di quella del legislatore, egli non è libero nell'interpretare il diritto in senso evolutivo. Egli deve individuare lo scopo della legge, il *telos* ad essa immanente, egli deve ricercare ciò che il legislatore per-

<sup>19</sup> *Entscheidungen des Bundeversfassungsgerichts*, vol. 36, 362; cfr. al riguardo FOERSTE, *Juristenzeitung*, 2007, 122, 124.

<sup>20</sup> Cfr. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, 178, nota 160; KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, 2. ed., 2005, 115; SÄCKER, *Münchener Kommentar zum BGB*, 4. ed., 2001, *Introduzione*, n. 65.

<sup>21</sup> Fondamentale ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970.

seguiva mediante la disciplina in vista della soluzione di un problema concreto, egli deve orientare la propria decisione a scelte di valore di natura giuridica fondamentale. In breve: il giudice è vincolato a determinati metodi di applicazione del diritto così come a indicazioni costituzionali. Che questa cornice dell'accertamento valutativo dia spazio ad "elementi di volontà" costituisce un dato immanente al sistema, non criticabile dal punto di vista costituzionale<sup>22</sup>. Nei casi in cui dalla legge non si può ricavare alcuna risposta alla questione giuridica posta ("lacuna nella legge"), in cui la scelta legislativa di valore deve essere attualizzata (ad esempio, considerare il convivente come componente della famiglia secondo la disciplina della locazione) o non abbia trovato nella legge un sufficiente, leggibile riflesso, l'applicazione della legge costituisce il vero e proprio onere, non il piacere dell'essere giudice<sup>23</sup>.

In dottrina è controverso se una interpretazione giudiziale possa spingersi anche ad ignorare un univoco e intenzionale ordine legislativo (*contra legem*)<sup>24</sup>. A prescindere dal fatto che questo non sarebbe più un atto di interpretazione della legge, ma la negazione della legge, nella prassi esso resta privo di rilevanza. La *lex*, alla quale è vincolato il giudice, non comprende soltanto la norma scritta, ma anche la omogeneità valoriale e la completezza dell'ordinamento nel suo complesso. Le leggi sono segnate dalle idee del legislatore, che è sempre legato ad un orizzonte conoscitivo condizionato al tempo ed al contesto. È compito naturale del giudice realizzare lo scopo della legge e i valori, che il legislatore intendeva con essa esprimere ("volontà oggettivata del legislatore", "contenuto normativo della legge"). Anche se abbandona il terreno del diritto scritto, ciò non significa che egli abbia abbandonato il terreno del *Grundgesetz*. Non sempre agire al di fuori della legge significa agire contro la legge.

I critici del praticato metodo interpretativo dubitano che proprio i giudici siano chiamati ad assumere, come parametro per l'interpretazione, la volontà oggettivata del legislatore (che in verità sarebbe la loro volontà, che essi attri-

<sup>22</sup> *Entscheidungen des Bundeverfassungsgerichts*, vol. 34, 287, in *Juristenzeitung*, 1973, 662, 665, con nota di KÜBLER.

<sup>23</sup> Riguardo alla competenza del giudice a reagire ad un "cambiamento di valori", v. FOERSTE, *op.cit.*, 125; RÜTHERS (*Juristenzeitung*, 2002, 365,369) accusa i giudici federali di provare "piacere per la possibilità creativa politico-giuridica".

<sup>24</sup> Cfr. al riguardo NENNER, *Die Rechtsfindung contra legem*, 2. ed., 2005; CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 2. ed., 1983 (in particolare, p. 139 ss., „lacuna teleologica“); KRAMER, *op.cit.*, (in particolare, p. 169); ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre – eine Einführung*, 10. ed., 2006 (in particolare, p. 65 s., „lacuna di valutazione“).

buiscono alla legge). Il metodo interpretativo oggettivo implicherebbe “il metodico volo cieco di coloro che applicano il diritto al di là dei confini delle competenze costituzionali, la mascherata pretesa dei giudici di legiferare contro la legge e la Costituzione”. Essa trasformerebbe i tribunali da servitori delle leggi a padroni dell’ordinamento<sup>25</sup>.

La caricatura della permanente e strutturale pretesa di legiferare da parte della nostra giurisprudenza misconosce sia la realtà sia la situazione costituzionale. Chi altri, se non il giudice, nello Stato di diritto basato sulla divisione dei poteri è chiamato nel singolo caso concreto a trovare la risposta del diritto a conflitti di valore, anche quando la legge tace (ad esempio, sulla questione se accertamenti anonimi della paternità legittimino la contestazione di paternità)<sup>26</sup> o non ha tenuto il passo con l’evoluzione (ad esempio, la notifica sostitutiva ai coinquilini)<sup>27</sup>. Perché è contrario alla Costituzione il fatto che il giudice, nei limiti indicati, non fonda la decisione della controversia su ciò che il legislatore (i funzionari dei ministeri? il servizio stampa? un ministro? dei deputati? un capo di governo nel consiglio federale?) voleva dichiaratamente disciplinare con la norma (probabilmente in passato), ma su ciò che corrisponde alla “*ratio legis*” attraverso una “interpretazione creatrice”<sup>28</sup> conforme a Costituzione? “La interpretazione di una norma di legge a lungo andare non può sempre fermarsi al significato assegnatole al momento della sua formazione... il giudice non può sottrarsi ad un possibile conflitto della norma con la concreta idea di giustizia in una società in cambiamento facendo riferimento all’immutato significato letterale della legge; egli è costretto ad una più libera utilizzazione (!) della norma giuridica, se non vuole mancare al suo compito di *ius dicere* (*recht-sprechen*)”<sup>29</sup> La individuazione del diritto applicabile non è un atto di “archeologia interpretativa”<sup>30</sup>. La legge è comunque in molti casi un “dominio del morto sul vivo”; questo dominio dovrebbe essere relativizzato mediante una applicazione evolutiva del diritto, che incroci così passato e presente<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> RÜTHERS, *Juristenzeitung*, 2002, 365, 366, 368.

<sup>26</sup> *Bundesgerichtshof (in Zivilsachen)*, 162, 1 ss., in *Juristenzeitung*, 2005, 624, con nota di ANSGAR OHLY.

<sup>27</sup> *Bundesgerichtshof*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1987, 1562 s.; al riguardo, NENNER, *op.cit.*, 155.

<sup>28</sup> *Entscheidungen des Bundeversfassungsgerichts*, vol. 34, 287, in *Juristenzeitung*, 1973, 662, 665, con nota di KÜBLER.

<sup>29</sup> *Entscheidungen des Bundeversfassungsgerichts*, vol. 34, 288, 289, in *Juristenzeitung*, 1973, 666, con nota di KÜBLER.

<sup>30</sup> KRAMER, *op.cit.*, 119.

<sup>31</sup> EHRLICH, *Die juristische Logik*, 2. ed., 1925, 160; KRAMER, *op.cit.*, 120.

Il concetto di Stato dei giudici non acquista alcuna valenza negativa, ma al contrario costituisce la concretizzazione dello Stato di diritto. “Nello Stato di diritto il carico principale della responsabilità per la libertà del singolo e per il benessere comune grava sul giudice” (RENÉ MARCIC, 1957, il quale concepisce il passaggio dallo Stato delle leggi allo Stato dei giudici come progetto di una “moderna teoria politica della democrazia”).

In uno Stato di diritto la competenza dei giudici ad interpretare e sviluppare il diritto non è rivolta contro il legislatore, meno che mai costituisce un potere usurpato, bensì patrimonio specifico del terzo potere e parte integrante della divisione dei poteri.

Poiché una norma non può rimanere pietrificata in un mondo che si trasforma costantemente, deve mutare continuamente il suo contenuto. Così, per esempio, le leggi di polizia mantengono immutato da oltre un secolo il concetto centrale di “ordine pubblico”. Un tempo fumare in pubblico era considerato altamente contrario all’ordine, mentre non era tale la condotta del cittadino che avesse svuotato la spazzatura in strada<sup>32</sup>. Dopo che l’interpretazione si è trasformata nel suo contrario, il pendolo probabilmente torna di nuovo indietro.

Chi se non il giudice dovrebbe essere chiamato in base alla Costituzione a determinare attraverso i metodi giuridicamente riconosciuti di applicazione del diritto il mutato contenuto di una legge sì da renderlo effettivo nella realtà giuridica? Proprio la sua indipendenza, garantita dalla Costituzione, e il suo vincolo alla legge e al diritto hanno predestinato il giudice, quale “servitore della giustizia”, a realizzare nella sua decisione il contenuto oggettivo della legge. “La Costituzione vuole entrambe le cose allo stesso tempo: un giudice rispettoso della legge, quale strumento di democrazia, ma col correttivo della sua autonomia di pensiero, al fine di contrastare sviluppi pericolosi per la libertà e per l’ordinamento<sup>33</sup>. Per questo lo Stato di diritto è sia Stato dei giudici sia Stato delle leggi.

## VI. *Giudice e legislatore: simbiosi con flessibile divisione del lavoro*

Vale la pena riflettere sul perché il legislatore, cioè colui al quale i tribunali negherebbero il rispetto e che detronizzerebbero come signore legittimo dell’ordinamento giuridico per mettersi al suo posto, non protesta contro la

<sup>32</sup> ERBEL, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1972, 475, 476.

<sup>33</sup> DI FABIO, *op.cit.*, n. 26.

afferzata “presa di potere” da parte del terzo potere e la conseguente violazione costituzionale o non adottati contromisure. Forse perché legislazione e giurisprudenza convivono d’accordo in una simbiosi per la garanzia istituzionale dello Stato di diritto, il cui rapporto interno non è delimitato staticamente, ma deve adattarsi a situazioni di volta in volta mutate?

Occorre essere consapevoli che, in un mondo in continua trasformazione, mutano i compiti assegnati al legislatore e con essi anche il rapporto del primo potere nei confronti del terzo. Le condizioni sociali, tecniche, scientifiche ed economiche si modificano così rapidamente che il legislatore non è sempre in grado di seguirle, e in determinati casi neppure deve. Risulta facile criticare un legislatore che, esposto alla “fame di norme di una moderna società industriale”, in presenza di vincoli politici di coalizione e di sistema, deve trovare compromessi (politici) per complesse esigenze sociali di regolamentazione, che spesso sono in continuo movimento. Ciò non scusa certo una prassi, in cui venga presentato il progetto di una “legge sulla delega dei compiti di controllo dell’etichettamento della carne di manzo” o in cui sembri giustificato il motto (*Baron Rothschild*): “L’ignoranza delle leggi tributarie non libera dall’obbligo di pagare le tasse – la conoscenza certamente sì”. La nostra cultura legislativa è di fatto piuttosto sofferente – i concetti di sovraregolamentazione e insufficiente valutazione delle conseguenze (eclatante per esempio nelle leggi *Hartz IV*) possono bastare.

Vero è però anche che ogni norma è costantemente immersa nel contesto dei rapporti sociali e delle concezioni politiche sulle quali deve intervenire; il suo contenuto può ed eventualmente deve modificarsi con essi<sup>34</sup>. Quanto più velocemente i rapporti cambiano facendosi più complessi, tanto maggiore è la necessità di un adattamento giudiziale delle norme. Il legislatore odierno concede – volente o nolente – più spazio alla integrazione, all’adattamento e all’evoluzione delle sue leggi attraverso i giudici, della cui competenza tecnica, indipendenza personale e apertura ai principi dello Stato di diritto non è consentito dubitare seriamente. Il diritto dei giudici è il correlato di una mutata cultura legislativa, immanente al nostro Stato di diritto<sup>35</sup>. L’assunto ha incon-

<sup>34</sup> *Entscheidungen des Bundeversfassungsgerichts*, vol. 34, 288, in *Juristenzeitung*, 1973, 666, con nota di KÜBLER.

<sup>35</sup> Cfr. STEINER, *Anwaltsblatt*, 2004, 673, 674: “Oggi il *Bundesgerichtshof* ha più parola del legislatore riguardo alle questioni giuridiche di inizio e fine vita. I diritti fondamentali hanno – con determinati limiti – reso il giudice, ed in particolare il giudice della revisione, il signore della legge, così come hanno anche legittimato l’intervento, spesso percepito come dominio straniero, del *Bundesverfassungsgericht* nella giurisprudenza civile e penale.”

trato l'approvazione del *Bundesverfassungsgericht*, il quale ha accettato tutte le fondamentali impostazioni teoriche e pratiche della interpretazione ed evoluzione giudiziale del diritto (fino alla "individuazione creatrice del diritto applicabile" attraverso i giudici). I giudici e la società devono convivere con il "dolore del confine" tra una consentita individuazione creatrice del diritto applicabile e una vietata creazione del diritto.

Per il resto, il diritto dei giudici lascia naturalmente del tutto impregiudicato il primato del legislatore. Questi resta libero, con un tratto di penna, di togliere fondamento alle interpretazioni creative o evolutive dei tribunali.

Nella realtà giuridica, il diritto giurisprudenziale si giustifica proprio come richiamo a un omesso intervento legislativo avvertito come necessario (così, per esempio, in relazione ad importanti questioni di diritto del lavoro); i tribunali, talvolta, si sentono addirittura autorizzati ad appellarsi al legislatore, richiamandolo alle proprie responsabilità affinché chiarisca legislativamente questioni bisognose di una regolamentazione (così, ad esempio, il *Bundesgerichtshof* riguardo alle prassi informali di patteggiamento)<sup>36</sup>. Esistono, infine, prove innumerevoli che il legislatore, proprio di fronte a questioni difficili e politicamente controverse – spesso per ragioni comprensibili – confida nel fatto che i tribunali facciano chiarezza e sappiano trovare un contenuto decisorio appropriato e conforme ai principi dello Stato di diritto in presenza di leggi regolanti compromessi di dubbio significato. Così, in occasione delle critiche mosse dai lavoratori al compromesso raggiunto *in extremis* con legge generale in materia di parità di trattamento, critiche che rimarcavano l'incompatibilità di tale legge con le direttive EU, il ministero della giustizia rese noto che "Nel dubbio i giudici devono interpretare le disposizioni in modo conforme al diritto europeo". Orbene, è normale interpretare una legge interna in maniera conforme al diritto europeo, ma raccomandare ai giudici di correggere la legge, in caso di norme nazionali in contrasto con direttive europee, significa attribuir loro un ruolo che va ben al di là.

Evidentemente, il legislatore non soltanto dimostra di non aver alcun problema circa i metodi interpretativi e di applicazione del diritto dei giudici, ma addirittura muove dal presupposto che tra primo e terzo potere sia necessaria una divisione dei compiti mutevole nel tempo.

<sup>36</sup> *Bundesgerichtshof* in *Juristenzeitung*, 2005, 628, con nota di SEHER.

## VII. *La europeizzazione della legislazione conduce alla europeizzazione della interpretazione*

Di particolare importanza per il rapporto tra giudice e legislatore è tuttavia un aspetto che straordinariamente è stato finora del tutto trascurato dai teorici del metodo: la europeizzazione della legislazione e della interpretazione della legge<sup>37</sup>.

Sono passati i tempi in cui i giudici, nell'ambito di un sistema giuridico nazionale chiuso, dovevano semplicemente interpretare le norme del legislatore interno. Nello spazio giuridico della Comunità europea una pluralità di atti giuridici tedeschi (secondo rilevamenti citati dal ministero della giustizia, l'84% nell'arco temporale 1998-2004) si basa su indicazioni di diritto comunitario. Ciò spinse HERZOG a parlare recentemente sulla "*Welt am Sonntag*" di un "declino del potere del legislatore tedesco"<sup>38</sup>. Questo spostamento verso Bruxelles avviene di regola con il consenso dei governi e parlamenti nazionali.

Quando il legislatore nazionale traduce indicazioni di diritto comunitario (in particolare, direttive) in diritto nazionale, non può più realizzare la sua autonoma volontà creatrice, o, perlomeno, può farlo soltanto entro limiti assai ristretti. In questi casi, la "volontà del legislatore" si limita ad eseguire l'ordine comunitario, vale a dire un diritto stabilito da un terzo.

In questa maniera, il metodo interpretativo "soggettivo", ovvero la ricerca della "reale volontà del legislatore" allo scopo di chiarire la disposizione di una legge, è semplicemente venuto meno per ampi settori della legislazione nazionale.

Determinante per la interpretazione di atti giuridici nazionali, che recepiscono diritto comunitario, è piuttosto il contenuto della norma comunitaria; nel caso di direttive, dunque, la "interpretazione conforme alla direttiva". Se questo contenuto non è evidente, il giudice deve interpretare la norma comunitaria oppure sottoporre la questione interpretativa alla Corte di giustizia (art. 234, comma 2, 3 Trattato CE). Questa interpretazione segue indicazioni di diritto comunitario, non metodi nazionali. Poiché il metodo della interpretazione è parte integrante dell'ordinamento giuridico, l'interpretazione di diritto comunitario partecipa della prevalenza del diritto comunitario<sup>39</sup>. Secon-

<sup>37</sup> Questo aspetto è del tutto assente nella critica di RÜTHERS alla prassi interpretativa giurisprudenziale (v. *Juristenzeitung*, 2006, 958; ID., *Juristenzeitung*, 2002, 365).

<sup>38</sup> *Welt am Sonntag* del 14.01.2007 (insieme a GERKEN).

<sup>39</sup> *Bundesverfassungsgericht*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 2001, 1267; pubblicata anche in *Europäische Grundrechte*, 2001, 150).

do la giurisprudenza della Corte di giustizia vincolante per i giudici, il diritto comunitario va interpretato in modo prioritario in base all'“*effet utile*” della norma, deve essere cioè prescelta la interpretazione che permetta di realizzare in modo più efficace lo scopo della disposizione<sup>40</sup>. Diversamente, la ricerca della volontà del legislatore comunitario è destinata, di regola, a fallire già soltanto per il fatto che esso non è rintracciabile e la comunità non ha (ancora) un classico organo legislativo.

Una volta che il legislatore ha recepito le indicazioni comunitarie, l'interpretazione da parte del giudice acquista ancora particolare rilevanza, poiché il legislatore nazionale spesso ha uno scarso margine di manovra, in parte ridotto fino a zero. L'adattamento degli effetti normativi dell'atto comunitario alle particolari condizioni nazionali, che il legislatore in questi casi non può effettuare con la norma astratta, spetta alla capacità interpretativa del giudice nella decisione del caso concreto (a meno che egli non debba lasciare l'interpretazione alla Corte di giustizia in base all'art. 234, comma 3, Trattato CE). In questo senso, il legislatore ha le mani legate, non il giudice.

Il grande studioso di diritto pubblico e costituzionale KONRAD HESSE scrisse nel 2001 nel libro genealogico della dottrina costituzionalistica che essa “vive delle idee di un mondo che non è più il nostro e che, come vediamo sempre più chiaramente, ha trovato il proprio declino nei profondi cambiamenti del 20° secolo. La storia è passata sopra alle sue fondamenta, finora considerate come consolidate parti costitutive della dottrina dello Stato e della Costituzione”<sup>41</sup>.

Lo stesso vale, *mutatis mutandis*, per la teoria del metodo.

### VIII. *Il giudice – servitore o pianista?*

Particolare sdegno ha suscitato presso alcuni l'affermazione nell'intervento richiamato in apertura di questo scritto, che tra legislatore e giudice intercorre un rapporto simile a quello fra padrone e servo (l'immagine risale al grande teorico del metodo PHILIPP HECK - 1914): affermazione corretta solo in parte; immagini più calzanti sarebbero quelle del pianista e del compositore; il giudice interpreta le indicazioni vincolanti del legislatore con un margine di

<sup>40</sup> Riferimenti in ANWEILER, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, 1997, 129 ss.; v. anche *Pechstein-Drechsler*, in RIESENHUBER (a cura di), *Europäische Methodenlehre*, 2006, § 8, n. 36.

<sup>41</sup> HESSE, in *Die Welt des Verfassungsstaates*, 2001, 11, 13.

manovra, ma non può falsare il pezzo; d'altra parte, i *media* talvolta sparano sul pianista, anche quando dovrebbero mirare al compositore. MÖLLERS, ad esempio, vede minacciati in questo modo i pilastri dello Stato ("In un Paese, in cui un giudice vorrebbe essere *Horowitz* e l'altro *Rubinstein*...i giudici sono una minaccia per la libertà")<sup>42</sup>. RÜTHERS teme addirittura che un giudice-interprete rappresenti un grande pericolo quanto l'anacronistico giudice del positivismo<sup>43</sup>.

I giudici sono servitori del popolo, nel cui nome pronunciano sentenze. Essi servono il nostro Stato di diritto vivificando nella realtà giuridica la lettera morta della legge; essi aiutano il *Sollen* a diventare *Sein*. Cosa potrebbe desiderare di meglio il legislatore, che sia quello nazionale o quello europeo, se non che le sue leggi vengano interpretate con la stessa abilità con cui *Horowitz* e *Rubinstein* hanno interpretato *Chopin*? Non aveva già rilevato *Savigny* che l'interpretazione delle leggi è un'arte che – al pari di ogni arte – in fondo non si può imparare o trasmettere con delle regole?<sup>44</sup> E non si adatta forse al giudice la descrizione del buon pianista dataci da *Horowitz*? "Suonare il piano richiede ragione, cuore e mezzi tecnici. Ogni componente dovrebbe svilupparsi in egual misura. Senza ragione sarà un fiasco, senza tecnica un amatore, senza cuore una macchina".

<sup>42</sup> MÖLLERS, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 26.10.2006.

<sup>43</sup> RÜTHERS, *Juristenzeitung*, 2006, 958, 960; per l'immagine del pianista/compositore v. anche FOERSTE, *op.cit.*, 122, 129; ROELLECKE, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 30.01.2007; SCHWÖBBERMEYER, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2007, 66.

<sup>44</sup> L'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer incomincia la sua arringa finale nel caso C-11/06 del 20.03.2007 citando che vi sarebbero tre tipi di giudici, gli artigiani, "che a mani nude producono sentenze in serie e in grezze quantità", gli artisti artigiani, "che utilizzano la mano e il cervello e si sottomettono ai metodi interpretativi tradizionali, che immancabilmente conducono a tradurre senz'altro la volontà del legislatore" e gli artisti, "che con l'aiuto delle mani, della testa e del cuore aprono ai cittadini orizzonti più ampi, senza voltare le spalle alla realtà e alle circostanze concrete".

prof. Dr. BERND RÜTHERS  
Ex giudice di Corte d'Appello

## VINCOLO DELLA LEGGE O LIBERA SCELTA DEL METODO? IPOTESI PER UNA DISCUSSIONE<sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. Il motivo della discussione sul metodo. – 2. Il contenuto della discussione sul metodo. – 3. Il fine della discussione sui metodi. – 4. Le false etichette. 5. Il rifiuto della legge sotto la falsa etichetta della “legge più intelligente”.

La Repubblica federale registra attualmente una vivace discussione sui metodi dell'applicazione del diritto e sul vincolo dei tribunali alla legge<sup>1</sup>. Questa discussione, dopo le esperienze degli ultimi novanta anni era nell'aria. Alcuni partecipanti, per esempio il Vicepresidente del *Bundesverfassungsgericht* Winfried Hassemer, si mostrano sorpresi. Essi parlano di una “scaramuccia al di là di casi concreti”, che non sarebbe facile da comprendere con riferimento a

\* Traduzione dal tedesco a cura del Dr. jur. Domenico Siciliano.

<sup>1</sup> Questa discussione nel frattempo, nonostante alcune prese di posizione scettiche (D. SIMON, *Pianisten*, in *myops, Berichte aus der Welt des Rechts*, Beck-Verlag 1/2007, p. 21 ss.), ha dato luogo a numerosi contributi. Cfr. G. HIRSCH, *Der Richter im Spannungsverhältnis von Erster und Dritter Gewalt*, in *DIE ZEIT* Nr. 41/2003; ID., *Rechtsanwendung, Rechtsfindung, Rechtsschöpfung – Der Richter im Spannungsverhältnis zwischen Erster und Dritter Gewalt, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe*, C. F. Müller 2003; ID., *Rechtsstaat oder Richterstaat*, in: *FAZ* del 30. 4. 2007, p. 8; ID., *Auf dem Weg zum Richterstaat?*, in: *Juristenzeitung* 18/2007, p. 853-858 (la traduzione italiana può leggersi in questa *Rivista*, p. 107 s.); cfr. inoltre il Ministro della Giustizia del Land Thüringen H. SCHLIEMANN, *Der politische Stellenwert der Dritten Gewalt in Deutschland*, conferenza dinanzi alla *Erfurter Juristische Gesellschaft* il 15 marzo 2005 (manoscritto non pubblicato) e il Presidente della Corte d'appello di Brema e del *Deutscher Richterbund* W. ARENHÖVEL, *ZRP-Rechtsgespräch*, in: *ZRP-Zeitschrift für Rechtspolitik* 2/2005, p. 69 s. Si veda anche B. RÜTHERS, *Auf dem Weg zum Richterstaat*, in: *FAZ* del 2 novembre 2000, p. 12; ID., *Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?*, in: *Juristenzeitung* 2002, p. 365-371; ID., *Diener oder Herren?*, in: *FAZ* del 2 febbraio 2005, Nr. 27, p. 7; ID., *Die Unabhängigkeit des Richters und seine Bindung an Gesetz und Recht*, in: „125 Jahre Oberlandesgericht Stuttgart“, *Die Justiz, Sonderausgabe des Amtsblattes des Justizministeriums Baden-Württemberg*, 2004, p. 7-13; ID., *Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz*, in: *Juristenzeitung* 2/2006, p. 53-60; ID., *Zwischenruf aus der methodische Wüste: „Der Richter wird's schon richten“ (?)*, in: *Juristenzeitung* 19/2006, p. 958-960. Cfr. inoltre B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, 6. Aufl., Tübingen 2005. ID., *Entartetes Recht*, 3. Aufl. München 1990. – Di tanto in tanto l'autore di contributi così scomodi viene qualificato come „il giuslavorista di Konstanz Rùthers“ (così per esempio G. HIRSCH, *FAZ* del 30. 4. 2007, p. 8, Sp.1).

“motivo, contenuto e fine”<sup>2</sup>. Il presente contributo cerca di abbassare le barriere percettive evidentemente esistenti al riguardo.

### 1. *Il motivo della discussione sul metodo*

Se si considera la situazione degli ultimi decenni in Germania, non può essere del tutto condivisa la tesi di Hassemer, secondo cui mancherebbero casi giuridici concreti di dirompente forza dal punto di vista del metodo. Non poche decisioni, anche del suo tribunale [di Hassemer: n. d. t.], hanno accelerato la riflessione e la discussione su questioni di metodo. Ma non solo questo: la Germania, la giurisprudenza e la giustizia tedesca hanno vissuto tra il 1919 e il 1989, cioè in 70 anni, *sei* diverse costituzioni: Kaiserreich, Weimar, Stato nazionalsocialista, regime di occupazione, vecchia Repubblica federale, Repubblica democratica tedesca e la nuova Repubblica federale con forti modificazioni dall’alto da parte del diritto sovranazionale dell’Unione europea. I rivolgimenti di interi ordinamenti giuridici, in ogni caso nei primi anni di ciascun nuovo ordinamento, furono operati nella grande maggioranza dei casi tramite audaci metodi interpretativi, si potrebbe anche dire *acrobazie interpretative*, della giustizia con la fattiva collaborazione della scienza giuridica. Dalle leggi del vecchio sistema furono portati alla luce con crescente *know-how* risultati nel ritrovamento creativo del diritto, tali da trovare plauso nel nuovo sistema e permettere di fare carriera. Dinanzi a tale alluvione di materiale a disposizione, attuale come storico, è difficilmente comprensibile che si possa rimproverare alla discussione sul metodo la mancanza di “casi giuridici concreti”.

Per molti motivi a una siffatta evoluzione giurisprudenziale corrispose spesso talvolta solo in parte, talaltra per nulla affatto, un’attività di trasformazione legislativa. Questa parte della storia del diritto tedesco fu in ogni caso rimossa e taciuta a lungo dalla giustizia e dalla scienza, tanto più che non pochi protagonisti del primo “rinnovamento del diritto” erano impegnati anche nei rinnovamenti che seguivano. “*Zeitgeist* e diritto” è un tema sempre attuale. Questo non vale solo per la Repubblica federale. La maggior parte dei membri dell’Unione europea ha fatto esperienze simili con veloci cambi di sistema.

Pertanto, era arrivato da tempo il momento di riflettere sui metodi e sugli strumenti che consentirono tutto ciò. Un ulteriore motivo di riflessioni metodologiche è stato offerto recentemente da numerose, spesso sorprendentemente disinvolte, dichiarazioni di metodo provenienti da giudici di alto grado

<sup>2</sup> W. HASSEMER, *Gesetzesbindung und Methodenlehre*, in: *ZRP-Zeitschrift für Rechtspolitik* 7/2007, pp. 213-219.

e da colleghi illustri, che con vecchie e nuove etichette consigliarono esattamente i modelli argomentativi con cui i giuristi tedeschi nel secolo scorso durante due dittature e in seguito erano diventati “esperti del cambiamento”.

## 2. *Il contenuto della discussione sul metodo*

Gli strumenti con cui l'ordinamento giuridico tedesco poté essere ampiamente più volte modificato dal punto di vista del contenuto, senza che fossero necessari per questo atti di legislazione di grande portata, si possono contare sulle dita di una mano<sup>3</sup>.

1. La proclamazione di una „idea del diritto“ di volta in volta nuova, specifica del sistema, a cui viene regolarmente ascritta validità sovratemporale.
2. La proclamazione di una nuova dottrina delle fonti del diritto.
3. Un metodo interpretativo nuovo, conforme al sistema, per lo più chiamato “oggettivo”. Esso è il contrario di ciò che promette: interpretare oggettivamente significa, come sapeva già Philipp Heck, immettere soggettivamente.
4. Nuovi concetti fondamentali del diritto, come per esempio gli „ordinamenti concreti“ (C. Schmitt), o i „concetti concreti-general“ (K. Larenz).
5. A ciò si aggiunsero interpretazioni dalla „essenza“ o dalla „natura di cose“, nonché successivamente con riferimento a presunti “criteri-oggettivi teleologici”.

Questi strumenti, se si tratta di risignificazione di leggi, vengono utilizzati fino a oggi sotto nomi che cambiano.

Una circostanza ulteriore, che aumenta la forza dirompente del tema, è il continuo crescere del *diritto giudiziario* in un'epoca di grande accelerazione del cambiamento in tutti gli ambiti della vita. Nel frattempo vi sono più lacune delle leggi che regolamentazioni legislative. Questo ha molte cause e non va messo nel conto della giustizia. Tuttavia lo sviluppo del diritto giudiziario fa crescere il potere della giustizia di porre delle norme accanto a quelle del Parlamento. Oggi è indiscutibile: la Repubblica federale tedesca è uno Stato giudiziario. Essa lo è in una misura che ha modificato il concetto di diritto. Io formulo (liberamente con O.W. Holmes) la seguente ipotesi per la discussione:

Nella Repubblica federale diritto è ciò che, e nel caso di lite solo ciò che le istanze ultime dichiarano come diritto „nel nome del popolo“.

<sup>3</sup> B. RÜTHERS, *Entartetes Recht*, dtv-wissenschaft 4630, 3. Aufl. München 1994, p. 22 ss.

I Tribunali di ultima istanza, ancor più i partiti politici, hanno chiaramente riconosciuto l'accresciuto potere dei giudici e il suo significato politico. Questo non si dice volentieri. Ma in occasione della scelta dei giudici [costituzionali: n. d. t.] questo diviene chiaro a tutti.

### 3. *Il fine della discussione sui metodi*

Quanto detto finora porta a due considerazioni:

le questioni di metodo sono questioni di potere

e

le questioni di metodo sono questioni costituzionali.

La discussione sui metodi scoppiata ora con grande ritardo è cioè una nascosta *lotta di potere*. È in gioco la ripartizione del potere tra il legislativo e il giudiziario. Questa è la questione centrale del vincolo della legge. Essa fu a lungo e viene [ancora: n. d. t.] da molti trascurata, rimossa, velata. Lo scopo del discorso deve essere questo, che gli applicatori del diritto tedeschi presentino senza tabù le realtà storiche e politiche del loro mestiere nelle situazioni eccezionali dei cambi di costituzione, ma anche nella vita di ogni giorno. Si tratta di *realismo metodologico* e di *sincerità metodologica* nella prassi e nella scienza.

Sul punto cinque ipotesi.

#### Ipotesi n. 1.

*Una metodologia giuridica dell'applicazione del diritto chiara, vincolante nei fondamenti è uno strumento necessario per rendere sicura la Costituzione, al fine di garantire la divisione dei poteri (Stato di diritto!) e la democrazia. Vincolo della legge e indipendenza dei giudici sono fondamenti irrinunciabili e inseparabili di uno stato di diritto democratico.*

Le tesi contrarie sono:

*„Dal punto di vista del metodo il giudice è libero nella scelta delle sue regole interpretative“<sup>4</sup>;*

<sup>4</sup> W. HASSEMER, da ultimo *ZRP-Zeitschrift für Rechtspolitik* 7/2007, p. 213, p. 215 s.; ID., in Kaufmann/Hassemer/Neumann, *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7. Aufl., Heidelberg 2004, p. 263. Così anche il BVerfGE 88, 145, 167, giurispru-

„Chi interpreta la legge cerca in essa una risposta alle domande del suo tempo“<sup>5</sup>;

„Il peso di volta in volta dei diversi criteri (leggi: dell'interpretazione) dipende non da ultimo da ciò che essi danno nel caso singolo“<sup>6</sup>.

Questo significa quanto al risultato un invito all'indifferenza metodologica, alla „fondamentale mancanza di fondamento“ (Arthur Meyer-Hayoz) nell'applicazione della legge.

La reale funzione di politica del diritto dei tribunali diviene riconoscibile e possibile oggetto di discussione (controllabile razionalmente) solo se l'*interpretazione della legge* viene distinta il più nettamente possibile dal perfezionamento giudiziario del diritto e soprattutto dalla sostituzione, meglio, dalla rimozione di norme di legge da parte di quelle del diritto giudiziario. La prassi metodologica dominante produce l'occultamento di queste differenze.

## Ipotesi n. 2.

*La corretta comprensione delle leggi presuppone, come per tutte le scienze che hanno per oggetto testi, il tentativo di indagare sulla loro genesi. Quale situazione condusse alla promulgazione della norma da interpretare? Quale fine regolativo perseguirono coloro che posero la norma? Può essere che tale tentativo di tanto in tanto fallisca. Il giudice deve decidere anche qui, ma in questo caso lo fa sulla base di una produzione giudiziaria della norma.*

Le questioni sulla genesi sono irrinunciabili come primi passi di un'applicazione del diritto conforme alla Costituzione. Chi non li compie, non vuole per nulla sapere che cosa la legislazione volesse regolare con la norma. Egli inganna se stesso (e altri?) circa il fine originario della norma. Egli rinuncia da principio al possibile vincolo della legge. Diviene „costruttore edile dell'ordinamento giuridico“ o „pianista più o meno virtuoso“ (entrambe le immagini sono di G. Hirsch). L'immagine del

denza costante e dottrina dominante. Cfr. sul punto B. RÜTHERS, *Rechtstheorie*, 3. Aufl. 2007 Rdnr. 813 ss.

<sup>5</sup> LARENZ/CANARIS, *ML d. Rwiss., Studienausgabe*, 3. Aufl., 1995, p. 139.

<sup>6</sup> LARENZ/CANARIS, *ivi*, p. 166.

giudice pianista è sbagliata per il motivo addizionale che lo spartito del compositore – diversamente dalla legge – non rappresenta alcun precetto di comportamento vincolante e controllato per l'artista virtuoso.

### Ipotesi n. 3.

Il giudice costruisce nel *perfezionare il diritto o nel rifiutare la legge, diritto giudiziario*. In questo caso si parla volentieri di *ritrovamento giudiziario o creativo del diritto*. La terminologia è sbagliata e ingannatrice.

Il diritto giudiziario sorge in due situazioni.

La prima riguarda l'ambito delle lacune della legge, allorché manchi una regolamentazione legislativa. Occasionalmente la lacuna viene anche cercata o addirittura costruita strategicamente dai tribunali. Ma là dove manca la legge, il diritto non può essere *trovato*. Correttamente non si può dunque parlare di **ritrovamento**, ma di **posizione** del diritto.

La seconda situazione in cui si ha a che fare con diritto giudiziario, sorge là dove il giudice non è d'accordo con il contenuto di una regolamentazione legislativa, la ritiene contraria alla realtà o ingiusta. Egli sostituisce la sua rappresentazione del diritto alla legge.

Nella giustizia c'è tradizionalmente una tendenza a misconoscere, rimuovere e negare l'esercizio di funzioni di politica del diritto. L'ufficio di giudice include inevitabilmente compiti di politica del diritto.

Il perfezionamento del diritto nell'ambito delle lacune è un compito che la giustizia deve svolgere in conformità alla Costituzione. Esso significa posizione normativa di diritto giudiziario, cioè politica del diritto.

Un caso particolare è rappresentato dal *Bundesverfassungsgericht* con le sue decisioni vincolanti in sede di controllo delle norme. Ma anche qui l'asserzione "Karlsruhe fa politica" viene percepita come un rimprovero<sup>7</sup>.

### Ipotesi n. 4.

*Le norme giuridiche sono istruzioni di comportamento vincolanti*

<sup>7</sup> Cfr. sul punto P. BAHNERS, *Urteil in eigener Sache*, in: FAZ del 7. 11. 2007, p. 41.

(comandi) per gli “applicatori” del diritto. I tribunali non sono liberi a piacimento di discostarsi da esse.

Due controtesi del Presidente Hirsch mi lasciano perplesso.

La prima: *se l'applicazione alla lettera della norma conduce a risultati „ingiusti o contrari alla realtà“, allora si apre lo spazio per la posizione di diritto giudiziario*<sup>8</sup>.

La seconda: *In caso di conflitti tra „legge e diritto“ il giudice deve decidere secondo diritto “sovrapositivo”. Questo insegna il passato tedesco*<sup>9</sup>.

L'autorizzazione dei giudici a rifiutare la legge ha secondo la Costituzione presupposti molto più stretti di quanto Hirsch supponga. Essa non si ha già quando il giudice ritiene il risultato interpretativo in caso di “applicazione alla lettera” di una norma come “ingiusto o contrario alla realtà”. Il giudice deve fundamentalmente applicare anche delle norme che gli sembrino “ingiuste” o “contrarie alla realtà”. Il *Grundgesetz* regola il conflitto tra “legge e diritto” all'Art. 100 comma 1. Il criterio per la sua verifica è *solo la Costituzione*.

Ma anche sotto tale profilo il giudice ha nelle leggi postcostituzionali solo un diritto di *controllo*, cioè niente affatto un *diritto di rifiuto*. È cioè problematico assumere in tali casi l'esistenza di un'autorizzazione generale dei tribunali a porre diritto giudiziario.

La pretesa di un “*diritto sovrapositivo*” che il giudice dovrebbe applicare in caso di conflitti tra “legge e diritto” (Art. 20 comma 3 GG) incontra problemi dogmatici e storici.

(1) La Repubblica federale ha secondo Hirsch circa 21.000 giudici. Essi hanno, corrispondentemente alla prassi dello Stato costituzionale liberale e democratico, le più diverse convinzioni sul mondo e religiose. I sostenitori di una giurisprudenza secondo *diritto sovrapositivo* non dicono dove questo possa essere trovato con affidabilità. Se ogni giudice può applicare liberamente *il suo* diritto sovrapositivo secondo le sue convinzioni, è prevedibile una caotica frammentazione dell'ordinamento giuridico da parte di questa nuova fonte del diritto.

Il diritto “sovrapositivo” (diritto naturale?) affermato da Hirsch co-

<sup>8</sup> G. HIRSCH, *DIE ZEIT*, Nr. 41/2003.

<sup>9</sup> G. HIRSCH, *ZRP-Zeitschrift für Rechtspolitik* 2006, p. 161.

me fonte del diritto generale e primaria per il ritrovamento giudiziario del diritto non è compatibile con l'ordinamento costituzionale del *Grundgesetz*<sup>10</sup>. Un diritto naturale siffatto vi può essere solo in comunità di fede, ma non in uno Stato costituzionale liberale neutrale quanto alla visione del mondo. Ogni gruppo avente una sua visione del mondo sviluppa infatti il suo proprio "diritto naturale".

(2) Dove viene affermato „diritto sovrapositivo“, esso non serve al **ritrovamento** del diritto, ma all'arbitraria **posizione** del diritto da parte di chi lo afferma.

L'espressione „diritto sovrapositivo“ utilizzata in decisioni di istanze ultime è un'etichetta sbagliata per una nascosta posizione giudiziaria di una norma.

L'ordinamento legislativo viene in tal modo rimosso. Esso viene sostituito da formule vuote, dietro le quali le istanze ultime si possono erigere a signori dell'ordinamento giuridico<sup>11</sup>. Il positivismo legalista, dichiarato superato, viene sostituito da un crudo, perlomeno altrettanto discutibile positivismo giudiziario.

(3) Il riferimento di Hirsch al diritto sovrapositivo con l'evocazione del *passato tedesco* si basa su di un misconoscimento e su di una incomprendimento della storia del diritto in entrambe le dittature totalitarie tedesche.

Questo vale in particolare per la perversione dell'intero diritto nel nazionalsocialismo. Essa per lo più non fu causata dalla legislazione. La via verso lo Stato dell'illecito (*Unrechtsstaat*) era lastricata dal diritto naturale sovrapositivo fatto di razza, sangue e suolo (*Blut und Boden*), da nuove fonti del diritto sovrapositive (Volere del Führer, comunità del popolo determinata secondo la specie) e da sentenze che, con obbedienza, si affrettavano ad anticipare i tempi, secondo l'*interpretazione oggettiva* allora propagata come dominante, del resto spesso dagli stessi autori che ancor oggi servono ai tribunali federali supremi come testimoni chiave per le loro decisioni metodologiche.

(4) Il passato tedesco è ricco di insegnamenti anche sotto un altro

<sup>10</sup> Dottrina assolutamente dominante: ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, 15. Aufl., § 33 V 3.

<sup>11</sup> Cfr. anche E. TOPITSCH in: A.M. KNOLL, *Katholische Kirche und scholastisches Naturrecht*, 2. Aufl. 1968, p. 23.

profilo. Il *Bundesgerichtshof* ha fondato sotto il suo primo presidente Weinkauff (giudice al *Reichsgericht* dal 1935 al 1945) non poche decisioni in base a un diritto naturale assolutamente preesistente, immutabile. I loro risultati si sono nel frattempo dimostrati prevalentemente figli del loro tempo; si sono rivelati delle decisioni sbagliate.

Ipotesi n. 5.

*Un'applicazione della legge conforme alla Costituzione si esegue al contrario in tre passaggi.*

Il primo è l'indispensabile tentativo di ricercare il fine storico della norma.

Quindi ci si deve in secondo luogo chiedere se sia ancora valido il fine storico della norma alla luce dei cambiamenti verificatisi dalla promulgazione della norma, per l'evolversi della situazione storica, dell'ordinamento legislativo, delle fondamentali rappresentazioni valoriali. Il fine storico della norma deve essere adeguato ai cambiamenti intervenuti o è divenuto obsoleto?

La terza domanda è: la norma da applicare è compatibile con il diritto di grado superiore? La si può e la si deve interpretare in conformità alla Costituzione, in conformità al diritto comunitario o in conformità al diritto internazionale?

Hirsch invece sostiene con il *Bundesverfassungsgericht*<sup>12</sup> e la dottrina e la prassi dominante il cosiddetto *metodo oggettivo*<sup>13</sup>, contrapponendolo a un presunto metodo soggettivo.

*Le false etichette*

La discussione sull'applicazione della legge conforme alla realtà e conforme alla Costituzione viene falsata se ricondotta a questi concetti errati, interpretazione *oggettiva* e *soggettiva*. Questa scelta di concetti porta in un vicolo cieco. Il preteso metodo *soggettivo* si interroga in un primo, ma necessario passo su-

<sup>12</sup> BVerfGE 1, 299, 312 giurisprudenza costante; 88, 145, 167; LARENZ/CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., 1995, p. 153 ss.

<sup>13</sup> G. HIRSCH, *Juristenzeitung* 2007, p. 855; FAZ del 30. 4. 2007, Sp. 2.

gli *oggettivi* motivi della genesi e fini conformativi (*Gestaltungsziele*) di una norma. La pretesa interpretazione *oggettiva*, al contrario, si interroga sull'attuale "*contenuto regolativo razionale*" e sulle soggettive rappresentazioni razionali e della giustizia proprie del tribunale decidente. *Interpretazione oggettiva* significa essenzialmente *immissione soggettiva* della regola.

Il *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG E 1, 299, 312; 88, 145, 167, giur. consolidata) si esprime sul punto:

*"La storia della genesi [della norma: N. d. T.] rileva ai fini dell'interpretazione solo nella misura in cui essa confermi la giustezza di una interpretazione ottenuta secondo i principi dati (leggi: Savigny) o elimini dei dubbi, che non possono essere superati solo in base a tali principi"*<sup>14</sup>.

Il *Bundesverfassungsgericht* accentua ulteriormente la modificabilità della sua prassi interpretativa per mezzo dell'assunto secondo il quale la Costituzione non prescriverebbe alcun metodo determinato di interpretazione della legge<sup>15</sup>. Questo assunto, condiviso e praticato dalla giurisprudenza dei tribunali superiori, apre alle soggettive rappresentazioni della giustizia e ai soggettivi *desiderata* regolativi dei tribunali uno spazio di libertà il più ampio possibile, al fine di non tener conto degli scopi regolativi vincolanti della legislazione, evitando di conoscerli e di confrontarsi con essi. Winfried Hassemer lo dice ancora più chiaramente: il giudice può scegliere di volta in volta il metodo interpretativo che fonda il risultato decisionale da lui desiderato<sup>16</sup>. Non il metodo determina il risultato, ma il risultato desiderato dal tribunale determina la scelta del metodo.

L'interpretazione "*oggettiva*" rende le giurisdizioni superiori, come ben formulato da Karl Doehring, „sovralegislatori“ (*Obergesetzgeber*).

Essa è un bocchettone per l'*immissione* dello *Zeitgeist* nelle leggi esistenti, anche contro il loro fine normativo. Essa fa politica del diritto sotto la falsa etichetta di un'apparente *interpretazione* scientifica.

Un discostarsi del giudice dalla legge può essere necessario e comandato.

<sup>14</sup> [BVerfG 1, 299, 53 enuclea il metodo interpretativo della ricerca dello "objektiver Wille des Gesetzgebers" ("volere oggettivo del legislatore"), così come risulta dal "Wortlaut der Gesetzesbestimmung" (dalla "lettera della disposizione di legge") e dal "Sinnzusammenhang" (dalla "connessione di senso"): n. d. t.]

<sup>15</sup> BVerfGE 88, 145 (167).

<sup>16</sup> W. HASSEMER, *ZRP-Zeitschrift für Rechtspolitik* 7/2007, p. 213, p. 216.

Ma questi non può occultarlo. Deve mostrarlo e fondarlo.

Hirsch lascia trasparire con assoluta disinvoltura il consapevole rifiuto della legge da parte del giudice in tali casi:

*“Si tratta cioè non di ciò che il legislatore – non importa chi egli sia – “ha pensato” al momento della promulgazione della legge, ma di ciò che egli ragionevolmente doveva aver pensato”<sup>17</sup>.*

In tal modo si manifesta la pretesa del *giudiziario* di dominare il *legislativo*.

*Il rifiuto della legge sotto la falsa etichetta della „legge più intelligente“*

Secondo Hirsch, sul contenuto di ciò che dovrebbe essere regolato ragionevolmente decide il tribunale (come sovralegislatore?). Questa concezione sfocia nella rappresentazione secondo cui la legge potrebbe “essere più intelligente del legislatore”<sup>18</sup>. La parola vorrebbe suggerire che l’interprete con la sua “interpretazione” scovi come per magia una finora nascosta “oggettiva (“ragionevole”) volontà della legge”. In realtà si tratta di un inganno o di un autoinganno degli interpreti. Il testo di legge contiene e porta con sé esclusivamente la volontà regolativa di coloro che pongono la norma, e non altro. Asserire una propria, autonoma (“oggettivata”) volontà della legge è una finzione utile all’ampliamento del potere del giudice, una favola giuridica. Gli stessi giudici vogliono discostarsi dalla volontà della legislazione, rimuovere o rifiutare la legge vigente. Si ritengono più intelligenti del legislatore, ma non lo vogliono dire apertamente.

I “criteri teleologico-oggettivi” su cui si basa Hirsch, provengono da Larenz, l’esperto maestro nella reiterata risignificazione di interi ordinamenti giuridici. Le sue opere di quei tempi vengono regolarmente taciute<sup>19</sup>. Questi criteri servono da strumenti quando chi applica il diritto non vuole interpretare, ma vuole discostarsi da valutazioni legislative sussistenti, cioè vuole in verità immetterne di nuove.

<sup>17</sup> G. HIRSCH, *Der Richter im Spannungsverhältnis von Erster und Dritter Gewalt*“, in *DIE ZEIT* Nr. 41/2003.

<sup>18</sup> G. HIRSCH, *Juristenzeitung* 2007, p. 855; *FAZ* del 30.4.2007, Sp. 3.

<sup>19</sup> K. LARENZ, *Über Gegenstand und Methode völkischen Rechtsdenkens*, Berlin 1938; ID., *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, Tübingen 1934; ID., *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 2. Aufl., Berlin 1935; ID., *Rechtsperson und subjektives Recht*, in: K. LARENZ (ed.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin 1935, p. 225 ss.; cfr. B. RÜTHERS, *„Wir denken die Rechtsbegriff um...“ – Weltanschauung als Auslegungsprinzip*, Zürich 1987; ID., *Entartetes Recht*, 3. Aufl., dtv wissenschaft, München 1990.

Un'ulteriore strategia di questa dottrina dominante nella scienza<sup>20</sup> e nella prassi<sup>21</sup> consiste nel dichiarare fin da principio come discutibile, bagattellizzare o dichiarare impossibile<sup>22</sup> il tentativo di accertare gli scopi della legislazione e, al posto di ciò, renderli superflui tramite “ritrovamento creativo del diritto” da parte dell'interprete. Sul punto Hirsch dice, richiamando Kramer e Ehrlich: “La legge è comunque in molti casi un dominio dei morti su viventi”. Questo dominio (*si badi bene: si tratta di leggi del Parlamento!*) dovrebbe essere relativizzato tramite un'applicazione del diritto attualizzante, che connette con ciò passato e presente. Qui, secondo l'immagine da lui scelta, diviene visibile tutta la virtuosità che ci si attende dal giudice come pianista.

La passione delle giurisdizioni superiori per il metodo interpretativo supposto “oggettivo”, dopo tutto, non è per nulla accidentale. Essa, dopo le esperienze del passato tedesco, assicura ai giudici lo spazio di libertà più ampio possibile per discostarsi dai fini dimostrabili della norma e della legislazione, senza dovere apertamente indicare e fondare la posizione della norma da parte del giudice.

Importanti sostenitori di questa teoria in campo scientifico e numerosi giudici delle giurisdizioni superiori hanno partecipato in modo determinante alla risignificazione del diritto tedesco dopo più cambi di sistema e di Costituzione. È degno di nota che nella maggior parte dei libri di testo e dei manuali di storia del diritto moderno e di metodologia giuridica le “prestazioni” storiche di questo metodo nella perversione di ordinamenti giuridici non vengono nemmeno menzionate, per non dire analizzate e valutate da un punto di vista metodologico e didattico.

<sup>20</sup> W. MÖSCHEL, *Juristenzeitung* 3/2006, p. 113-118; sul punto B. RÜTTERS, *Neue Juristische Wochenschrift* 23/2006, p. 1640-1642.

<sup>21</sup> Così anche G. HIRSCH, *Juristenzeitung* 2007, 856.

<sup>22</sup> G. HIRSCH, *ibidem*.

**Passato e presente:**  
*Il pensiero di Giuseppe Bettiol*



prof. FERRANDO MANTOVANI  
Università di Firenze

## IL PERSONALISMO E LA PERSONALITÀ DEL REO NEL PENSIERO DI GIUSEPPE BETTIOL<sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. Il «personalismo» bettioliano. – 2. Il personalismo nella teoria del reato. – 3. Il personalismo nella teoria della personalità del reo. – 4. Il personalismo nella teoria della pena.

### 1. *Il «personalismo» bettioliano*

Negli scritti di Giuseppe Bettiol staglia, nitida, la granitica figura di un Grande Solista, che ama cantare fuori dai cori, non certo ammalato dalle tante teorie, ideologie e mode transeunti, fiorite e sfiorite negli ultimi due secoli di storia criminalistica, poiché anche la scienza penale – aggiungerei – se vuole restare «attuale» non deve mai essere troppo «contemporanea».

Anche se con l'inevitabile prezzo di quella certa «solitudine dell'intelligenza», che mai disarmò il pensiero bettioliano, poiché – come Egli disse nella sua ultima e mirabile lezione<sup>1</sup> – «sarò una voce isolata, ma questo non interessa. Ciò che conta è, rendere una testimonianza nella vita».

Un canto, però, sempre incantevole ed entusiasmante, poiché Giuseppe Bettiol appartenne a quella ristretta schiera di giuristi, il pensiero dei quali è intimamente vivificato dalla alta nobiltà di ideali e dalla profonda fede nei medesimi, da Lui proclamati e difesi con intelligente fermezza e con razionale passione, rigorosamente fermo nei principi, ma sempre col più profondo rispetto e sincera affettuosità per gli interlocutori, sì da apparire non solo Maestro di tutti, che faceva spaziare – come Pietro Nuvolone ricordava nel necrologio<sup>2</sup> – con le sue ali nei più vasti cieli della cultura, al di sopra delle polemiche contingenti. Ma anche di tutti Amico, per quel calore umano ben noto a tutti coloro che ebbero il privilegio di conoscerlo.

\* È il testo, con l'aggiunta dei riferimenti essenziali, della relazione svolta al Convegno «In ricordo di Giuseppe Bettiol nel 100° anniversario della nascita e nel 25° anniversario della morte» (Padova, 28 settembre 2007).

<sup>1</sup> *Colpevolezza normativa e pena retributiva oggi* (1982), in *Gli ultimi scritti 1980-1982*, Padova, 1984, p. 93.

<sup>2</sup> In *Indice penale*, 1982, p. 178.

Con una formula del tutto semplificatoria e riduttiva della complessità, sensibilità filosofica, ricchezza culturale ed umana di Bettiol, una delle menti più alte del diritto penale del secolo scorso, potremmo tentare di individuare «l'idea forte» del suo pensiero penalistico nel «Personalismo bettioliano»: di un diritto penale, che pur trovando alimento dalla storia e, quindi, dalla politica, costituisce insieme l'affermazione di una Morale perenne, perché permeato di un giusnaturalismo (con profonde radici non solo cattoliche, ma anche umanistiche e razionalistiche) di valori assoluti e di un'etica universale. Sicché il moderno dramma tra storicismo e giusnaturalismo trova la sintesi unificatrice bettioliana nell'«idea di "valore", ove confluiscono armonicamente storia e criterio di valutazione della stessa»<sup>3</sup>.

Un personalismo penalistico, che affonda le proprie radici in una più generale concezione, altissima, quasi sacrale, dell'uomo: cioè nella concezione dell'uomo-valore, dell'uomo-persona, dell'uomo-fine, mai strumentalizzabile per fini extrapersonali, neppure di politica criminale. E con un totale ripudio di tutte le imperversanti concezioni utilitaristiche (collettivistiche, maggioritarie, individualistiche) dell'uomo-cosa, dell'uomo-massa, dell'uomo-mezzo, strumentalizzabile per fini extrapersonali, a cominciare dai totalitarismi politici e penali, che tragicamente inquinavano la cultura, la politica criminale e il diritto penale dell'epoca, quali che fossero le pseudolegittimazioni del primato della Nazione, della Razza pura, della Dittatura del proletariato. Come se «una buia cortina di caligine fosse venuta a coprire anche le poche luci che agonizzavano»<sup>4</sup>.

Ed il personalismo bettioliano dell'uomo-valore «ha come finalità costante la salvaguardia della libertà morale, giuridica e politica dell'uomo; di un uomo, il quale, più che guardare al collettivo spesso opaco che lo circonda, scruta nel profondo della coscienza e da questa solitudine illuminata sa trarre una precisa norma di vita»<sup>5</sup>.

Personalismo, che per Bettiol costituisce il fondamento e il limite del *jus puniendi* improntando, vivificando ed umanizzando il diritto penale; e che, come una affilatissima lama, ne taglia trasversalmente i quattro fondamentali pilastri: la teoria del reato, la teoria del reo, la teoria della pena, la teoria dell'esecuzione. Dando così vita ad un autentico Sistema penale, complesso, ma anche lineare e rigorosamente coerente, non avendo Egli mai amato i sincreti-

<sup>3</sup> Così nella Prefazione alla seconda edizione del *Diritto penale*, Padova, 1950.

<sup>4</sup> Così nella Prefazione alla prima edizione del *Diritto penale*, Padova, 1945.

<sup>5</sup> Così nella Prefazione alla sesta edizione del *Diritto penale*, Padova, 1965.

smi e i compromessi ideologici<sup>6</sup>. Il pensiero bettioliano è tutto una «vocazione al sistema»: non ad un sistema logico-formale, né ad un sistema naturalistico-deterministico, né ad un sistema materialistico, né ad un sistema soggettivistico. Bensì ad un Sistema di valori, da tutelare, preesistenti alla norma, scaturenti dall'ordine immanente della realtà, impregnata di valori, non solo materiali ed economici, ma dello spirito (religiosi, morali, politici)<sup>7</sup>.

## 2. *Il personalismo nella teoria del reato*

Rispetto alla teoria del reato il personalismo penalistico bettioliano, alla perenne tensione dialettica tra la istanza della tutela penale dei cittadini contro il crimine e la istanza delle garanzie dei cittadini contro i possibili abusi della politica criminale e del diritto penale, offre la sintesi unificatrice, il punto d'equilibrio, in un diritto penale, che limiti la tutela penale dei cittadini soltanto contro i fatti offensivi di valori fondamentali e, conseguentemente, la punibilità soltanto dei soggetti autori di tali fatti lesivi. Principio di lesività del fatto, che Bettiol ha sempre fermamente sostenuto, contro le varie tendenze alla soggettivizzazione del diritto penale, a spostare il baricentro penalistico dalla dogmatica dell'azione lesiva alla dogmatica dell'autore. E non solo contro le dottrine sui tipi criminologici di autore del Positivismo criminologico, in funzione preventiva; e, poi, contro le concezioni marxiste-leniniste del diritto penale socialista, ove la nozione di reato viene personalizzata in funzione della mentalità borghese o meno, che sta alla base dell'azione e dell'appartenenza classista dell'autore<sup>8</sup>. Ma, altresì, contro il diritto tedesco nationalsocialista della volontà e dei tipi normativi d'autore, in funzione repressiva, poiché Bettiol fu uno dei pochi penalisti che, già nel 1942 a soli trentacinque anni di età, in un suo famoso scritto<sup>9</sup> fece oggetto di una serrata critica un siffatto diritto in aperta difesa della lesività del reato: in «quei tempi duri», quando «in Germania, allora, taluni per critiche anche velate al nuovo sistema perdettero la cattedra e non solo quella»<sup>10</sup>. E tutto ciò, da un lato, con un netto ripudio

<sup>6</sup> Così nella Presentazione della raccolta dei suoi *Scritti giuridici*, Padova, 1966.

<sup>7</sup> Così nel *Sistema e valori del diritto penale*, in *Jus*, 1940, IV e in *Scritti giuridici*, cit., p. 491.

<sup>8</sup> Così in *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Padova, 1966, p. 47.

<sup>9</sup> *Azione e colpevolezza nelle teorie dei "tipi di autore"*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1942, n. 1; e in *Scritti giuridici*, cit., II, p. 535. Ma già in *Sterilizzazione e diritto penale in Germania*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, n. 6, e in *Scritti giuridici*, cit., I, p. 102.

<sup>10</sup> Così Bettiol ama ricordare nella sua ultima lezione, già sopra citata.

degli imperversanti totalitarismi penali, i quali, con la pretesa di un totale impossessamento dell'intero uomo, anche nei suoi più reconditi pensieri, non solo per quel che agisce, ma per il suo modo di essere, lo immettono totalmente nella sfera del pubblico e del diritto. E, da altro lato, con l'inequivoca affermazione di un diritto penale a base innanzitutto oggettivistica, dell'azione umana lesiva di un'oggettività giuridica, cioè di un «valore» (quale relazione ordinata, razionale, moralmente orientata tra l'uomo e il mondo che lo circonda); espressione, questa, preferita a quelle di bene o interesse, perché richiamantesi ad una concezione materialistico-individualistica di un diritto, improntato alla Giurisprudenza degli interessi, la quale, pur col merito di avere infranto la Giurisprudenza dei concetti, imprigionante il diritto penale tra le sbarre di una logica deduttiva, deve però cedere alla Giurisprudenza dei valori, essendo vindice il diritto penale dei più alti valori morali e spirituali<sup>11</sup>.

### 3. *Il personalismo nella teoria della personalità del reo*

Ma il personalismo penalistico bettioliano trova il proprio baricentro, segnatamente, nella teoria della personalità del reo, poiché la personalità dell'autore del reato è il momento illuminante ed umanizzante del diritto penale moderno, il cui vero oggetto non può che essere costituito da un uomo che ha una sua personalità. Questa non solo consente di comprendere il fatto, nelle sue radici, nella sua storia, nelle sue finalità: reato e reo sono un'unità inscindibile, essendo il fatto la proiezione della personalità ed essendo l'autore compenetrato nel fatto. Essa non solo ha un ruolo essenziale anche in rapporto alla pena, che non potrà conseguire alcuna finalità razionale, se non rapportata ed adeguata, oltre che alla gravità lesiva del fatto, anche alla personalità del destinatario. Ma il problema-uomo urge, per Bettiol, ancor prima nel momento della fissazione dei principi fondamentali del diritto penale, poiché qui viene in gioco la natura stessa dell'uomo e, quindi, il Tipo di uomo, che il legislatore deve scegliere per la sua normazione responsabile<sup>12</sup>.

A) Ed il Tipo di uomo, posto alla base del sistema penale bettioliano è l'UOMO-VALORE. Coi seguenti corollari:

- 1) del netto rifiuto, da un lato, dell'uomo necessitato al crimine, schiacciato tra costituzione ed ambiente, senza avvenire e senza speranza. E, quindi:
  - a) sia del dogma, astratto e generalizzante, del Determinismo assoluto, bio-

<sup>11</sup> Così in *Sistema e valori*, cit.

<sup>12</sup> Così in *Istituzioni*, cit., p. 87.

logico e sociologico, del Positivismo criminologico, poiché, senza il principio di colpevolezza «non esiste un diritto penale, ma solo un diritto sanitario e profilassi sociale. E ciò perché l'uomo come persona è sparito; resta solo l'uomo cosa pericolosa. E che cos'è un diritto positivista se non un ammasso di cose pericolose?... Si brancola nel buio, e non ci si venga a dire che la luce sta nell'idea della risocializzazione, perché, quando in mancanza di libertà morale essa non è frutto di libera scelta ma è imposta e coatta, l'uomo è solo frammento di un tutto di cui deve seguire il misterioso corso della Storia»<sup>13</sup>; b) sia del «Positivismo aggiornato» ed edulcorato della Nuova Difesa sociale, che tanta eco aveva suscitato nel mondo: «fosforescente medusa che ha saputo ingannare molti giuristi ... portandoli sulle spiagge deserte di una discutibile concezione positivista del diritto penale. Tra pena indeterminata-riadattamento sociale e retribuzione «c'è un abisso logico, morale, politico»<sup>14</sup>; c) sia del determinismo psicoanalitico;

2) ma, altresì, del netto rifiuto, d'altro lato, dell'Uomo libero, secondo l'opposto dogma del libero arbitrio, astratto ed immotivato, delle dottrine classiche, perché la postulata libertà, indifferenziata, dovuta alla ragione garantisce di non vulnerare la conquista della certezza giuridica con indagini personologiche, postula innanzitutto una libertà che, fuori dei motivi individuali e ambientali, non esiste, poiché ogni umana individualità opera nella concretezza della storia; perché tale libertà indifferenziata ha disgiunto, altresì, l'esigenza della certezza giuridica dalla «giustizia concreta»; ed ha ostacolato una più approfondita conoscenza dei problemi della personalità, lasciandone il monopolio al determinismo positivista.

E l'intelligenza bettioliana, di fronte agli opposti e intolleranti dogmatismi della Scuola positiva e della Scuola classica, «ambidue refrattarie all'utile tarlo del dubbio cartesiano» metodico, opera la propria sintesi tra «valore» e «natura» tra «libertà morale» e «motivi», tra «filosofia» e «scienza», tra «metafisica» e «concretezza storica», nel senso che il Tipo di uomo bettioliano è l'uomo moralmente responsabile, perché «libero», in quanto lui solo arbitro delle grandi decisioni nelle concrete situazioni storiche. Ma dire che la volontà è libera non significa affermare che essa è incondizionata, immotivata, perché un tale libero arbitrio umanamente non esiste, ma più precisamente che essa non è invincibilmente costretta dai motivi interni (biologici, costitu-

<sup>13</sup> Così in Sulla colpevolezza d'autore, in *Gli ultimi scritti 1980-1982*, Padova, 1984, p. 84.

<sup>14</sup> Così in *Sulla «nuova difesa sociale» considerata da un punto di vista cattolico* (1964), in *Scritti giuridici*, cit., II, p. 1005.

zionali, ereditari) e dai motivi esterni (socioambientali), anche i più forti.

E l'essenza e il dramma della libertà della volontà sta nella sua capacità di sottrarsi, nella lotta tra i motivi antagonisti, al loro agire e di autodeterminarsi dopo avere scelto il motivo preferenziale per l'azione lecita o illecita che sia; e così di signoreggiare la situazione storica, orientandola verso uno scopo plausibile. E "in ciò sta il momento dell'indeterminismo: non nell'assenza di casualità, ma nella presenza di una finalità che la supera e la trascende o la utilizza ai suoi fini... Determinismo e indeterminismo si intrecciano così per spiegare l'azione umana di cui il soggetto porta la responsabilità perché diventa sua in quanto può signoreggiarla finalisticamente e spingerla verso dati risultati".

E l'indeterminismo bettioliano si richiama non solo alla filosofia del libero arbitrio, ma all'esperienza umana dell'autodeterminazione, sentita come realtà esistenziale e morale, dell'uomo che percepisce se stesso come essere spirituale dotato di coscienza, capace di senso di colpa, di rimorso, di soddisfazione per le azioni conformi a morale e di possibilità di ravvedimento<sup>15</sup>.

B) Fermo il principio della libertà dell'azione umana, perché è il principio che conta, non l'estensione concreta del suo raggio d'azione, per il Bettiol sarebbe una generalizzazione inammissibile disconoscere che la libertà d'azione può venire meno, non solo per ragioni attinenti alla personalità dell'autore (immaturità, infermità mentale e altre situazioni psicofisiche), ma anche per cause ambientali, riconducibili al principio di inesigibilità del comportamento lecito a causa dell'anormalità delle circostanze in cui l'azione si estrinseca. Principio, che non costituisce il paventato «sbrindellamento del diritto penale», perché la certezza giuridica non viene vulnerata quando non sussiste la colpevolezza normativa per l'impossibilità di un giudizio di rimprovero<sup>16</sup>.

C) E fermo pur sempre il principio della libertà morale, come sopra intesa, l'intelligenza bettioliana si apre anche alla Criminologia perché insussistente è l'erronea contrapposizione tra Diritto penale (scienza normativa dei valori) e Criminologia (scienza sperimentale dei presupposti naturalistici del reato), in quanto il delitto non è un dato di natura, ma il risultato di un giudizio di valore; onde è inconcepibile «una Criminologia, che non abbia segnati i suoi limiti di indagine da un giudizio di valore». Pertanto, Criminologia e Diritto penale stanno nel rapporto del fatto rispetto al valore: «senza il valore il fatto è cieco,

<sup>15</sup> Così in *Colpa morale e personalità*, in *Scritti giuridici*, cit., p. 870; in *Diritto penale*, Padova, 1978, p. 404; in *Istituzioni*, cit., p. 104.

<sup>16</sup> Così in *Diritto penale*, cit., p. 475; in *Istituzioni*, cit., p. 102.

senza il fatto il valore è vuoto». Ed è su tale constatazione che si aprono le prospettive più interessanti per lo studio non solo dell'azione, nei suoi momenti psicologici, ma della personalità del soggetto, da cui l'azione promana e di cui è una manifestazione. Azione, carattere, personalità, moventi, diventano tutti temi essenziali per una comprensione integrale della disciplina penalistica. Ed avendo «lo studio della personalità dell'uomo delinquente ... pieno diritto di cittadinanza nel campo del diritto penale», alla Criminologia compete lo studio del reato e della personalità criminologica dell'autore nei loro aspetti naturalistici. Ed oggi la Criminologia, storicamente nata nell'atmosfera del determinismo positivista, antropologico e sociologico, e che ha a lungo incontrato il rispetto o l'avversione dei sostenitori della libertà del volere, per il Bettiol è una parola che «non spaventa più, perché non è un monopolio di nessuno e perché non è più dominata da un dogmatismo intollerante», avendo – possiamo aggiungere – le scienze criminologiche abbandonato il vecchio schema causale per quello probabilistico, delle correlazioni statistiche tra determinati fattori individuali ed ambientali e crimine, le quali non sono però preclusive di libere autodeterminazioni individuali: della spontaneità. Ed, altresì, perché «lo studio criminologico della personalità ha chiarito molti aspetti del contenuto morale della personalità stessa e la dottrina della libertà non ha sofferto un *vulnus*, ma ne è uscita rafforzata in quanto consapevole dei propri limiti». Con conseguenti «possibilità di larghe sincere intese ... tanto sul terreno delle idee, quanto su quello della pratiche attuazioni legislative e penitenziarie»<sup>17</sup>.

D) Il personalismo bettioliano, nell'incessante e tormentoso sforzo di approfondimento, accanto al fatto lesivo, anche della personalità del reo, nella sua interezza e concretezza, e nei reconditi anfratti dell'animo umano, si è andato sviluppando attraverso due successivi e ulteriori passaggi, due ulteriori aperture personalistiche: del diritto penale dell'atteggiamento interiore e della colpevolezza d'autore.

Ferma l'intangibilità dei primari principi dello stato di diritto (di legalità, del fatto lesivo, dei limiti psicologici del dolo e della colpa, della pena determinata-proporzionata), la prima ulteriore apertura personalistica è costituita dalla teorizzazione bettioliana del Diritto penale dell'atteggiamento interiore, inteso come lo stato di coscienza dell'agente rispetto alla natura di un determinato bene giuridico, alla sua violazione e alla modalità della violazione<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Così in *Colpa morale e personalità*, cit., p. 867.

<sup>18</sup> Teorizzazione, che trova riscontro in una serie di articoli degli anni '70: *Sul diritto personale dell'atteggiamento interiore* (1971); *Stato di diritto e «Gesinnungsstrafrecht»* (1973); *Sul*

E proprio perché si tratta dello stato di coscienza dell'agente rispetto al fatto nel suo disvalore, la *Gesinnung* bettioliana – come lo stesso autore ha tenuto a sottolineare – non ha nulla a che fare coi diritti penali, di triste memoria, della *Willensstrafrecht*, della colpa d'autore, dei tipi d'autore. E alle critiche, mosse da più parti, per il paventato pericolo di soggettivazioni ideologiche, specie in società conflittuali come la nostra, Bettiol rispondeva di avere sempre sostenuto la precedenza assoluta della lesività del reato (fino dal 1942, contro le aberrazioni del diritto penale nazista). Ma, ad un tempo, esprimeva la convinzione che la colpevolezza non fosse stata ancora sufficientemente approfondita<sup>19</sup>.

E per Bettiol il diritto penale dell'atteggiamento interiore, a differenza della *Gesinnung* tedesca, ancorata soltanto ad alcune espressioni di talune fattispecie (crudeltà, rozzezza, disprezzo, motivo abietto, vilipendere, oltraggiare), «esprime un'idea più ampia e più profonda, in quanto, partendo dalla natura etica dell'uomo, intende sensibilizzare tutti i settori del diritto penale ad una data concezione dell'uomo unica realtà etica della Storia. Si tratta di uno spostamento significativo di accento non già di un giro di boa che intende fare capire il diritto servendosi di una concezione dinamica e aperta all'uomo. E lo Stato di diritto legato ai diritti dell'uomo ne esce fortificato e non già umiliato».

E per il Bettiol il diritto penale dell'atteggiamento interiore trova la propria consacrazione costituzionale nell'art 27 Cost., poiché con l'affermazione della «responsabilità penale personale» si è voluto non bandire, banalmente, soltanto la responsabilità per fatto altrui e la responsabilità oggettiva, ma introdurre una profonda carica innovativa del diritto penale del domani, poiché per l'imputazione del fatto al soggetto non basta il fatto proprio in senso naturalistico oggettivo e psicologico, ma occorre che gli appartenga personalisticamente e, quindi, spiritualmente, secondo l'atteggiamento interiore dell'agente rispetto al fatto<sup>20</sup>.

La nota culminante del diritto penale dell'atteggiamento interiore viene poi individuata nell'art. 133 c. p., poiché la capacità a delinquere è momento componente della personalità dell'autore, non criminologia, ma morale. E viene riferita alla colpevolezza per il fatto commesso e al grado della stessa, espliciti nel reato, e viene identificata con la malvagità dell'autore, desunta dai

*diritto penale militare dell'atteggiamento interiore* (1979), in *Scritti giuridici 1966-1980*, cit., p. 101, 129, 254.

<sup>19</sup> V. *Colpevolezza normativa e pena retributiva oggi*, in *Scritti giuridici 1966-1980*, cit., p. 107.

<sup>20</sup> Così in *Diritto penale*, cit., p. 60.

motivi, dal carattere, dall'educazione, dall'orientamento di vita, quali emergono dagli indizi dell'art 133<sup>21</sup>. E la capacità a delinquere, così intesa come sinonimo dell'atteggiamento interiore del soggetto rispetto ai valori della vita, si irradia su tutti i settori del diritto penale: della recidiva, spiegabile solo con riferimento ad un costante disprezzo del soggetto verso il dovere di non tornare a violare la legge penale; dell'intensità del dolo, che si spiega solo con l'accentuazione di una cosciente persistenza *in re illicita*; della colpa, perché negligenza, imprudenza e imperizia sono qualifiche etico-giuridiche della condotta di un soggetto, che presuppongono una personalità labile rispetto ai doveri di attenzione e di prudenza nel momento di agire.

E) La seconda ulteriore apertura personalistica bettioliana concerne la colpevolezza d'autore, per la condotta di vita. Essa – come Bettiol tiene a precisare – pur essendo «forse la nozione che più turba il sonno dogmatico di tanti penalisti» – bettiolianamente intesa nulla ha a che fare con il diritto penale dei tipi di autore, di nefasta memoria, né con un diritto penale della volontà e del sentimento, e con possibili strumentalizzazioni totalitarie. E ciò perché il fatto tipico e la sua lesività restano pur sempre i presupposti indefettibili anche della colpevolezza d'autore e c'è colpa d'autore non per il suo modo di essere, ma per il suo modo di operare. Solo che la colpevolezza d'autore soverchia il fatto lesivo singolo o più spesso reiterato, perché rispecchia la scelta di una condotta di vita, onde la colpevolezza assume un significato particolare per la sua estensione ed intensità. E gli esempi paradigmatici, dominati dalla colpa d'autore, vengono individuati nei reati di terrorismo, di mafia, di usura, di sfruttamento della prostituzione, di maltrattamenti in famiglia. E in genere nei reati a condotta plurima.

Sicché la colpevolezza d'autore non contraddice al concetto di rimprovero, caratterizzante la colpevolezza in senso normativo, perché colpevolezza e personalità sono termini correlativi e, quindi, ogni colpevolezza è colpa d'autore. Come risulta dal criticato e negletto art. 133 c. p., il quale, quando parla, ai fini della determinazione della qualità e quantità della pena, di condotta anteatta, contemporanea e susseguente al reato non può che riferirsi alla «storia di una vita che ad un dato momento trascende i limiti del lecito»<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Così in *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, cit., p. 115.

<sup>22</sup> Così in *Sulla colpevolezza d'autore* (articolo pubblicato postumo nel 1984 negli *Studi in memoria di Orio Giacchi*); e in *Gli ultimi scritti*, cit., p. 81; nonché nell'ultima lezione su *Colpevolezza normativa*, cit.

#### 4. Il personalismo nella teoria della pena

Nell'armonico e coerente sistema penale di Giuseppe Bettiol, il personalismo bettioliano non poteva non improntare, vivificare ed umanizzare anche la Teoria della pena. Non ci soffermeremo sul Retribuzionismo di Bettiol, che assieme alla libertà morale è il secondo granitico pilastro del sistema penale bettioliano. Ma ci sia consentito qualche fugace accenno. E, in particolare, ricordare, schematicamente, che per Bettiol: 1) il sistema retributivo è «non repressivo, ma non è neppure permissivo» ed intende restare la *Magna Charta libertatum civium*: «tanto di quei cittadini onesti, quanto di quelli che meno lo sono, ma che possono vedere limitata la propria libertà solo nei limiti di una interpretazione, applicazione ed esecuzione della norma penale “giusta” perché “umana”. Tutto il resto è prevaricazione e tentazione pericolosa che va respinta»; 2) che la pena «umana» e, quindi, «giusta» non è la pena fondata sull'utilità, generalpreventiva o specialpreventiva (anche se può di fatto perseguire tale finalità), perché questa apre la strada all'arbitrio, nel senso della crudeltà oppure dell'indulgenza non necessarie: al terrorismo penale (come è avvenuto con la generalprevenzione dei regimi totalitari) o al rammollimento (come avvenuto con la specialprevenzione); 3) la pena umana e giusta è la pena fondata sull'Idea retributiva, cioè della pena personale, proporzionale, certa, non solo perché radicata in profonde basi filosofiche, ma perché politicamente rispondente a quelle esigenze di democrazia personalistica dell'uomo nella pienezza della sua personalità morale e, quindi, della sua autonomia e dignità; perché espressione di esigenze etiche, che stanno a fondamento del mondo giuridico, postulando essa che al bene segua il diritto premiale e al male il diritto penale; e perché compenetrata nel sentimento collettivo, essendo la retribuzione sentita come un valore necessario per salvaguardare l'ordine di moralità, su cui poggia anche la società<sup>23</sup>.

L'intelligenza bettioliana non fu, nondimeno, sorda al problema della rieducazione del reo. Innanzitutto rispetto alla prevenzione della delinquenza minorile, costituendo il diritto minorile un mondo a sé, nel quale i singoli istituti possono plasmarsi e modellarsi secondo proprie esclusive esigenze<sup>24</sup>.

Ma il problema della rieducazione fu considerato da Bettiol anche rispetto agli adulti, nell'ambito però della razionalità bettioliana, cioè dell'uomo libero nelle scelte tra il bene e il male, salvo subirne le rispettive conseguenze giuri-

<sup>23</sup> Così in *Istituzioni*, cit., p. 113.

<sup>24</sup> Così, oltre che negli interventi in uno dei Convegni di Bressanone sulla rieducazione, da Lui organizzati, in *Diritto penale*, cit., p. 482.

diche; al quale lo Stato non può imporre la virtù, ma solo creare le condizioni perché l'uomo possa condurre una vita virtuosa, purché lo voglia. E la pena in concreto può anche comportare la rieducazione del condannato, attenendo però la rieducazione non al fondamento e ai limiti della pena, ma soltanto alla pena in concreto: nella sua funzione esecutiva umanizzata, che non deve ostacolare con inutili crudeltà il ravvedimento del reo, poiché la pena retributiva non è vendicativa e può subire umanizzazioni<sup>25</sup>.

E, per concludere, il personalismo bettoliiano investe anche la suprema pena di morte. Secondo Bettiol essa non trova la sua giustificazione etico-razionale nella sua necessità (così legittimata invece dalle concezioni utilitaristiche, anche se in via eccezionale dagli stessi abolizionisti, dal Beccaria in poi), poiché la necessità offre la giustificazione della pena capitale agli Stati totalitari e polizieschi per l'eliminazione dei dissidenti politici, mentre tale pena non è mai necessaria, perché lo Stato o ha altri mezzi per prevenire il reato o, altrimenti, è un organismo in decomposizione, meritevole di scomparire. La sua giustificazione etico-razionale va, invece, individuata nel principio retributivo, il quale delimita proporzionalmente la gravità della pena e, quindi, anche la pena capitale alla gravità lesiva del reato, ma non postula, però, necessariamente la pena di morte come istituto di diritto penale, perché oggi, essendo sentita come inumana e, perciò, sproporzionata, non soddisfa più la finalità di retribuzione etico-giuridica<sup>26</sup>.

\* \* \*

Da venticinque anni Giuseppe Bettiol non è più tra noi. Ma del suo insegnamento la parola fine non è stata scritta. Di fronte agli imperversanti utilitarismi (collettivistici, maggioritari, individualistici), che con la loro «cultura di morte dell'uomo» attentano, oggi, alla dignità e alla vita non più soltanto di singoli individui, ma altresì delle future generazioni, e alla stessa abitabilità del Pianeta, forse l'unico giardino dell'Universo, la cui fioritura ha richiesto la pazienza di miliardi di anni; ebbene il personalismo bettoliiano conserva la sua forza di messaggio di «Cultura di vita dell'uomo», che va additato alle più giovani forze della penalistica, non solo italiana. E questo messaggio, pur nella rinnovata commozione del ricordo del Maestro e nella rinnovata tristezza per la sua assenza, è motivo di conforto e di stimolo.

<sup>25</sup> V. in merito: *Il mito della rieducazione* (1963), in *Scritti*, cit., II, p. 995.

<sup>26</sup> Così in *Sulla pena di morte* (1967), in *Scritti giuridici 1966-80*, cit., p. 16; in *Ancora sulla pena di morte e retribuzione* (1975), *ivi*, p. 158; in *Istituzioni*, cit., p. 120.



prof. MAURO RONCO  
Università di Padova

L'ATTUALITÀ DI GIUSEPPE BETTIOL  
NEL 100° ANNIVERSARIO DELLA NASCITA E  
NEL 25° ANNIVERSARIO DELLA MORTE<sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. La formazione del pensiero giuridico di Giuseppe Bettiol. – 2. Filosofia realista e concezione oggettiva del bene giuridico. – 3. Colpevolezza e pena retributiva. – 4. L'orizzonte culturale e civile di Giuseppe Bettiol.

1. *La formazione del pensiero giuridico di Giuseppe Bettiol*

Nel settembre 1945 Giuseppe Bettiol siglava la prefazione della Parte Generale del Diritto Penale, rivelando di aver scritto l'opera dal Natale del '42 all'agosto '43, affinché fosse pubblicata alla fine di quell'anno. Il Maestro pavano dichiarava di aver inteso “[...] *interpretare liberisticamente e quindi democraticamente un complesso legislativo che pure pretendeva di essere l'espressione di una concezione totalitaria dello Stato*”<sup>1</sup>. Lo scopo era “[...] *di salvare tutta una tradizione di civiltà di cui l'Italia era andata sempre orgogliosa, particolarmente in momenti nei quali sembrava che una buia cortina di caligine fosse venuta a coprire anche le poche luci che agonizzavano*”<sup>2</sup>. In Italia, tuttavia, la tradizione di civiltà, “[...] *non si era spezzata del tutto*”<sup>3</sup>, poiché tanto l’ “[...] *intelaiatura [...]*”<sup>4</sup>, quanto la “[...] *struttura di molte singole disposizioni del Codice non rispecchiano affatto una mentalità intenta decisamente a deprimere*

\* Il testo, riveduto e arricchito delle note, è stato pronunciato nella “*Giornata in ricordo di Giuseppe Bettiol nel 100° anniversario della nascita e nel 25° anniversario della morte*”, che si è tenuta nell'Archivio storico del Palazzo del Bo' dell'Università di Padova il 28 settembre 2007.

<sup>1</sup> BETTIOL, Prefazione alla prima Edizione del *Diritto Penale, Parte Generale*, settembre 1945, ora in *Diritto Penale, Parte Generale*, undicesima edizione riveduta e aggiornata, Padova, 1982, XXVII. Le edizioni del *Diritto Penale* di Bettiol sono state undici, le prime cinque per i tipi dell'editore Priulla di Palermo, le altre per i tipi della Cedam di Padova. V'è infine una dodicesima edizione del *Diritto Penale*, riveduta e integrata da Luciano Pettoello Mantovani, pubblicata a Padova, sempre per i tipi della Cedam, nel 1986, aggiornata, legislativamente e scientificamente, all'intero '85. Il *Diritto Penale* ha conosciuto una traduzione castigliana, Bogotà, 1965; una traduzione portoghese-brasiliana, São Paulo, 1966 (2° ed. 1977) e una traduzione portoghese, Coimbra, 1970.

<sup>2</sup> *Ibidem.*

<sup>3</sup> *Ibidem.*

<sup>4</sup> *Ibidem.*

*la libertà individuale di fronte a pretese esigenze collettive*<sup>5</sup>. Infatti, a differenza di quanto era accaduto “[...] con la legislazione penale sovietica e particolarmente con quella nazista [...]”<sup>6</sup>, il codice penale italiano del 1930 non aveva “[...] sacrificato principi che formavano ormai patrimonio comune di civiltà [...]”<sup>7</sup>, essendo stato in esso pienamente confermato il principio di legalità del reato e della pena ed essendo rimasto il reato ancorato a criteri oggettivi di garanzia per la “[...] sicurezza giuridica [...]”<sup>8</sup>.

Manifestata con chiarezza l'intenzionalità politica alla base del suo impegno scientifico e additato in Giacomo Delitala lo studioso che aveva aperto “[...] nuove vie all'indagine [...]”<sup>9</sup> nel diritto penale, Bettiol enunciava con franchezza l'aspetto di novità della sua opera nel tentativo di svellere il diritto penale da un “pensiero”<sup>10</sup> e da una “mentalità”<sup>11</sup> “naturalistici”<sup>12</sup>, “[...] che comprimevano i valori supremi del diritto penale e privavano questo di ogni linfa vitale, di ogni vero valore”<sup>13</sup>.

In questo contesto faceva risuonare un forte appello alla centralità della persona umana, che finalmente, dopo le esasperazioni naturalistiche del positivismo criminologico, avrebbe dovuto essere studiata e trattata “[...] come individuo che ha una propria libertà e una propria dignità da tutelare”<sup>14</sup>. Poiché, proseguiva Giuseppe Bettiol, i problemi dell'azione, della colpevolezza e della pena sarebbero stati pienamente illuminati soltanto se “[...] posti a contatto con i supremi valori morali”<sup>15</sup>. Infatti, i problemi fondamentali del diritto penale, che pure aveva preteso di svincolarsi dall'etica, si comprendono solo “[...] in una concezione etica della vita”<sup>16</sup>.

Al momento della pubblicazione della Parte Generale del Diritto Penale Giuseppe Bettiol ha appena 37 anni. Eppure egli è già pervenuto all'apice della maturità scientifica, di cui danno conto adeguato l'acribia metodologica e la ricchezza contenutistica del *Diritto Penale*, frutto della sua partecipazione, a

<sup>5</sup> *Ibidem.*

<sup>6</sup> *Ibidem.*

<sup>7</sup> *Ibidem.*

<sup>8</sup> *Ibidem.*

<sup>9</sup> *Ibidem*, XXVIII.

<sup>10</sup> *Ibidem.*

<sup>11</sup> *Ibidem.*

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

<sup>13</sup> *Ibidem.*

<sup>14</sup> *Ibidem.*

<sup>15</sup> *Ibidem.*

<sup>16</sup> *Ibidem.*

partire soprattutto dalla seconda metà degli anni '30, al dibattito europeo sul metodo, sull'oggetto e sui fini del diritto penale.

Le prime opere di Giuseppe Bettiol possiedono un carattere prevalentemente tecnico/giuridico, anche se rivelano interessi e preoccupazioni per tematiche che vanno al di là della mera interpretazione delle norme di diritto positivo.

Così è per gli scritti sulla partecipazione delittuosa, sia dolosa sia colposa, apparsi sulla Rivista Italiana nel 1930<sup>17</sup>; per la delineazione dei tratti essenziali del concorso di persone nel nuovo codice<sup>18</sup> e per la problematica relativa al tentativo di partecipazione delittuosa<sup>19</sup>, pubblicati nel 1931 e nel 1932; per la monografia, del 1934, sull'ordine dell'autorità nel diritto penale, che offre una compiuta interpretazione dell'art. 51 del nuovo codice penale<sup>20</sup>; per il saggio sul reato aberrante, pubblicato negli Scritti in memoria di Edoardo Massari, del 1936<sup>21</sup>; per gli articoli e le note sui temi processual-penalistici, verso la metà degli anni '30<sup>22</sup> e, soprattutto, per la esemplare monografia su un argomento classico, a mezza via tra il diritto sostanziale e la procedura penale, concernente la "*Correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale*", pubblicata per Giuffrè nel 1936<sup>23</sup>; per l'approfondimento del significato della regola «*in dubio pro reo*», svolto come prolusione al corso di diritto e procedura penale nell'Università di Cagliari, all'inizio dell'anno accademico 1936-37<sup>24</sup>;

<sup>17</sup> BETTIOL, *Sulla natura accessoria della partecipazione delittuosa nel codice vigente e nel progetto Rocco*, in *Riv. it. dir. pen.*, anno II, 1930, ora in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, 1-14; ID., *Sul concorso di più persone nei delitti colposi*, in *Riv. it. dir. pen.*, anno II, 1930, ora in *Scritti*, cit., 15-28.

<sup>18</sup> ID., *I lineamenti dell'istituto del concorso di più persone nel reato, secondo il nuovo codice penale italiano*, in *Archivio Giuridico*, vol. CV., fasc. 2 (quarta serie), ora in *Scritti*, I, cit., 29-41.

<sup>19</sup> ID., *Sul tentativo di partecipazione delittuosa*, in *Annali dir. proc. pen.*, anno I, fasc. 1, 1932, ora in *Scritti*, I, cit., 84-90.

<sup>20</sup> ID., *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, Milano, 1934, ora in *Scritti*, I, cit., 109-198.

<sup>21</sup> ID., *Sul reato aberrante*, in *Scritti in memoria di Edoardo Massari*, Napoli, 1936, ora in *Scritti*, I, cit., 214-221.

<sup>22</sup> ID., *Connessione di reati e procedibilità di ufficio*, in *Riv. st. urb.*, anno VII, 1933, n. 3-4, ora in *Scritti*, I, cit., 98-101; ID., *Sui rapporti fra contestazione dell'accusa e sentenza: imputazione come autore e condanna come partecipe*, in *Riv. it. dir. pen.*, anno VII, 1935, n. 2, ora in *Scritti*, I, cit., 199-201; ID., *Sentenza penale di condanna e accertamento alternativo di fatti*, in *Riv. it. dir. pen.*, anno VII, 1935, n. 4, ora in *Scritti*, I, cit., 202-210; ID., *Imputazione per reati connessi e condanna per reato unitario*, in *Scritti*, I, cit., 211-213.

<sup>23</sup> ID., *La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale*, Milano, 1936, ora in *Scritti*, I, cit., 222-306.

<sup>24</sup> ID., *La regola «in dubio pro reo» nel diritto e nel processo penale, Prolusione al corso di diritto e procedura penale, per l'anno 1936-37 nella R. Università di Cagliari*, in *Riv. it. dir. pen.*,

per il saggio “*Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*”, apparso nel 1938 per la serie degli Studi Economici e Giuridici della medesima Università<sup>25</sup>.

Questo filone di scritti, imperniati sulla rigorosa applicazione del metodo tecnico/giuridico, rivelano in Bettiol uno studioso a tutto campo, che domina con sicurezza tanto il diritto sostanziale quanto la procedura penale, in un’epoca in cui ancora non si era consumata l’esiziale frattura tra i due territori del giure penale.

Accanto a queste opere affiorano fin da subito nella produzione scientifica di Bettiol importanti contributi ai temi penalistici che stanno in relazione stretta con i fondamenti filosofici e con l’esperienza storica che innervano e sostanziano il diritto penale. Risalgono al 1931, infatti, una nota sull’applicazione analogica della legge penale in un caso particolare<sup>26</sup> e, soprattutto, la monografia su “*L’efficacia della consuetudine nel diritto penale*”<sup>27</sup>, in cui, Bettiol critica i seguaci della scuola storica, i quali facevano riposare l’origine e l’essenza del diritto consuetudinario sullo spirito popolare, senza precisare in che cosa consistesse tale spirito e su quali fondamenti gli si potesse dare rilievo giuridico. In una prospettiva oggettiva e realistica Egli, invece, vede la consuetudine come la “[...] *proiezione spirituale nell’animo dei consociati di una norma di condotta osservata da lungo tempo, la quale s’impone come imperativo giuridico*”<sup>28</sup>, ove uso ininterrotto nel tempo e convinzione soggettiva trovano il fondamento giuridico nella corrispondenza della regola consuetudinaria a un principio oggettivo di giustizia.

Sono del 1932 due scritti, il primo sulla dottrina del *Tatbestand* nell’ultima formulazione di Beling<sup>29</sup> e, il secondo, dedicato alla figura dell’insigne giurista germanico, morto improvvisamente la sera del 18 maggio 1932, di ritorno da una escursione ai piedi delle Alpi bavaresi<sup>30</sup>. Gli scritti, pur brevi, attestano la

anno IX, 1937, n. 3, ora in *Scritti*, I, cit., 307-317.

<sup>25</sup> ID., *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, in *Studi Economici giuridici della Università di Cagliari*, 1938, ora in *Scritti*, I, cit., 343-387.

<sup>26</sup> ID., *Applicazione analogica della legge penale nel caso di incesto fra affini di primo grado seguito da matrimonio segreto o di coscienza*, in *Riv. it. dir. pen.*, anno III, 1931, n. 34, ora in *Scritti*, I, cit., 42-46.

<sup>27</sup> ID., *L’efficacia della consuetudine nel diritto penale*, Milano, 1931, ora in *Scritti*, I, cit., 47-83.

<sup>28</sup> *Ibidem*, 48.

<sup>29</sup> ID., *La dottrina del Tatbestand nella sua ultima formulazione*, in *Riv. it. dir. pen.*, anno IV, 1932, n. 4, ora in *Scritti*, I, cit., 91-94.

<sup>30</sup> ID., *Ernesto Beling*, in *Riv. it. dir. pen.*, anno IV, 1932, n. 4, ora in *Scritti*, I, cit., 95-97.

profondità degli studi di Bettiol, che aveva integrato l'insegnamento di Giacomo Delitala alla Cattolica di Milano con quello ricevuto in Germania dal Maestro di Monaco. Nella recensione del "*Die Lehre vom Tatbestand*" del 1930<sup>31</sup>, in cui il giurista tedesco aveva risposto alle osservazioni rivolte dagli studiosi all'opera del 1906 "*Die Lehre vom Verbrechen*"<sup>32</sup>, Bettiol coglie acutamente il cominciamento dell'offuscarsi della funzione metodologica del Tatbestand per la sistemazione degli elementi del reato. Commentando, infatti, l'apparizione in Beling, accanto al Tatbestand tradizionale, del nuovo concetto di "quadro dominante" ("Leitbild"), come Tatbestand legale del tipo particolare di reato, Bettiol, sempre determinato a sfuggire all'astrattezza vuota degli schemi formali, rileva come si affacci "*il pericolo dell'inutilità della parte generale del diritto penale*"<sup>33</sup>. Il rilievo, pur sintetico, coglie il tentativo compiuto da Beling di recuperare una maggiore concretezza nella sistematica del reato, da costruirsi con il materiale vivo dell'esperienza storica.

## 2. Filosofia realista e concezione oggettiva del bene giuridico

Nel 1938 Giuseppe Bettiol è chiamato all'Università di Trieste. Si sviluppa, a partire da questo momento, fino alla pubblicazione del *Diritto Penale* nel 1945 e del "*Problema penale*", apparso per i tipi di Priulla nel 1948, ma frutto di un corso di filosofia del diritto dei mesi invernali 1944-1945<sup>34</sup>, la profonda riflessione filosofica, etica, politica e giuridica, che conduce Bettiol a farsi rinnovatore della scienza giuridica italiana. V'è una analogia, al riguardo, tra il progetto di rinnovamento di Bettiol e quello avviato da Hans Welzel in Germania, il cui orientamento finalistico l'Autore italiano menziona espressamente, nella prefazione del giugno 1950 alla seconda edizione del *Diritto Penale*, come possibile criterio scientifico grazie al quale rivedere il tradizionale sistema tripartito del reato<sup>35</sup>. Ciò che distingue rigorosamente la proposta di Bettiol da quella coeva di Welzel è il ritorno senza incertezze di Bettiol ai principi

<sup>31</sup> BELING, *Die Lehre vom Tatbestand*, Tübingen, 1930.

<sup>32</sup> BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906.

<sup>33</sup> BETTIOL, *La dottrina del Tatbestand*, cit., 94.

<sup>34</sup> ID., *Il problema penale*, Palermo, 1948, ora in *Scritti*, II, cit., 620-707.

<sup>35</sup> Nella *Prefazione alla seconda edizione del Diritto Penale*, Bettiol dichiara di non escludere che "[...] in una eventuale terza edizione il sistema possa essere riveduto sulla base di quel criterio finalistico proprio all'agire umano che – particolarmente per merito di Welzel – ha permesso di estollere dal cieco mondo della natura il momento intelligente e veggente dell'azione umana [...]" (*Diritto Penale*, cit., XXVI).

della filosofia realistica classica, da lui conosciuta principalmente attraverso l'insegnamento neo-tomistico, in specie attraverso Francesco Olgiati (1886-1962), professore dal 1933 di storia di filosofia e di filosofia all'Università Cattolica di Milano<sup>36</sup>.

L'affinamento del pensiero di Bettiol, compiutosi nel corso del dibattito europeo che Egli sostenne, senza molti compagni in Italia, è veramente straordinario, per essere approdato, già nel 1940, a una visione, totalmente autonoma, basata sulla filosofia tomistica, di cui costituisce testimonianza inequivoca lo scritto *"Sistema e valori del diritto penale"*<sup>37</sup>.

Il problema cruciale del diritto penale, che si radica sull'esame del rapporto tra diritto ed etica, concerne lo statuto epistemologico e ontologico del bene giuridico. Il primo approccio di Bettiol a questo tema fondativo è del 1938. L'articolo, apparso sulla Rivista Italiana di Diritto Penale, è intitolato *"Bene giuridico e reato"*<sup>38</sup>. Bettiol è ben conscio della crisi che il concetto di bene giuridico sta in quel frangente storico attraversando. Si tratta di una crisi provocata non soltanto da ragioni politiche, come spesso restrittivamente si pensa, ma da radicali aporie filosofiche. Bettiol condivide le critiche, mosse da più parti, sin dall'inizio degli anni trenta, al concetto c.d. "liberale" di bene giuridico. Per vero, tale nozione "liberale" si era presentata, per l'intero arco del positivismo giuridico nel XIX e nei primi decenni del XX secolo, in almeno due versioni, ben distinte tra loro, rispettivamente rappresentate dai grandi criminalisti germanici Karl Binding e Franz von Liszt. Per il primo, ascrivibile politicamente alla corrente del liberalismo autoritario, il punto di partenza è costituito dalla posizione della norma a opera dello Stato, onde il bene giuridico consisterebbe, in "[...] tutto ciò che agli occhi del legislatore costituisce un valore per l'ordinamento giuridico"<sup>39</sup>. Per il secondo, ascrivibile alla cor-

<sup>36</sup> Una menzione espressa a Francesco Olgiati è contenuta nella Prefazione alla seconda edizione, ove Bettiol spiega la genesi dell'idea del "valore", centrale nella sua opera, nella "[...] scuola concreta e formativa di Francesco Olgiati" (*Diritto Penale*, cit., XXVI), ove nell'idea del "[...]valore [...] armonicamente confluiscono storia e criterio di valutazione della stessa" (*Ibidem*), nonché nella Prefazione alla terza edizione dell'aprile 1955, in cui Bettiol ricorda l'apprezzamento di Olgiati verso Welzel nello scritto del filosofo *Postilla a Welzel*, in *Jus*, 1952, 74 (*Diritto Penale*, cit. XXIII).

<sup>37</sup> BETTIOL, *Sistema e valori del diritto penale*, in *Jus*, anno 1940, fasc. IV, ora in *Scritti*, I, cit., 491-503.

<sup>38</sup> ID., *Bene giuridico e reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, anno X, 1938, n. 1, ora in *Scritti*, I, cit., 318-329.

<sup>39</sup> BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, I, Leipzig, 1885, 169: il bene giuridico è «[...] alles, was in den Augen des Gesetzgebers für die Rechtsordnung von Wert ist, dessen ungestörte Erhal-

rente della socialdemocrazia di ispirazione materialistica, il bene giuridico, in una prospettiva utilitaristica, consisterebbe in quella realtà materiale alla cui modificazione o alla cui non modificazione ciascun componente del corpo sociale attribuisce un interesse<sup>40</sup>.

In entrambe le scuole di pensiero, invero, il bene giuridico finiva per svolgere un ruolo residuale e marginale, poiché, nella prima, il bene giuridico rimaneva schiacciato dalla cogenza del potere dello Stato e, nella seconda, esso era offuscato dalla ineludibile necessità dell'evoluzione sociale, all'interno di un quadro utilitaristico e materialistico. Il concetto di bene giuridico aveva smarrito, così, all'interno di entrambe le scuole, il valore originario, ed era divenuto inidoneo a delimitare, secondo il principio della libertà, il campo del diritto penale.

In Italia la situazione scientifica era, se possibile, ancora più confusa. Il concetto di bene giuridico, infatti, era entrato tardivamente, dopo la lunga stagione classica, nella dogmatica penalistica, già devitalizzato e spogliato di ogni valore e significato "deontologico" o "critico"<sup>41</sup>. Allo sfocarsi del contrasto tra "classici" e "positivisti", il concetto era stato accolto nell'ambito della scuola tecnico/giuridica, come criterio metodologico e sistematico, interno al diritto positivo dello Stato, allo scopo di interpretare e classificare i beni e gli interessi oggetto della tutela statale. Con sincretismo tutto tecnico/giuridico, indifferente quasi completamente alle diverse ascendenze filosofiche, Arturo Rocco aveva accolto nel suo sistema le ispirazioni tanto di Binding quanto di von Liszt, riducendo il bene giuridico a categoria/contenitore di ogni interesse che il giudizio sovrano del legislatore contempla come oggetto del reato<sup>42</sup>. Poi, mentre Vincenzo Manzini, nel suo orientamento antifilosofico, aveva accolto la nozione sincretistica e formalistica di Rocco, e con questa nozione si era accinto all'immane opera interpretativa del codice del 1930<sup>43</sup>, Francesco Antolisei, per scuotersi di dosso il formalismo dominante, aveva ricalcato le posizioni germaniche di Schwinge e di Zimmerl, concorrendo oggettivamente a erodere la stabilità del concetto di bene giuridico<sup>44</sup>.

*tung er deshalb durch Normen sicherstellen muss [...]».*

<sup>40</sup> VON LISZT, *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 8, 1888, 141 s.

<sup>41</sup> Per rilievi in tal senso cfr. RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in *Commentario sistematico al Codice Penale. Il reato*, Bologna, 2, I, 2007, 85.

<sup>42</sup> Cfr. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913, *passim* e soprattutto 31 ss.

<sup>43</sup> MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, I, Torino, 1981, *passim* e soprattutto 624 ss.

<sup>44</sup> ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1940, ora in ID., *Scritti di*

Bettiol, pur critico nei confronti della nozione liberale, mantiene invece rigorosamente, a differenza di Antolisei, tale nozione al centro del diritto penale. E ciò non soltanto per ragioni garantistiche di certezza del diritto, ma altresì per ragioni intrinseche alla natura e agli scopi del diritto penale

Nello scritto del 1938, dedicato in particolare alla critica della concezione espressa da Schaffstein<sup>45</sup>, da Gallas<sup>46</sup>, e, in chiave spiccatamente politica, da Rauch<sup>47</sup>, il Maestro dell'Università di Padova ribadiva alcuni punti fermi che sarebbero rimasti preziosi anche nella successiva stagione, di rinascita del concetto, a partire dagli anni '70 dello scorso secolo, e che riassumo qui di seguito: 1. la nozione di antiggiuridicità oggettiva come espressione della lesione di un bene protetto non può essere assorbita dalla nozione di colpevolezza come violazione di un obbligo imposto da una norma di legge. Ciò perché il diritto, anche in una concezione autoritaria dello Stato che, tuttavia, rifiuti l'indebito assorbimento dell'individuo nell'orbita dello Stato, "[...] è per natura sua regola dell'attività dei singoli e norma dell'operare degli organi statuali"<sup>48</sup>, onde "[...] non si può negare l'esistenza di sfere di libera attività per la tutela di reciproci interessi"<sup>49</sup>; 2. la considerazione degli scopi della norma penale non può e non deve essere richiamata per restringere o per estendere la portata protettiva dei beni giuridici propri della norma penale. Sì che la fattispecie deve essere formulata in modo che "[...] né la certezza giuridica della sua esistenza nell'animo dei consociali rimanga scossa da una sua difettosa formulazione [...] né la sicurezza giuridica sia da tale applicazione compromessa"<sup>50</sup>; 3. se può ammettersi che l'interpretazione teleologica della norma è in grado di condurre l'interprete a una maggiore aderenza alla vita, è però soprattutto da sottolineare che l'interpretazione teleologica ha pur sempre natura conoscitiva

*diritto penale*, Milano, 1955, 97 ss., il quale, sul rilievo che non tutti i reati proteggono un bene già esistente, onde esistono reati senza un vero e proprio danno o pericolo (*ivi*, 113), ha proposto "di sostituire alla nozione tradizionale di oggetto della tutela quella di scopo della norma" (*ivi*, 120), poiché "uno scopo non manca mai nella norma penale, mentre [...] un oggetto tutelato, un bene protetto può non riscontrarsi".

<sup>45</sup> Di SCHAFFSTEIN, cfr. soprattutto *Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?*, in *Deutsches Strafrecht*, 1935, 97; ID., *Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma*, in *Deutsches Strafrecht*, 1937, 335.

<sup>46</sup> Di GALLAS cfr. *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsverletzung in Gegenwartfragen der strafrechtswissenschaft*, in *Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach*, Berlin-Leipzig, 1936.

<sup>47</sup> Di RAUCH, cfr. *Strafrechtslehre in ihrer politischen Bedeutung*, Leipzig, 1936.

<sup>48</sup> BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, cit., 321.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> *Ibidem*, 326.

e non creativa<sup>51</sup>. Sì che tra l'opinione di Mezger, per cui l'interpretazione ha natura creativa in quanto un elemento emotivo e irrazionale si troverebbe alla base del processo mentale<sup>52</sup>, e l'opinione di Grispigni, che ne afferma la natura conoscitiva, perché l'interprete deve tener conto unicamente dello scopo fissato nella legge dal legislatore<sup>53</sup>, Bettiol sceglie con decisione la posizione del positivista italiano, "[...] *sia perché essa si oppone a una confusione tra giudice e legislatore [...] sia perché è più conforme alla reale natura dell'attività interpretativa*"<sup>54</sup>.

Negli anni successivi Bettiol approfondisce sul piano filosofico questa problematica. Nel 1938 appare sulla Rivista Italiana un articolo che prende in esame il rapporto tra la giurisprudenza degli interessi e il diritto penale<sup>55</sup>. Bettiol apprezza l'indirizzo realista, ma, sottolineando che il bene comune della società non è riducibile alla trama degli interessi materiali, nega recisamente che alla base di ogni norma giuridica stia sempre la risoluzione imperativa di un conflitto di interesse. E ciò, se può dirsi in generale per ogni ramo del diritto, vale in modo del tutto particolare per il diritto penale, che non tanto si prefigge di risolvere conflitti di interesse, quanto piuttosto di tutelare obiettivamente i valori della vita sociale<sup>56</sup>.

Nella prolusione al Corso di diritto penale nell'Università di Trieste, del 21 novembre 1938, "*Sul metodo della considerazione unitaria del reato*"<sup>57</sup>, egli, sempre in risposta a Dahm<sup>58</sup> e Schaffstein<sup>59</sup>, pur postulando un rinnovamento realistico della metodologia analitica, svolge una forte critica dogmatica all'unitarismo, concludendo che esso "[...] *non è il metodo più adatto per intendere in pieno la natura del reato e le finalità proprie a ciascuno dei suoi elementi*"<sup>60</sup>.

Nel 1939 Bettiol pubblica, per i tipi di Giuffrè, la monografia "*Sul reato*

<sup>51</sup> *Ibidem*, 328.

<sup>52</sup> MEZGER, citato da Bettiol dall'edizione italiana del *Diritto penale*, Padova, 1935, 102.

<sup>53</sup> GRISPIGNI, citato da Bettiol dal *Corso di diritto penale*, Padova, 1937, 412, n. 2.

<sup>54</sup> BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, cit., 329.

<sup>55</sup> ID., *Giurisprudenza degli interessi e diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, anno X, 1938, n. 4, ora in *Scritti*, I, cit., 330-342.

<sup>56</sup> *Ibidem*, 340.

<sup>57</sup> ID., *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, anno X, 1938, n. 5 e 6, ora in *Scritti*, I, cit., 388-399.

<sup>58</sup> DAHM, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1937, 57 B., 225-294.

<sup>59</sup> SCHAFFSTEIN, *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystem*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1937, 57 B., 295-336.

<sup>60</sup> BETTIOL, *Sul metodo*, cit., 399.

*proprio*"<sup>61</sup>. L'ispirazione ad affrontare il tema è politica, ma la trattazione è svolta con impeccabile maestria tecnico-giuridica, tanto che questo scritto è senz'altro una pietra miliare della dogmatica penalistica italiana. Qui mi preme soltanto osservare che l'opera, condotta sul tema del reato commesso da soggetti che rivestono una posizione da cui scaturiscono doveri pregnanti nei confronti della collettività, vuol essere, ed obiettivamente è, una risposta implacabilmente critica della teoria del tipo di autore, elaborata inizialmente da Erik Wolf<sup>62</sup>, sviluppata da Dahm e Schaffstein e, infine, esposta compiutamente da Mezger, nell'articolo *Die Straftat als Ganzes*, per cui ogni fattispecie legale, con i suoi scarni elementi di fatto, si limiterebbe a determinare i tipi d'autore penalisticamente rilevanti<sup>63</sup>.

Nel 1940 Bettiol pubblica gli scritti a mio avviso più significativi per comprendere l'approdo del suo percorso scientifico. Mi riferisco in particolare a "*Rilievi metodologici sul concetto di azione*"; "*Sui recenti orientamenti metodologici nello studio del diritto penale*"; e soprattutto a "*Sistema e valori del diritto penale*", il primo pubblicato sulla *Rivista Italiana* e gli altri due sulla rivista *Jus* dell'Università Cattolica di Milano<sup>64</sup>.

Nel primo scritto il Maestro patavino critica sia la nozione naturalistica di azione, di ascendenza lisztiana, sia la concezione normativistica, di ascendenza bindinghiana, perché espressive, la prima, di uno schematismo naturalistico e, la seconda, di uno schematismo legale<sup>65</sup>. Bettiol approda, in dialogo proficuo con il primo Welzel<sup>66</sup>, a una nozione finalistico/sociale di azione, in forza della quale l'agire umano non va ridotto allo schema della causalità meccanica, bensì colto nell'unità finalistica e valorativa degli elementi oggettivo e soggettivo dell'azione in relazione all'offesa al bene giuridico. La nozione penalistica di azione va desunta dalla realtà sociale, con tutti i valori che in un certo momento storico ne determinano la struttura, sulla base del principio per cui

<sup>61</sup> ID., *Sul reato proprio*, Milano, 1939, ora in *Scritti*, I, cit., 400-464.

<sup>62</sup> Erik WOLF, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*, Breslau, 1931; ID., *Vom Wesen des Täters*, Tübingen, 1932.

<sup>63</sup> MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1937, 57 B., 675-701.

<sup>64</sup> BETTIOL, *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1940, n. 1, ora in *Scritti*, I, 465-478; ID., *Sui recenti orientamenti metodologici nello studio del diritto penale*, in *Jus*, 1940, fasc. I, ora in *Scritti*, I, cit., 479-490; ID., *Sistema e valori del diritto penale*, in *Jus*, 1940, fasc. IV, ora in *Scritti*, I, cit., 491-503.

<sup>65</sup> ID., *Rilievi metodologici*, cit., 473.

<sup>66</sup> Bettiol ha di fronte lo scritto di WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, apparso sulla *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1938, 58 B., 491-566.

agire significa operare per fini coscienti<sup>67</sup>. Peraltro, un'azione finalistica si riscontra anche nel delitto colposo, in cui: "*Sull'elemento della volontà ha il predominio quello della causalità [...], ma di una causalità che poteva dall'agente evitarsi qualora questi avesse esaminata con maggiore attenzione la situazione concreta nella quale ha operato*"<sup>68</sup>.

L'articolo "*Sui recenti orientamenti metodologici nello studio del diritto penale*" svolge una durissima critica all'irrazionalismo, all'intuizionismo e all'eticismo delle concezioni germaniche della scuola di Kiel, che rivestivano all'epoca posizione egemone in Germania. Bettiol non rinuncia al fondamentale legame tra etica e diritto penale, ma mette in guardia dal confondere il preteso eticismo delle dottrine germaniche "[...] *con la concezione etica che è propria del pensiero cristiano*"<sup>69</sup>. Occorre qui citare testualmente le parole del Maestro: "[...] *tra una concezione del diritto penale in senso cattolico e una concezione tedesca a sfondo etico quale essa si presenta nelle opere dei penalisti contemporanei [...]*" v'è "[...] *un contrasto molto netto, perché questa ultima rappresenta la negazione di un'etica superiore espressione di una volontà razionale, in quanto è pura e semplice espressione di esigenze prettamente naturalistiche dalle quali esula ogni soffio di spiritualità*"<sup>70</sup>. E ancora, contro un'etica soggettivistica, "[...] *che fa dell'utile momentaneo la regola suprema di moralità di ogni azione e viene a negare la personalità morale dell'individuo e la sua responsabilità di fronte a Dio*"<sup>71</sup>, Bettiol proclama l'incompatibilità assoluta del pensiero cristiano con il nazionalsocialismo: "*Facendo appello ai principi superiori dell'etica i giuristi cattolici intendono un'etica che sia invece l'espressione delle esigenze razionali dell'uomo e come tale essa si presenta nelle sue regole fondamentali come universalmente valida e non sottoposta al capriccio dei singoli*"<sup>72</sup>.

Nello scritto successivo "*Sistema e valori del diritto penale*" Bettiol, per fondare la sua nozione realistica, oggettiva, concreta e socialmente adeguata di bene giuridico, affronta il dialogo non più soltanto con le degenerazioni irrazionalistiche, bensì anche con le premesse filosofiche neo-kantiane che stanno all'origine del rinnovamento normativistico e anti-naturalistico della dogmatica tedesca degli anni '30. Il rinnovamento del diritto penale – che si svolge per ondate successive, prima quella teleologica rappresentata da Schwinge

<sup>67</sup> BETTIOL, *Rilievi metodologici*, cit., 476.

<sup>68</sup> *Ibidem*, 477.

<sup>69</sup> ID., *Sui recenti orientamenti metodologici*, cit., 484.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

e Zimmerl<sup>73</sup>, poi quella irrazionalista di Dahm, Schaffstein, Gallas e Mezger<sup>74</sup> – obbedisce in buona parte all'apparizione del pensiero neo-kantiano e al sorgere della filosofia dei valori, che gravita in forma decisiva sul piano del diritto e della scienza giuridica. Per mano di Windelband, Rickert, Lask e degli altri filosofi dei valori si perviene alla fondazione di un incongruo dualismo metodologico fra le scienze dell'essere e quelle del dover essere, con la crescente normativizzazione della teoria del diritto<sup>75</sup>. Emil Lask, che ebbe decisiva influenza nella formazione del relativismo valutativo di Gustav Radbruch (ben espresso da costui nel capitolo sul dualismo metodologico e sul relativismo nella sua *Filosofia del diritto*)<sup>76</sup> giunse al riguardo a sostenere che il diritto doveva essere concepito “[...] *come un regno di significati puri, da sganciarsi dai supporti reali sui cui si è soliti fissarlo*”<sup>77</sup>.

Il problema, dunque, fondamentale, anche per il diritto penale, come Bettiol sottolinea in *“Sistema e valori”* è quello filosofico del rapporto tra il mondo dell'essere e quello del dover essere. Contro ogni relativismo valutativo e ogni irrazionalismo soggettivistico il richiamo del Maestro patavino è al radicamento del valore nell'essere, secondo quanto la ragione universalizzabile di ciascun uomo è in grado di comprendere. Tanto il legislatore quanto l'interprete hanno il compito ineludibile di fondare il valore nell'essere, alla luce della ragione universale dell'uomo: soltanto in questo modo la legge può essere giusta e l'interpretazione può garantire la libertà dell'uomo e il valore pri-

<sup>73</sup> All'origine dell'indirizzo teleologico è HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1919, 100-109; per il compiuto sviluppo del teleologismo cfr. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Bonn, 1930, 27 ss.; SWINGE e ZIMMERMANN, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn, 1937, 60 ss., cui si rinvia per l'ampia bibliografia sull'importante dibattito nella dottrina germanica avvenuto nei primi decenni del secolo XX.

<sup>74</sup> Si vedano le citazioni alle note 58, 45, 46, 63.

<sup>75</sup> Wilhelm Windelband (1848-1915) è noto alla storia della filosofia per aver dato inizio alla cosiddetta scuola neokantiana dei valori o scuola del Baden; Heinrich Rickert (1863-1936), allievo di Windelband, costruisce il regno dei valori come autonomo e trascendente tanto il mondo psichico quanto il mondo fisico. I valori si pongono come un dover essere trascendente rispetto al soggetto conoscente (Cfr. in particolare l'opera *Der Gegenstand der Erkenntnis*, 1892). Emil Lask (1875-1915) mira a fornire con i suoi studi di logica (*Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre*, 1911; *Die Lehre vom Urteil*, 1912) il fondamento per la ricostruzione di una filosofia dei valori.

<sup>76</sup> RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1. Auflage Leipzig, 1914, in particolare il capitolo *“Das Wesen der Rechtsphilosophie”*, 1-29 dell'edizione originale, ora in *Gesamtausgabe herausgegeben von Arthur Kaufmann*, 2, Heidelberg, 1993.

<sup>77</sup> LASK, *Filosofia giuridica*, trad. castigliana di Robert Goldschmidt, Buenos Aires, 1946, 74, citato da FERNÁNDEZ, *Bien juridico y sistema del delito*, Buenos Aires, 2004, 95.

mario della giustizia per l'intera società<sup>78</sup>.

Le ultime pagine di *"Sistema e valori"* sono al riguardo significative. Se il valore nascesse soltanto dalla relazione del soggetto con il bene, si scaverebbe un solco tra il mondo reale e il mondo dei valori giuridici. In realtà – scrive Bettiol –: *"Così non è. Il valore tutelato da una norma è bensì un valore giuridico in quanto entra in contatto con il mondo del diritto, ma ciò non significa che al di fuori di questa relazione esso non abbia anche un significato proprio: prima di essere un valore giuridico è un valore sociale scaturente dall'ordine immanente nella realtà delle cose. Il mondo nel quale il diritto vive non è il mondo della natura governato dalla legge di causalità, non è il mondo considerato come un agglomeramento caotico che acquista ordine e significato solo a contatto con le forme architettoniche dello spirito umano, ma è il mondo sociale impregnato di valori religiosi, morali, politici ed economici che il diritto in un dato momento viene a tutelare. Non è, quindi, che il diritto, scendendo dal regno ideale dei valori, venga a dare un significato alla realtà sociale, perché questo ha un significato e un valore che le sono propri e che esistono indipendentemente dalla tutela giuridica: il diritto non crea ma trova preesistenti nella realtà sociale (che non è la realtà naturalistica) i valori la cui tutela si dimostra in un dato momento necessaria per il bene e per il progresso della civiltà. Il concetto giuridico si ricava, quindi, da questa realtà, dall'ordine esistente nella medesima che impone all'uomo di agire secondo il fine essenziale della sua natura ragionevole"*<sup>79</sup>.

### 3. Colpevolezza e pena retributiva

Con questa attitudine, eminentemente realistica e razionale, Giuseppe Bettiol è pronto ad affrontare i compiti ardui che gli si presenteranno innanzi, non soltanto come giurista, ma anche come uomo politico e legislatore. Animato dall'aspirazione alla riforma del codice penale del 1930 – come scrive nella prefazione alla prima edizione del *Diritto Penale* – in una prospettiva che metta l'uomo, ente libero e moralmente responsabile, al centro del diritto penale, Giuseppe Bettiol partecipa intanto ai lavori della Costituente, ove

<sup>78</sup> BETTIOL, *Sistema e valori*, cit., 498: *"Il valore non è [...] una categoria astratta di un mondo irreali che avrebbe una esistenza propria, parallela a quella del mondo reale, con il quale ogni tanto verrebbe dalla nostra mente messo in relazione, ma è un rapporto tra l'ordine che sussiste nella realtà e l'uomo considerato nella sua essenza di animale ragionevole e nella sua personalità morale"*.

<sup>79</sup> *Ibidem*, 501.

contribuisce, in larga misura, insieme con altri grandi giuristi di orientamento cattolico, Giovanni Leone e Aldo Moro in particolare, all'elaborazione delle norme penalistiche della Costituzione.

È impossibile seguire in questa sede la produzione scientifica di Giuseppe Bettiol nella stagione successiva all'entrata in vigore della Costituzione. Mi limiterò, pertanto, dopo aver ricordato l'indimenticabile ricostruzione sintetica dei principali temi penalistici ne *"Il problema penale"*, pubblicato nel 1948<sup>80</sup>, a sottolineare, per un verso, la permanenza della medesima fondazione filosofica del diritto penale – evidente, tra gli altri scritti, soprattutto ne *"L'odierno problema del bene giuridico"*, del 1959<sup>81</sup> – e, per un altro verso, la perfetta congruenza delle concezioni relative all'azione, alla colpevolezza e alla pena con la fondazione filosofica realistica del bene giuridico.

Nello scritto del 1958 la critica del Giurista di Padova è principalmente rivolta contro l'interpretazione dialettica del bene giuridico nel quadro della cosiddetta dogmatica marxista. Il fondamento metafisico realista conduce Bettiol a lamentare l'assenza di certezza e di garanzia in un concetto imperniato sul materialismo economico e sottoposto alla dialettica provocata dal conflitto di classe. Il bene giuridico smarrisce così ogni radicamento oggettivo e si trasforma in strumento del peggiore soggettivismo, nel senso che la "[...] nozione del reato tende a personalizzarsi, e presentarsi [...] come la manifestazione di una personalità anti-sociale e quindi pericolosa per gli interessi politici della classe dominante"<sup>82</sup>. Di qui la rigorosa conclusione che *"Non è la dogmatica penale dell'occidente (a sfondo liberale) che ha dissolto in termini soggettivi la nozione del reato mettendo a repentaglio la sicurezza giuridica, ma è, invece, il marxismo penalistico che, dopo di avere dialetticamente dissolta ogni nozione di bene giuridico, ha personalizzato e quindi risolto in termini soggettivi la nozione di reato stesso ancorandola al concetto della pericolosità sociale"*<sup>83</sup>.

Preziosi sono gli scritti di Giuseppe Bettiol sulla pena e sulla colpevolezza<sup>84</sup>. Egli è stato il più insigne rappresentante del retribuzionismo in Italia.

<sup>80</sup> ID., *Il problema penale*, in *Scritti*, II, cit.

<sup>81</sup> ID., *L'odierno problema del bene giuridico*, in *Riv. it. dir. pen.*, Nuova Serie, anno II, 1959, n. 3, testo italiano della conferenza tenuta il 12 maggio 1959 nell'Aula Magna dell'Università di Würzburg, ora in *Scritti*, II, cit., 911-924.

<sup>82</sup> *Ibidem*, 916.

<sup>83</sup> *Ibidem*, 917.

<sup>84</sup> Sul tema della retribuzione molti sono gli scritti di Giuseppe Bettiol, alcuni dei quali ricordano qui in rapida sintesi. BETTIOL, *Diritto Penale, Parte Generale*, cit., 725 ss.; ID., *Aspetti etico-politici della pena retributiva*, in *Jus*, 1941, fasc. I, ora in *Scritti*, I, cit., 504-513; ID., *Pena retributiva e poteri discrezionali del giudice*, in *Riv. it. dir. pen.*, anno XIII, 1941, n. 2-3, ora in

Per il Maestro patavino la retribuzione incardina la pena nel mondo morale e, per questo, è la sola idea di pena che rispetta la dignità della persona umana, mettendo in disparte ogni considerazione utilitaristica o finalistica, che strumentalizzerebbe la persona a profitto di obiettivi a lei esterni. Naturalmente l'idea retributiva agisce nei limiti della necessità sociale. Pertanto il diritto penale deve essere mite, la pena proporzionata alla gravità del delitto e favorire la rieducazione del colpevole<sup>85</sup>. Soprattutto, per Bettiol, il diritto penale retributivo vuole il rispetto della dignità umana; di conseguenza, la commisurazione e la esecuzione, oltre a puntualizzarsi in relazione al fatto, debbono adattarsi alla personalità del colpevole, in un processo continuo di umanizzazione

*Scritti*, I, 524-530; ID., *In tema di unificazione di pena e di misura di sicurezza*, in *Riv. it. dir. pen.*, anno XIV, 1942, n. 3, ora in *Scritti*, II, cit., 565-577; ID., *Colpevolezza normativa e pena retributiva, prolusione al Corso di diritto penale nell'Università di Padova*, 1943, ora in *Scritti*, II, cit., 602-619; ID., *Il problema penale*, cit., 697-707; ID., *Repressione e prevenzione nelle esigenze costituzionali*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milano, 1953, II, ora in *Scritti*, II, 838-848; ID., *Punti fermi in tema di pena retributiva*, in *Studi in onore di Alfredo De Marsico*, Milano, 1960, ora in *Scritti*, II, cit., 937-948; ID., *Dal diritto penale al diritto premiale*, in *Riv. it. dir. pen.*, Nuova Serie, anno III, 1960, n. 3, ora in *Scritti*, II, 949-958; ID., *Il mito della rieducazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, anno IV, 1963, n. 3, ora in *Scritti*, II, cit., 995-1004.

<sup>85</sup> Bettiol fu sempre animato dalla preoccupazione che non si affermasse un concetto di "rieducazione" di tipo positivistico, che trasformasse l'essenza della pena in una misura di sicurezza. Nella seduta alla Costituente del 15.4.1947 Giuseppe Bettiol, insieme con Giovanni Leone, presentò un emendamento all'art. 21 del Progetto (poi divenuto l'articolo definitivo 27), che suonava: "Le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità", proponendo il testo seguente: "Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità o che ostacolino il processo di rieducazione morale del condannato". Sull'invito del Presidente della Prima sottocommissione di ritirare l'emendamento, Bettiol espressamente dichiarò "Anche a nome del collega Leone Giovanni, affermo che non siamo disposti a ritirare il nostro emendamento, per il semplice fatto che vogliamo proprio evitare di entrare nell'atmosfera d'una determinata scuola, per evitare, cioè di prendere con una norma costituzionale, posizione rispetto al contenuto dottrinario d'una tendenza penalistica, piuttosto che d'un'altra, per esprimere, invece, una esigenza che possa trovare la sua concretizzazione sul piano politico e sul piano giuridico./ In secondo luogo, la nostra formulazione non esclude l'accentuazione della necessità della rieducazione del condannato. / Ci permettiamo, anzi di proporre la soppressione dal nostro emendamento della parola "processo" e di dire: "o che ostacolino la rieducazione morale del condannato", per sottolineare la necessità che la pena, nel suo concreto modo di essere, sia tale da giovare direttamente alla rieducazione morale del condannato, senza mettere questo principio in forma dogmatica all'inizio dell'articolo" (*Atti dell'Assemblea Costituente*, Seduta di martedì 15.4.1947, 906). La votazione sull'emendamento Bettiol/Leone, cui si associò anche Aldo Moro, dette un esito contrastato. Si fece una prima votazione per alzata e seduta e l'esito della stessa apparve incerto. Si procedette alla votazione per divisione e la Presidenza dichiarò che l'emendamento non era stato approvato, nonostante le perplessità di vari componenti dell'Assemblea. La richiesta di Aldo Moro e di Giovanni Leone, di procedersi all'appello nominale, non fu accolta (*ibidem*, 910).

volto al ripristino autonomo nel condannato dei valori essenziali della convivenza civile<sup>86</sup>.

In ogni caso, tuttavia, il senso della pena non deve essere svilito in una società che voglia progredire non solo economicamente, ma anche sul piano della giustizia e della pace. Al riguardo resta indelebile il monito di Bettiol inciso ne *“Il problema penale”*, secondo cui: *“La società si disgrega non solo quando viene attaccata dal di fuori per opera della malavita, ma quando l'autorità che la regge dimentichi di dare riconoscimento alle idee morali fondamentali, tra cui quella retributiva”*<sup>87</sup>. Le parole del penalista di Padova vanno alla radice del problema penale, per la cui soluzione sono parimenti indispensabili tanto l'attenzione al bene comune quanto il rispetto della dignità umana.

Sul tema della colpevolezza Bettiol, messa in evidenza la superfluità della c.d. concezione psicologica, come concetto di genere ordinatore a livello superiore del dolo e della colpa, è sostenitore della colpevolezza normativa, come giudizio di rimprovero che ha per referente la capacità del soggetto di comprendere e di volere il fatto antigiuridico<sup>88</sup>. Onde la colpevolezza è assente tutte le volte in cui la situazione concreta è tale per cui non ci si poteva aspettare dal soggetto agente una motivazione diversa da quella psicologicamente verificatasi. Sotto questo profilo, Bettiol, tenendo sempre vincolata la colpevolezza al fatto concretamente realizzato, o almeno, alla molteplicità dei fatti realizzati dal medesimo soggetto, allarga al massimo l'oggetto cui essa fa riferimento, fino a riconoscere efficacia impeditiva della colpevolezza all'ignoranza e all'errore di diritto. Sottolineando che anche *de iure condito* tali stati rilevano per la diminuzione della pena, sollecita, già nel *“Problema penale”*, la cancellazione dell' *“insopportabile finzione”*<sup>89</sup>, dettata nell'art. 5 del codice, *“[...] almeno nel senso che l'ignoranza crassa e l'errore invincibile dovrebbero essere tenuti presenti per escludere la possibilità di un rimprovero nei riguardi del soggetto agente”*<sup>90</sup>.

#### 4. L'orizzonte culturale e civile di Giuseppe Bettiol

Nell'approfondimento della colpevolezza Giuseppe Bettiol ha speso il suo impegno di scienziato e di uomo fino alla conclusione della sua vita operosis-

<sup>86</sup> BETTIOL, *Sull'umanizzazione del diritto penale*, in *Riv. dir. pen.*, 1949, fasc. I, in *Scritti*, II, cit., 739-749.

<sup>87</sup> BETTIOL, *Il problema penale*, cit., 703.

<sup>88</sup> Sul tema cfr. sinteticamente il pensiero di BETTIOL, in *Diritto Penale, P.G.*, cit., 376 ss.

<sup>89</sup> BETTIOL, *Il problema penale*, cit., 692.

<sup>90</sup> *Ibidem*, 693.

sima. Ritengo non sia incongruo delineare una parabola nello svolgersi del suo pensiero, in un itinerario che dalla sottolineatura dell'essenziale polo dell'antigiuridicità è approdato al richiamo dell'altrettanto fondamentale polo della colpevolezza. Mirabile è la coerenza del percorso compiuto: la giustizia, oggetto e fine del diritto penale, deve piegarsi verso il colpevole, per tener conto il più possibile della sua fragilità e della sua debolezza.

L'attenzione che Bettiol ha prestato al diritto penale della "*Gesinnung*"<sup>91</sup> non significa per nulla e in nulla rinuncia all'ancoraggio rigoroso del reato all'antigiuridicità del fatto, tassativamente determinata, bensì inserzione di un supplemento di attenzione alla personalità morale del condannato per formulare un giusto giudizio retributivo.

Una delle lezioni brasiliane, tenute nel 1980 all'Università di San Paolo, su invito del Professore Edvaldo Alves da Silva, è proprio dedicata a questo tema. Può notarsi qui, come in altri scritti dell'ultima stagione scientifica, una sottolineatura soggettivistica che, senza distaccare il giudizio di rimprovero dal fatto di reato, intende andare oltre la "[...] *superficie delle cose e dei problemi* [...]"<sup>92</sup>, focalizzando l'attenzione su momenti di disvalore interiore, come il disprezzo, la violenza, la brutalità, la leggerezza, la temerarietà, di cui il giudice deve tenere conto nella graduazione della pena.

Il ricordo delle lezioni brasiliane mi guida verso un'ultima riflessione. Giuseppe Bettiol amò la patria, tanto la patria piccola del Friuli, in cui nacque a Cervignano giusto 100 anni fa, quanto la patria grande italiana, che Egli rappresentò con onore alla Costituente e al Parlamento, a partire dal 1948, e del cui Governo egli fu Ministro, alla Pubblica Istruzione nell'8° Gabinetto De Gasperi. Ma il suo amore per la patria terrena – come è l'amore di coloro che non fanno di essa un idolo, perché attendono la patria celeste – non fu esclusivo, ma si allargò alla patria di tutti che è il mondo intero.

Sono ben pochi i giuristi italiani che abbiano saputo portare – come Bettiol

<sup>91</sup> Cfr. riassuntivamente BETTIOL, *Diritto Penale. P.G.*, cit. 303 ss. e tematicamente ID., *Stato di diritto e "Gesinnungsstrafrecht"*, in *Festschrift für Hans Welzel. Zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, 1974, 185; un cenno in ID., *Scritti giuridici. Le tre ultime lezioni brasiliane. Sul problema della colpevolezza*, Padova, 1987, 19, in cui Egli, rispondendo alle critiche di chi aveva sostenuto che, attraverso il riferimento alla "*Gesinnung*", si tentasse un ritorno al diritto penale della volontà (*Willensstrafrecht*) o a quello del sentimento (*Gefühlsstrafrecht*), ha sostenuto: "Nulla di più falso perché il diritto penale della volontà è un indirizzo politico-criminale da noi sempre rifiutato, mentre il diritto penale del sentimento è un orientamento metodologico diretto a rinnegare le esigenze della logica tradizionale a solo favore di istanze intuizionistiche-sentimentali".

<sup>92</sup> ID., *Scritti giuridici. Le tre ultime lezioni brasiliane*, cit., 26.

– il pensiero italiano al di là della nostra frontiera. Nell’Iberoamerica ancora oggi il nome del Maestro patavino è pronunciato con ammirazione. Egli approfittò di ogni occasione, tanto in Europa, quanto in Sud America, quanto in Africa, ove fu professore in Somalia nell’ambito del mandato fiduciario dell’ONU all’Italia, per svolgere il magistero di giurista e per dire la parola di un diritto penale incentrato sulla dignità dell’uomo, capace di contendere con la forza del diritto tanto la violenza anomica dei cittadini quanto il terrore dello Stato, alla luce del principio: “[...] *che il regno del terrore non è solo quello dove manca una legge ed impera l’arbitrio, ma è anche quello dove essa supera i limiti della proporzione nell’intento di fermare la mano ai delinquenti*”<sup>93</sup>.

<sup>93</sup> ID., *Il problema penale*, cit., 705.

**Il punto su...**  
*I recenti progetti di codificazione*



dott. GIOVANNI CANZIO<sup>(\*)</sup>  
Consigliere della Corte Suprema di Cassazione

## IL PROGETTO “RICCIO” DI LEGGE DELEGA PER IL NUOVO CODICE DI PROCEDURA PENALE

SOMMARIO: – 1. Ancora (e perché) un nuovo codice di procedura penale? – 2. I tempi del processo: la prescrizione processuale. – 3. Le alternative al processo: la mediazione, l'improcedibilità per la tenuità del fatto, i riti speciali. – 4. Competenza, invalidità degli atti, notificazioni, processo in assenza. – 5. Le impugnazioni. – 6. Il giudice della pena. – 7. Altri itinerari di riforma. – 8. Qualche conclusione... provvisoria.

### 1. *Ancora (e perché) un nuovo codice di procedura penale?*

La Commissione di studio per la riforma del codice di procedura penale, affiancata da una Segreteria tecnico-scientifica e presieduta dal prof. Giuseppe Riccio, istituita con decreto 27 luglio 2006 e insediatasi il 3 agosto 2006, ha presentato al Ministro della Giustizia il 19 dicembre 2007 il progetto definitivo del disegno di legge delega e la relazione di accompagnamento, dopo che una prima “bozza”<sup>1</sup> di articolato e relazione era stata pubblicata il 19 luglio 2007, anche sulla scorta di audizioni mirate, e portata all'esame e al dibattito dell'Accademia, della Magistratura e dell'Avvocatura, per raccoglierne i pareri, le osservazioni critiche e i suggerimenti migliorativi sulle scelte di fondo del disegno riformatore.

Prima di interrogarsi sul senso e sulla portata delle novità normative, va innanzi tutto segnalato, sul piano del “metodo” e dello “stile”, l'*iter* partecipativo e riflessivo che ha caratterizzato la riforma, nonostante l'evidente instabilità del quadro politico e la comprensibile diffidenza della comunità scientifica nei confronti di una così ambiziosa operazione intellettuale, dopo appena

\* L'autore è componente della Commissione “Riccio”, insieme con esponenti dell'Università (prof. Caprioli, De Caro, Giostra, Illuminati, Ruggieri, Spangher, Zappalà), dell'Avvocatura (avv. Alinante Pastore, Belloni, Cricri, De Nigris, Imposimato, Madia, Rossi, Scurria, Tenaglia) e della Magistratura (dott. Buonanno, Magi, Materia, Melillo, Santalucia, Stanziola). La Segreteria tecnico-scientifica è composta dai prof. Diddi, Dinacci, Fiorio, Maffeo, Piattoli e dal dott. D'Amato.

<sup>1</sup> La prima versione della bozza dell'articolato e della relazione accompagnatoria è leggibile in <http://www.giustizia.it/newsonline/listanotizie.htm>. V. anche RICCIO, *Per un nuovo progetto di giustizia penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 1193.

vent'anni dalla precedente edizione del codice di rito del 1988.

Da un lato, la Commissione ha lavorato in sedute prevalentemente plenarie, pervenendo, attraverso un ampio e franco dibattito, ad un alto livello di condivisione delle soluzioni, sicché raramente il dissenso è stato così radicale da rendere necessaria l'illustrazione delle posizioni di minoranza. Dall'altro, il percorso è stato segnato dalla trasparente e costruttiva apertura al confronto istituzionale e dal positivo esito dialogico che ne è conseguito sul piano dei progressivi aggiustamenti, correzioni e integrazioni dei contenuti dell'impianto della delega.

A monte dell'opera di riscrittura del codice di procedura penale vi è la diffusa consapevolezza dell'attuale e non più sopportabile dissesto della (in-)giustizia penale, anche a causa della fragilità e instabilità del vigente *corpus* normativo, frutto di novelle settoriali, leggi tampone, innesti emergenziali o *dicta* costituzionali, che ne hanno disarticolato ambiguamente l'originaria struttura e l'efficacia operativa.

Le ragioni della crisi di autorevolezza della giurisdizione penale e del disorientamento dei suoi protagonisti sono numerose, visibili e ormai, tutte, dispiegate all'attenzione di un comune osservatore, anche sulla scorta degli esiti dei lavori della Commissione CSM – Ministero della Giustizia per l'analisi dei flussi e delle pendenze negli anni 1999-2005<sup>2</sup>. Accanto al sovraccarico della domanda giudiziaria e al non corretto impiego delle risorse umane e materiali, l'irrazionale organizzazione dei tempi del processo, le inspiegabili stasi processuali e la lentezza dei meccanismi definitivi dei giudizi di tipo cognitivo, la scarsa utilizzabilità dei riti semplificati e, per contro, l'elevatissimo numero di prescrizioni dei reati financo nella fase procedimentale, la farraginosità dei rimedi impugnatori in materia di libertà personale, il proliferare di sequenze incidentali, le inutilizzabilità disseminate in ogni interstizio della procedura e gli eccessivi, inutili formalismi opprimono, oltre ogni limite, il funzionamento del sistema.

L'ampiezza e la coesistenzialità dei settori cui mettere mano è impressionante e sta, di per sé, a dimostrare la necessità di un intervento organico e complessivo su molteplici versanti, di cui taluni indicati indilazionabilmente anche da fonti internazionali, principi e norme comunitarie o pronunce delle Corti di giustizia europee.

<sup>2</sup> V. anche, da ultimo, gli allarmanti dati emersi dal monitoraggio di un numero consistente di udienze dibattimentali davanti al Tribunale di Roma, affidato dalla Camera Penale all'istituto Eurispes, in Eurispes, *Indagine sul processo penale*, Roma, 2007.

Tra questi presentano particolare rilievo: l'allargamento dei modelli di giurisdizione e delle alternative al processo, anche mediante la "mediazione" penale; i protocolli di partecipazione e la tutela piena della posizione delle vittime del reato, nell'interesse all'accertamento della verità e alla punizione del colpevole; la mitigazione dell'obbligatorietà dell'azione penale mediante il riferimento alla tenue offensività del fatto; l'adeguamento delle procedure di cooperazione giudiziaria; il rafforzamento delle "finestre" di giurisdizione durante le indagini per realizzare il "diritto al giudice"; un'unica udienza "preliminare" in cui, concluse le indagini, possano confluire ordinatamente i controlli del giudice, le soluzioni processuali o premiali, gli spazi operativi fondati sul consenso dell'imputato anche su temi e moduli probatori; la tipizzazione dei nuovi mezzi di prova invasivi delle libertà fondamentali della persona, nella transizione in atto dal tradizionale dominio della prova dichiarativa al fenomeno della nuova prova scientifica, che oggi sembrano sfuggire ad un reale controllo giudiziario perché impropriamente collocati nella prova documentale o risolti con applicazioni analogiche; il contenimento degli spazi di rilevabilità dei vizi degli atti; l'eliminazione del processo contumaciale; le modalità di esecuzione di una pronuncia della Corte europea che abbia definito "non equo" il giudizio nazionale conclusosi con la condanna dell'imputato; il recupero dell'effettività della pena.

Ed infine, sembra innegabile l'esigenza di dettare nuove regole per il corretto equilibrio tra "giusto processo" e "ragionevole durata" dello stesso, promuovendo una lettura del novellato art. 111 Costituzione che, insieme con il contraddittorio per la prova come diritto dell'imputato e regola per la giurisdizione, con la parità delle parti e la terzietà del giudice, valorizzi altresì, nel prisma del dovere di lealtà processuale delle parti, l'opportuno temperamento fra garanzie ed efficienza, in grado di assicurare la razionalizzazione dei tempi e dell'organizzazione del processo (l'idea è chiara: organizzare i tempi senza scalfire le irrinunciabili garanzie della difesa) e, con essa, l'effettività della giurisdizione penale a fronte delle pure legittime aspettative della collettività di fronte al delitto.

Orbene, se si condivide il disvelamento, spietato ma rispondente alla realtà, delle cause dell'insopportabilità sociale della crisi della giustizia penale, giunta al suo punto più elevato, e l'analisi delle aree bisognose di un intervento legislativo, deve convenirsi che non sarebbe stato sufficiente proporre un pur incisivo *restyling* del tessuto normativo, piuttosto che accettare la più difficile, ma affascinante, sfida culturale di una radicale opera di revisione legislativa e ordinamentale, in grado di ricomporre in un armonico mosaico, mediante le

direttive di una legge delega, le ormai sparse tessere del codice di rito. Nella consapevolezza, peraltro, che l'odierno *trend* negativo non è solo frutto del sistema processuale o di poco meditate scelte legislative o di prassi devianti, ma è anche di tipo strutturale, legato cioè all'irrazionale impiego di risorse personali e di mezzi.

E però, il progetto riformatore, pur mirando all'indifferibile rifondazione e all'ulteriore ammodernamento del modello accusatorio di processo ideato nel 1988, si muove tuttavia nel solco di un'ideale successione culturale e sistematica con quell'esperienza codicistica che ha irrevocabilmente rotto la continuità bicentenaria del modello inquisitorio. Di talché il progetto di delega non può non manifestare, settore per settore e seguendo un filo rosso di razionalità sistematica, le ragioni del cambiamento e le soluzioni prospettate, in un'articolazione ricca e talora esasperatamente dettagliata delle direttive (ben 113, la maggior parte delle quali suddivise in plurime subdirettive), dettata però non da pedante tecnicismo bensì dall'esclusiva finalità di offrire al dibattito della comunità dei giuristi, prima, e del Parlamento, poi, un "prodotto" trasparente, chiaro e comprensibile sia nelle opzioni strutturali di fondo che nei percorsi e nelle singole modulazioni procedurali.

Su questi presupposti culturali si snoda la logica ricostruttiva degli itinerari della riforma, dei quali vanno a questo punto evidenziati alcuni tratti essenziali, che convergono significativamente nel valorizzare e rafforzare l'impianto dei nuovi assetti procedurali.

## 2. I tempi del processo: la prescrizione processuale

Anche in virtù della rinnovata riflessione della dottrina in tema di prescrizione<sup>3</sup> e della presentazione sul medesimo problema di taluni disegni di legge nella passata legislatura, si è ritenuta non più sostenibile l'attuale disciplina della prescrizione del reato, almeno nella parte in cui estende i suoi effetti sul processo penale, da un lato propiziandone il grado d'ineffettività e dall'altro disincentivandone la ragionevole durata e, mediante una sorta di premialità di fatto, i percorsi alternativi.

L'Italia ha, infatti, il triste primato in Europa del maggior numero di decla-

<sup>3</sup> GIUNTA, MICHELETTI, *Tempori cedere*, Giappichelli, 2003; GIOSTRA, *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali*, in *Giur. It.*, 2005, 2221; BARGIS, *La prescrizione del reato e i tempi della giustizia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 1402; DE LEO, *Dalla prescrizione alle impugnazioni. Tempi dell'azione, tempi del processo e ideologie sul pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 2007, 3134.

ratorie di estinzione del reato per prescrizione (l'indagine statistica indica un *trend* di 200.000 processi l'anno, di cui circa l'80% muoiono ancor prima del giudizio di primo grado) e, paradossalmente nello stesso tempo, del maggior numero di condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo per l'irragionevole durata dei processi.

La garanzia di natura sostanziale per l'individuo, anche in funzione della stabilità sociale conseguente all'oblio della collettività rispetto a fatti pregressi, è certamente ineliminabile. Ma, cessato il tempo vuoto dell'inerzia, la manifestata volontà dello Stato di perseguire quel fatto per la tutela della collettività, prima che sia maturata la prescrizione del reato, ne sterilizza l'efficacia estintiva, attirando la vicenda nel diverso fenomeno dell'organizzazione razionale dei tempi e dei comportamenti delle parti nel processo. Come del resto avviene, pur con soluzioni diverse, in molti Paesi europei, a tutela del diverso interesse dell'imputato a che non si prolunghi ingiustificatamente il procedimento penale a suo carico e ad essere perciò giudicato entro termini certi e legalmente predeterminati.

Al fine di restituire razionalità ed efficienza al sistema, si è pertanto introdotto l'istituto della "*prescrizione del processo*" (causa d'improseguibilità dell'azione penale) per la violazione dei termini massimi di durata previsti per le singole fasi e per i diversi gradi dello stesso, decorrenti dall'atto di esercizio dell'azione penale fino alla pronuncia irrevocabile, così da non lasciare sprovvisto di tutela l'impugnante.

Termini che, in dettaglio, dovranno essere ragionevolmente calibrati più che sull'astratta gravità del reato, sulle circostanze concrete e sugli indici di "complessità" della fattispecie per le oggettive esigenze di accertamento, anche con riguardo ai parametri legalmente predeterminati che possono giustificare in casi tassativi la sospensione del decorso del termine.

La direttiva 1.6. così recita: "*divieto di dichiarare nel corso del processo la prescrizione del reato, salvo che, prima dell'esercizio dell'azione penale, non sia già decorso il tempo necessario; previsione di termini di durata massima delle fasi e dei gradi del processo, tenuto conto della particolare complessità; casi tassativi di sospensione dei suddetti termini; prescrizione del processo per violazione dei termini; prevalenza, in ogni stato e grado del processo, del proscioglimento nel merito sulla dichiarazione di prescrizione del processo*".

Certo, non si può nascondere la preoccupazione che la prescrizione processuale, oltre ad essere agente terapeutico perché sollecita rigore comportamentale ed efficienza organizzativa, possa divenire a un tempo agente patogeno, incentivando tecniche dilatorie, scoraggiando definizioni anticipate mediante

i riti speciali, incrementando strumentalmente le impugnazioni, nella prospettiva agevolmente conseguibile per l'imputato di lucrare gli effetti estintivi della prescrizione.

Si è pertanto coerentemente e consapevolmente intervenuti, non solo con l'enunciazione di principio del "*dovere di lealtà processuale*" dei soggetti del processo (direttiva 1.2.), che pure costituisce regola direttiva e interpretativa di sicuro rilievo<sup>4</sup>, ma anche mediante un'attenta regolamentazione della disciplina collaterale delle preclusioni endoprocessuali in tema di competenza, invalidità degli atti e notificazioni, della griglia delle premialità conseguenti alle definizioni alternative al dibattimento e, infine, della semplificazione degli esiti d'inammissibilità delle sequenze impugnatorie.

### 3. *Le alternative al processo: a) la mediazione, b) la particolare tenuità del fatto, c) i riti speciali*

a) *La mediazione.* Sul terreno dei modelli di giurisdizione e delle alternative al processo, anche per adempiere ad obblighi di natura sopranazionale, si è inteso innanzi tutto realizzare il ricorso alla "*mediazione*" penale, forma di una giustizia conciliatrice che, anche a tutela della vittima del reato, non è, del resto, estranea al nostro ordinamento. È previsto (direttiva 2.3) che l'autorità giudiziaria attribuisca ad un soggetto terzo e imparziale, estraneo ad essa, la risoluzione del caso, il cui esito positivo comporta l'archiviazione del procedimento penale, nel frattempo sospeso.

b) *La particolare tenuità del fatto.* Nell'ambito delle soluzioni archiviate del procedimento, l'istituto della "tenue offensività" del fatto, sinora confinato nei sottosistemi minorile e del giudice di pace, è stato esteso al giudizio ordinario come causa di esclusione della procedibilità<sup>5</sup>, consentendosi di decretare l'archiviazione della notizia di reato "*per insostenibilità dell'accusa in giudizio, anche per la particolare tenuità del fatto*" (direttiva 63.1), una volta accertata nel corso della fase investigativa la modesta offensività dell'episodio criminoso, e determinandosi così un significativo margine di utilità in termini di risparmio di tempo e di risorse nelle cadenze procedimentali, e quindi di

<sup>4</sup> Per una ferma presa di posizione circa la portata generale del principio, v. la sentenza delle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, n. 23726 del 2007, leggibile in [www.cortedicassazione.it/Notizie/GiurisprudenzaCivile/SezioniUnite/SezioniUnite.asp](http://www.cortedicassazione.it/Notizie/GiurisprudenzaCivile/SezioniUnite/SezioniUnite.asp).

<sup>5</sup> CAPRIOLI, MELILLO, RUGGIERI, SANTALUCIA, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2006, 3496.

ragionevole durata dei processi.

A fronte della mitigazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale mediante la selezione delle notizie di reato effettuata, già nella fase investigativa, sulla base del "criterio di priorità" dettato dalla dimensione concretamente offensiva dell'illecito e di possibile superfluità del dibattimento, resta ovviamente salva l'operatività della formula della particolare tenuità del fatto anche nell'ambito del processo in senso stretto, mediante la pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere o di proscioglimento (direttiva 26.2), ben potendo essa essere accertata anche dopo l'esercizio dell'azione penale.

c) *I riti speciali*. Sul terreno dei riti alternativi, si rinvergono in sede di definizione dell'*udienza di conclusione delle indagini* (di cui va sottolineata l'assoluta centralità e polifunzionalità, essendo investito il giudice di quell'udienza non solo del controllo sulla concretezza dell'azione ma anche dei compiti deflativi mediante l'attivazione dei procedimenti speciali<sup>6</sup>), ulteriori e, per molti versi, innovative statuizioni in termini di incentivazione delle potenzialità deflative e, nel contempo, di razionalizzazione delle premialità.

c1) Quanto all'*"applicazione della pena su richiesta delle parti"*, muovendo dal presupposto dell'accertamento incompleto di responsabilità, il patteggiamento tradizionalmente inteso, nella forma dell'accordo dell'imputato e del pubblico ministero sulla pena, è stato restituito ai più ristretti limiti originariamente previsti dall'attuale codice di rito (direttive 67.1-67.7), tuttavia con un più ampio spettro di effetti premiali, fra i quali la riduzione secca di un terzo, anziché "fino a un terzo", della pena e l'applicazione di una misura alternativa alla detenzione; mentre si è ritenuto stridente con la cennata premessa teorica, nonostante il fondamento negoziale dell'istituto, il contenuto afflittivo consequenziale all'elevato limite di pena detentiva previsto dalla novella del 2003 per il c.d. patteggiamento "allargato".

Si è tuttavia ribadito che la relativa sentenza non appartiene al novero delle sentenze di condanna, ma ad esse è soltanto equiparata, evidenziandosene le peculiarità e ritenendosi di stretta interpretazione le previsioni speciali di deroga agli effetti propri delle sentenze di condanna<sup>7</sup>.

c2) Accanto a questo modulo negoziale è stata introdotta, sempre in funzione deflativa del dibattimento, l'inedita figura dell'immediata pronuncia di

<sup>6</sup> GARUTI, *I poteri decisori del giudice dell'udienza di conclusione delle indagini nel progetto di riforma del c.p.p.*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 1265; MAFFEO, *La verifica dell'accusa: dall'udienza preliminare all'udienza di conclusione delle indagini*, in *Diritto & Formazione*, n. 4/2007.

<sup>7</sup> Per quest'approdo interpretativo, v. Cass., Sez. Un., 29 novembre 2005 n. 17781/06, Diop, e n. 17782/06, Duduman.

“condanna su richiesta” (direttive 67.8-67.13), sulla base del solo consenso dell'imputato ad accettare gli esiti del materiale informativo a suo carico in sede di discussione nell'udienza di conclusione delle indagini, senza che rilevi l'eventuale dissenso del pubblico ministero.

Una vera e propria sentenza di condanna, dunque, caratterizzata dal pieno accertamento della responsabilità, allo stato degli atti, dell'imputato che ne abbia fatto richiesta e che, rinunciando alla contesa pur non impegnandosi in un atteggiamento inequivocamente confessorio (“*noli contendere*”), intenda perseguire il consistente beneficio della riduzione di pena detentiva nella misura della metà per i reati di minore gravità e di un terzo per quelli più gravi, con un limite massimo predeterminato onde evitare eccessi di premialità: riduzione peraltro vincolante per il giudice che, previa valutazione di congruità della pena, si determini per l'accoglimento della richiesta.

La sovrapposizione dell'ambito di operatività di questo modulo definitorio con quello del patteggiamento non produce, d'altra parte, effetti disarmonici o inevitabilmente negativi di funzionamento degli istituti, potendosi verificare che l'imputato solleciti la condanna su richiesta nel caso in cui il pubblico ministero neghi il consenso all'applicazione concordata di pena.

Il reale perseguimento dell'obiettivo deflativo comporta ovvie e funzionali limitazioni in materia di impugnabilità delle pronunce che siano frutto di soluzioni negoziali (direttive 67.1 e 67.15).

La decisione di condanna su richiesta non è soggetta ad appello, né da parte dell'imputato perché egli, avendo richiesto la condanna, non può dolersi dell'integrale accoglimento della sua richiesta, né dalla parte dell'accusa, atteso l'intervenuto soddisfacimento della pretesa punitiva, nonostante gli eventualmente difformi apprezzamenti circa l'adeguatezza del trattamento sanzionatorio, a meno che con la sentenza di condanna non sia stato modificato il titolo del reato, ovvero nel caso di applicazione di una pena illegale o di esclusione di una circostanza aggravante per la quale la legge stabilisce una pena di specie diversa o ad effetto speciale.

È sembrato altresì opportuno, per le medesime esigenze di deflazione del carico processuale a fronte di soluzioni negoziali, limitare l'esperibilità del ricorso per cassazione ai casi di applicazione di una pena illegale ed a quelli in cui si denuncia la mancanza o la non corretta espressione del consenso dell'imputato alla pronuncia di condanna, o, ancora, si riscontra una difformità tra pena inflitta e pena richiesta.

Per quanto concerne la revisione, mentre la sentenza di condanna su richiesta è soggetta alla disciplina predisposta per le ordinarie sentenze di condan-

na, poiché in entrambe è pretesa la valutazione ricostruttiva degli elementi di responsabilità dell'imputato, si è invece disposto che le sentenze di applicazione di pena concordata, sul presupposto dell'incompletezza dell'accertamento e della rinuncia dell'imputato alla verifica istruttoria dell'accusa, non sono soggette a revisione per contrasto con i fatti posti a fondamento di altra sentenza penale irrevocabile o sulla base di prove conosciute o conoscibili al momento della pronuncia (direttive 104.2 e 104.3): tali limiti sembrano coerenti con l'assetto strutturale del fondamento probatorio della soluzione negoziale, ritenuta congrua dalle parti e dal giudice.

c3) Anche il "giudizio abbreviato" (direttive 80.1-80.13) è stato conservato nella sua "ordinarietà", escludendosene però la richiesta condizionata, come percorso alternativo al dibattimento e in chiave premiale per la funzione deflativa di questo, con l'innovativa previsione di un giudice collegiale e distrettuale che celebri il rito con il crisma della pubblicità per i più gravi delitti di competenza della corte di assise o di criminalità organizzata e per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, restando negli altri casi competente il giudice dell'udienza di conclusione delle indagini.

Altra novità saliente è rappresentata dall'indispensabile graduazione dello sconto di pena in caso di condanna all'esito del giudizio abbreviato: la pena è diminuita di un terzo o di un quarto sulla base della diversa gravità dei reati, secondo scansioni più "giuste", siccome idonee a consentire un maggior beneficio per le fattispecie di minore gravità e un minore abbattimento per quelli più gravi.

c4) È stata definitivamente confermata nelle sue sequenze tradizionali, anche in ossequio al *trend* positivo delle rilevazioni statistiche, la definizione anticipata di cui al *procedimento per decreto*, oggi utilizzato per circa il 30% dei procedimenti penali attinenti ad ipotesi di reato di minore gravità, pur con severe limitazioni dell'impugnabilità dai provvedimenti conclusivi del rito (direttive 84.1-84.6).

c5) È stata parimenti confermata la struttura di base del *giudizio direttissimo* mediante presentazione diretta in udienza della persona arrestata in flagranza (direttiva 83.1).

c6) Una speciale e nuova – rispetto all'attuale giudizio immediato – ipotesi di esercizio dell'azione penale mediante atto di *citazione diretta* a giudizio è altresì prevista con riguardo alle imputazioni contestate con un'ordinanza applicativa di *misura coercitiva*, sempre che il provvedimento restrittivo sia stato confermato in sede di riesame. Il meccanismo semplificato (direttive 82.1-82.7) muove dal logico presupposto della superfluità del controllo giuri-

sdizionale circa la sostenibilità dell'accusa in giudizio, che resta precluso laddove sia stata giudizialmente verificata la solidità del quadro di gravità indiziaria e in tal senso espressa, nel titolo cautelare, una prognosi di qualificata probabilità di colpevolezza dell'imputato.

#### 4. *Competenza, invalidità degli atti, notificazioni, processo in assenza*

a) *Competenza*. Sul terreno del razionale contenimento dei tempi del processo e dell'esigenza prioritaria di assicurare il normale fluire dell'*ordo processus*, evitando ingiustificate interruzioni o regressioni delle cadenze procedurali, senza che peraltro risultino sacrificate le essenziali garanzie difensive, si segnalano le direttive da 7.1 a 7.4, le quali, nel disciplinare il difetto di giurisdizione e l'incompetenza, mirano ad anticipare, per quanto possibile, la definizione delle relative questioni e, nel contempo, ad evitare la regressione del procedimento alla sua fase iniziale, per effetto del tardivo rilievo o deduzione delle stesse.

Si è tal fine predisposto il meccanismo del *regolamento preventivo di competenza*, che non ha efficacia sospensiva sul procedimento in corso e la cui soluzione è affidata al risolutivo intervento della Corte di cassazione. Si è previsto, insieme con la conferma della tradizionale e sperimentata disciplina dei conflitti di competenza: – la fissazione di perentori termini di decadenza per il rilievo e la deduzione delle questioni di competenza; – il divieto di regressione del processo alla fase delle indagini preliminari, con rimessione in termini dell'imputato per l'esercizio, davanti al giudice competente, del diritto di accesso ai riti alternativi; – il regime di conservazione di efficacia delle prove già acquisite e delle misure cautelari adottate dal giudice incompetente; – la semplificazione delle forme del procedimento camerale di risoluzione del regolamento o del conflitto di competenza; – l'efficacia preclusiva endoprocessuale delle decisioni della Corte di cassazione in materia di competenza, con l'esclusivo e parziale limite dei "fatti nuovi".

b) *Invalidità degli atti*. Anche per il sistema delle cause d'invalidità degli atti<sup>8</sup> si rileva una dichiarata tendenza a ridurre l'incidenza negativa della mera difformità dallo schema legale dell'atto medesimo che non ne comporti vizio essenziale (direttive 30.1-30.4), fino al punto di mettere in discussione la medesima categoria delle "nullità assolute". Infatti, non solo esse vengono carat-

<sup>8</sup> Per un primo commento, v. CONTI, *Nullità e inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma*, di prossima pubblicazione in *Cass. pen.*, 2008.

terizzate in termini di “eccezionalità”, essendo limitate alla mancata citazione dell'imputato ed all'assenza del difensore quando ne è obbligatoria la presenza, ma ne è preclusa addirittura la deducibilità e la rilevabilità per la prima volta nel giudizio di cassazione.

Quanto alla “*inutilizzabilità*” (direttive 32.1 e 32.2), ne è stata confermato il connotato di forma specifica d'invalidità per le prove vietate dalla legge, precisandosi tuttavia che le violazioni concernenti le forme e le modalità di ricerca o di acquisizione della prova, eventualmente anche con riguardo alle prove reperite illecitamente, siano causa di inutilizzabilità nei soli casi espressamente, e perciò tassativamente, previsti dalla legge, oltre quelli determinati direttamente nella stessa delega in relazione a singole fattispecie (ad esempio, in materia di intercettazioni).

Inoltre, la direttiva 32.3 consente l'ammissione delle “*prove non disciplinate dalla legge*”, previo contraddittorio delle parti, ma, al fine di recidere prassi aggiratorie del principio di legalità della prova, si è specificato che non può mai essere considerata ammissibile come atipica la prova acquisita o da acquisire in violazione delle norme che regolano il procedimento probatorio rituale, che non sia dunque conforme al modello legale.

c) *Notificazioni e processo in assenza*. Nel sistema delle notificazioni ispirato al criterio della massima semplificazione, fatte salve alcune fattispecie derogatorie per il latitante e per l'irreperibile in relazione a delitti di criminalità organizzata o di terrorismo, si esalta la materiale *consegna della citazione a mani proprie* dell'imputato, date le incertezze attuali sulla legale conoscenza dell'atto introduttivo contenente la contestazione dell'accusa (direttive 24.1-24.9).

Grazie a quest'attività, per la cui esecuzione si prevedono, insieme con la sospensione del processo, anche talune forme limitatamente coercitive, si elimina in radice il giudizio contumaciale (per il quale l'Italia ha subito numerose condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo) e si legittima il processo *in absentia*, postulata a questo punto come consapevole e informata, invertendosi conseguentemente l'onere della partecipazione e della conoscenza dello sviluppo del processo.

## 5. Le impugnazioni

Il tema dei gravami, oltre alle sentenze di non luogo a procedere o di merito, interseca le misure cautelari, le pronunzie emesse all'esito dei riti alternativi ed altre, numerose, decisioni incidentali lungo tutto l'arco del procedimento. Limitando il discorso all'impugnazione nei confronti delle sentenze dibat-

timentali e più in generale di quelle di merito, il punto di partenza di una riforma è sembrato dover essere la riscrittura dell'attuale art. 546 c.p.p.

Si è infatti stabilita, pure nel contesto del libero convincimento del giudice, una più dettagliata articolazione del modello legale della *motivazione* in fatto (direttiva 25.1), nella quale risulti esplicitato con chiarezza il ragionamento probatorio diretto a giustificare razionalmente la decisione, secondo lo schema inferenziale indicato, nella successiva direttiva 33.1, per la valutazione delle prove legittimamente acquisite.

La motivazione, così rigorosamente costruita, viene a costituire, in effetti, il paradigma devolutivo sul quale si posizionano la facoltà di impugnazione delle parti e i poteri di cognizione del giudice dell'impugnazione, con specifico riferimento ai capi e ai punti della decisione ai quali si riferisce il gravame, nonché alle prove di cui si deduce l'omessa assunzione, ovvero l'omessa o erronea valutazione. E, in tal senso, la direttiva 25.1 ben si raccorda con la direttiva 90.2 in materia di appello, costituendo la premessa sia per una più precisa determinazione del *devolutum* sia per un più penetrante controllo di ammissibilità dell'appello.

a) Con particolare riguardo all'*appello*, si è tenuto doverosamente conto dei recenti scrutini d'incostituzionalità (C. cost., sentt. n. 26 e n. 320 del 2007) circa le "asimmetriche" e "generalizzate" limitazioni poste dalla legge n. 46 del 2006 alla legittimazione del pubblico ministero ad appellare le sentenze di proscioglimento.

D'altra parte, ribadite le radici ideali e funzionali del doppio grado di giurisdizione di merito (l'obbligo costituzionale di motivazione ha senso solo ove lo si proietti sulle esigenze, sociali e individuali, di controllo della ricostruzione probatoria del fatto e delle ragioni della decisione di merito) e la compatibilità dello stesso con la spiccata natura accusatoria del giudizio di primo grado, non si è ritenuto di accedere al macchinoso schema della "doppia conforme", articolato in un giudizio rescindente ed in un giudizio rescissorio.

Si è preferito intervenire, viceversa, nella logica del controllo e non dell'ulteriore giudizio di merito, con i necessari, e però per molti versi incisivi aggiustamenti, mirati ad assicurare la semplificazione della procedura impugnatoria e, con essa, la ragionevole durata del processo, pur ammettendosi in casi predeterminati il potere di rinnovazione della prova.

Raccogliendo talune aperture della Corte costituzionale in punto di "tendenziale parità" delle parti e di "soccombenza", si sono ulteriormente ampliati i casi di *inappellabilità*, sia da parte del pubblico ministero (direttive 92.2 e 92.3) che dell'imputato (direttiva 90.1), delle sentenze di condanna e di quelle

di proscioglimento, in relazione alla tipologia delle formule conclusive o delle fattispecie incriminatrici ovvero delle sanzioni applicate.

Con una sostanziale innovazione rispetto all'assetto tradizionale e in perfetta coerenza con la costruzione di un modello legale della motivazione in fatto, per un verso si è perimetrato l'effetto parzialmente devolutivo "anche" per *l'appello del pubblico ministero contro la sentenza di proscioglimento* di primo grado (direttiva 90.2) e, per altro verso, si è riconosciuto in favore dell'imputato prosciolto la facoltà, eccezionale e derogatoria, di proporre *appello incidentale* sui punti dedotti nell'appello principale e su quelli logicamente connessi (direttiva 92.4), così rafforzandone le opportunità di difesa e di critica a fronte dell'impugnazione principale e consentendo al giudice dell'appello di dispiegare compiutamente i relativi poteri di cognizione e d'istruzione probatoria.

Non è stato riproposto, invece, il c.d. *patteggiamento in appello*, sia in funzione incentivante del nuovo rito alternativo della richiesta premiale di condanna, che va attivato anticipatamente nel corso dell'udienza di conclusione delle indagini, sia per ragioni di etica processuale, invero ampiamente condivise, poiché la logica originaria dell'istituto risulta ormai cancellata dagli esiti anticognitivi denunciati dalle scandalose prassi invalse in molte sedi giudiziarie.

b) Davvero non poche e di rilievo sono le novità che, in considerazione della natura del ricorso introduttivo di un giudizio a critica vincolata, riguardano la *Cassazione* e che prendono le mosse dalla prefigurazione di uno schema legale anche della *motivazione della sentenza di appello*, con riferimento all'esame degli specifici motivi di gravame ed agli esiti dell'eventuale rinnovazione istruttoria e con la previsione di un onere rafforzato di giustificazione razionale della decisione in caso di riforma del provvedimento impugnato (direttiva 99.2).

Preso atto della circostanza che i ricorsi per cassazione presentati dalla parte "personalmente" (esempio rarissimo nel panorama internazionale) rappresentano il 19% circa di quelli proposti e, per la quasi totalità di essi, la Corte di cassazione pronuncia sentenza o ordinanza d'inammissibilità, con evidente, inutile dispendio di tempi e costi organizzativi, è stato radicalmente escluso il *ricorso personale* della parte, al fine di scoraggiare la presentazione di impugnazioni meramente defatigatorie ed accelerare la formazione del giudicato.

Sempre in funzione deflativa si è ritenuto di prevedere una disciplina semplificata (direttiva 102.2) per la declaratoria d'*inammissibilità* del ricorso, nei casi in cui l'invalidità dell'atto emerga senza valutazioni che superano l'oggettività delle situazioni, nonché per i ricorsi contro le sentenze di patteggiamento (che hanno costituito nel 2006 il 14,2% di quelli proposti), per la quasi

totalità dei quali la Corte di cassazione delibera l'inammissibilità, con inutile dispendio di risorse organizzative nonostante la già decisa soluzione negoziale del caso.

Allo scopo di rafforzare l'uniformità e la stabilità nomofilattica dei principi di diritto espressi dall'opera interpretativa del giudice di legittimità, quale proiezione giurisprudenziale della tendenziale certezza del diritto e dell'uguaglianza di trattamento dell'individuo di fronte alla legge, si è stabilito che, se una sezione singola intenda andare di contrario avviso rispetto alle sezioni unite, debba riproporre a queste la questione (direttiva 102.3), anche in conformità dell'ormai consolidata prassi nel *raccordo fra sezioni semplici e sezioni unite* e dell'analoga previsione per il giudizio civile di cassazione, di cui al terzo comma dell'art. 384 c.p.c., come sostituito dall'art. 8 d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

c) Recuperando il riferimento al criterio della "soccombenza" ed al canone di economia processuale, si è ritenuto, infine, di fissare il principio per cui – oltre la previsione generalizzata della rifusione delle spese processuali a favore dell'imputato irrevocabilmente prosciolto con formula liberatoria piena (direttiva 26.5) –, l'imputato che ne faccia richiesta documentata, fatti salvi "gravi motivi", ha diritto alla *rifusione delle spese* processuali nel caso di rigetto o d'inammissibilità dell'impugnazione proposta dal pubblico ministero (direttive 89.2 e, per le impugnazioni *de libertate*, 48.7).

d) È sembrato indispensabile, infine, intervenire sul terreno dei mezzi di impugnazione straordinaria al precipuo fine di conferire autonomia concettuale e semantica all'ipotesi di revisione della sentenza di condanna, a seguito di accertamento da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo che essa è conseguita ad un "ingiusto processo". Il legislatore delegato è stato investito del dovere d'individuare, a tal fine, un "*apposito rimedio*", diverso dalla revisione, che invero attiene alla prova, sempre che la violazione dei diritti riconosciuti all'imputato dalla Convenzione abbia avuto effettiva incidenza sull'esito del giudizio (direttiva 104.8).

In conclusione, le esigenze di semplificazione hanno avuto naturali ricadute sugli interventi riformatori nel sistema delle impugnazioni, ispirati complessivamente all'idea che esse, una volta svincolate da inutili formalismi, possono meglio assolvere il compito di controllo della giustezza della decisione e della tenuta della legalità processuale.

## 6. Il giudice della pena

Restano tuttora altamente problematici i profili, sia dogmatici che pratici, del processo bifasico, che attribuisce alla fase cognitiva la sola decisione sulla responsabilità dell'imputato riservando alla fase esecutiva le decisioni sulla quantificazione e irrogazione della pena, soprattutto in considerazione degli attuali tempi lunghi del giudizio penale di cognizione. Si è preferito, quindi, confermare la scelta tradizionale di affidare al giudice della cognizione la determinazione iniziale del trattamento sanzionatorio, nonostante l'amara constatazione delle condizioni d'innegabile sofferenza nelle quali versano le dinamiche di commisurazione della pena in questa sede, con le pesanti ricadute in termini di effettività del sistema sanzionatorio e di fiducia dei consociati nella giustizia penale.

E però, con una soluzione originale, è stata individuata una struttura giudiziaria autonoma, il "*giudice della pena*" (direttive 105.1-105.6), da istituirsi presso ogni distretto di corte d'appello, al quale sono stati conferiti i poteri di sintesi in materia di esecuzione della pena e di trattamento penitenziario, attualmente assegnati alla competenza parallela dei giudici dell'esecuzione e della sorveglianza. In tal modo si è anche fatto fronte all'esigenza, largamente condivisa, di elevare il tasso di giurisdizionalità dell'esecuzione, non essendo dubbia la tendenziale riferibilità anche a tale fase dei principi di terzietà e imparzialità del giudice, di parità delle armi, del contraddittorio e della ragionevole durata, sanciti nei primi due commi del novellato art. 111 della Costituzione.

Si è ritenuto opportuno trasferire al nuovo organo giurisdizionale anche la competenza, già attribuita al pubblico ministero, ad emanare l'ordine di esecuzione, nonché i provvedimenti di cumulo delle pene concorrenti e di computo del c.d. presofferto, e però in forme semplificate, assimilabili a quelle del procedimento *de plano*, cui segue l'eventuale opposizione del condannato davanti allo stesso giudice, limitandosi peraltro la non esecutività del provvedimento a "casi predeterminati", da individuare "con riguardo alla durata della pena da eseguire", anche in accordo con le esigenze che ispirano la vigente disciplina del decreto di sospensione dell'ordine di esecuzione emanato dal pubblico ministero.

Per contro, sono stati espressamente fatti salvi "casi predeterminati di attribuzione della competenza al giudice che ha emesso il provvedimento", al fine di scongiurare l'inevitabile appesantimento della procedura che deriverebbe dal conferimento della competenza al giudice distrettuale della pena, pure in

presenza di adempimenti esecutivi di modesto rilievo e non incidenti sulla persona del condannato o per i quali sia necessario procedere con particolare urgenza.

### 7. Altri itinerari di riforma

La bozza di delega tende inoltre a promuovere segmenti di garanzia effettiva, che si snodano fin dalla fase delle indagini, assicurando all'indagato, ancor prima dell'esercizio dell'azione penale, la conoscenza dell'effettiva consistenza dell'accusa mediante la nuova e più ricca *informazione di garanzia* (direttiva 60.12), premessa a sua volta del "diritto al giudice", per il cui esercizio si aprono alcune "finestre di giurisdizione" nella fase procedimentale.

Come conseguenza della più accentuata articolazione degli obblighi informativi e per eliminare una delle più note cause delle insopportabili stasi processuali, viene abolito l'avviso di conclusione delle indagini e si proceduralizza la situazione disciplinata dall'attuale art. 415-*bis* mediante l'atto di *vocatio* delle parti davanti al giudice dell'udienza di conclusione delle indagini, al quale è stato attribuito, tra l'altro, il potere di retrodatare, su istanza dell'interessato, la data di effettiva acquisizione della *notizia di reato* ai fini della valutazione d'inutilizzabilità degli atti investigativi compiuti dopo la scadenza del termine di durata delle indagini (direttiva 60.5).

In tema di applicazione di misure cautelari è esclusa ogni *prescrizione presuntiva* di adeguatezza, prevedendosi, tuttavia, a carico del giudice un rafforzato dovere di motivazione in caso di rigetto della richiesta per delitti di criminalità organizzata o di terrorismo (direttive 45.2 e 45.6); mentre è stato introdotto un moderato contraddittorio preventivo, mediante "*l'ascolto*" della persona, anche con l'ausilio dell'accompagnamento coattivo, al fine di superare situazioni di eventuale stallo decisorio del giudice rispetto alla richiesta del pubblico ministero (direttiva 46.2).

Sono stati dettati, con penetranti ed analitiche direttive (39.1-39.4), i principi e i criteri che giustificano l'esecuzione coattiva, per fini probatori, dei *prelievi di materiale biologico* e di esami medici strumentali laddove manchi il consenso dell'interessato.

Quanto alla disciplina del dibattimento, si segnalano per taluni, significativi profili di novità la direttiva 77.2, che attenua la portata del principio d'immediatezza in caso di *mutamento di uno solo dei componenti del collegio*, prevedendo solo per questa limitata ipotesi una più agevole utilizzabilità della prova dichiarativa precedentemente assunta nel contraddittorio delle parti, e la

direttiva 78.6, che preclude l'autosufficienza dimostrativa della prova dichiarativa di cui sia stata data lettura per *oggettiva impossibilità di ripetizione*.

La disciplina del processo a carico di *minorenni* e quella del processo innanzi al *giudice di pace*, pur disegnate su linee di sostanziale continuità con l'attuale ordito normativo, hanno avuto tuttavia una più razionale collocazione sistematica nell'alveo codicistico, anziché in leggi speciali.

Le proposte riformatrici investono, infine, il versante dell'*assistenza giudiziaria* a fini di giustizia penale, nella consapevolezza del sopravvenuto esaurimento delle vigenti forme processuali, sia per la loro pratica inidoneità a riflettere pienamente le istanze di semplificazione della cooperazione internazionale largamente affermatesi nell'evoluzione del diritto internazionale, sia per le ovvie esigenze di adeguamento della legislazione nazionale agli obblighi assunti dallo Stato italiano nei rapporti con la comunità internazionale (direttive 108.1-113.10).

## 8. *Qualche conclusione... provvisoria*

Orbene, se l'analisi delle cause dell'opprimente crisi della giustizia penale è incontestabile, la razionalità degli itinerari della riforma va misurata, ad una lettura scevra di pregiudiziali diffidenze o di logiche di mera "rappresentanza", soprattutto sul corretto rapporto che si è cercato di instaurare tra i tempi del processo e l'assetto complessivo delle garanzie difensive.

L'impianto dello schema di delega, espressione nelle sue linee generali di una cultura autenticamente riformista, aspira a coniugare garanzie, efficienza e ragionevole durata del processo, nella profonda convinzione che nella locuzione "*garantismo efficientista*" non si configuri affatto un ossimoro, bensì un messaggio e una speranza: ripristinare l'effettività e l'autorevolezza del processo penale e dei suoi protagonisti, secondo un modello cognitivo che sia all'altezza del consesso europeo cui l'Italia appartiene e si ponga come argine di fronte al rischio di slittamenti progressivi della legalità.

Si è consapevoli delle straordinarie difficoltà che il varo di una riforma così ambiziosa comporta, anche in considerazione della palese instabilità del quadro politico-legislativo, ma l'avvio di un percorso di comprensione della filosofia del progetto e di confronto sulle singole soluzioni costituirebbe certamente, per la comunità dei giuristi, un momento storico di rinnovata riflessione sulle fondamentali categorie teoriche del processo penale e sul sistema dell'organizzazione giudiziaria, quale premessa dell'opera riformista di fronte alle sfide della modernità e della civiltà giuridica contemporanea.



prof. LUCIANO EUSEBI  
Università Cattolica del S.C. di Piacenza

## APPUNTI MINIMI DI POLITICA CRIMINALE IN RAPPORTO ALLA RIFORMA DELLE SANZIONI PENALI

SOMMARIO: 1. Riforma penale e politica criminale. – 2. Il ruolo strategico di un nuovo sistema sanzionatorio. – 3. Sulla necessità di una visione preventiva non riduzionistica.

### 1. *Riforma penale e politica criminale*

Ogni volta che si torna a discutere di riforma del codice penale emerge inevitabile il quesito se risulti disponibile, come suo presupposto, una visione complessiva del problema rappresentato dalla criminalità, così che la riforma possa costituire espressione di una strategia politico-criminale finalizzata ad affrontarlo.

Simile sfida, inerente alla *razionalità* delle scelte penalistiche, appare peraltro ampiamente elusa: ragione non ultima della vigenza ormai quasi ottuagenaria del codice Rocco. Rispetto all'accettazione di tale sfida, infatti, è senza dubbio meno impegnativo procedere nell'applicare soluzioni di cui nessuno è tenuto a riconoscere la paternità, salvo interventi novellistici frammentari e sovente *schizofrenici* che, da un lato, muovono nell'ottica di un adeguamento quantomeno formale del codice alla Costituzione e, dall'altro, rispondono, senza una specifica attenzione per i contenuti delle risposte sanzionatorie, a istanze di penalizzazione esse pure avulse da un'analisi approfondita del fenomeno criminale, se non addirittura puramente emotive.

Non sorprende, in quest'ottica, che anche nella fase di riforma si faccia per lo più riferimento al mero obiettivo di garantire l'*effettività* delle sanzioni penali, che è cosa ben diversa dal garantire la loro efficienza preventiva (insieme a quella dell'intero sistema giuridico), con riguardo alle offese di beni fondamentali.

Ciò lascia emergere quanto sia diffusa l'idea secondo cui il modo dell'intervento penale risulterebbe già definito e indiscutibile: prevedere un costo – una conseguenza *intrinsecamente negativa* – per chi abbia trasgredito la legge, esprimendo in tal modo (meglio se attraverso un parametro commisurativo unitario, da cui il ricorso pressoché egemone alla pena detentiva) la gravità

dell'illecito commesso; come pure manifesta il convincimento che proprio da tale dinamica molto semplice dipenderebbe la prevenzione dell'inosservanza di qualsiasi norma.

Se si considera, poi, l'assunto correlato in base al quale la prevenzione troverebbe la sua fonte prioritaria nel sistema dei reati, allora diventa chiaro quanto marginalmente si sia praticata, fino a oggi, la progettazione politico-criminale.

Molti, anzi, sono tuttora persuasi del fatto che compito del diritto penale sia quello non già di realizzare, bensì di arginare, nell'ottica della *prevenzione mediante retribuzione*, gli obiettivi politico-criminali, al cui perseguimento s'è non di rado ricondotto lo spettro di ogni nefandezza sul terreno sanzionatorio. Quando, invece, è solo problematizzando sul piano politico-criminale le finalità e i modi dell'intervento sanzionatorio che può garantirsi un vaglio del medesimo in termini razionali e morali.

Infatti, la pena *giusta in sé* non esiste, e quella che asserisce di esserlo a prescindere dalla discussione circa i suoi contenuti e i suoi obiettivi intende soltanto eludere ogni valutazione critica. Mentre è proprio la dinamica del *negativo per il negativo* che si presta, assente ogni rapporto ontologico fra reato e pena, a recepire anche le modalità più inumane di quest'ultima, reputando sufficiente affinché la pena possa dirsi conforme alla sua pretesa *essenza* il mero fatto di costituire un *danno*<sup>1</sup> per chi debba subirla, proposto come socialmente idoneo (senza ulteriori spiegazioni) a manifestare il disvalore del reato<sup>2</sup>.

Se è in questo, tuttavia, che si sostanzia il punire, allora la prevenzione realizzabile attraverso il diritto penale non potrà che fondarsi, a sua volta, sul mo-

<sup>1</sup> La «sofferenza» di cui alla prima pagina del *Manuale* di F. ANTOLISEI (qui citato nella 16<sup>a</sup> ed. a cura di L. Conti, Milano, 2003, p. 3), che «sostanzialmente consiste nella privazione o diminuzione di un bene individuale».

<sup>2</sup> Appare significativo che Hegel – cioè chi massimamente ha teorizzato la pena, concependola in termini di «rimozione del delitto», come retribuzione (*Wiedervergeltung*) – riconduca la «determinazione della gravità del delitto», o comunque «una delle sue determinazioni qualitative», alla «pericolosità» del medesimo «per la società civile», osservando che tale «qualità o gravità» risulta «variabile secondo la situazione» di quest'ultima». Di qui il noto esempio paradossale per cui «in questa situazione risiede la legittimità sia di punire con la morte un furto di pochi soldi o di una rapa, sia di infliggere una pena mite a un furto che implica valori cento e più volte maggiori di quello». Ed è proprio in rapporto a tale premessa di puro recepimento del bisogno di sanzione supposto riscontrabile in ciascun contesto storico, esclusa qualsiasi considerazione politico-criminale, che, secondo Hegel, «un codice penale appartiene principalmente al suo tempo e alla connessa situazione della società civile» (G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, §§ 101 e 218, trad. it. a cura di V. Cicero, Milano, 1996, pp. 208 s. e 378 s., corsivi nell'originale).

dello (omogeneo nel tempo e nello spazio) del prevedere un danno ritenuto corrispondente al reato, da applicarsi al suo autore: senza specifiche esigenze di elaborazione programmatica. Così che il risultato preventivo sarà atteso dall'effetto motivazionale di deterrenza ritenuto proprio della minaccia di provvedimenti sfavorevoli e, altresì, dalla portata neutralizzativa del ricorso al carcere.

Orientamento il quale, inoltre, lascia percepire come antinomica all'ottimizzazione di quel risultato qualsiasi apertura a strumenti *lato sensu* risocializzativi, che implicherebbe una rinuncia più o meno ampia alla strategia preventiva identificata con la deterrenza e la cui legittimazione verrebbe pertanto a configurarsi, nell'ottica in esame, di mero carattere umanitario.

Lo spazio per la politica criminale, in un simile contesto, si riduce alla scelta delle condotte da sanzionare penalmente e in particolare – ove tuttora trovi spazio la sensibilità per l'alto costo sotto il profilo del sacrificio di beni costituzionali derivante, soprattutto, dall'applicazione delle pene detentive – alla richiesta, ormai quasi routinaria, di valorizzare il canone dell'*extrema ratio*, ovvero all'intento parallelo di agire in sede di riforma secondo la prospettiva del *diritto penale minimo*.

Simili concetti, tuttavia, scontano due limiti strutturali. In primo luogo non danno indicazioni contenutistiche alternative sui modi con cui affrontare il problema della criminalità e, dunque, presuppongono pur sempre che l'intervento preventivo, quando siano in gioco trasgressioni importanti, necessiti di essere attuato secondo il modello tradizionale: aspetto, questo, che incide inevitabilmente sulla quasi nulla traduzione di tali concetti, specie per i reati comuni, in scelte legislative concrete, data l'obiettivo difficoltà a estendere oltre certi limiti l'ambito delle offese affidate alla competenza dell'autorità amministrativa. In secondo luogo quanto non verrà depenalizzato – che rimane e rimarrà un ambito nient'affatto minimale – dovrà continuare a essere gestito, accogliendo l'indirizzo in esame, con la rigidità tipica dello schema d'intervento retributivo.

D'altra parte non è un caso, da questo punto di vista, che la progettualità politico-criminale sia risultata assai più estesa e produttiva, in questi anni, proprio nell'ambito del ricorso a *illeciti amministrativi*, considerata l'assai maggiore duttilità degli strumenti sanzionatori in esso disponibili.

Peraltro, la razionalità dell'intervento penale non si impone in modo necessario. Un problema può essere *gestito*, seppur irrazionalmente: si tratta quindi di valutare se le soluzioni proposte rispondano davvero al fine per cui vengono adottate oppure offrano risposte apparenti, ma in grado di appagare istanze psicologiche.

È ben noto, anzi, l'indirizzo, quello *neo-retribuzionistico*<sup>3</sup>, che ha cercato di legittimare un approccio alla funzione del punire fondata sul soddisfacimento degli impulsi emotivi di ritorsione socialmente riscontrabili nei confronti degli autori di reato, sostenendo che in tal modo verrebbero represses le tendenze a imitare i comportamenti trasgressivi e, pertanto, confermati i processi di inibizione sui quali si fonderebbe il rispetto delle norme.

Ora, vi sarebbe molto da dire circa la razionalità dell'idea secondo cui i cittadini rispettosi del diritto altro non sarebbero che famelici *homines homini lupi* dagli istinti repressi, cui non lasciano libero sfogo solo perché vedono appagato il bisogno di ritorsione nascente dalla recondita invidia verso i trasgressori. Tuttavia, la risposta ai reati, di fatto, può ben essere costruita in termini di accoglimento delle istanze irriflesse di penalizzazione emergenti (o in-dotte) nella società. Né si può escludere che ciò produca un qualche senso di rassicurazione psicologica: cosa, tuttavia, del tutto diversa da una reale incidenza preventiva delle sanzioni che vengono applicate (che vada oltre l'effetto comunque derivante dall'intercettazione di un'attività illecita).

Di certo, dunque, è possibile spendere argomenti per definire una strategia preventiva che cerchi di essere razionale, ma è necessario innanzitutto decidere se davvero si voglia perseguire una strategia di questo tipo, o se invece s'intendano ricollegare al *punire* funzioni che con un tale obiettivo non hanno rapporto.

Il problema è emerso, in modo singolare, durante una seduta della Commissione di riforma del codice penale presieduta dall'avvocato Giuliano Pisapia: chi scrive, essendone membro, stava proponendo alcune considerazioni sull'irrazionalità preventiva del reato colposo di evento<sup>4</sup>, quando fu invitato da uno dei colleghi, con bonaria veemenza, a non voler *razionalizzare* il diritto penale, perché – egli disse scandendo bene le parole – *il diritto penale è irrazionale* (e in tale veste assolverebbe al compito di gestire rispetto all'opinione pubblica proprio l'impatto fattuale del realizzarsi di eventi lesivi).

Tutto questo conferma che nel predisporre un nuovo codice penale alcune

<sup>3</sup> In proposito, si consenta il rinvio a L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione – sez. I: Pena retributiva e teorie preventive; sez. II: L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 914 ss. e 1315 ss.

<sup>4</sup> Posto che in esso, stanti medesime condotte negligenti, la pena colpisce il rischiante più sfortunato, risultando connessa a un evento il cui realizzarsi o meno, date identiche condotte pericolose, dipende dal caso: il che dà luogo, tra l'altro, a una sorta di *cifra oscura* istituzionalizzata, derivante dall'alta probabilità, nel momento in cui la condotta antigiusuridica viene tenuta, che essa resti del tutto irrilevante ai fini penali.

scelte politico-criminali di fondo, espresse o tacite, sono inevitabili: da esse dipende, in particolare, il configurarsi concreto dell'apparato sanzionatorio, che a sua volta incide, più di quanto a prima vista potrebbe ritenersi, sui modelli di costruzione delle fattispecie criminose.

## 2. Il ruolo strategico di un nuovo sistema sanzionatorio

Appare dunque assai significativo che tra i compiti specificamente assegnati dal decreto di nomina<sup>5</sup> alla Commissione presieduta dall'avv. Pisapia l'unico reso esplicito in rapporto alla *parte generale* concernesse il sistema delle pene. Nello stesso *incipit* del decreto veniva infatti rimarcata «la necessità di procedere a una riforma del codice penale che approfondisca, in particolare, il tema delle sanzioni, in una prospettiva che tenda a una loro razionalizzazione».

Se l'occasione per un simile indirizzo era costituita, probabilmente, dall'esigenza di scongiurare il ripetersi delle condizioni di sovraffollamento penitenziario che avevano condotto all'indulto di cui alla legge 31 luglio 2006, n. 241, indicare nella riforma del sistema sanzionatorio lo snodo indispensabile per la costruzione del nuovo codice assume comunque un valore, non sempre adeguatamente avvertito, che trascende l'esigenza pratica di impedire il collasso operativo della giustizia penale.

Ciò in quanto il semplice mettere a tema la diversificazione delle pene c.d. principali significa revocare in dubbio l'idea inveterata secondo cui, come già s'è detto, l'intera strategia penalistica consisterebbe nel delineare, per ciascun reato, una *sofferenza* che colpisca il suo autore e ne rappresenti la gravità, idea la quale trova supporto nel paradigma commisurativo omogeneo rappresentato dalla durata della detenzione inflitta.

Diversificare le pene significa riconoscere, in questo senso, che la giustificazione delle stesse non è reperibile nella semplice dinamica del *negativo per il negativo* e apre, pertanto, alla prospettiva in forza della quale, per affrontare le diverse manifestazioni della criminalità, si tratta di individuare una strategia riconoscibile, che deve dar conto di se stessa e della scelta tra diverse modalità d'intervento (al di là, quindi, della logica riconducibile alla mera *sostituzione* della pena detentiva per ragioni di non desocializzazione o di deflazione penitenziaria).

In altre parole, è proprio la diversificazione delle pene – cioè l'offerta al legislatore della parte speciale (ma altresì, in certa misura, al giudice) di *più*

<sup>5</sup> Si tratta del decreto interministeriale che reca la data del 27 luglio 2006.

strumenti sanzionatori aventi medesimo rango e medesima legittimazione nella strategia preventiva – che obbliga ad argomentare, quanto alle scelte penali, in un’ottica di politica criminale, ponendo ad oggetto della riflessione che cosa specificamente abbia senso fare in rapporto agli svariati contesti dell’agire anti-giuridico.

Prospettiva, questa, che estende, da un lato, i mezzi utilizzabili dal sistema penale, mettendo a disposizione del medesimo, in particolare, le potenzialità derivanti da percorsi sanzionatori non detentivi (comprese le potenzialità suscettibili di valorizzare la responsabilizzazione dell’agente di reato verso la vittima, nonché il dialogo tra l’agente medesimo e l’ordinamento giuridico); come pure, dall’altro lato, consente l’uso di tali mezzi per rivisitare le modalità stesse di tutela dei beni giuridici, rendendo praticabili forme di controllo delle condotte rischiose che sarebbe illiberale (e inefficiente) costruire facendo leva sulla minaccia della detenzione.

È un’opportunità che rende possibile alla stessa *communitas* penalistica di riannodare le fila di una riflessione almeno in parte condivisa sul ruolo e sui criteri d’intervento del diritto penale, scongiurando quell’irrelevanza dei professori, cui fa da sfondo la manifestazione diffusa dello stato d’animo di un’insuperabile *disincanto*, che favorisce interventi legislativi sul problema della criminalità privi di un disegno organico o comunque solo emergenziali, se non orientati alla mera captazione dell’assenso dei cittadini in sede elettorale.

### 3. Sulla necessità di una visione preventiva non riduzionistica

Lo schema punitivo tradizionale non vede necessario diversificare le pene, proprio perché ravvisa la loro efficacia preventiva nel *danno* che esse sarebbero chiamate a produrre sull’agente di reato: un danno ritenuto tanto più idoneo a svolgere la sua funzione ove lo si quantifichi in modo uniforme, in modo da segnalare attraverso di esso il disvalore ascrivito al fatto colpevole.

Superare tale schema significa pertanto dar spazio a un’altra possibile visione di fondo della prevenzione, cui appare ispirarsi – attraverso l’art. 27<sup>3</sup> – lo stesso dettato costituzionale. Una visione che può essere ricondotta a due caratteristiche essenziali.

La prima attiene alla consapevolezza del fatto che la prevenzione dei reati non può realizzarsi agendo soltanto nei confronti dei soggetti ritenuti colpevoli, ma esige l’intervento sugli elementi che costituiscono presupposto, favorendolo, dell’agire anti-giuridico.

Le norme penali, in questo senso, dovrebbero evitare di fungere da *alibi*

rispetto alla mancata configurazione di un programma integrato inteso al contrasto della criminalità, che coinvolga, oltre alla politica sociale e alla dimensione educativo-culturale, le branche *non penalistiche* dell'ordinamento giuridico.

Purtroppo, invece, si è ampiamente assistito a una delega, verso il diritto penale, dell'attività di prevenzione inerente alle offese dei beni fondamentali: il che dispensa dagli oneri di una seria progettualità politico-criminale in rapporto ai molteplici fattori (economici, psicologici, culturali, sociali...) rilevanti nelle attività criminose, talora facendo sorgere dubbi – specie in settori dove gli interessi in gioco sono assai articolati – circa il sussistere della stessa volontà di operare in senso effettivamente preventivo e non soltanto simbolico (come può accadere utilizzando, di fatto, quale *capro espiatorio* una popolazione penitenziaria che, attraverso la sua composizione, accredita l'immagine, più volte utilizzata, del carcere quale *discarica sociale*).

Tutto questo implica che le norme penali sono chiamate a inserirsi nell'ambito di una strategia politico-criminale organica e fondata, anzitutto, sulla *prevenzione primaria*, cioè su interventi che *precedano* la commissione dei fatti illeciti: interventi, finora, scarsamente coordinati se non, addirittura, in una fase di contrazione (si pensi solo all'indebolimento delle reti di servizio sociale e socio-psicologico sul territorio).

La seconda caratteristica di un'idea della giustizia (e della prevenzione) diversa da quella che viene comunemente rappresentata attraverso l'immagine della *bilancia* risulta ben nota alle scienze sociali e pedagogiche<sup>6</sup>: essa è riconducibile all'assunto secondo cui la salvaguardia dei beni fondamentali dipende non già da dinamiche intimidative o neutralizzative (cioè da fattori di *coazione esterna* che considerano i loro destinatari come meri corpi suscettibili di essere condizionati, e non come interlocutori capaci di scelte autonome), bensì da processi motivazionali orientati all'accoglimento *per convinzione*, anche attraverso il profilo sanzionatorio, dei precetti normativi.

In altre parole, la prevenzione dipende (piuttosto che dalla *forza*) dal livello di *consenso* che l'ordinamento giuridico sia in grado di guadagnare rispetto alle indicazioni normative democraticamente sancite<sup>7</sup>. Così che lo stesso con-

<sup>6</sup> Cfr. I. MARCHETTI - C. MAZZUCATO, *La pena «in castigo». Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano, 2006.

<sup>7</sup> Ciò ovviamente nulla toglie all'importanza dei tassi di intercettazione delle condotte criminose, come pure a quella degli interventi che annullino i vantaggi derivanti da reato e della stessa previsione di oneri economici che entrino in gioco nel bilanciamento dei fattori signifi-

tenuto delle pene sarà efficace ove contribuisca a sostenere e a recuperare l'autorevolezza di tali indicazioni, invece che a perseguire improbabili standard di obbedienza radicati sul timore (suscettibili di venir meno, del resto, non appena si scorga la fondata probabilità di aggirare un controllo: vale a dire non appena si percepisca, ai nostri fini, il tasso elevato della *cifra oscura*)<sup>8</sup>.

Può essere significativo considerare, a tal proposito, contributi in certa misura sorprendenti di ambiti disciplinari lontani da quello penalistico. È il caso, ad esempio, del dibattito proposto dalla rivista scientifica *Nature*, sulla scorta di indagini sperimentali, circa gli effetti delle dinamiche di punizione applicate nei rapporti intersoggettivi le quali implicino un costo anche per il soggetto che punisce (si parla di «*altruistic*» o «*costly*» *punishment*), come avviene pure in ambito penale. Ebbene, un contributo recente<sup>9</sup> evidenzia che sebbene la punizione (il mero infliggere conseguenze negative) può incrementare in chi sia punito la disponibilità a cooperare nel contesto di relazioni occasionali e non ripetute, ben diversamente stanno le cose con riguardo a relazioni stabili, quali sono quelle sociali. Rispetto ad esse emerge che il beneficio finale complessivo dei soggetti i quali abbiano agito con la punizione verso individui «non-cooperante» risulta essere di gran lunga inferiore a quello dei soggetti che non abbiano utilizzato, nel rapporto con tali individui, uno strumento di quel tipo.

Gli Autori ne derivano che «l'affermarsi delle punizioni onerose (*costly punishment*) potrebbe essersi [storicamente] realizzato per ragioni diverse dal promuovere cooperazione (ad esempio per asservire ovvero per instaurare forme di dominio gerarchico)»<sup>10</sup>. Infatti – essi proseguono – «le *punizioni*

cattivi rispetto a scelte potenziali, di persone fisiche o enti, volte a conseguire profitti in modo illecito.

<sup>8</sup> Cfr., per un più ampio approfondimento, L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1157 ss.

<sup>9</sup> A. DREBER - D. G. RAND - D. FUDENBERG & M. A. NOVAK, *Winners don't punish*, in *Nature*, vol. 452, 20 marzo 2008, p. 348 s. (in part. p. 350).

<sup>10</sup> Altri Autori si chiedono se il fatto per cui, in sede sperimentale, la propensione a punire i non cooperanti sembri ampiamente controllabile offrendo opzioni più proficue circa la gestione del rapporto, ma non venga meno completante, sia da ricondursi a benefici, per esempio sul piano reputazionale, che possano risultare vantaggiosi per chi punisce – nell'ambito della «*dark side of human sociality*» – su un altro piano (così M. MILINSKI - B. ROCKENBACH, *Punisher pays*, in *Nature*, vol. 452, 20 marzo 2008, p. 298; cfr. anche B. ROCKENBACH - M. MILINSKI, *The efficient interaction of indirect reciprocity and costly punishment*, in *Nature*, vol. 444, 7 marzo 2006, p. 718 ss., e E. FEHR - S. GÄCHTER, *Altruistic punishment in humans*, in *Nature*, vol. 415, 10 gennaio 2002, p. 137 ss.).

*onerose* servono per intensificare i conflitti, non per attenuarli; possono indurre gli individui a sottomettersi, ma non a collaborare». La conclusione è icastica: «L'uso della punizione onerosa si adatta male ai giochi di cooperazione. Noi abbiamo dimostrato che in un quadro di rapporti reciproci diretti i vincenti non fanno ricorso alla punizione onerosa, mentre i perdenti *puniscono e periscono*»<sup>11</sup>.

Qualcuno vorrà pur sempre sostenere, tuttavia, che il fine della nostra materia non è quello di creare interazione sociale, bensì quello di selezionare, secondo la prospettiva fatta propria dal c.d. diritto penale *del nemico*, gli individui che andrebbero *estromessi* dalla convivenza civile. Ma, a parte il dato formale dell'incostituzionalità, si deve considerare che le politiche di neutralizzazione non incidono sul ricambio dei soggetti che ricoprono i ruoli criminali e, dunque, sui tassi di criminalità: anche perché radicalizzano il rapporto di non comunicazione con gli ambienti che fungono da serbatoio per la copertura di quei ruoli. A meno di essere portate fino all'estremo dell'incapacitazione per tutto l'arco della vita di chi sia condannato, esse producono, inoltre, tassi di recidiva, dopo il *fine pena*, enormemente più elevati delle stesse sanzioni detentive gestite attraverso una fase esecutiva *flessibile*, che permetta il reingresso progressivo del detenuto nella società.

La rielaborazione, invece, della condotta criminosa da parte del soggetto che l'abbia tenuta e la sua scelta autonoma, specie se accompagnata da un serio impegno riparativo, di tornare ad accogliere i vincoli di una corretta partecipazione sociale rappresentano il fattore in assoluto più efficace per riaffermare l'autorevolezza delle norme violate e, dunque, il consenso circa la loro vigenza.

Che le pene, di conseguenza, siano costruite secondo l'obiettivo della reintegrazione nella società<sup>12</sup> – il quale ovviamente può esigere percorsi impegnativi – non costituisce una mera concessione umanitaria, ma risponde a precisi obiettivi di *prevenzione generale*.

Del resto, l'*appeal* di un'opzione criminosa risulta ben maggiormente scosso, nei contesti in cui opera, da un individuo recuperato alla legalità (dal fatto di una *scelta* personale), che da una condanna subita in modo passivo. Se Edwin Sutherland ci insegna, com'è noto, che la criminalità *si apprende* e che

<sup>11</sup> Poco sopra, a commento dei dati sperimentali, i medesimi Autori osservavano: «*for maximizing the overall income it is best never to punish: winners don't punish*» (p. 349).

<sup>12</sup> E, pertanto, non *contro* il condannato, ma contro, esclusivamente, la sua volontà di prevaricazione.

tendiamo a ripetere ciò che è stimato nel gruppo in cui troviamo riconoscimento (sociale, professionale, sotto-culturale, ecc.), allora il percorso umano di un individuo che abbia delinquito, appartenente a quel gruppo, conta più, ai fini della prevenzione, del fatto materiale di una condanna, la quale non di rado fa del condannato, per gli altri membri, addirittura una vittima.

Nella società comunicativa è essenzialmente il fatto della persuasione – unitamente all'esempio della sua efficacia con riguardo a soggetti dei quali si abbia stima – che agisce in senso preventivo.

## **Opinioni a confronto**



## OPINIONI A CONFRONTO

L'APPELLABILITÀ DELLE SENTENZE DI PROSCIoglIMENTO<sup>(\*)</sup>

Nota introduttiva di RENZO ORLANDI

Frutto di un *iter* parlamentare assai travagliato, nonché motivo di accesa controversia fra magistratura e classe forense, la legge n. 46 del 2006 (c.d. legge Pecorella) è stata censurata dalla Corte costituzionale (sentenze n. 26 e 320 del 2007) proprio nelle sue parti più significative: quelle che imponevano severi limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento emesse al termine del dibattimento di primo grado o del giudizio abbreviato.

Abbiamo chiesto a Francesco Caprioli e a Giorgio Spangher di esprimere la loro opinione con riguardo alla situazione normativa che le accennate decisioni della Corte costituzionale hanno prodotto sul terreno delle impugnazioni penali. Tre quesiti, in particolare, attendono risposta:

Ora il pubblico ministero può appellare senza limiti le sentenze di proscioglimento emesse sia dal giudice dibattimentale sia dal giudice del giudizio abbreviato. Altrettanto non può fare l'imputato, il quale è così costretto a subire passivamente l'iniziativa dell'accusa in secondo grado, senza nemmeno poter contrapporre un proprio appello incidentale. Non vi sembra che ciò determini una situazione irragionevolmente sfavorevole per l'imputato? Siamo forse di fronte a una sentenza della Corte costituzionale paradossalmente foriera di incostituzionalità?

La facoltà restituita al pubblico ministero di appellare le sentenze di proscioglimento rende di nuovo normale il fenomeno delle condanne in secondo grado emesse sulla scorta degli stessi atti che indussero il giudice di prima istanza a prosciogliere l'imputato. Non c'è in questo qualcosa che stride con l'idea di "giusto processo" e con l'esigenza che la colpevolezza dell'imputato sia accertata dopo un effettivo contraddittorio su tutti i mezzi di prova a carico?

In caso di risposta affermativa alla questione sub 2), quale riforma legislativa sarebbe oggi possibile e opportuno intraprendere per attuare al meglio i principi del giusto processo nel giudizio di secondo grado?

\* Nelle more di stampa è stata pubblicata la sentenza n. 85/2008, con la quale la Corte costituzionale ha riconosciuto il diritto dell'imputato di appellare le sentenze dibattimentali di proscioglimento anche in assenza di nuove prove tali da indurre una più favorevole formula assolutoria. Di questa rimarchevole novità normativa non si è potuto qui dar conto.

prof. FRANCESCO CAPRIOLI  
Università di Bologna

1. *Appellabilità delle sentenze di proscioglimento e “parità delle armi”*. – Comincerei con una puntualizzazione sul contenuto della prima domanda. Nel quesito viene dato per scontato che, per effetto delle due sentenze costituzionali n. 26 del 2007 e n. 320 del 2007 (riguardanti gli artt. 1 e 2 della legge 20 febbraio 2006, n. 46, che avevano modificato, rispettivamente, l’art. 593 e l’art. 443 del codice di procedura penale), il pubblico ministero “può ora appellare *senza limiti* le sentenze di proscioglimento emesse sia dal giudice dibattimentale sia dal giudice del giudizio abbreviato”. La premessa è del tutto corretta, anche se, a prima vista, potrebbe non sembrare tale. Leggendo il dispositivo delle due pronunce costituzionali, si scopre, infatti, che la duplice declaratoria di illegittimità ha colpito non già gli artt. 593 e 443 c.p.p. *così come modificati* dagli artt. 1 e 2 della legge n. 46 del 2006, ma gli artt. 1 e 2 della legge del 2006 *nella parte in cui, modificando gli artt. 593 e 443 c.p.p., avevano vietato al pubblico ministero* di proporre appello contro le sentenze (dibattimentali e abbreviate) di proscioglimento. La circostanza assume rilievo in quanto sia l’art. 593 c.p.p. che l’art. 443 c.p.p. imponevano già al pubblico ministero alcuni – sia pur limitati – divieti di impugnare nel merito le sentenze di proscioglimento: l’art. 593 comma 3 c.p.p. dichiarava inappellabili le sentenze di proscioglimento relative a contravvenzioni punite con la sola pena dell’ammenda o con pena alternativa; l’art. 443 comma 3 c.p.p. vietava alla parte pubblica (come a quella privata) di proporre appello contro le sentenze di proscioglimento emanate all’esito del giudizio abbreviato quando l’appello «tende[va] a ottenere una diversa formula». Entro questi limiti, non si può dire che gli artt. 1 e 2 della legge n. 46 del 2006 avessero “vietato” alcunché al pubblico ministero, per la semplice ragione che il divieto era già previsto dalla legge. Cadute, per effetto della declaratoria di incostituzionalità, le due norme modificatrici, si potrebbe dunque pensare a una reviviscenza della doppia originaria preclusione: si potrebbe pensare, cioè, che al pubblico ministero sia tuttora proibito impugnare nel merito sia le sentenze di proscioglimento relative a contravvenzioni punite con la sola pena dell’ammenda o con pena alternativa, sia le sentenze di proscioglimento emanate in sede di giudizio abbreviato quando con l’appello si punti alla sola modifica della formula terminativa. Gli argomenti con cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimi i divieti “integrali” risultanti dalla novella del 2006 non sembrerebbero, del resto, suscettibili di automatica estensione ai vecchi divieti parziali gravanti sul pub-

blico ministero, responsabili di diversioni affatto marginali – se non del tutto inesistenti – dal canone della *par condicio partium*.

La questione coinvolge una tematica – quella della reviviscenza delle norme abrogate da una legge dichiarata incostituzionale – che andrebbe ovviamente trattata con maggiore attenzione di quella consentita dalla natura del presente scritto. In questa sede è sufficiente ricordare come, secondo un'auto-revole opinione dottrinale, l'effetto abrogativo sarebbe da considerare alla stregua di «un fatto esaurito», impermeabile alla dichiarazione di incostituzionalità della norma abrogante: esso dunque «rest[erebbe] fermo, impedendo la reviviscenza della norma abrogata» e creando «un vuoto legislativo colmabile solo dal legislatore» [G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna 2003, 475]. A tale regola farebbero eccezione le ipotesi in cui la Corte abbia «dichiarato incostituzionale proprio ed espressamente [la] volontà di abrogazione» (come accade quando la declaratoria di illegittimità investe una disposizione a contenuto esclusivamente abrogativo) [G.U. RESCIGNO, *loc. cit.*]: al di fuori di tali ipotesi, anche la dottrina propensa ad ammettere il fenomeno della reviviscenza ritiene che soltanto al cospetto di «specifiche indicazioni da parte del giudice costituzionale» – qui del tutto assenti – se ne potrebbe affermare l'esistenza [M. MEZZANOTTE, *Reviviscenza delle norme e principio di completezza dell'ordinamento*, in *Rass. Parl.* 2006, 701]. Come accennato in apertura, dunque, la premessa del quesito è del tutto corretta: il pubblico ministero, per effetto delle due decisioni costituzionali, può ormai proporre appello contro tutte le sentenze di proscioglimento, ivi comprese quelle relative a contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda o con pena alternativa e quelle, emanate a norma dell'art. 442 c.p.p., della cui formula terminativa si voglia ottenere la modifica.

Ciò detto, io non penso che la duplice pronuncia costituzionale – ripristinando il potere di appello del pubblico ministero contro le sentenze di proscioglimento – abbia “determinato una situazione irragionevolmente sfavorevole in danno dell'imputato”. Più esattamente, ritengo che l'irragionevolezza dell'attuale assetto normativo sia, sul punto, innegabile (almeno con riferimento alla ripartizione dei poteri d'appello contro le sentenze dibattimentali), ma non derivi affatto – né sia stata in qualche misura aggravata – dall'intervento della Corte costituzionale.

Per motivare questa mia convinzione devo fare una premessa. Nel valutare i rapporti tra la disciplina dei mezzi di impugnazione e il principio della *égalité des armes*, non bisogna commettere l'errore di porre a confronto i poteri di impugnativa attribuiti a pubblico ministero e imputato in relazione alle *sole*

sentenze di condanna o alle *sole* sentenze di proscioglimento: la comparazione va effettuata sovrapponendo le opportunità concesse alla parte pubblica di dolersi *del proscioglimento* alle opportunità concesse alla parte privata di dolersi *della condanna*. Non si tratta, beninteso, di indulgere alle esasperazioni di chi vede il pubblico ministero “soccombere”, in caso di proscioglimento, allo stesso modo in cui l’imputato “soccombe” in caso di condanna: troppo diversa rimane, per i due contendenti, la posta in gioco. Si tratta di non cedere a sofismi come quello che ha ispirato la legge n. 46 del 2006: “la parità è assicurata perché l’imputato non può appellare le sentenze di proscioglimento esattamente come il pubblico ministero”. Questa fallacia argomentativa è stata puntualmente denunciata dalle due sentenze costituzionali: «*al di sotto dell’assimilazione formale delle parti*» – le quali, in sede dibattimentale, possono entrambe «“appellare contro le sentenze di condanna” (*ergo*, non contro quelle di proscioglimento)»; in sede di giudizio abbreviato, «non possono proporre appello contro le sentenze di proscioglimento» –, gli artt. 593 e 443 comma 1 c.p.p. «*nascond[ono] una dissimmetria radicale*». Chi, del resto, giudicherebbe assicurata la parità delle armi se il legislatore consentisse di appellare senza limiti le sentenze proscioglitive, ma vietasse simmetricamente a pubblico ministero e imputato di appellare le sentenze di condanna, il primo per ottenere l’inasprimento della pena e il secondo per ottenere il proscioglimento?

Questa errata impostazione del problema mi pare abbia caratterizzato tutta la giurisprudenza costituzionale in tema di limiti all’appello nel giudizio abbreviato. Io credo, infatti, che, nella versione precedente la legge n. 46 del 2006, l’art. 443 c.p.p. distribuisse i poteri d’appello dell’imputato e del pubblico ministero secondo una logica sostanzialmente paritaria. Alla parte privata era inibito impugnare nel merito le sentenze di proscioglimento per ottenere la variazione *in melius* della formula terminativa (art. 443 comma 1 c.p.p.); alla parte pubblica era inibito impugnare nel merito le sentenze di condanna per ottenere la modifica *in peius* della pena irrogata all’imputato (art. 443 comma 3 c.p.p.). La simmetria – incrinata soltanto dalla facoltà concessa all’accusa di appellare le sentenze di condanna che avessero modificato il titolo del reato – era resa evidente dalla comune dimensione operativa dei due divieti, destinati entrambi a incidere sulla posizione giuridica della parte uscita vittoriosa dalla contesa processuale: a pubblico ministero e imputato veniva specularmente impedito di coltivare in grado di appello pretese ulteriori rispetto a quelle, di carattere principale, già soddisfatte nel corso del giudizio di primo grado. Dedurre da questa sola circostanza il rispetto del principio di

parità delle armi – giova ripeterlo – sarebbe stato probabilmente affrettato, non essendo la condizione di parziale soccombenza dell'imputato assimilabile *sic et simpliciter* alla condizione del pubblico ministero che avesse visto in parte disattese le sue richieste: ma la soluzione normativa adottata si mostrava complessivamente paritaria anche in relazione al diverso fondamento dei due simmetrici divieti. L'impossibilità di proporre impugnazione nel merito allo scopo di ottenere un proscioglimento più favorevole non era, infatti, che una delle rinunce imposte alla parte privata in cambio dei benefici connessi alla scelta del rito alternativo: i limiti all'appello del pubblico ministero erano invece funzionali a esigenze meramente acceleratorie, di per sé insufficienti a giustificare il sacrificio imposto alle ragioni della difesa ma non quello, meno grave, imposto alle ragioni dell'accusa.

Giurisprudenza costituzionale e dottrina tendevano, tuttavia, ad affrontare il problema dei rapporti tra i limiti all'appello delle sentenze abbreviate e il principio della *par condicio partium* muovendo dal presupposto che la condizione di eguaglianza dovesse venire garantita *in relazione a ciascun singolo provvedimento terminativo del giudizio di primo grado* (sentenza o proscioglimento) anziché in relazione al complesso delle decisioni previste dall'art. 442 c.p.p. La simmetria veniva cioè ricercata – e, talvolta, pretesa – ora nei poteri di impugnativa concessi a imputato e pubblico ministero nei confronti delle sole sentenze di proscioglimento, ora nei poteri di impugnativa concessi a imputato e pubblico ministero nei confronti delle sole sentenze di condanna. Sul primo versante, si faceva rilevare, ad esempio, come le limitazioni introdotte all'appello dell'imputato non fossero lesive del canone della *par condicio* in quanto «il proscioglimento non può essere appellato neppure dalla pubblica accusa, quando l'impugnazione miri a ottenere una formula diversa» [F. ZACCHE', *Il giudizio abbreviato*, Milano 2004, 189]; sul secondo – teatro di ripetuti interventi della Corte costituzionale –, ci si domandava, invece, se fosse compatibile con il principio di parità la coesistenza del potere dell'imputato di appellare le sentenze di condanna con i limiti posti all'appello del pubblico ministero dal terzo comma dell'art. 443 c.p.p., tanto più nell'ipotesi in cui l'impugnazione di merito venisse presentata dalla parte pubblica in via incidentale. L'errore di prospettiva, a mio giudizio, era manifesto: il confronto, come già accennato, avrebbe dovuto essere effettuato paragonando i mezzi di impugnazione attribuiti ad accusa e difesa non già nei confronti del medesimo provvedimento (di condanna o di proscioglimento), ma nei confronti dei provvedimenti – diversi e di segno contrario – che disattendevano in tutto o in parte le loro rispettive istanze. Che anche la parte pubblica, e non solo

l'imputato, subisse limitazioni nell'appellare le sentenze proscioglitive emanate ai sensi dell'art. 442 c.p.p. non era, dunque, argomento sufficiente per ritenere rispettato il principio di parità; che solo l'imputato – e non anche la parte pubblica – potesse, di regola, proporre impugnazione contro le sentenze di condanna, non era, per le stesse ragioni, argomento sufficiente per sospettare la violazione. Ciò nonostante, la Corte costituzionale, più volte chiamata a verificare la fondatezza di tale sospetto, ha sempre risposto negativamente senza contestare l'errata impostazione della *quaestio de legitimitate*.

Ciò premesso, non è difficile comprendere i motivi per cui ritengo che non siano state le due pronunce costituzionali a determinare una situazione irragionevolmente sfavorevole in danno dell'imputato.

Quanto al divieto gravante sull'imputato di appellare le sentenze dibattimentali di proscioglimento, io penso che nulla muti – dal punto di vista della ragionevolezza o irragionevolezza di una simile opzione normativa – per il fatto che a tale divieto corrisponda o meno un analogo divieto gravante sul pubblico ministero. Il mutamento intervenuto a seguito della sentenza n. 26 del 2007 mi sembra, in altre parole, del tutto irrilevante. Collocato il problema nella prospettiva che mi pare più corretta, il confronto andrebbe semmai effettuato tra la limitazione introdotta dalla legge n. 46 del 2006 allo *ius appellandi* dell'imputato e il potere del pubblico ministero – mai messo in discussione in sede dibattimentale – di proporre appello contro le sentenze di condanna per ottenere l'inasprimento della pena. È qui che si coglie una reale asimmetria: perché – ci si potrebbe domandare – alla parte pubblica che abbia già soddisfatto in primo grado la sua pretesa principale (avendo ottenuto la condanna dell'imputato, sia pure a una pena ritenuta troppo mite) viene data, se mi si passa l'espressione, l'opportunità di “stravincere” in appello, mentre alla parte privata che abbia ottenuto un risultato analogo (essendo stato prosciolta, sia pure con una formula non pienamente liberatoria) una simile opportunità è preclusa?

Questa argomentazione (forse eccessivamente formalistica) non è, tuttavia, neppure indispensabile per dimostrare che – se di una “situazione irragionevolmente sfavorevole in danno dell'imputato” si deve attualmente parlare – non si tratta di una situazione sfavorevole conseguente alla pronuncia della Corte costituzionale. La verità, a mio giudizio, è che una disciplina dello *ius appellandi* privato come quella risultante dalla legge n. 46 del 2006 – vale a dire, una disciplina che consenta all'imputato di proporre appello contro le sentenze dibattimentali di condanna ma non (salvi i casi eccezionali di cui al secondo comma dell'art. 593 c.p.p.) contro le sentenze dibattimentali di

proscioglimento che contengano un implicito riconoscimento della sua responsabilità – è una disciplina irragionevolmente lesiva del diritto di difesa quali che siano i poteri di impugnazione attribuiti al pubblico ministero [sul punto cfr., volendo, F. CAPRIOLI, *I nuovi limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento tra diritti dell'individuo e "parità delle armi"*, in *Giur. it.* 2007, 256; ID., *Inappellabilità delle sentenze di proscioglimento e "parità delle armi" nel processo penale*, in *Giur. cost.*, 2007, 267 s.]. È per questa ragione che io non condivido l'opinione di chi ritiene che il giudice delle leggi – in occasione della prima declaratoria di incostituzionalità – avrebbe dovuto avvalersi dei poteri che gli conferisce l'art. 27 seconda parte della legge 11 marzo 1953, n. 87 e dichiarare illegittima anche la norma che vieta, *rebus sic stantibus*, l'appello dell'imputato. Io non credo, cioè, che l'illegittimità costituzionale dei divieti di appello gravanti sull'imputato sia "derivata come conseguenza" dalla pronuncia in commento, come vuole l'art. 27 della legge n. 87 del 1953. Nell'attesa di essere investito di un'eccezione di incostituzionalità specificamente rivolta ai residui poteri di impugnazione dell'imputato (con esiti che si direbbero scontati nel senso di un doveroso accoglimento), ritengo, dunque, che il giudice delle leggi abbia fatto correttamente uso dei suoi poteri decisionali.

In definitiva, non penso che la sentenza n. 26 del 2007 sia stata – almeno da questo punto di vista – "foriera di incostituzionalità": salvo, forse, nella misura in cui ha attribuito al pubblico ministero il potere di appellare le sentenze dibattimentali di proscioglimento relative a contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda o con pena alternativa (in precedenza inappellabili). Mi pare infatti lesivo della *par condicio partium*, in danno dell'imputato, il sopravvissuto divieto di appello nei confronti delle sentenze di condanna per le quali sia stata applicata la sola pena dell'ammenda.

Il discorso cambia solo in parte con riferimento alle sentenze di proscioglimento emanate a norma dell'art. 442 c.p.p. Anche qui, la mia opinione è che la legittimità costituzionale della previsione limitativa concernente l'imputato – il quale, è bene ricordarlo, non poteva impugnare nel merito le sentenze abbreviate di proscioglimento, se non nei casi eccezionali di cui dirò tra breve, neppure *prima* della legge n. 46 del 2006 – non dipenda in alcuna misura dall'estensione dei poteri di impugnativa del pubblico ministero nei confronti delle medesime sentenze (cioè dalla circostanza che il pubblico ministero: (a) possa appellare tali sentenze *solo per ragioni diverse dalla ritenuta inadeguatezza della formula proscioglitiva*, come accadeva prima della legge di riforma del 2006; (b) non le possa appellare *mai*, come avveniva dopo la riforma del 2006 e prima dell'intervento della Corte costituzionale; (c) le possa appellare *sem-*

pre, come avviene oggi per effetto della sentenza costituzionale n. 320 del 2007). Neppure ritengo, come ho già accennato, che per esprimere una diagnosi di ortodossia costituzionale dell'art. 443 comma 1 c.p.p. sia sufficiente osservare come il terzo comma dello stesso art. 443 – rimasto da sempre invariato sul punto – contenga una simmetrica previsione di inappellabilità rivolta al pubblico ministero che abbia visto soddisfatte solo in parte le sue pretese nel corso del giudizio di primo grado. Una simile diagnosi può essere formulata solo attribuendo rilievo determinante alla natura consensuale del rito, ossia ritenendo che il sacrificio imposto al diritto di difesa dell'imputato – intollerabile in sede dibattimentale – sia, in questo caso, compatibile con l'art. 24 Cost. perché conseguenza di una consapevole scelta di strategia difensiva. Se prima della legge n. 46 del 2006, tuttavia, concludere nel senso della legittimità costituzionale era piuttosto agevole, qualche maggiore difficoltà può nascere a seguito della novella legislativa, posto che, a dispetto delle apparenze, il "nuovo" art. 443 comma 1 c.p.p. ha significativamente ridimensionato lo *ius appellandi* della parte privata. La regola originariamente contenuta nella disposizione codicistica («l'imputato non [può] proporre appello contro le sentenze di proscioglimento quando l'appello tende a ottenere una diversa formula») era infatti da intendere nel senso che l'imputato potesse impugnare nel merito le sentenze di proscioglimento applicative di una misura di sicurezza, mentre ad analoghe conclusioni non è possibile pervenire al cospetto del categorico disposto attuale della norma («l'imputato non [può] proporre appello contro le sentenze di proscioglimento»).

Il tema dei rapporti tra giudizio di appello e parità delle armi può essere tuttavia analizzato anche sotto un altro profilo, concernente non già la distribuzione dei poteri di impugnativa ma il ruolo attribuito alle parti nell'ambito di tale giudizio. Da questo punto di vista, la sentenza costituzionale n. 26 del 2007 ha effettivamente aggravato una situazione di squilibrio già esistente – ma in misura minore – prima della legge n. 46 del 2006.

Il rischio che il processo di secondo grado potesse risultare in qualche modo squilibrato a favore della parte appellante è un rischio che dottrina e giurisprudenza avevano segnalato da tempo [v. per tutti T. PADOVANI, *Doppio grado di giurisdizione: appello dell'imputato, appello del PM, principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.* 2003, 4029 s., e R. ORLANDI, *Sono davvero troppi tre gradi di giurisdizione penale?*, in AA.VV., *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, a cura di C. NUNZIATA, Milano, 2004, 140 s.]. Il problema, particolarmente avvertito nelle ipotesi di gravame del pubblico ministero contro le sentenze di proscioglimento con formula ampiamente

liberatoria, concerneva gli spazi normativi concessi al non impugnante per riproporre in appello le istanze difensive disattese dal giudice di primo grado. Il principio *tantum devolutum quantum appellatum*, la giurisprudenza in tema di limiti soggettivi dell'appello incidentale e la disciplina della rinnovazione del dibattimento d'appello rendevano tali spazi, a giudizio di molti, eccessivamente angusti. Si faceva notare, ad esempio, come, nel processo d'appello instaurato a seguito dell'impugnazione del pubblico ministero, l'imputato prosciolto non potesse vantare alcun autentico diritto a ottenere l'assunzione delle prove già ritenute manifestamente superflue o irrilevanti dal primo giudice. Anche quando la rivalutazione del materiale probatorio conseguente all'accoglimento delle doglianze del pubblico ministero rendesse palesemente inattuale quella diagnosi di manifesta superfluità o irrilevanza, l'assunzione di tali prove restava subordinata alle severe valutazioni di "non decidibilità allo stato degli atti" o di "assoluta necessità" imposte al giudice dal primo e dal terzo comma dell'art. 603 c.p.p.

Nessun dubbio che simili squilibri andassero eliminati. La legge n. 46 del 2006 lo aveva fatto con un rimedio peggiore del male dal punto di vista del principio di parità delle armi, consistente nel precludere *tout court* l'appello al pubblico ministero: ma altre soluzioni – sul piano esegetico o legislativo – possono essere escogitate per restituire all'imputato non appellante la pienezza dei suoi diritti difensivi. Sul primo versante, si potrebbe sostenere che il non appellante recupera interamente il proprio diritto alla prova nel giudizio di secondo grado [chiamate a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del "vecchio" art. 593 c.p.p. nella parte in cui determinava le descritte restrizioni del diritto di difesa dell'imputato, le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno escluso la violazione degli artt. 24 comma 2 e 111 Cost. sull'assunto che, in grado d'appello, «l'imputato è rimesso nella fase iniziale del giudizio e può riproporre, anche se respinte, tutte le istanze difensive che concernono la ricostruzione del fatto e la sussistenza delle condizioni che configurano gli estremi del reato, in riferimento alle quali il giudice dell'appello ha l'obbligo di valutazione» (Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, M., in *Cass. pen.*, 2005, 3732; Cass., Sez. un., 20 aprile 2004, D., in *Dir. pen. proc.*, 2005, 49). L'argomento, tuttavia, suona parzialmente elusivo. Non è chiaro, infatti, sulla base di quali parametri (non manifesta superfluità o irrilevanza della prova, non decidibilità allo stato degli atti, assoluta necessità o altro) il giudice dovrebbe effettuare la suddetta obbligatoria "valutazione" delle istanze probatorie]. Sul secondo versante, era stato suggerito, ad esempio, di attribuire all'imputato «la facoltà di presentare appello incidentale anche quando non può figurare come

appellante principale» [R. ORLANDI, *Sono davvero troppi*, cit., 141]: soluzione che qualcuno, piuttosto arditamente, riteneva già desumibile in via interpretativa dall'art. 595 c.p.p. [cfr. ad esempio Corte Assise Appello Caltanissetta, 30 marzo 2006, G., *inedita*: «una lettura costituzionalmente orientata dell'articolo 595 c.p.p. avrebbe potuto consentire anche al prosciolto con formula piena di mantenere intatto il proprio diritto di difendersi in grado d'appello con pienezza di facoltà, mediante presentazione di appello incidentale per avversare le richieste e le conclusioni del pubblico ministero appellante. Sarebbe stato assicurato in tal modo il diritto di fare valere e articolare ragioni, di chiedere nuove prove, di rinnovare richieste disattese di prove, di sollecitare la rivalutazione di quelle trascurate dal giudice di primo grado. L'appello del pubblico ministero sarebbe stato causa sopravvenuta di interesse ad impugnare la decisione assolutoria nel suo complesso, considerandosi parte integrante della stessa anche la motivazione, eventualmente insufficiente nella prospettiva dell'imputato di vedere consolidato il dispositivo»].

Nel sistema normativo risultante dalla sentenza costituzionale n. 26 del 2007, l'imputato – come sottolinea esattamente il quesito – si trova a fronteggiare l'appello del pubblico ministero contro le sentenze di proscioglimento avendo perso ogni possibilità di impugnare la sentenza in via incidentale. In questo senso, non v'è dubbio, come ho detto, che la sentenza costituzionale n. 26 del 2007 abbia aggravato la situazione di squilibrio già esistente prima della novella.

2. *Appello e "giusto processo"*. – Che la sentenza di condanna pronunciata in grado di appello in riforma di una sentenza di proscioglimento sia “qualcosa che stride con l'idea di giusto processo” mi sembra fuori discussione. Sarei più cauto nell'affermare che in una simile ipotesi la colpevolezza dell'imputato non viene accertata “dopo un effettivo contraddittorio su tutti i mezzi di prova a carico”. In questa affermazione mi sembra affiorare lo stesso equivoco che si annidava nell'opinione di chi, prima e dopo la legge n. 46 del 2006, giustificava la limitazione dei poteri d'appello del pubblico ministero proprio con l'esigenza di adeguare la disciplina delle impugnazioni penali al nuovo modello costituzionale di processo, e, segnatamente, ai principi dell'oralità e del contraddittorio nel momento di formazione della prova.

Nella sua versione più radicale, la suddetta opinione veniva argomentata come segue. Nel giudizio di secondo grado non si assumono, di regola, prove: il giudice è chiamato a decidere unicamente sulle carte processuali. Orfano di oralità e immediatezza, ridotto «alla mera discussione», trasformato in «eser-

cizio retorico [...] irrimediabilmente insidiato dalla vacuità», il contraddittorio perde la sua identità di «metodo conoscitivo», uscendone irrimediabilmente compromesso. Un simile assetto sarebbe costituzionalmente tollerabile nei casi di appello dell'imputato, perché l'art. 111 comma 5 Cost. menziona espressamente il consenso della parte privata tra le eccezioni al principio del contraddittorio nel momento di formazione della prova: non lo sarebbe, invece, in assenza di una simmetrica previsione derogatoria, nei casi di appello del pubblico ministero. Ergo, «l'appello del pubblico ministero è incostituzionale» (T. PADOVANI, *Doppio grado di giurisdizione*, cit., 4030 s.).

Questa opinione, a mio giudizio, prestava il fianco ad almeno tre obiezioni. La prima obiezione è che essa, a ben vedere, non giustificava il divieto di proporre appello nei casi in cui l'esercizio del potere di impugnazione da parte del pubblico ministero non avrebbe comportato alcun (ulteriore) sacrificio per i valori dell'oralità e dell'immediatezza: ad esempio, nei casi in cui la sentenza dibattimentale di primo grado fosse stata emanata sulla base di prove formate fuori del contraddittorio, oppure nei casi di appello conseguente a giudizio abbreviato (così, infatti, la Corte costituzionale nella sentenza n. 320 del 2007). La seconda obiezione è che – fuori da queste ipotesi – la decisione d'appello viene comunque adottata sulla base di prove formate nel contraddittorio delle parti: ad essere sacrificato (quando non si procede alla rinnovazione del dibattimento) è il principio di immediatezza, non il principio del contraddittorio nel momento di formazione della prova. La rilevanza costituzionale del principio di immediatezza, tuttavia, non è un dato interpretativo che possa dirsi acquisito: vi ostano sia la lettera dell'art. 111 Cost. (specie a confronto con l'art. 130 del progetto di riforma costituzionale elaborato nel 1997 dalla Commissione Bicamerale, che includeva espressamente l'oralità e l'immediatezza tra i valori irrinunciabili del giusto processo), sia la consapevolezza che attribuire una copertura costituzionale al suddetto principio significherebbe rassegnarsi all'incostituzionalità di un cospicuo numero di istituti processuali, a partire, ovviamente, dall'incidente probatorio. La terza obiezione è che sarebbe comunque discutibile, muovendo da simili premesse, estendere la portata dell'art. 111 comma 5 Cost. fino ad attribuire all'imputato il potere di disporre di valori come l'oralità e l'immediatezza. Mentre, infatti, il diritto dell'imputato al confronto con il proprio accusatore è un diritto soggettivo intrinsecamente disponibile (anche perché incoercibile nel suo esercizio: di qui la deroga contenuta nel quinto comma dell'art. 111 Cost.), oralità e immediatezza sono principi la cui appartenenza esclusiva alla dimensione oggettivo-metodologica del contraddittorio e il cui asservimento alla tutela di

indisponibili esigenze euristiche appaiono fuori discussione. Ne deriva che in nessun caso l'attuazione di tali principi potrebbe essere rimessa alla volontà dell'imputato: il divieto di proporre appello dovrebbe essere pertanto, semmai, bilaterale.

Più in generale, non v'è dubbio che difetti di coerenza un sistema processuale disposto ad accettare che una decisione adottata in primo grado nel rispetto dei principi di oralità e immediatezza possa venire rovesciata, in grado d'appello, dal verdetto di un giudice che non ha assistito all'acquisizione delle prove. Ma il contraddittorio nel momento di formazione della prova e i suoi corollari, lungi dal costituire garanzie individuali disponibili, sono presidio di oggettiva correttezza della decisione: nulla, dunque, autorizza a ritenere il loro sacrificio maggiormente tollerabile quando il giudice d'appello trasforma la condanna in proscioglimento di quanto non lo sia nell'ipotesi inversa. In questo senso, non ha torto la Corte costituzionale a sottolineare (sentenza n. 26 del 2007) come la denunciata distonia sistematica – anziché venire fronteggiata con un rimedio unilaterale come quello escogitato dalla legge n. 46 del 2006, destinato a generare «un radicale squilibrio» tra le parti processuali – andrebbe esclusa alla radice attraverso «una generale revisione del ruolo e della struttura dell'istituto dell'appello».

3. *I possibili rimedi.* – Alla luce di questa esatta sottolineatura credo debba essere risolto, in una prospettiva *de iure condendo*, il problema del diritto dell'imputato a un secondo grado di giudizio di merito in caso di condanna: diritto che il nostro ordinamento, dopo la sentenza costituzionale n. 26 del 2006, è tornato a non tutelare, e che invece, a mio parere, deve essere garantito alla parte privata, quale che sia la sua – molto discussa – portata sovraordinaria e convenzionale.

Dopo la ferma presa di posizione del giudice delle leggi, l'unica certezza è che per assicurare al condannato la c.d. “doppia conforme” non sarà più consentito ricorrere a soluzioni normative soggettivamente asimmetriche. Impensabile, come è ovvio, riproporre la soluzione consistente nell'abolizione pura e semplice dell'appello del pubblico ministero, che pure era stata prevalentemente concepita proprio in questa chiave (mi sembra significativo, al riguardo, l'intervento del senatore Centaro in Commissione Giustizia il 28 settembre 2005: la riforma «muove dal principio contenuto nell'art. 2, comma 1, del protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984 e reso esecutivo dalla legge 9 aprile 1990. n. 98. Tale disposizione prevede, infatti, il

diritto per l'imputato al doppio grado di giurisdizione, diritto che risulta invece compromesso nel momento in cui si consente una condanna in sede di giudizio d'appello avverso la quale vi è esclusivamente la possibilità del ricorso in cassazione con il conseguente venire meno della possibilità di ottenere un secondo grado di giudizio nel merito. *Alla luce di ciò il disegno di legge interviene sul codice di rito prevedendo l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento*»). Ma sembrano destinate a tramontare anche altre soluzioni affette dal medesimo vizio: (a) prevedere un ulteriore giudizio di merito in grado d'appello nel caso di condanna pronunciata per la prima volta in sede di gravame [è la proposta contenuta in un emendamento presentato in Commissione Giustizia del Senato dai senatori Fassone, Ayala, Calvi, Legnini e Maritati nel corso dei lavori preparatori della legge n. 46 del 2006; dopo l'articolo 605 c.p.p. si sarebbe dovuto inserire un art. 605-bis, rubricato *Riforma della sentenza di proscioglimento*, del seguente tenore: «quando il giudice di appello pronuncia sentenza di condanna con la quale riforma una sentenza di proscioglimento, avverso la sentenza di condanna l'imputato può proporre richiesta di riesame davanti ad altra corte di appello, individuata ai sensi dell'articolo 11. Nel relativo giudizio si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni stabilite per il giudizio di appello [...]»]; (b) prevedere la trasformazione del processo d'appello in giudizio rescindente qualora il medesimo abbia ad oggetto sentenze di proscioglimento, con rinvio al giudice di primo grado in caso di annullamento [anche questa soluzione era stata recepita in un emendamento presentato nel corso dei lavori preparatori della legge n. 46 del 2006; all'art. 597 comma 2 c.p.p., la lettera b avrebbe dovuto essere sostituita dalla seguente: «se l'appello riguarda sentenza di proscioglimento, il giudice può pronunciare ordinanza con la quale trasmette gli atti al giudice di primo grado per nuovo esame. Se il giudice di primo grado, che decide in diversa composizione, riconferma la sentenza di assoluzione avverso tale sentenza il pubblico ministero ed il procuratore generale possono proporre esclusivamente ricorso per cassazione»].

Per conseguire l'obiettivo di garantire al condannato il riesame del merito senza introdurre disparità di trattamento normativo si potrebbero, dunque, ricondurre gli epiloghi decisori del giudizio di secondo grado all'alternativa conferma/annullamento *quale che sia il contenuto della sentenza appellata* (vale a dire, anche nell'ipotesi in cui oggetto del gravame sia una sentenza di condanna): assunti i connotati della *revisio prioris instantiae*, il nuovo processo d'appello – per le ragioni esposte nel precedente paragrafo – ne guadagnerebbe anche in termini di complessiva fedeltà ai canoni del modello accusatorio.

Inutile nascondere, tuttavia, che si tratta di una soluzione estremamente laboriosa, la cui compatibilità con il canone della durata ragionevole del processo appare assai dubbia. L'annullamento della sentenza appellata dovrebbe comunque essere previsto in casi limitati, vale a dire (a) soltanto quando il disaccordo tra i giudici di primo e secondo grado investa il punto della sentenza concernente l'accertamento (positivo o negativo) della responsabilità dell'imputato e (b) soltanto quando tale disaccordo nasca da diverse valutazioni *in facta* degli elementi probatori acquisiti. Per garantire un ulteriore snellimento delle procedure, una simile proposta potrebbe inoltre coniugarsi con l'idea di «ristrutturare l'appello secondo la logica dell'azione di impugnativa, nella quale, ferma restando la deducibilità di ogni errore di fatto o di diritto, il giudice pronuncia direttamente sui "motivi" addotti dalla parte, anziché sui "punti" della decisione a cui si riferiscono i motivi» (P. FERRUA, *La sentenza costituzionale sull'inappellabilità del proscioglimento e il diritto al "riesame" dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.* 2007, 612). Il sindacato del giudice d'appello potrebbe dunque essere strutturato in forma di controllo sulla motivazione della sentenza, secondo uno schema analogo a quello del sindacato di legittimità: ma con una decisiva differenza, costituita dal fatto che l'annullamento andrebbe decretato ogniqualvolta il giudice dell'impugnazione non condividesse le regole o massime di esperienza poste dal giudice di primo grado a fondamento della sua decisione, e non solo – come accade oggi nel giudizio di cassazione – quando dovesse ritenere simili regole o massime di esperienza estranee al "senso comune" e ad ogni "plausibile opinabilità di apprezzamento". Per assicurare un'autentica "doppia conforme" sul merito della regiodicanda, il controllo sulla cosiddetta giustificazione esterna dell'impianto argomentativo della sentenza di primo grado potrebbe cioè – ed anzi, dovrebbe – estendersi fino alla *sostituzione* dei criteri valutativi adottati dal primo giudice (pur razionalmente giustificati) con altri criteri ritenuti più adeguati al caso di specie: il tutto però, giova ripeterlo, non ai fini della *ristrutturazione* della sentenza, ma ai fini del suo *annullamento*, in attesa che quei criteri vengano infine condivisi, in due gradi successivi di giudizio, da due diversi giudici di merito. Questo, mi pare, significa garantire al condannato (ma anche al pubblico ministero) il "riesame del merito": ed è per questa ragione – oltre che per il suo carattere unilaterale – che ritengo scarsamente risolutiva la proposta [avanzata da P. FERRUA, *loc. cit.*] di «prevedere, per la condanna pronunciata in sede di appello, un distinto regime di ricorso, con possibilità per l'imputato di denunciare ogni vizio di motivazione, risulti o no dal testo del provvedimento impugnato» [proposta che, in verità, lo stesso P. FERRUA, *loc. cit.*, giudica ini-

donea a tutelare fino in fondo il diritto al riesame, «dati i limiti cognitivi tipici del giudizio in cassazione»].

In un simile assetto normativo, è bene precisare, a scanso di equivoci, che il giudizio di rinvio conseguente all'annullamento della sentenza di primo grado da parte del giudice d'appello non dovrebbe necessariamente comportare la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale (si pensi all'ipotesi in cui il disaccordo tra i due giudici di merito riguardi soltanto, come spesso accade, l'interpretazione di talune frasi pronunciate dall'imputato nel corso di un colloquio intercettato; ma anche all'ipotesi in cui gli esiti di una prova testimoniale siano in sé pacifici, ma il fatto riferito dal testimone abbia una valenza indiziaria sulla quale i due giudici dissentono). Al riguardo, potrebbe essere opportuno che lo stesso giudice di secondo grado indicasse, all'occorrenza, le prove da assumere *ex novo* nel rispetto del principio di immediatezza. Infine, l'obiettivo di risparmiare tempi e risorse processuali potrebbe essere ulteriormente perseguito riducendo il sindacato della Corte di cassazione «ai soli profili di legittimità, come prevede l'art. 111 comma 7 Cost.», o quanto meno, per ciò che concerne la ricostruzione del fatto, «a gravi vizi tassativamente individuati» [v. ancora P. FERRUA, *loc. cit.*].

prof. GIORGIO SPANGHER  
Università di Roma - "La sapienza"

1. *I limiti all'appello dell'imputato.* – Ci sono dei momenti, dei passaggi, nei quali una soluzione invece di un'altra possono costituire una svolta significativa, quasi storica.

Non è azzardato affermare che le vicende che si sono snodate tra la l. n. 46 del 2006 e la sentenza n. 26 del 2007 della Corte costituzionale abbiano rappresentato uno snodo estremamente significativo.

Ancorché sulla base di una legge tutt'altro che immune da imperfezioni, largamente asistemica – nella misura in cui tentava una riforma di largo respiro delle impugnazioni che avrebbe richiesto più di una riflessione ulteriore – si ipotizzavano i gravami quali mezzi di controllo dell'azione, tesi a valorizzare, in caso di esito positivo per l'imputato in primo grado, il rafforzamento della presunzione di innocenza. Vi si è contrapposta una sentenza figlia di una visione datata del processo penale il cui capisaldo sta nel concetto delle impugnazioni come prosecuzione dell'esercizio dell'azione penale, al di là d'un complesso argomentare intorno alla parità delle armi costruito su elementi

comparativi molto discutibili.

Al di là della declaratoria d'incostituzionalità in sé, è l'impostazione di fondo a suscitare perplessità, prospettandosi come la «pietra tombale» di più profondi disegni riformatori dell'appello che – prescindendo dagli incisivi argomenti, dalle aperture e dalle sfumature della motivazione – appaiono difficilmente proponibili, se non nei limiti di fattispecie incriminatici minori o bagattellari.

Venendo all'imputato, quello che lascia attoniti è il completo disinteresse per la sua posizione che pure subiva forti pregiudizi dalla novella. Tutta la tensione culturale era incentrata sul pubblico ministero (e sulla parte civile). E così è stato, a tutt'oggi.

Neppure i vari progetti di riforma annunciati si sono posti il problema degli effetti che la l. n. 46 del 2006 poteva determinare sulla posizione del prevenuto.

Sarebbe bastato porre attenzione sulla situazione del prosciolto per infermità di mente con conseguente applicazione di misure di sicurezza. Invero, l'art. 579 c.p.p. si limita a disciplinare il gravame di questa decisione, designandone i percorsi procedurali, che per l'imputato restano ancorati a quanto previsto dall'art. 593 c.p.p. come novellato dalla legge Pecorella.

Per convincersi, del resto, della necessità di un intervento equilibratore sarebbe stato sufficiente considerare che la situazione attuale dell'imputato in punto di legittimazione ad appellare è più sfavorevole, non tanto rispetto a quella antecedente all'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988, ma addirittura a quella vigente nel 1930, sulla base di quanto previsto dagli artt. 512 e 513 c.p.p. abrog.

Invero, senza avventurarsi in improbabili operazioni di raffronto tra la posizione del p.m. e quella dell'imputato che la Corte costituzionale, vigente il codice Rocco, aveva accuratamente evitato sarà sufficiente considerare – come risolto della soccombenza- la condizione di pregiudizio giuridico (e non solo) che l'imputato ha per effetto di un procedimento che si chiuda con determinate formule, suscettibile di essere rimosso solo attraverso un secondo grado di merito.

Sarebbe auspicabile che all'art. 593 c.p.p. fosse risparmiata (“nella parte in cui...”) la via *crucis* dello stillicidio delle declaratorie di incostituzionalità alle quali furono sottoposti gli artt. 512 e 513 c.p.p. 1930.

In ogni caso, completato il “ritorno al passato” toccherà al legislatore ripristinare le soglie per le quali “soccombenze” e “pregiudizi” possono risultare tollerabili

2. *Appello e "giusto processo"*. – Se per "giusto processo" intendiamo le previsioni contenute nell'art. 111 Cost., appare difficile sostenere che la disciplina dell'appello, sia in caso di appello del p.m., e del solo p.m., sia in caso di appello dell'imputato, e del solo imputato, vi confligga.

Si è soliti sostenere che nell'ipotizzata situazione difetti il contraddittorio, al punto di essere stata sostenuta l'incostituzionalità del giudizio di secondo grado, soprattutto per l'appello del p.m.

Invero, la garanzia costituzionale sulla quale l'art. 111 Cost. ha focalizzato la sua attenzione è stata quasi esclusivamente quella del contraddittorio, sia come principio generale del (dei) processo, sia come metodo per la formazione della prova.

Sotto questo aspetto, sia che si tratti delle prove formatesi nel grado e nelle fasi precedenti, sia che si tratti di quelle che si materializzano attraverso la rinnovazione davanti al giudice di secondo grado, la garanzia è stata e sarà assicurata, salva l'inutilizzabilità del materiale diversamente formatosi.

Invero, le riserve per le quali il giudice d'appello giudicherebbe sul materiale cartaceo formatosi nel giudizio di primo grado, si collocano su di un altro piano: toccano il principio di oralità e di immediatezza. Questi due canoni, tuttavia, non sembrano trovare un preciso riscontro costituzionale.

La polemica, cioè, coglie un altro aspetto: la reale o presunta incompatibilità del / di un giudizio di secondo grado con il sistema accusatorio. Anche a prescindere dal rilievo che non esiste un modello accusatorio, dovendosi ribadire che il processo si adegua alla storia, alle tradizioni, alla cultura di un Paese, va sottolineato che proprio per le considerazioni svolte si potrebbe avere un giudizio di primo grado fatto di letture e di atti recuperati con il consenso, senza applicazione dell'art. 507 c.p.p., ed un giudizio d'appello frutto d'una integrale rinnovazione dibattimentale, con pieno sviluppo del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza.

È difficile comparare un sistema con e senza giuria, con verdetti immotivati o con sentenze governate da un obbligo di motivazione piena, integrabile in appello e sindacabile in Cassazione.

In realtà, l'accentuazione dell'attenzione solo sul principio del contraddittorio rischia di mettere in crisi già il dibattimento di primo grado: tra atti irripetibili, incidenti probatori, prove dell'udienza preliminare garantiti, atti ex art. 190-bis c.p.p., recupero ai sensi dell'art. 238 di prove di altri procedimenti, atti letti per effetto del consenso delle parti, recupero di atti dibattimentali effettuati davanti al giudice dibattimentale in diversa composizione (sia nell'attuale orientamento giurisprudenziale, sia nell'ipotizzata riforma norma-

tiva), l'oralità e l'immediatezza rischiano di risolversi a poca cosa.

La questione, allora, va forse vista in una diversa prospettiva, come si spiegherà analizzando le prospettive riformatrici.

3. *Le prospettive riformatrici.* – Come anticipato, le prospettive di riforma risultano fortemente condizionate dalle scelte della Corte costituzionale, come emergenti dalla sentenza n. 26 del 2007, anche a prescindere dagli sviluppi che in punto di legittimazione potrà avere la posizione dell'imputato. Com'è noto, il punto di crisi è costituito, alla luce dell'art. 2 del 7° Protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dall'impugnazione del condannato in appello, prosciolti in primo grado.

Sul punto sono stati prospettati alcuni possibili rimedi: nuovo giudizio d'appello in sede diversa; annullamento della decisione di prima istanza e regressione del procedimento.

Tenuto conto del nostro sistema processuale e soprattutto della struttura ordinamentale che lo supporta, ancorché ispirato alla vecchia logica inquisitoria, tuttavia, allo stato non modificabile, il problema appare riconducibile al rafforzamento dei poteri delle parti nel giudizio avviato dall'altra (secondo, sempre, la logica della Corte costituzionale).

Il punto di partenza appare essere la riscrittura dell'art. 546 c.p.p. che regola la struttura della sentenza di primo grado.

Una articolazione del *decisum* suscettibile di meglio articolare i punti della decisione dovrebbe essere raccordata con il dovere delle parti di individuare più precisamente, attraverso i motivi, il *devolutum* al giudice di seconda istanza, riducendone lo "spazio" di intervento, soprattutto in caso di gravame del p.m., spesso ritenuto totalmente devolutivo.

Il dato dovrebbe essere integrato, dall'altro, da una compressione dei poteri d'ufficio al di fuori dell'ambito tracciato dal tema toccato dalla domanda e quindi precluso.

Il rischio per la parte "debole", tutelata dalla Convenzione, dovrebbe essere attenuato dal riconoscimento della legittimazione ad impugnare in via incidentale, proprio in quelle situazioni che la vedono esclusa in via principale, cioè, in quei casi nei quali la mancanza di iniziativa processuale potrebbe favorire un esito negativo del giudizio di seconda istanza.

La considerazione che le "confutazioni" delle parti alle "argomentazioni" di prima istanza dovrebbero condurre alla "dimostrazione" della conferma o della riforma della decisione impugnata suggerisce si regolare – anche in questo caso – in modo articolato la decisione d'appello, così da consentire attra-

verso la sua lettura la storia del processo ed i passaggi argomentativi della decisione, tenendo in conto di tutte le considerazioni sviluppate dalle parti.

Il successivo ricorso, in caso di diverso esito della decisione d'appello rispetto a quello di primo grado, dovrebbe essere in grado di mettere nelle condizioni i giudici del Supremo Collegio di effettuare la verifica integrata dei due provvedimenti, dei motivi di gravame (principale ed incidentale), delle ragioni sostenute dalle parti, dei percorsi logici seguiti nelle due decisioni.



## OPINIONI A CONFRONTO

## NORME PENALI DI FAVORE E CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ

Nota introduttiva di CRISTINA DE MAGLIE

Come noto, con la recente e controversa sentenza n. 394 del 2006, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittime le fattispecie di falsità nelle liste elettorali, censurandole sotto il profilo della ragionevolezza. Più precisamente, la Corte ha ritenuto eccessivamente e ingiustificatamente mite la pena comminata, come modificata *in mitius* dalla l. 2 marzo 2004, n. 61, assumendo quale *tertium comparationis* il ben più severo trattamento sanzionatorio previsto per le fattispecie codicistiche di falsità.

Abbiamo chiesto a Ombretta Di Giovine e a Paolo Veneziani di esprimere il loro giudizio al riguardo, invitandoli ad assumere quali spunti di riflessione anche gli interrogativi di seguito riportati.

- 1) La nozione di norma penale di favore enucleata dalla Corte e il parametro utilizzato ai fini del giudizio di ragionevolezza sono sufficientemente determinati?
- 2) Il controllo di costituzionalità delle norme di favore può comportare un'accentuazione della funzione paralegislativa della Corte?
- 3) Il controllo di ragionevolezza *in malam partem* è compatibile con lo spirito di garanzia della riserva di legge?

prof. OMBRETTA DI GIOVINE  
Università di Foggia

1. *Irretroattività e Corte costituzionale (premessa)*. – Con la sentenza n. 394 del 2006 la Consulta ha dichiarato illegittime alcune disposizioni in materia di falsità elettorali perché, pur tutelando beni di rilevanza indiscussa e costituzionalmente riconosciuta (il rispetto della legalità nella formazione delle liste elettorali), disponevano un trattamento sanzionatorio più blando di quello previsto dalla normativa generale contenuta nel codice penale, come tale irragionevole.

Se è ovvio (e non crea problemi il fatto) che, caducata la normativa incostituzionale, varrà per il futuro la sola disciplina superstite, codicistica, avrebbe

invece suscitato più di una perplessità la soggezione a (maggior) pena degli imputati nel giudizio *a quo*, per il caso in cui gli stessi si fossero determinati a tenere le condotte di falso *dopo* l'entrata in vigore della legge più favorevole (che ravvisava nei comportamenti incriminati semplici contravvenzioni, oltretutto oblabili). Ma ciò non accadeva nel caso in oggetto, i fatti risalendo ad un tempo in cui quest'ultima non era ancora stata emanata ed in cui, pertanto, vigevano le sole disposizioni del codice penale, con intatta la loro capacità di orientamento.

La sentenza, dunque, non pone dubbi sulla violazione dell'art. 25, comma 2, Cost. sotto il profilo dell'irretroattività della legge penale.

Cosa diversa è, ovviamente, il rispetto delle altre facce della legalità, vale a dire della riserva di legge e della tassatività-determinatezza.

La trattazione di tali aspetti non sembra liquidabile con altrettale facilità, e tuttavia riteniamo opportuno anticipare che neppure essi sembrano messi in discussione dalla pronuncia della Corte costituzionale. Vediamo perché, considerando i due profili distintamente.

2. *Riserva di legge, Corte costituzionale e democrazia.* – Le scelte di incriminazione vanno riservate al solo Parlamento, in quanto organo che, in virtù della sua composizione direttamente rappresentativa delle forze politiche (maggioranza e minoranza), meglio esprime l'essenza della democrazia. Non potendo essere demandate ad altri, tali opzioni, in particolare, non possono competere alla Corte costituzionale, i cui membri non sono eletti dal popolo, se non indirettamente e per la sola parte (un terzo) designata dal Parlamento.

Questo il succo delle obiezioni opponibili all'affermazione di una (più) spiccata funzione paralegislativa della Corte costituzionale, nel solco di una tradizione penalistica che si compiace di denunciare la propria discendenza dal pensiero illuministico.

Occorre tuttavia guardarsi dal sopravvalutare la portata ideologica di tale *filiazione*.

Paventando la creazione di un organo di controllo costituzionale – da evitare, posto che il compito di tale organismo sarebbe dovuto consistere nel risolvere «i dubbi sul contenuto di una disposizione costituzionale» – uno dei maggiori giuristi del secolo scorso ammoniva che essa non avrebbe fatto *giurisdizione*, «ma un oscuro collegamento di legislazione e consulenza giuridica». Ancor più chiaramente, spiegava che, essendo «una esperienza antichissima e nonostante il progresso del nostro pensiero critico purtroppo ancora insuperata, che proprio un acume logicizzante può produrre con facilità sempre

nuovi dubbi», «con ciò cade almeno anche l'idea [...] secondo cui una simile Alta Corte rimuove i dubbi e le divergenze di opinione nella sua qualità di miglior esperto giuridico». Infatti, «in questi ragionamenti sfugge per lo più che l'efficacia del parere poggia sul suo valore di argomentazione, e pertanto il parere di fronte alla pura decisione significa il suo contrario. Un giudice non è un consulente e l'unione dell'attività consultiva con l'attività giudiziaria contiene già in sé un'oscura confusione, poiché l'attività consultiva in effetti non è attività giudiziaria, non è giurisdizione, ma amministrazione». Ragion per cui, «è vano pretendere dalla giurisdizione in modo contraddittorio funzioni che oltrepassano l'ambito di una sussunzione conforme alla fattispecie». Nel lodare una pronuncia, allora celebre, la cui motivazione «si attiene prudentemente, per non dire formalisticamente, a quella normativa conforme alla norma giuridica, alla legge costituzionale, che per la sua conformazione e per la sua struttura logica rende possibile un confronto con la normativa della legge ordinaria», lo stesso giurista evidenziava coerentemente l'assenza di un «controllo giudiziario» della conformità di una legge con «principi generali del diritto» come buona fede, giusto diritto, *ragionevolezza* e simili rappresentazioni, di cui si serve la prassi della Suprema Corte degli Stati Uniti» (il corsivo è nostro). E, nella medesima prospettiva, avvertiva con aperta soddisfazione che «la differenza dal potere di controllo della giurisdizione americana consiste principalmente nel fatto che questo preserva i principi generali e con ciò il tribunale diventa custode e difensore dell'ordine economico e sociale esistente», laddove, per l'ordinamento di cui si vagheggiava, «il centro di gravità della decisione politica rimane riservato alla legislazione».

Se si è riservato tanto spazio a queste affermazioni, pur familiari in quanto straordinariamente assonanti con la matrice liberale della legalità, è perché esse (invece) vengono dalla penna di Carl Schmitt, teorico del nazionalsocialismo, che le riferiva alla Corte suprema del Reich [C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, Milano, 1981, rispettivamente, 81; 76; 82; 35 ss.]: e ci paiono dunque ben evidenziare il possibile iato tra principi di garanzia, in sé sacrosanti, ed assetto autenticamente democratico dello Stato.

Al favore per la versione più rigorosa dei rapporti tra potere legislativo e giudiziario (in questo caso) costituzionale non conseguono, dunque, necessariamente gli effetti di maggior garanzia per il cittadino (come noto, all'esito del suo procedere *per esclusione*, Schmitt individuava l'unico possibile *custode della costituzione* – oltre che l'essenza della democrazia – nel presidente del Reich). E non vale la pena di richiamare la replica formulata dall'*inventore della Costituzione*, Hans Kelsen, in particolare laddove contesta l'idea che,

mentre la legislazione sarebbe *politica*, tale attributo non possa competere alla giurisdizione. «Quanto il legislatore autorizza il giudice a valutare, entro certi limiti, interessi tra loro contrastanti e a decidere il contrasto in favore dell'uno o dell'altro, gli attribuisce un potere di creazione del diritto e quindi un potere che dà alla funzione giudiziaria lo stesso carattere "politico" che – sia pure in misura maggiore – ha la legislazione». [H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 242. Vd. anche 234 ss.; 197 ss.].

La matrice illuministica della riserva di legge getta peraltro luce anche su altri aspetti, essendo noto che il principio nacque come una delle forme di reazione all'Assolutismo monarchico, che esso rappresentava uno strumento di difesa del cittadino rispetto alla concentrazione dei poteri nell'Esecutivo e che, dal punto di vista concettuale, presupponeva una rigida divisione di poteri.

Molta acqua è passata da allora sotto i ponti, e si sa che questi presupposti, fattuali ed ideali, di per sé contingenti, nel momento attuale non sono pienamente ravvisabili.

Per un verso, nella percezione generale, il rischio dei maggiori abusi viene ormai ascritto proprio al potere legislativo. Alla sua perdita di immagine contribuiscono (tra le altre cose) il funzionamento distorto, poiché meramente meccanicistico, del principio di maggioranza (che tende, in ragione della prevalenza numerica, ad escludere il confronto con le minoranze, sostituendo in modo surrettizio la logica della forza a quella del dialogo, o almeno l'agire *strategico* a quello *comunicativo*) nonché, al di là del sistema elettorale vigente in un certo momento, l'allontanamento progressivo del Parlamento dal suo elettorato attivo, per effetto della massiccia interposizione degli apparati partitici, organizzati e burocratizzati, che si muovono secondo logiche incomprensibili alla gran parte dei cittadini.

Per altro verso, una rigida ripartizione di poteri, se mai esistita, non rappresenta oggi certamente la regola [G. NAPOLITANO, *Funzioni amministrative*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 2632]. La commistione tra funzioni dello Stato attinge alcune esemplificazioni emblematiche proprio dal campo penalistico: si pensi alla concorrenza tra legge dello Stato e normativa comunitaria da una parte, e statale-regolamentare dall'altra. L'intreccio rappresenta un dato poco incoraggiante, certo, ma sarebbe opportuno cominciare a farvi i conti, poiché riflette in modo irreversibile il confronto tra il diritto penale e fenomeni sempre più complessi. Proliferano le occasioni di interferenza con la disciplina extra-statale; di pari passo, si accentua la vocazione ancillare e sanzionatoria del precetto penale in settori che non potrebbero prescindere dalla regolamentazione ad opera di fonti più flessibili

ma che pure, per la loro importanza, reclamano, sebbene *in seconda battuta*, una copertura penale. In ogni caso, la logica autoreferenziale in cui era abituato a muoversi il diritto criminale sembra progressivamente cedere il passo alla formazione di un *non-sistema*, perennemente *in progress*, randomizzato e dalla fisionomia indefinita, di cui si sa esclusivamente che è inutile continuare a fissare il baricentro nel solo Parlamento, tecnicamente inabile allo svolgimento dei suoi compiti.

Sembra quindi giunto il momento di avviare un dialogo con le altre discipline in vista di una rivisitazione teorica della riserva di legge, a cui andrebbero riconosciuti contenuti moderni e, per questo, più flessibili. E di valutare senza pregiudizi se un nuovo punto di equilibrio possa consistere, già allo stato attuale, nella *com-partecipazione* della Corte costituzionale: soluzione che si muoverebbe nella direzione segnalata dal *neo-costituzionalismo moderno*, già collaudata da altri Stati e, primo tra questi, dal tanto ammirato sistema di democrazia americano.

Ma pur senza andare lontano, così scriveva, già venticinque anni fa, in un saggio divulgativo, Pizzorusso: «Il carattere democratico dell'organizzazione non esclude, ma anzi probabilmente richiede, che le regole sulla composizione degli organi destinati a esercitare competenze tecniche, o comunque specifiche, facciano ricorso a criteri tendenti a salvaguardare la capacità e la professionalità dei loro componenti» [*Che cos'è l'eguaglianza*, Roma, 1983, 57], essendo essenziale soltanto «che nel suo complesso il sistema risulti adeguato a realizzare il principio democratico e a evitare che si formino posizioni di potere separate e sottratte a qualunque controllo» [A. PIZZORUSSO, *ibidem*, 58, il quale escludeva, anche in prospettiva, il pericolo di un «governo dei giudici»]. Esplicitiamo noi che ciò deve valere anche laddove tali posizioni siano del Parlamento [nella dottrina penalistica, con riferimento alla sentenza in oggetto, mostrano invece cautela F. GIUNTA, in AA.VV., *Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*, Pisa, 2007, 13 ss. (in part. 29); G. INSOLERA, *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sulla sindacabilità delle norme di favore?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 671 ss.].

D'altro canto, tale *com-partecipazione* è sempre stata realtà.

Posto che neppure nella rappresentazione più sfrenatamente liberale della legalità il Parlamento è stato mai considerato *infallibile*, e che in tutti gli ordinamenti esistono meccanismi di controllo che assicurino – in caso di *svista* – la pronta (ri-)conformazione della legge ordinaria a quella costituzionale, nel nostro sistema tale compito è affidato ad un organo *ad hoc*: appunto la Con-

sulta che, pertanto, già nella visione dei padri costituenti, *affianca* il Legislatore nell'attuazione della legalità.

Certo, tale conclusione è negata da chi ammonisce che: il ruolo para-legislativo della Corte dovrebbe essere meramente eventuale e sussidiario, poiché essa subentra soltanto nel caso di evidente contrasto con le disposizioni della Carta Suprema; e anche in tal caso, la Consulta dovrebbe limitare il suo intervento nei limiti della stretta necessità.

Ma sarebbe superfluo osservare che tali cautele vedono ridotto il proprio valore al piano simbolico, poiché si scontrano contro le peculiarità *ontologiche* del ragionamento giuridico in generale.

3. (Segue) *Riserva di legge e Corte costituzionale: il ruolo dei principi*. – In primo luogo, non è sempre possibile stabilire con certezza quando sussista un contrasto con le disposizioni costituzionali, poiché tale contrasto spesso dipende dalla lettura che delle disposizioni (di legge ordinaria e costituzionale) fa l'interprete e non può dunque prescindere dalla componente squisitamente soggettiva [per un quadro delle spinte teoriche sottese alla corrente ermeneutica del diritto, sia consentito rinviare a O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, Milano, 2006].

In secondo luogo, tali disposizioni, lungi dal sottomettersi docilmente al *dictat* di certezza, assumendo l'auspicato ruolo di premessa del sillogismo giudiziario, si ribellano spesso all'*all or nothing* dell'applicazione (secondo la nota definizione dworkiniana), soprattutto quando siano espresse, come sovente accade nell'ambito costituzionale, in forma di *principio*.

Una simile conformazione ne assicura invero la ricchezza di contenuti attuali e potenziali, e dunque la longevità, affatto pertinente a proposizioni di rango super-primario (il *contesto* reagisce sul *testo*, modificandolo; non può tuttavia spingere la sua portata oltre il confine semantico delle parole, sicché, più ampio e flessibile si dimostra quest'ultimo, più tardi si raggiungerà il punto di rottura che fa la norma disfunzionale rispetto alla sopravvenuta *ratio* di tutela). Nel contempo, però, rende in molti casi impraticabile il ragionamento deduttivo, l'unico in grado di assicurare la certezza dell'esito decisionale.

Come noto, i principi si lasciano conoscere (e poi applicare) esclusivamente nella logica del *bilanciamento* (con principi espressi da altre proposizioni costituzionali o con istanze recepite nella medesima disposizione), e danno quindi adito ad operazioni argomentative complesse ed intriganti, ma per ciò stesso opinabili. Rinnegano l'idea di una *geometria euclidea* della Corte costituzionale, la quale viene inevitabilmente chiamata ad esprimere, già nel

momento iniziale, in cui deve ravvisare i presupposti del suo intervento, valutazioni di natura assiologica, cui è connesso un margine di discrezionalità [sulla maggiore discrezionalità del giudizio di bilanciamento rispetto al procedimento interpretativo, dal primo presupposto e già di per sé irriducibile alla mera oggettività, valgano per tutte le considerazioni di R. BIN, *Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1991, 46 ss., e di A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, Enc. giur. Treccani, XXV, Roma, 1991, 2 s.].

Una volta, poi, selezionato un *principio* con preferenza su un altro e dunque ipotizzato (in questi termini) il contrasto tra legge e Costituzione, la Corte decide, e qui, quale che sia la formula prescelta all'interno del ventaglio offerte da una prassi ormai consolidata (che contempla, oltre alle sentenze di merito accogliimento cui allude la Carta fondamentale, altresì quelle interpretative di rigetto, quelle additive, quelle manipolative ecc.), essa invariabilmente *in-nova*.

Innova tuttavia anche quando dichiara infondata la questione di legittimità, sulla base di una particolare lettura *ortopedica* della disposizione di legge ordinaria o costituzionale, dando ragione – anche in questo settore (il più significativo) della giurisdizione – a quanti da tempo si dichiarano convinti che i piani della posizione e dell'interpretazione della norma concorrano entrambi alla formazione del diritto [la consapevolezza è da tempo maturata nei comparatisti, cui dobbiamo il concetto di *formanti*. Vd. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, V ed., 1992, 43 ss. Per restare alla letteratura italiana, in filosofia del diritto, fondamentale G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, Padova, 1990. Con precipuo riguardo alla materia penalistica, G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 353 ss.].

Non si sta scoprendo nulla di nuovo. L'esclusione della Corte costituzionale dal momento genetico della norma ha sempre rappresentato più la proiezione di un desiderio radicato nell'immaginario del diritto (soprattutto penale) *illuministico* che una pretesa mai realizzata o concretamente attuabile.

Naturalmente, tutti concordiamo sul dovere, per la Corte, di attenersi a precise condizioni (esattamente come il Parlamento ha da rispettare quelle, procedurali, scritte nella stessa Costituzione e nei regolamenti parlamentari). Ma, come si è detto, quando vengono in ballo i *principi* della Costituzione, tali condizioni si rivelano sovente sorprendentemente flessibili. Per cui, al di là di un generico auspicio – sottoscrivibile da tutti – a che essa contenga l'intervento nell'ambito della stretta necessità, sembra difficile spingersi.

Comunque agisca, il Giudice delle leggi crea diritto e lo fa, in certa misura, *sovraneamente*.

È chiaro peraltro che, di fronte a questi scenari di discrezionalità, il penalista non si allarma se la decisione della Corte *contiene* gli spazi dell'incriminazione, in sintonia con lo spirito garantistico che ispira e quindi taglia trasversalmente tutte le disposizioni costituzionali in materia penale [vd., ad esempio, V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 739 ss.]. Si preoccupa, invece, e a ragione, quando li amplia.

Dal che l'affermazione, fino a pochissimo tempo fa generale e tranciante, che le sentenze della Corte non possono sortire effetti *in malam partem*.

Dovrebbe però essere a questo punto chiaro che l'assunto non discende da una supposta incompetenza in sé della Corte a concorrere nell'attività di normazione penale (fenomeno non eliminabile), bensì dalle preoccupazioni destinate dall'assenza, quando *maneggia i principi*, di *regole* (a contenuto vincolante) che ne possano incanalare l'operato, rendendolo *prevedibile*.

Esso va pertanto relativizzato: nel senso che una funzione paralegislative della Corte deve poter essere ammessa, laddove (nei casi rarissimi in cui) l'esito della sua attività possa dirsi *certo*.

Tutto ciò richiama l'attenzione sull'ultimo profilo della legalità, quello della tassatività-determinatezza, rivelando – un po' a sorpresa – come sia proprio quello, in fondo, centrale e più problematico.

4. *Determinatezza e Corte costituzionale: il ruolo delle regole*. – Se – come si è detto – l'utilizzazione dei *principi* non assicura (quasi mai) la certezza della decisione (per loro qualità, i principi sono infatti *bilanciabili* ed inapplicabili in modo *secco*), non può invece escludersi che l'agognato esito possa conseguirsi fondando la pronuncia su basi differenti. Ove ciò sia possibile, e cioè nei casi in cui la decisione della Corte sia effettivamente *a rime obbligate* (secondo la celebre espressione del Crisafulli) o *trincerata* (secondo la terminologia del filosofo F. SCHAUER, *Le regole del gioco*, Bologna, 2000), non essendo frapposto – come si è visto – alcun insormontabile ostacolo dalla riserva di legge penale, ci sembra che la Corte dovrebbe essere libera di pronunciarsi così *in bonam*, come *in malam partem*.

Ebbene, è stato evidenziato da un'autorevole dottrina che tali rarissime situazioni si verificano quando la Costituzione stessa preveda un obbligo specifico di incriminazione. Il caso più evidente è quello dell'art. 13, IV comma, che impone di criminalizzare l'uso della violenza fisica su persone in stato di

libertà personale ristretta [G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, II ed., Milano, 1999, 196 s. Per ulteriori esemplificazioni, G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le zone franche*, in *Giur. cost.*, 2006, 4166 ss.].

Ora, se tale proposizione costituzionale, vista nella prospettiva dei contenuti, è qualificabile come *principio* in quanto a rilevanza [rappresenta un portato di civiltà giuridica e dunque una irrinunciabile “istanza morale”, secondo l’espressione usata da G.R. CARRIÒ, ad esempio, in *Principi di diritto e positivismo giuridico*, in R. GUASTINI (a cura di), *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1980, 75 ss.], dal punto di vista *funzionale* (del funzionamento), svela piuttosto la natura di *regola*, secondo la già citata formula dworkiana (di sicuro non indiscussa, ma che assumiamo valida ai nostri limitati fini dimostrativi).

A voler generalizzare, dunque, in ogni caso in cui si sia al cospetto di *regole*, la Corte eserciterebbe il suo potere secondo il succitato modello di decisione *trincerato*, contrapposto a quello, plastico e flessibile, *conversazionale* [viene qui un po’ forzato il senso del binomio disegnato da F. SCHAUER, *Le regole del gioco*, cit.], e potrebbe dunque esercitare senza timore la sua funzione para-legislativa in materia penale, quand’anche *in malam partem*.

Passando pertanto al caso di specie, si premette che il parametro del giudizio di legittimità sfociato nella dichiarazione di illegittimità di alcune fattispecie di falso (molto) *in bonam partem* (sent. n. 394 del 2006) è stato individuato nell’art. 3 Cost. E si anticipa altresì che, a nostro avviso, la Corte costituzionale ha adottato proprio un modello decisionale *trincerato* (esercitando dunque una corretta funzione concorrente nella normazione penale). Resta da chiarire come tale conclusione sia possibile, posto che l’eguaglianza si atteggia normalmente a *principio* – oltretutto, tra tutti, forse il più flessibile – e mai invece (per sua incapacità strutturale) a *regola* (come invece l’art. 13 Cost., prima citato, che pone obblighi *espliciti* di penalizzazione).

A tale scopo occorre soffermarsi sul contenuto della *ragionevolezza*.

5. (Segue). *Determinatezza e Corte costituzionale: la ragionevolezza*. – Come noto, l’interpretazione fornita dalla Corte della ‘eguaglianza formale’, di cui all’art. 3 Cost., l’ha ben presto trasformata in ‘ragionevolezza’, massima di buon senso che vieta di trattare in modo diverso situazioni analoghe ed in modo analogo situazioni diverse [insiste sul profilo dell’assenza di una ragione giustificativa D. PULITANÒ, *Principio d’eguaglianza e norme penali di favore*, in *Corr. Merito*, 2007, 209 ss.].

Ora, si sa che «ogni inferenza analogica procede dalla somiglianza tra due o più cose sotto uno o più aspetti alla somiglianza di quelle cose sotto un qualche altro aspetto» [I.M. COPI, C. COHEN, *Introduzione alla logica*, Bologna, 1999, 466]. Il che, trasposto in termini giuridico-costituzionali, impone appunto di assicurare a fattispecie concrete simili simili trattamenti normativi. Reclama, in una parola, la *coerenza* interna del sistema.

È passato anche parecchio tempo da quando questa idea fu messa a punto dal Paladin nei termini famosi. «Il giudizio della Corte non si svolge entro uno schema binario, esaurendosi nel consueto confronto fra la norma impugnata ed il parametro o la pluralità di parametri costituzionali richiamati; bensì richiede che il giudizio stesso comprenda almeno tre termini, vale a dire la norma impugnata, il principio costituzionale d'eguaglianza ed un *tertium comparationis* in vista del quale possa dirsi che la differenziazione o la classificazione in esame sia ragionevole oppure arbitraria, provvista o carente di un adeguato fondamento giustificativo, e quindi conforme o difforme rispetto al generale imperativo dell'art. 3» [L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979 – dicembre 1983*, in *Scritti su La giustizia costituzionale, in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1985, vol. I, 609. Vd. inoltre ID., voce *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 529 ss.].

Sappiamo però che, ad onta di tali cautele (nonostante, cioè, la rilevata necessità di individuare sempre un *tertium comparationis*), la conclusione di un giudizio analogico non può essere certa, poiché la struttura logica dell'argomento è – e resta – induttiva [I.M. COPI, C. COHEN, *Introduzione*, cit., 464].

L'incertezza che segna il giudizio è stata dunque alla base di una progressiva dilatazione del contenuto semantico della parola “ragionevolezza”. In un duplice senso.

Da un lato, ha consentito che si esorbitasse dal nucleo originario del lemma, rendendo plausibili le accezioni *flou* oggi dominanti nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionali, le quali, con diversità di accenti talvolta vi ravvisano il fondamento (in negativo) delle contraddizioni che si verificano «ogni volta che la [...] disciplina determini ingiustificate, arbitrarie e irrazionali discriminazioni non giustificatamente o ragionevolmente fondate sull'assunzione di scopi costituzionali» [F. MODUGNO, voce *Legge (vizi della)*, in *Enc. Dir.*, Milano, XXIII, 1973, 1035 s.]; altre volte, risolvono la ragionevolezza nell'idea – che sotto alcuni aspetti può apparire ancor più pericolosa per il diritto penale – della “proporzionalità” [A. ANZON, *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991, 35; A.S. AGRÒ, Commento all'art. 3, in G. BRANCA, *Com-*

mentario alla Costituzione, Bologna, 1975, I vol., in part. 141 ss.]. Sicché, se si volesse tracciare un bilancio, non sarebbe difficile dimostrare che la giurisprudenza costituzionale, con la benedizione della letteratura specialistica sull'argomento, disdegna ormai il solo controllo sulla razionalità intrinseca della norma, per commisurarla invece «anche a referenti valorativi esterni all'ordine delle argomentazioni di diritto positivo» e proiettarla «verso l'orizzonte del bilanciamento di valori o di considerazioni equitative sciolte da vincoli logici con il testo» [di recente, G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 189]. Non sorprende, similmente, che i c.d. argomenti di *efficienza strumentale*, tra cui la congruenza, la pertinenza, la proporzionalità ecc., e gli argomenti di *giustizia-equità* abbiano la meglio sugli argomenti di *razionalità sistematica*, esemplificati appunto dalla *coerenza* [la terminologia è di G. SCACCIA, *Gli strumenti*, cit. I contenuti però coincidono per larga parte con la distinzione postulata da G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 148 ss., tra: *ragionevolezza* (in senso stretto), *giustizia* e *razionalità*. Resta fedele alla ragionevolezza come *coerenza*, sebbene in un'accezione più ampia di quella tradizionale, A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976; ID., (voce), *Ragionevolezza delle leggi*, cit., 1 ss.].

D'altro lato, l'incertezza del giudizio ha finito con l'assecondare, in un certo senso, tale fuga verso valutazioni di natura dichiaratamente assiologica e sostanziale. La generale sfiducia maturata attorno all'effettiva stringenza logica del criterio di coerenza ne ha evidenziato la nota di ipocrisia: «la costruzione dello schema trilaterale appare assai più un espediente *a posteriori* che non la ragione effettiva del decidere da parte della Corte costituzionale» [G. ZAGREBELSKY, *La giustizia*, cit., 157]. Al punto che il suo stesso teorico lo ha ad un certo punto rinnegato, constatandone il fallimento [L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, agg., I, Milano, 1997, 899 ss.].

*Scolpisce*, in particolare, Bin: «poiché ogni procedimento per analogia presuppone scelte decisive circa il punto di prospettiva dal quale si deve giudicare la rilevanza di somiglianza e difformità, e poiché i giudizi o sulla rilevanza implica la considerazione delle relazioni causali tra gli eventi [...], il ragionamento "triangolare" diviene parte di un procedimento più complesso e assai meno tranquillizzante, in cui vanno valutati la congruità della norma rispetto al suo fine [...], gli effetti collaterali dello strumento normativo prescelto, la sua "economicità", la fondatezza empirica delle relazioni causali presupposte, la considerazione di fatti ecc.» [R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 45 s. E a con-

clusioni analoghe è giunta anche un'autorevole dottrina penalistica. Vd. F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto di leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, in part. 371 ss. Sul bilanciamento, altresì A. TESAURO, *Il bilanciamento nella struttura della diffamazione tra teoria del reato e teoria dell'argomentazione giudiziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1083 ss.]. Insomma, la discrezionalità del giudice si insinua (quanto meno) nella scelta del *tertium comparationis*; permea l'interpretazione di quest'ultimo come della norma soggetta al giudizio; condiziona la selezione degli elementi di somiglianza tra le due, per contaminare, infine, l'apprezzamento delle *rationes legis*.

Vero ciò, si danno situazioni in cui la disparità di trattamento è agevolmente ravvisabile, anche nella sua accezione sostanziale di ragionevolezza [vale a dire, senza tornare alla ristretta nozione di 'eguaglianza formale', fondata dall'art. 3 comma 1 Cost. sui criteri della "razza, sesso, religione" ecc.: proposta emersa in quasi tutti i contributi ad un incontro di studio occasionato dalla sentenza in oggetto e rifluiti in AA.VV., *Verso un sindacato*, cit. In particolare, vd., *ivi*, F. GIUNTA, 24 s.; G. INSOLERA, 49; N. ZANON, 58].

Tanto per restare ad un tema di *attualità penalistica*, si pensi all'irragionevolezza nel trattamento di alcune fattispecie poste a tutela dell'embrione (come quella attinente al divieto di diagnosi pre-impianto) nel confronto con la disciplina normativa che interessa il feto durante la gravidanza. Soltanto che, in siffatte ipotesi, chi condivide il giudizio sull'impossibilità di desumere dalla Costituzione inequivocabili indicazioni sostanziali [C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della Legge 40/2004, recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, *Dir. pub.*, 2004, 501 ss.] teme che la scure dell'illegittimità possa abbattersi, *a caso*, sulla disciplina sottoposta per prima al controllo di legittimità (in virtù di un poco significativo criterio di preferenza cronologica, forse più inquietante della paventata intromissione *politica* della Consulta nelle sovrane scelte legislative).

Esiste invece almeno un caso in cui il giudizio sulla disparità di trattamento è affatto *trincerato*. Ricorre quando le disposizioni giacciono (addirittura) in un rapporto *strutturale* di specialità l'una rispetto all'altra e la Costituzione soccorra, con la sua gerarchia di valori, a fornire indicazioni sulla maggiore o minore gravità di ciascuna di esse [*amplius*, O. DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 394 del 2006, sui "falsi elettorali"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 100 ss.].

Paradossalmente, si direbbe che sia proprio il diritto penale il settore dell'ordinamento in cui questa (rara) statistica ha maggiore facilità di inverarsi.

Ciò, in considerazione della peculiare conformazione delle fattispecie incriminatrici che, nel regolare situazioni umane, le descrivono seguendo lo schema di piccoli *racconti*: snodandoli secondo uno schema fisso e come tale ricorrente.

Ebbene, il caso deciso dalla Corte nella sentenza n. 394 è proprio uno di quelli, felicissimi (quasi di scuola), in cui il ragionamento trilaterale della Corte ha potuto giovare non soltanto di un nitido rapporto di *genus ad speciem* tra *racconti* (criminali), ma altresì dell'importante contributo della Costituzione, che ha suggerito indizi inequivocabili su quale fosse, tra i due *episodi*, quello più grave.

Lasciamo la parola alla Consulta: «i reati di falso – e di falso documentale in particolare – hanno natura tipicamente strumentale. Comune ad essi è difatti la protezione di un bene giuridico “strumentale intermedio”, tradizionalmente compendiato nella formula “fede pubblica”, intesa quale affidamento dei consociati nella genuinità e veridicità [...]. Questo valore – ed in ciò risiede appunto la sua “strumentalità” – non è fine a se stesso, ma rappresenta un mezzo di protezione di beni “finali” ulteriori, atti ad essere compromessi dalla manipolazione delle predette fonti: beni “finali” che, in rapporto alla loro variegata caratura (patrimoniale, personale, pubblica, collettiva, ecc.), ben possono contribuire a qualificare, sul piano del disvalore, le differenti ipotesi di falso». Se dunque, come nel caso di specie, la condotta costitutiva del delitto codicistico e del reato elettorale speciale è la stessa ed identico è anche il bene strumentale-intermedio “fede pubblica”, «il salto sanzionatorio tra le figure criminose [...] dovrebbe poter trovare giustificazione in considerazioni legate alla diversa pregnanza del bene “finale” [...]. Sennonché, il bene finale tutelato dal reato *de quo* è di rango particolarmente elevato, anche sul piano della rilevanza costituzionale, in quanto intimamente connesso al principio democratico della rappresentatività popolare: trattandosi di assicurare il regolare svolgimento delle operazioni elettorali ed il libero ed efficace esercizio del diritto di voto».

Più chiaro di così ...: la storia riservava all'*episodio più grave il finale meno triste*. Non c'è dubbio che fosse incoerente, irragionevole (non di per sé, bensì nella trama complessiva di una raccolta di storie dalla fine scontata). E che andava quindi cambiata [di diverso avviso G. DI MARTINO, *Brevi osservazioni in tema di norme penali di favore e di reati strumentali*, in *Giur. cost.*, 2006, 4170 ss.].

Siamo allora in grado di fornire una risposta all'interrogativo con cui si chiudeva il paragrafo precedente. Si è detto che il *trinceramento* del giudizio dipende dal concorso di due fattori: rapporto di genere a specie tra due fatti-

*specie-racconto* e referente costituzionale che illumini la scala di (dis-)valore, altrimenti in penombra. Appunto la circostanza che debba essere la Costituzione (e non il giudice, secondo il suo personale apprezzamento) a decidere quale sia il bene più rilevante e quindi il fatto più grave porta a riconsiderare la fisionomia del giudizio di ragionevolezza. Ci sembra infatti che, più che un *parametro*, in materia penale, l'art. 3 Cost. offra un *criterio* (quello della coerenza, della non contraddizione all'interno dell'ordinamento) per decidere la questione di legittimità: mentre quest'ultima continua – come sempre – a fondarsi su un contrasto tra una legge (penale) ed una norma costituzionale.

In sintesi, l'eguaglianza non può mai essere una *regola* su cui fondare il giudizio di legittimità costituzionale *in malam partem* in materia penale. Delle due, infatti, l'una.

L'eguaglianza si atteggia a *principio* (di giustizia ovvero di proporzione, pertinenza ecc.: quelli che secondo la terminologia costituzionalistica prima usata sarebbero, rispettivamente *argomenti* di *giustizia-equità* oppure di *efficienza strumentale*), ed allora può forse costituire il fondamento di una pronuncia di illegittimità *in bonam*, ma mai *in malam partem*: per la scarsa determinatezza che non lo consente (il modello argomentativo sarebbe infatti di tipo *conversazionale*).

Oppure la *regola* è dettata dalla Costituzione (nel caso di specie, dagli artt. 55 ss. Cost.) e la determinatezza è soddisfatta perché il modello risulta *trincerato*. In tal caso, però, l'eguaglianza-*ragionevolezza* (o *ragionevolezza-coerenza*: *argomento di razionalità sistematica*) funge, come si è detto, da *criterio* che permette eccezionalmente alla regola di operare anche *con effetti sfavorevoli*, purché necessari a salvaguardare l'ordine interno del *discorso* normativo. E legittima, all'uopo, *obblighi impliciti di tutela penale* sul piano costituzionale [evenienza d'altro canto da tempo già ammessa, entro questi ristretti termini, da D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 525 ss.]: gli unici, peraltro, giustiziabili dalla Corte [come noto, l'attuazione degli obblighi costituzionali *espresi* è sovente preclusa dall'assenza della norma su cui appuntare il giudizio di legittimità. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, cit., 360 ss.].

La matassa ci sembra così dipanata.

6. *La sentenza n. 394 del 2006 (conclusioni)*. – Riepilogando una volta ancora:

- la funzione para-legislativa *in malam partem* della Corte non è ostacolata in modo insuperabile dalla riserva di legge, poiché connaturata a qualunque attività giurisdizionale e, per di più, espressamente voluta dalla Costituzione;

- essa è invece preclusa dal principio di determinatezza quando la Corte non sia nelle condizioni di applicare *regole*, che *trincererebbero* il giudizio, ma possa soltanto bilanciare principi (secondo il *modello conversazionale*);
  - (fatte salve assai rare eccezioni) non esistono nella Costituzione *regole* (obblighi) espresse (i) di penalizzazione; possono però palesarsene o insorgerne di implicite (i), le volte (invero pochissime) in cui la proposizione costituzionale (dettata per tutt'altro fine che quello penalistico) assuma il ruolo di parametro costituzionale alla cui stregua valutare la stretta *coerenza* tra le parti del sistema;
  - la trasformazione di un principio in *regola* di penalizzazione è certamente assicurata quanto meno in presenza di due requisiti: a) l'esistenza di un rapporto di *genus ad speciem* tra disposizioni normative; b) la maggiore gravità di quella trattata più favorevolmente, desumibile – appunto – alla stregua delle indicazioni costituzionali.
- Ciò vero, si dovrebbero desumere due considerazioni, davvero finali:

La prima è che la Corte, la quale pure ha deciso in modo affatto condivisibile, sembra aver però spinto la motivazione oltre il segno:

- dapprima quando, sul piano astratto e seguendo un orientamento invero consolidato, ha negato a se stessa ogni competenza *in malam partem* in nome della riserva di legge (mentre invece, come si è detto, una competenza concorrente le può ben competere);
- quindi, con riguardo al caso concreto, nel passaggio in cui ha cercato di aggirare l'ostacolo (che si è essa stessa creato) ricorrendo ad un ingegnoso stratagemma retorico: escludendo cioè l'«introduzione di nuove norme o [la] manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali», e registrando piuttosto un'«automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria» (quasi che la seconda non sia conseguenza della prima. Sulla scarsa persuasività della *finzione*, ZANON, in *Verso un sindacato*, cit., 56);
- infine nel momento in cui, allo scopo di delimitare concettualmente e con validità generale l'ambito del suddetto legittimo intervento, ha (ri-)proposto la distinzione (abbozzata nella sent. 161/2004, sulle *nuove false comunicazioni sociali*) fra: a) *norme penali favorevoli*, sottratte al suo sindacato, in quanto “delimitano” l'area di intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione della fattispecie di reato; b) *norme penali di*

*favore*, invece sindacabili, poiché “sottraggono” una certa classe di soggetti o di condotte all’ambito di applicazione di altra norma, più comprensiva. Siffatta contrapposizione, oltre ad essere sprovvista di un adeguato fondamento giustificativo dal punto di vista del diritto positivo, da quello logico non sembra resistere all’obiezione che, nel diritto, *si sottrae* (operatività) appunto *mediante delimitazione* (solitamente proprio della tipicità); mentre, dal punto di vista dogmatico, è quasi superfluo osservare che la qualificazione di elementi specializzanti come elementi costitutivi (dunque, partecipi dell’offesa) ovvero inerenti alla sola punibilità (e come tali ad essa estranei) rappresenta per lo più un problema di interpretazione, risolvibile in modo diverso a seconda delle differenti premesse: sicché, il binomio *norme favorevoli/norme di favore*, alla prova dei fatti, sembra difettare proprio della certezza cui aspirava [dubbi analoghi in F. GIUNTA, in *Verso un sindacato*, cit., 17 ss.; L. MEZZETTI, *ivi*, 33 s.; G. INSOLERA, *Controlli di ragionevolezza*, cit., 678;].

Anche la seconda precisazione potrebbe essere omessa senza rimpianti, se non fosse per un assillo che sembra percorrere i sotterranei della sentenza in oggetto e che concerne, in particolare, il raffronto con quanto deciso in un’altra occasione, poc’anzi richiamata, in cui la Corte dichiarò (invece) inammissibili alcune questioni di legittimità sollevate in relazione alla disciplina delle false comunicazioni sociali.

Ebbene, a nostro avviso, se reali, le preoccupazioni della Corte sarebbero invero eccessive, essendo le due situazioni irriducibilmente diverse.

Si è detto come, ai fini del giudizio di ragionevolezza, non interessi che la norma sia di favore, bensì che essa sia *irragionevolmente* di favore (o favorevole, che dir si voglia: si è spiegato che il distinguo non convince). Ciò, come più volte ricordato, implica la necessità di un confronto con il *tertium comparationis* (nel caso di specie, rappresentato dalla disposizione codicistica in tema di falsità) che – neanche a dirlo (la *coerenza* è un criterio infra-sistematico e non di giustizia intrinseca) – va rinvenuto all’interno dell’ordinamento e deve essere dunque vigente [parla di *specialità sincronica* M. GAMBARDELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *Cass. pen.*, 2007, 467 ss., che in essa ravvisa il criterio atto a contemperare la riserva di legge con il *principio di costituzionalità*]. Laddove esso non fosse reperibile poiché – *facciamo il caso* – abrogato (come le false comunicazioni sociali del 1942), decomposto *il triangolo* in una semplice *retta*, non si potrebbe esperire alcun giudizio di ragionevolezza [a nulla valendo ovviamente che, a seguito dell’eventuale pronuncia di incostituzionalità, la

vecchia norma resusciti o meno: effetto peraltro dubbio. Per la soluzione positiva, tra gli altri, C. PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 350 ss.]. Sicché, una eventuale partita di illegittimità si dovrebbe giocare esclusivamente sul più malfermo tavolo degli obblighi comunitari di tutela (con tanto di *limiti e contro-limiti*), rinunciando alla necessaria determinatezza. Il che, per quanto sgradevole risulti tale conclusione, non conferirebbe alla Corte una legittimazione certa a pronunciarsi in *malam partem*, lasciando *finalmente* (?) sovrano della scelta di incriminazione il solo Parlamento ...

prof. PAOLO VENEZIANI  
Università di Parma

1. *La nozione di norma penale di favore enucleata dalla Corte Costituzionale. In particolare: la distinzione tra norme penali "favorevoli" e norme penali "di favore"*. – Conviene prendere le mosse dall'articolata nozione di "norme penali di favore", descritta dalla Corte Costituzionale.

Innanzitutto, deve trattarsi di norme che stabiliscano, per determinati *soggetti* o *ipotesi*, un trattamento penalistico *più favorevole* di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme *generali o comuni*.

Inoltre, esse si caratterizzano per l'effetto di *sottrarre* determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo. Ciò – precisa la Consulta – a prescindere dall'istituto o dal mezzo tecnico tramite il quale tale trattamento si realizza (previsione di una scriminante, di una causa di non punibilità, di una causa di estinzione del reato o della pena, di una circostanza attenuante o di una figura autonoma di reato punita in modo più mite).

Infine, la nozione di norma penale di favore è il risultato di un giudizio di relazione fra due o più norme *compresenti* nell'ordinamento in un dato momento. La Corte Costituzionale esclude infatti espressamente che la qualificazione di una norma come "di favore" possa esser fatta discendere dal raffronto tra una norma vigente ed una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale o di mitigazione della risposta punitiva.

A ulteriore esplicitazione di tali assunti, la Corte individua i criteri di identificazione delle norme penali di favore, introducendo il distinguo tra "*norme penali favorevoli*" e "*norme penali di favore*". Le prime "*delimitano*" l'area di

intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione della fattispecie di reato. Le seconde, invece, “sottraggono” una certa classe di soggetti o di condotte all’ambito di applicazione di altra norma, maggiormente comprensiva: e laddove una siffatta sottrazione si risolva nella configurazione di un trattamento privilegiato, la qualificazione di tali norme penali come “di favore” va di pari passo con la sindacabilità delle medesime *in malam partem*, nella prospettiva dell’art. 3 Cost. ed in base al canone della ragionevolezza.

Se dunque questa è la prima volta che la Corte si spinge fino a dichiarare l’incostituzionalità di una disciplina favorevole al reo in nome del principio di uguaglianza, ossia censurandola per irragionevole mitezza [così M. GAMBARDILLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 467 ss.; F. GIUNTA, in *Il controllo di costituzionalità delle norme di favore. Verso un sindacato di legittimità delle scelte politico-criminali?*, a cura di L. ZILLETI e F. OLIVA, Pisa, 2007, p. 13; cfr. altresì D. PULITANÒ, *Principio di eguaglianza e norme penali di favore*, in *Corr. Merito*, 2007, p. 209 ss.], l’innovazione ed il valore di precedente di questa sentenza sottendono comunque un atteggiamento di *self-restraint*, che mira a rassicurare circa gli sviluppi futuri della giurisprudenza costituzionale *in subiecta materia*. La nozione di norma penale di favore elaborata dalla Corte è infatti senza dubbio restrittiva, e per così dire “convenzionale”, quasi che i Giudici delle leggi, in uno con la medesima, abbiano inteso dettare con prudente discrezionalità i confini che non possono essere oltrepassati.

Invero, il sindacato di ragionevolezza *in malam partem* è limitato a norme speciali, che stabiliscano un trattamento più favorevole in rapporto a norme generali. Il primo presupposto necessario è quindi rappresentato da un rapporto di specialità (aggiungerei, per evitare equivoci, *in astratto*), sulla falsariga del disposto dell’art. 15 c.p.

È dunque imprescindibile che il controllo di ragionevolezza preservi una geometria triangolare, ossia che sia individuabile il c.d. *tertium comparationis* (la norma generale) con cui mettere a confronto la norma penale di favore (speciale) impugnata [O. DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte Costituzionale in un caso facile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 121; G. INSOLERA, in *Il controllo di costituzionalità*, cit., p. 39 ss.; da ultima, M. GRASSI, *La Corte Costituzionale e il sindacato di legittimità in malam partem*, in *Ind. Pen.*, 2007, p. 141 ss.], fermo restando che la triangolazione si chiude con il riferimento all’art. 3 Cost., ed al canone superiore di ragionevolezza.

In altre parole, la verifica attiene non già al piano della ragionevolezza interna, o *intrinseca*, della disposizione di favore, bensì a quello della ragione-

volezza *esterna*: proprio nella misura in cui la norma penale di favore è speciale, la ragionevolezza o meno del trattamento dalla medesima previsto non può essere valutata in sé, ma soltanto attraverso il confronto con il trattamento stabilito dalla norma generale.

È noto, peraltro, come al criterio di specialità si ricorra altresì per dirimere le problematiche in tema di successione di norme penali nel tempo in senso lato; ed è altrettanto risaputo come l'irragionevolezza della *lex mitior* sia stata di recente lamentata in rapporto all'*abolitio criminis* di talune note (sotto)fattispecie.

È allora opportuna la precisazione della Consulta, secondo la quale il giudizio triadico deve avvenire in una dimensione sincronica, e non diacronica: ossia la norma di favore speciale e la norma generale che funge da *tertium comparationis* debbono essere entrambe compresenti nell'ordinamento, vale a dire entrambe *vigenti* [come esattamente precisa M. GAMBARDELLA, *op. cit.*, p. 476, la specialità sincronica può essere non solo originaria, come nel caso di specie, ma anche sopravvenuta, nel senso che la norma speciale si aggiunge a quella generale].

I limiti della definizione delle norme penali di favore contribuiscono dunque a segnare – al tempo stesso – i confini del divieto, per la Corte, di emettere decisioni *in malam partem* in materia penale.

La Consulta intende ricostruire questo divieto, in ossequio al principio di riserva di legge sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., non già come assoluto, bensì come *tendenzialmente assoluto*.

Invero, i Giudici costituzionali richiamano innanzitutto la propria consolidata giurisprudenza, secondo cui – in linea generale – risulta preclusiva, rispetto all'adozione di pronunce *in malam partem* in materia penale, non già una ragione meramente processuale di irrilevanza (nel senso che l'eventuale decisione di accoglimento non potrebbe trovare comunque applicazione nel giudizio *a quo*) ma (e innanzitutto) una ragione sostanziale, intimamente connessa al principio della riserva di legge.

Invero, anche nella sentenza n. 394 del 2006 la Consulta ribadisce in maniera affatto netta come la riserva di legge comporti la necessità che spetti al legislatore – e precisamente al Parlamento, in quanto rappresentativo dell'intera collettività nazionale – la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili: con la conseguenza che la Corte Costituzionale non può né creare nuove fattispecie criminose, né estendere quelle esistenti a casi non previsti, né incidere *in peius* sulla risposta punitiva o comunque su aspetti inerenti alla punibilità.

Ma, ad avviso della Corte, la preclusione dello scrutinio di costituzionalità *in malam partem* non può essere intesa come assoluta, giacché – se così fosse – si avallerebbe uno scenario palesemente incongruo, “venendosi a riconoscere, in sostanza, che il legislatore è tenuto a rispettare i precetti costituzionali se effettua scelte di aggravamento del trattamento penale, mentre può violarli senza conseguenze, quando dalle sue opzioni derivi un trattamento più favorevole” (C. Cost., par. 6.1).

La sola tendenziale assolutezza del divieto in oggetto si coglie proprio nella prospettiva dello scrutinio di costituzionalità *in malam partem* delle c.d. norme penali di favore, non precluso dall’art. 25, secondo comma, Cost., a fronte della “ineludibile esigenza di evitare la creazione di «zone franche» dell’ordinamento [...], sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali il legislatore potrebbe di fatto operare svincolato da ogni regola, stante l’assenza d’uno strumento che permetta alla Corte di riaffermare il primato della Costituzione sulla legislazione ordinaria” (C. Cost., par. 6.1).

Ed è proprio sulla base della definizione di norma penale di favore che la Consulta distingue tra ciò che le è consentito e ciò che le è precluso, pena la violazione del principio di legalità, segnatamente nella prospettiva della riserva di legge.

Infatti: nessuna lesione dell’art. 25, secondo comma, Cost., laddove il sindacato abbia ad oggetto una norma penale di favore, intesa secondo le caratteristiche restrittive sopra sintetizzate. *Vulnus* che viceversa si produrrebbe, qualora un sindacato siffatto venisse esteso alle norme penali “favorevoli”.

Queste ultime, secondo la Corte Costituzionale, si traducono in dati normativi che esprimono una valutazione legislativa in termini di “meritevolezza” ovvero di “bisogno” di pena, idonea a caratterizzare una precisa scelta politico-criminale: scelta cui la Corte non potrebbe sovrapporre – senza esorbitare dai propri compiti ed invadere il campo riservato dall’art. 25, secondo comma, Cost. al legislatore – una diversa strategia di criminalizzazione volta ad ampliare, tramite ablazione degli elementi stessi, l’area di operatività della sanzione (così C. Cost., par. 6.1).

Ne risulta quindi confermato il ruolo centrale che riveste, nell’economia della decisione, la distinzione tra norme favorevoli e norme di favore. Di riflesso, pesano, sugli scenari che la decisione medesima dischiude, alcune ambiguità che tale distinzione reca in sé: ambiguità, forse, non soltanto linguistiche [così invece O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 106].

## 2. Controllo di ragionevolezza in *malam partem* e tecniche di formulazione

della *lex mitior*. – Innanzitutto, pare che il meccanismo di controllo di ragionevolezza individuato dalla Consulta, e basato sul confronto triadico tra la norma speciale (sospetta di favore) ed il *tertium comparationis* generale possa sollevare una serie di difficoltà sul piano pratico-applicativo. Ebbene, tali difficoltà sono inesorabilmente destinate a colorare in termini di incertezza il limite che la Consulta si è posta nel sindacato *in malam partem*, valicato il quale entra in crisi la riserva di legge.

Una prima difficoltà può derivare dalle tecniche di formulazione a disposizione del legislatore per introdurre la *lex mitior*.

In questa prospettiva, ci si è chiesti se e in che misura sull'individuazione della norma penale di favore possa influire la tecnica normativa adoperata per conseguire l'effetto discriminatorio *in bonam partem* [F. GIUNTA, *op. cit.*, p. 16 ss.].

Ebbene, secondo la stessa Corte Costituzionale, la sottrazione “di favore” di gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma generale, può essere sindacata *in malam partem* “a prescindere dall'istituto o dal mezzo tecnico tramite il quale tale trattamento si realizza”. L'elencazione degli istituti e dei mezzi tecnici fornita dalla Corte medesima sembra avere carattere esemplificativo (“previsione di una scriminante, di una causa di non punibilità, di una causa di estinzione del reato o della pena, di una circostanza attenuante o di una figura autonoma di reato punita in modo più mite”). Quindi, se il legislatore fa opera di “sottrazione” – sembra voler dire la Corte – non importa di quale strumento si serva: il risultato di favore è comunque sindacabile in termini di ragionevolezza.

Ma non pare che questa precisazione della Corte consenta di risolvere agevolmente una serie di nodi problematici, ai quali si può solo accennare in questa sede.

In primo luogo, laddove l'intervento legislativo venga a restringere l'area del penalmente rilevante, lo strumento utilizzato – ossia la natura giuridica della non punibilità – può non essere indifferente.

Forse non è casuale che – nello “strumentario” che si rinviene nella sentenza della Consulta – non compaia il riferimento ad un'ipotesi alquanto problematica, ossia alla non punibilità che sottenda un vero e proprio limite della tipicità del fatto, tale da erodere la portata di una fattispecie previgente.

Da un lato – come si è anticipato poc'anzi – il carattere esemplificativo degli istituti elencati dalla Corte sembra significare che non conti il mezzo, quanto il risultato, ossia l'avvenuta “sottrazione” di un'ipotesi, o di un certo novero di soggetti, dall'area generale del penalmente rilevante (o di un tratta-

mento penale più severo). D'altro lato, la restrizione operata sul piano della tipicità pare coincidere con una delimitazione dell'ambito di intervento della norma penale, e quindi rientrare nella prospettiva di una scelta insindacabile del potere legislativo.

Quand'anche la sottrazione e la delimitazione venissero intese come operazioni sostanzialmente equivalenti (sottrazione e/o delimitazione), entrambe sindacabili *in malam partem* laddove irragionevoli, purché entro i limiti di un controllo esterno e a fronte della comparazione tra norma speciale e norma generale [O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 106], il problema non sarebbe meno complesso, e le soluzioni non sarebbero meno opinabili.

La rimodulazione della tipicità del fatto può infatti avvenire a livello di disciplina generale, senza cioè creare una *lex specialis* che si presti ad essere censurata attraverso la comparazione in chiave di ragionevolezza con il *tertium*: il che sposta il ragionamento su quanto possa essere considerato appagante l'impianto delineato dalla Consulta, nel momento in cui lascia libero il legislatore di creare zone franche, solo osservando le opportune cautele dal punto di vista della tecnica legislativa.

In altri termini, l'eventualità di un sindacato di ragionevolezza *in malam partem* può essere elusa dal legislatore, che intervenga su una fattispecie incriminatrice rimodellandone i confini della tipicità, così delimitandola ma al tempo stesso sottraendo determinate condotte (o determinati soggetti: si pensi alla riformulazione dei soggetti attivi nei reati propri) dalla portata della medesima. In ipotesi siffatte, la Corte dovrebbe arrestarsi davanti al limite che essa stessa si è posta, avendo escluso che il sindacato di ragionevolezza *in malam partem* possa estendersi al raffronto tra una norma vigente ed una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale (o di mitigazione della risposta punitiva).

Non così invece laddove il legislatore lasci coesistere una sottofattispecie speciale (assistita da una causa di non punibilità, o punita in maniera risibile, *et similia*) accanto ad una fattispecie generale che funga da *tertium comparationis*.

Inoltre, spesso può risultare opinabile la presenza o meno di una sottofattispecie di favore speciale e non punibile rispetto ad una fattispecie generale punibile, proprio perché la previsione di non punibilità – ancorché promanante da una distinta disposizione *ad hoc* – può essere intesa come un limite della tipicità di una norma incriminatrice unitaria, così ricadendo nell'ipotesi sopra considerata.

Si pensi, ad esempio, all'introduzione di una soglia di punibilità, al di sotto

della quale una certa ipotesi (in precedenza punibile) non è più tale. In altri termini, anche nell'ottica di un sindacato di ragionevolezza esterna potrebbero risultare tanto non oziose, quanto di non facile soluzione, le dispute circa la natura giuridica di talune ipotesi di "non punibilità", in uno con la possibilità o meno di ravvisare un rapporto di specialità tra norme compresenti nell'ordinamento.

In proposito, sono state richiamate in dottrina le questioni di costituzionalità sollevate sulla disciplina delle false comunicazioni sociali, aventi ad oggetto le soglie di punibilità sospettate di irragionevolezza.

Più precisamente, ci si è chiesti che cosa distingua, alla stregua della definizione di norma di favore elaborata dalla Corte, il caso deciso in tema di falsi elettorali da quello concernente il rapporto tra primo comma dell'art. 2621 c.c. e terzo e quarto comma della stessa norma (ovvero delle corrispondenti disposizioni contenute nell'art. 2622 c.c.) [G. INSOLERA, *op. cit.*, p. 41 ss., che sottolinea le proiezioni comunitarie della problematica; su tali proiezioni, effetto della compresenza di norme in un assetto delle fonti "reticolare", V. MANES, *Norme penali di favore, no della Consulta*, in *Dir. giust.*, n. 46, 2006, p. 31; sulla sentenza della Consulta in oggetto, nella prospettiva di un più ampio studio sulla ragionevolezza *in criminalibus*, ancora V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 739 ss. e spec. p. 748 ss.].

Nell'ambito dello stesso articolo – si osserva – è previsto il fatto punibile e per esso tuttavia è successivamente esclusa la punibilità, quando la condotta decettiva abbia prodotto determinati risultati (alterazione non "sensibile" della situazione economica, una variazione del risultato economico di esercizio inferiore a determinate soglie) [G. INSOLERA, *op. cit.*, p. 50].

Se ne è tratta la conclusione che tali regole, "compresenti" nell'ambito della medesima disposizione di legge, siano tra loro in rapporto di specialità, tale per cui laddove ricorra l'elemento specializzante viene ad essere esclusa addirittura la punibilità [G. INSOLERA, *op. cit.*, p. 50].

Sicché "qualora si fosse giunti ad una censura di irragionevolezza verso la scelta legislativa – come si riteneva da parte dei giudici remittenti di Milano – in termini evidentemente omologhi al caso di recente deciso, la Corte avrebbe potuto procedere con un intervento ablativo dei commi 3° e 4° dell'art. 2621 c.c. (ovvero 5° e 6° dell'art. 2622 c.c.), così riespandendo la portata punitiva generale del primo. Né ci sembra possibile obiettare che in questo caso si sarebbe finito col neutralizzare una scelta di depenalizzazione e non di irragionevole riduzione della risposta punitiva. L'argomentare della Corte coinvolge *a fortiori*

anche la prima ipotesi, come forma più grave di discriminazione per tipologie di condotte: e, del resto, espressamente in questo senso si esprime la sentenza n. 394/06 (al punto 6.1)” [così testualmente G. INSOLERA, *op. cit.*, pp. 50-51].

Tali considerazioni paiono ineccepibili, laddove le ipotesi di non punibilità ivi previste si possano effettivamente considerare speciali rispetto alla norma incriminatrice generale. Ogni dubbio in proposito sembra essere dissipato dopo che il legislatore, con la l. 28 dicembre 2005, n. 262, ha introdotto il quinto comma dell’art. 2621 c.c. (e analogamente vedasi l’ultimo comma dell’art. 2622 c.c.), che contempla una fattispecie di illecito amministrativo, proprio per i casi previsti dai precedenti commi terzo e quarto.

Tale illecito amministrativo è infatti chiaramente speciale rispetto al modello criminoso generale, che dunque si presta a fungere da *tertium comparationis*. Margini di opinabilità sembra invece presentare la conclusione che le ipotesi di non punibilità *de quibus* fossero *ab origine* norme speciali, e non già limiti generali della fattispecie incriminatrice, per quanto dettati da una diversa disposizione: ben potendo il precetto scaturire da disposizioni distinte, che descrivono i contorni della tipicità ora in positivo, ora in negativo.

3. *I rischi di “relativizzazione” della riserva di legge.* – In definitiva: l’essere pro o contro la sentenza in oggetto non può rappresentare unicamente il risultato della verifica di un uso corretto del criterio di ragionevolezza.

Infatti, l’applicazione di tale criterio presuppone in primo luogo la tenuta sostanziale della distinzione tra norme di favore e favorevoli: tenuta che – come si è visto – è alquanto dubbia, con il conseguente concreto pericolo di sconfinamenti in ambiti riservati al legislatore.

Ma anche ammettendo che il riferimento al sottrarre/delimitare si traduca in sostanza in un’endiadi, e che ciò conti in realtà siano le “rime obbligate” entro cui deve mantenersi la valutazione comparativa di ragionevolezza, sembra corretto domandarsi se siano davvero “rarissimi” [O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 106] i casi in cui sia dato di ravvisare quel rapporto di specialità – sia pure desumibile da schemi logico-formali e depurato da mediazioni teleologiche, o assiologiche, *et similia* – che è condizione necessaria del sindacato *in malam partem*: e l’operazione di censimento sarebbe non certo agevole, atteso il controverso inquadramento di non poche ipotesi (basti citare ad ulteriore esempio quella della non punibilità degli atti sessuali tra minorenni, *ex art. 609-quater c.p.*, considerata ora limite della tipicità del fatto, ora causa di giustificazione, ora causa di esclusione della colpevolezza, ora causa di non punibilità in senso stretto).

Infine, se quei casi risultassero davvero così rari, sorgerebbe il sospetto che ve ne siano molti altri, addirittura più gravi, che sfuggono al sindacato della Corte, ma che in futuro – *a fortiori* – vi potrebbero ricadere, allorché i Giudici delle Leggi decidano di spingersi oltre nella direzione intrapresa.

Quindi, ammettere il controllo di ragionevolezza delle norme penali di favore (come definite dalla Consulta) secondo lo schema triadico, significa non solo affermare, nel presente, la natura meramente tendenziale del divieto di decisioni *in malam partem* in materia penale; ma anche muovere nel senso di una vera e propria relativizzazione di tale divieto, e con esso del principio di riserva di legge [sulla necessaria limitazione dei poteri della Consulta nel sistema politico istituzionale che sorregge l'art. 25, comma 2, Cost., M. DONINI, G. INSOLERA, *Considerazioni introduttive*, in *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di G. INSOLERA, Bologna, 2005, p. 18; paventa il rischio di “valutazioni ed argomentazioni metacostituzionali ed extragiuridiche” A. LANZI, *Considerazioni sull'eventualità di un sindacato di ragionevolezza sulle scelte politico-criminali*, in *Ind. Pen.*, 2005, p. 895 ss.].

Già in base alla motivazione della sentenza n. 394 del 2006, questo sindacato (che nel caso di specie ha condotto all'intervento ablativo di una fattispecie penale speciale irragionevolmente punita in maniera troppo mite rispetto a quella generale, con conseguente riespansione di quest'ultima) sembra *a maggior ragione* – e quindi senz'altro *ragionevolmente* – destinato ad estendersi ad ipotesi ulteriori, in cui il legislatore addirittura depenalizzi, o comunque renda non punibili, alcune sotto-fattispecie, senza che sia possibile ravvisare un rapporto di specialità tra norme compresenti nel sistema.

Si è visto, del resto, come il criterio distintivo “formale” tra norme “di favore” e norme “favorevoli” – la cui capacità selettiva è meno evidente di quanto possa apparire in prima battuta – possa rivelarsi poco appagante, e forse poco ragionevole, nella misura in cui abilita al sindacato quando si discute della pagliuzza, mentre può inibirlo quando ci si trova dinnanzi ad una trave.

Per paradosso: se il legislatore riformulasse i reati societari non contemplando più come ipotesi rilevanti la falsità in bilancio, o estromettendo *tout court* gli amministratori dal novero dei soggetti attivi, la Consulta non potrebbe intervenire. O forse, potrebbe procedere al passaggio ulteriore, in base ad un evidente argomento *a fortiori*, liberandosi delle pastoie del giudizio triadico.

Se poi la vera finalità della distinzione tra norme favorevoli e norme di favore è quella di sindacare le c.d. leggi *ad personam* [in argomento, E.

DOLCINI, *Leggi ad personam, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, cit., p. 59 ss.), quel passaggio sarebbe necessario per raggiungere l'obiettivo, poiché le leggi *ad personam*, intese come leggi che mirano nella sostanza a favorire determinate persone (ma pur sempre leggi, generali e astratte: con l'inevitabile effetto collaterale di favorire anche altri) possono essere congegnate in modo da recare il favore o l'odioso privilegio senza farlo discendere da una norma speciale nel senso sopra precisato: con danni ancora maggiori per la tenuta del sistema e per la collettività.

In breve: è il ragionevole argomento *a fortiori* che può minare la distinzione tra norma penale di favore e norma penale favorevole, e con essa il non insormontabile argine che la stessa Corte ha costruito per auto-limitare il proprio sindacato *in malam partem*.

4. La funzione "paralegislativa" della Consulta, tra "riespansione" della norma generale e "ripristino" della norma abrogata. – Una sorta di cartina di tornasole per verificare gli esiti sin qui delineati è rappresentata dal meccanismo ablativo con cui si estrinseca l'intervento della Corte sulla norma di favore, con effetti *in malam partem*.

"In simili frangenti" – precisa la Corte – "la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva: l'effetto *in malam partem* non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria. Tale riespansione costituisce una reazione naturale dell'ordinamento – conseguente alla sua unitarietà – alla scomparsa della norma incostituzionale: reazione che si verificherebbe in ugual modo anche qualora la fattispecie derogatoria rimossa fosse più grave; nel qual caso a riespandersi sarebbe la norma penale generale meno grave, senza che in siffatto fenomeno possa ravvisarsi alcun intervento creativo o additivo della Corte in materia punitiva" (C. Cost., par. 6.1).

Anche sotto questo profilo, si alimentano ulteriormente i dubbi circa l'efficacia della distinzione tra norma penale di favore e norma penale favorevole: il meccanismo ablativo dell'una come dell'altra è molto simile. Perché l'ablazione della norma di favore non confliggerebbe con la riserva di legge mentre un conflitto siffatto si registrerebbe in caso di ablazione di norma favorevole? La spiegazione offerta sul punto dalla Consulta non pare uno dei passaggi più convincenti della motivazione.

Si è visto altresì come la nozione di norma penale di favore sia il risultato di un giudizio di relazione fra due o più norme compresenti nell'ordinamento in un dato momento: rimanendo escluso che detta qualificazione possa esser fatta discendere dal raffronto tra una norma vigente ed una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale o di mitigazione della risposta punitiva. In quest'ultimo caso, secondo la Consulta, la richiesta di sindacato *in malam partem* mirerebbe non già a far riespandere la portata di una norma tuttora presente nell'ordinamento, quanto piuttosto a ripristinare la norma abrogata, espressiva di scelte di criminalizzazione non più attuali: operazione, questa, senz'altro preclusa alla Corte, in quanto chiaramente invasiva del monopolio del legislatore su dette scelte.

Ma anche per la norma abrogata si potrebbe sostenere che il "ripristino" equivale nella sostanza alla "riespansione" della legge previgente (non creata certo dalla Consulta, bensì dal Parlamento); e che tale ripristino/riespansione sarebbe in piena sintonia con la *ratio* di consentire un controllo *in malam partem*, necessario ad evitare che il legislatore possa violare senza conseguenze i precetti costituzionali, quando dalle sue scelte derivi un trattamento più favorevole.

A maggior ragione, si potrebbe essere tentati di far valere questi argomenti anche al di là dei limiti formali sopra descritti, per ancorarli a considerazioni sostanziali e ben più elastiche, così appunto da relativizzare il divieto di decisioni *in malam partem* della Corte.

Ma sarebbero questi approdi tranquillizzanti sotto il profilo del rispetto della riserva di legge?

5. *Il parametro utilizzato dalla Corte ai fini del giudizio di ragionevolezza.* – La sentenza in esame dichiaratamente si colloca nel solco della giurisprudenza della Corte, secondo la quale la configurazione delle ipotesi criminose e la determinazione delle sanzioni per ciascuna di esse rientrano nella discrezionalità del legislatore. Gli apprezzamenti in ordine alla "meritevolezza" ed al "bisogno di pena", sia sotto il profilo dell'*an* della penale responsabilità che sotto quello del *quantum* (segnatamente della individuazione delle cornici edittali di pena), vengono riconosciuti alla stregua di prerogative di natura tipicamente politica.

Pertanto, la Corte si riserva su tali scelte legislative un sindacato di merito, unicamente laddove "esse trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio, come avviene allorquando la sperequazione normativa tra fattispecie omogenee assuma aspetti e dimensioni tali da non potersi considerare sor-

retta da alcuna ragionevole giustificazione” (C. Cost., par. 7.1).

È fin troppo semplice rilevare come un parametro siffatto non brilli certo per determinatezza. Ma è anche vero che la Corte valuta la manifesta irragionevolezza non in sé, ma attraverso il complesso meccanismo che in precedenza si è cercato di delineare, e che dovrebbe arginare entro limiti sufficientemente certi la valutazione ed il bilanciamento di interessi operati dai Giudici delle leggi in rapporto ai casi sottoposti al loro esame. Si ripropongono dunque i problemi ed i rilievi già formulati in precedenza, in chiave volutamente astratta, e cioè a prescindere dal caso concreto oggetto della decisione in commento, al quale tuttavia è opportuno a questo punto dedicare almeno un breve cenno.

6. *Il caso “facile” e quelli “meno facili”*. – Per evitare equivoci, va sottolineato a chiare lettere come le ipotesi dichiarate incostituzionali fossero senza alcun dubbio manifestamente irragionevoli, secondo i parametri delineati dalla Consulta, e comunque rappresentassero un esempio paradigmatico di pessimo uso del proprio potere da parte del Parlamento, per di più in un settore – quello dei reati elettorali – che rende di immediata evidenza la sovrapposizione tra gli interessi della “casta” [ormai per antonomasia quella politica, visto il successo dell’omonimo libro di RIZZO e STELLA] e gli interessi dei cittadini.

Basti ricordare come con gli originari secondo e terzo comma degli artt. 100 del d.P.R. n. 361 del 1957 e 90 del d.P.R. n. 570 del 1960 il legislatore avesse introdotto, nell’ambito dei reati elettorali, due autonomi delitti di falso documentale, in rapporto rispettivamente alle elezioni politiche e alle elezioni amministrative.

Si trattava di figure criminose dal contenuto eterogeneo, che comprendevano sotto severe cornici edittali (reclusione da uno a sei anni nell’art. 100 del d.P.R. n. 361 del 1957; reclusione da due a cinque anni, oltre la multa, nell’art. 90 del d.P.R. n. 570 del 1960, cui si sostituiva, in entrambi i casi, la reclusione da due a otto anni, oltre la multa, nel caso di fatto commesso da appartenente all’ufficio elettorale) una pluralità di sottofattispecie di falso, speciali rispetto alle corrispondenti falsità documentali dettate dal codice penale.

Il quadro era stato modificato dalla legge 2 marzo 2004, n. 61, in particolare enucleando dal corpo delle suddette figure delittuose speciali i falsi concernenti le liste di elettori e di candidati, e configurando questi ultimi falsi come mere contravvenzioni punite con la sola ammenda.

In sintesi, queste fattispecie di falsità, speciali rispetto alle altre ipotesi di fal-

so elettorale (a loro volta speciali in rapporto alle norme codicistiche), risultavano non solo punite in maniera irragionevolmente troppo mite, ma anche soggette ad una disciplina del tutto incongrua rispetto alle altre falsità: basti pensare alla possibilità di estinguere il reato mediante oblazione, *ex art.* 162 c.p.

Ha avuto buon giuoco, quindi, la Consulta a derivarne il connotato tipico delle norme penali di favore, e a dichiararne l'incostituzionalità nella prospettiva dell'art. 3 Cost., non senza un'ampia analisi dei beni giuridici sottesi alle incriminazioni in materia elettorale.

Ciò che appare addirittura paradossale nella scelta di degradare ad illecito penale bagatellare le false autenticazioni delle firme dei presentatori delle liste, così come quelle di accettazione della candidatura da parte dei candidati, è che il Parlamento aveva incomprendibilmente (dal punto di vista razionale) rinunciato a tutelare con un efficace strumento penale (pur mantenendolo per le altre ipotesi di falso) una fase fondamentale del procedimento elettorale. E il paradosso resta di perdurante attualità, se è vero che a molti mesi di distanza dalle ultime elezioni politiche ancora si sono lamentati brogli e si è messa in dubbio la correttezza del responso delle urne, proprio da chi in Parlamento ha dato un contributo fondamentale all'affossamento di una parte non trascurabile dell'apparato preposto alla tutela penale del corretto funzionamento del meccanismo elettorale (peraltro, con effetti di favore assolutamente "trasversali").

Ma è sui "casi meno facili" che va misurata la tenuta della costruzione teorica: questi potrebbero non fare difetto, e spingere verso la ricerca di criteri non meramente formali, bensì caratterizzati in termini di contenuto, traendo spunto dalle indicazioni promananti dalla stessa Carta costituzionale.

Invero, si è osservato come, dichiarando l'incostituzionalità delle disposizioni suddette, la Corte abbia in pratica smantellato pezzo per pezzo la norma incriminatrice, trasformandola – non senza contraddizione – in un qualche cosa di diverso rispetto alla figura voluta dal legislatore [G. INSOLERA, *op. cit.*, p. 51].

Ciò potrebbe risultare ben più difficile da accettare in casi maggiormente opinabili sotto il profilo dei risultati del vaglio di ragionevolezza, anche in rapporto ai valori implicati.

Fra i molteplici scenari che si sono immaginati, una ipotetica scelta del legislatore di punire in maniera assai mite l'omicidio del consenziente, o *a fortiori* di regolare attraverso la depenalizzazione di tale fattispecie il problema dell'eutanasia su richiesta del paziente, potrebbe essere sindacata dalla Consulta, come se non si trattasse di un'opzione politico-criminale di merito, come tale

compresa nella sfera della riserva di legge (pur con tutti i margini di discutibilità della stessa), bensì di una irragionevole disparità di trattamento, censurabile senza alcun *vulnus* del monopolio del Parlamento [F. GIUNTA, *op. cit.*, p. 21].

7. *Osservazioni conclusive.* – È già iniziata la ricerca – alla quale si possono dedicare solo alcuni cenni, in conclusione del presente contributo – di argini più sicuri, in grado di meglio segnare i limiti del sindacato di ragionevolezza sulla *lex mitior* da parte della Consulta, e parallelamente di evitare una relativizzazione eccessiva della riserva di legge.

Mentre nulla si obietta a un sindacato di ragionevolezza sulle discriminazioni tra categorie di soggetti, più ardua pare l'ammissibilità di analogo vaglio avente ad oggetto tipologie di condotte. Su quest'ultimo versante, si affaccia il dubbio che il controllo di ragionevolezza *in malam partem*, per quanto contenuto nell'ormai noto schema triadico, finisca per indebolire la convinzione, espressa in sentenza, di lasciare indenne il monopolio legislativo circa le opzioni di politica criminale. Ciò proprio a fronte della scarsa fiducia nella tenuta della distinzione, operata dalla Corte, tra norme di favore compresenti con norme generali da un lato, e fenomeno della delimitazione dell'area della punibilità, che non consentirebbe un sindacato ed una riespansione della norma antecedente più lata, dall'altro: ovverosia, in ultima analisi, nell'effettiva possibilità di operare una convincente differenziazione *concettuale* tra il gesto legislativo che *sottrae* dall'area del penalmente rilevante talune tipologie di condotta e quello che *delimita* l'area medesima [G. INSOLERA, *op. cit.*, pp. 49-50].

Sempre muovendo da una valutazione critica della sentenza n. 394 del 2006 della Consulta, si è avvertita l'esigenza di preservare dal sindacato le scelte politico-criminale attinenti all'*an* e al *quantum* della punizione operate dal legislatore, per quanto opinabili, tranne che nei casi in cui venga in considerazione una concezione ristretta della ragionevolezza, intesa come precipitato del principio dell'uguaglianza di trattamento in senso stretto, ai sensi dell'art. 3, comma 1, Cost.: e cioè solo quando la Corte abbia a censurare discriminazioni dei cittadini per sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche nonché condizioni personali o sociali.

In queste ipotesi, infatti, il controllo dei Giudici costituzionali si fonda su un parametro definito e si estrinseca effettivamente in valutazioni intrasistematiche delle scelte legislative; e ciò, indipendentemente dalla circostanza che la scure del suo giudizio si abbatta su norme incriminative o di favore. Al contrario, negli altri casi l'accertamento della sproporzione per difetto passa attraverso valutazioni di merito e apprezzamenti politico-criminali, del tutto si-

mili a quelli coperti dal principio della riserva di legge, posto che il parametro della ragionevolezza viene a rilevare come autonomo criterio di razionalità intrinseca della normativa [così testualmente F. GIUNTA, *op. cit.*, p. 23 ss.].

Alla obiezione di fondo mossa all'impianto della pronuncia n. 394 del 2006, secondo cui la Corte si cimenta in valutazioni di critica legislativa attinenti al merito politico-criminale che si sovrappongono indebitamente a quelle del legislatore [F. GIUNTA, *op. cit.*, *passim*], si potrebbe replicare che, in fondo, non ha senso negare il potere normativo anche *in malam partem* della Consulta, giacché anche il giudice ordinario ha un ruolo creativo *in criminalibus* [O. DI GIOVINE, *op. cit.*, pp. 108-109].

In proposito, è noto come la genesi delle fattispecie penali possa essere riguardata da due punti di vista: rispettivamente, *in the books* e *in action*. Nel "diritto vivente", sono numerosi i casi in cui la giurisprudenza amplia i confini di fattispecie persistenti, dando vita nella sostanza a nuove (sotto)fattispecie e così rendendo penalmente rilevanti fatti in origine esclusi dalla sfera dello *ius criminale*. Talvolta, il legislatore interviene a dettare un nuovo modello criminoso, che si limita nella sostanza a recepire l'orientamento giurisprudenziale che già riconosce come penalmente rilevante la medesima ipotesi (con interpretazione estensiva talora sconfinante in vera e propria applicazione analogica), così sovrapponendo l'incriminazione legale a quella di matrice giurisprudenziale. In altri casi, l'intervento del legislatore comporta una deroga rispetto alla estensione giurisprudenziale di una fattispecie penale preesistente. Né mancano ipotesi in cui la legge produce un'*abolitio criminis* della fattispecie penale di creazione giurisprudenziale [anche per le opportune esemplificazioni, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999, p. 71 ss.; sono del resto rinvenibili anche casi di "successione di norme penali giurisprudenziali nel tempo": paradigmatica la vicenda della qualifiche soggettive degli operatori bancari, su cui P. VENEZIANI, *Le qualifiche soggettive degli operatori bancari secondo le Sezioni Unite della Cassazione*, in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 517 ss.].

Sul versante della determinatezza, se ne è ricavata la conclusione per cui tale principio, calato *in action*, "non funziona come dovrebbe", visti appunto i frequenti aggiramenti giudiziali del divieto di analogia, *aliis verbis* i percorsi attraverso i quali i nostri giudici creano nuove fattispecie penali. E almeno altrettanto compromessa risulta – nel diritto vivente – la tenuta della riserva di legge, laddove è il giudice ad intaccare il monopolio del legislatore quanto a creazione delle fattispecie penali, ed è il legislatore a rincorrere il diritto penale di creazione giurisprudenziale, per confermarne le scelte "interpretative", o

per modificarle, o per cancellarle [A. CADOPPI, *op. cit.*, 117 e 121].

Del resto, come è stato puntualmente osservato, “la legge non può essere considerata oggi alla stregua di come la consideravano gli illuministi meno disincantati. Essa non può contenere ogni soluzione per ogni problema. Cosicché il giudice deve integrare la portata della legge con interventi interpretativi che hanno un margine più o meno grande di creatività”; in quest’ottica, “è illusorio pensare che il Parlamento sia davvero l’unico artefice della legislazione penale, dal momento che anche il giudice, inevitabilmente, partecipa all’opera di rifinitura delle norme create dal legislatore, precisandone e dunque almeno in parte mutandone il contenuto” [A. CADOPPI, *op. cit.*, pp. 122-123].

Ma l’idea che istituzionalmente la Consulta partecipi all’opera di rifinitura delle norme create dal legislatore, mutandone il contenuto anche *in malam partem*, mette francamente qualche brivido: così come spesso, a onor del vero, è ben poco rassicurante il cattivo uso che il Parlamento fa del proprio monopolio, così innescando il dibattito su questi temi.

## OPINIONI A CONFRONTO

## IL "CARCERE DURO" TRA EFFICACIA E LEGITTIMITÀ

Nota introduttiva di FAUSTO GIUNTA

Il regime penitenziario previsto dall'art. 41-*bis* ord. pen. viene da più parti considerato una irrinunciabile condizione di efficacia e serietà della lotta alla criminalità organizzata di tipo mafioso e terroristico, traendo da ciò un implicito argomento a favore della sua legittimazione. Specie da ultimo, però, si sono intensificate le critiche al c.d. "carcere duro", che, inizialmente introdotto come misura temporanea, è stato definitivamente e stabilmente acquisito nel nostro ordinamento penitenziario ad opera della legge 23 dicembre 2002, n. 279. Le contestazioni – è questo un fatto nuovo – sono venute anche dalla piazza (tra le altre manifestazioni, si pensi a quella svoltasi a L'Aquila il 3 giugno 2007, a seguito del suicidio di un detenuto assoggettato al regime in questione). Per non dire poi del risalto che la stampa ha dato alla mancata consegna alle autorità italiane del boss Rosario Gambino. Secondo tali notizie il giudice di Los Angeles, competente a pronunciarsi, ha motivato la sua decisione proprio in ragione del rischio che il detenuto venisse assoggettato al regime restrittivo in questione (cfr. "Il 41-*bis* è una forma di tortura", *Il sole 24-ore*, 16 ottobre 2007, p. 17; con lo stesso titolo, v. anche *Corriere della sera*, 16 ottobre 2007, p. 13).

Prendendo spunto da ciò abbiamo ritenuto di coinvolgere nel dibattito due specialisti della materia, Sebastiano Ardita e Massimo Pavarini, chiedendo loro di pronunciarsi: a) sull'efficacia preventiva dell'istituto penitenziario previsto dall'art. 41-*bis* ord. pen.; b) sulla sua legittimità, sotto il profilo del divieto di trattamenti inumani e del principio di rieducazione; c) sull'influenza che la misura penitenziaria, quando è applicata al detenuto in custodia cautelare, può sortire sull'eventuale scelta della collaborazione processuale.

dott. SEBASTIANO ARDITA

Magistrato - Direttore generale dei detenuti e del trattamento

Il dibattito sull'art. 41-*bis*, comma 2, ord. pen. ha ad oggetto il c.d. carcere della prevenzione, e dunque un settore minoritario ed antitetico rispetto alla

complessa realtà penitenziaria, generalmente ispirata da finalità di inclusione sociale ed impegnata nella ricerca di collegamenti tra la popolazione detenuta e la società esterna. Il regime detentivo speciale si colloca nell'ambito della normativa varata allo scopo di opporre una azione di contrasto alla criminalità organizzata, e ne costituisce uno degli strumenti più efficaci. Per paradosso, mentre viene individuato come espressione della forza dello Stato, esso evidenzia tutti i limiti della ordinaria misura detentiva rispetto al fenomeno della criminalità organizzata, dimostrando come il carcere ordinario non riesca a ridurre le reali capacità operative ed organizzative.

1. *In cosa consiste il "41-bis"*. – Uno dei principali motivi di incomprendimento nel dibattito sul regime speciale è che i suoi reali contenuti non sempre risultano conosciuti ai più, dando l'idea di una diversa e maggiore retribuzione, da operarsi avverso gli autori di reati particolarmente gravi, e pertanto meritevoli di più intensa punizione. È così che l'istituto previsto dall'art. 41-*bis* è stato appellato come regime di "carcere duro" o di "isolamento assoluto". In realtà la detenzione speciale consiste in un catalogo di limitazioni volte a ridurre la frequenza dei contatti con l'esterno, e contestualmente ad aumentarne i controlli. Il suo scopo pertanto non è determinare una condizione di isolamento, né aggravare la sofferenza della detenzione ordinaria, che subisce comunque una oggettiva limitazione in misura direttamente corrispondente alle esigenze preventive che si vogliono perseguire. Per comprendere il senso di ciò sarà sufficiente qui di seguito specificare in concreto il contenuto dei limiti imposti con il regime. Per i detenuti in regime speciale è previsto: a) una riduzione dei colloqui con i familiari (uno o due al mese) e la esclusione dei colloqui con estranei; b) il visto di controllo sulla corrispondenza, se disposto dalla competente A.G.; c) un limite alla ricezione di somme; d) un limite nella ricezione di pacchi dall'esterno; e) la restrizione del periodo di durata della permanenza all'aperto f) il divieto di partecipazione alle rappresentanze di detenuti ed internati; g) la possibilità di frequentare, nell'ambito dei gruppi di socialità o ai passeggi, da un minimo di 3 ad un massimo di 5 detenuti sottoposti al medesimo regime.

2. *La legittimità del regime*. – Così concepite, le misure che danno contenuto al regime appaiono unicamente mirate a garantire una condizione di sostanziale cesura tra gli esponenti detenuti delle organizzazioni criminali cui esso si applica ed i componenti attivi delle medesime consorterie ancora in libertà.

Nel dichiarare la legittimità costituzionale del regime di cui all'art. 41-*bis* la Consulta, con le pronunce più significative [n. 349/1993, n. 410/1993, n. 351/1996, e n. 376/1997], ha determinato un duplice ordine di limiti ai contenuti della sua applicazione, individuando veri e propri confini nel cui ambito possono essere collocate le misure del regime speciale. Essa ha innanzitutto definito i c.d. limiti esterni col sancire che non possono essere adottate misure comunque incidenti "sulla qualità e quantità della pena" o sul "grado di libertà personale del detenuto", né adottarsi "determinazioni che vengano a precludere o a condizionare in via di diritto l'applicabilità ai detenuti di benefici che incidano sullo stato di libertà". Ma ha poi individuato i c.d. limiti interni, stabilendo che non possano disporsi misure le quali, per il loro contenuto, non siano riconducibili alla concreta esigenza di tutelare l'ordine e la sicurezza, o siano palesemente inidonee o incongrue rispetto alle esigenze di ordine e di sicurezza che motivano il provvedimento.

3. *A chi si applica e perché.* – La legge sul regime speciale si rivolge essenzialmente a quei soggetti posti al vertice delle organizzazioni mafiose o terroristiche, ovvero a coloro che – per i compiti assegnati, per le conoscenze qualificate, per le aderenze istituzionali possedute – rivestano una posizione strategica all'interno delle predette consorterie, di tal che possano mantenere con l'ambiente esterno al carcere relazioni idonee a determinare la realizzazione di ulteriori delitti. La misura venne adottata per la prima volta a cavallo delle stragi di mafia del 1992, ed introdotta con uno dei decreti legge sui quali venne scritta una buona parte delle più efficaci misure antimafia tuttora vigenti. A ravvisare la necessità dello strumento era stato lo stesso Giovanni Falcone nel corso della sua esperienza di direzione degli affari penali nel ministero della Giustizia. Il regime speciale previsto dall'art. 41-*bis* è stato pensato guardando alla organizzazione-tipo della compagine mafiosa che ricalca le caratteristiche del moderno aziendalismo d'affari. Esiste un vertice criminale che si occupa tanto degli aspetti strategici della consorteria (alleanze, contrasti, riappacificazioni, aderenze istituzionali) quanto degli aspetti che riguardano il contrasto ai nemici dell'organizzazione (reazioni armate, punizioni emblematiche), quanto infine degli aspetti di gestione economica (assicurazione e reinvestimento dei proventi delle attività delittuose). Il regime detentivo speciale si ripropone di isolare il vertice decisionale dalle strutture operative per disarticolare la dimensione organizzativa della mafia.

4. *La pesante eredità dell'art. 90.* – Il regime di cui all'art. 41-*bis*, sul piano

contenutistico, si pone in diretta continuità con il regime previsto dall'art. 90 ord. pen., da cui si differenzia però in modo significativo sul piano della trasparenza e della selettività della sua applicazione, e per la conseguente previsione di un coerente sistema di rimedi di natura giurisdizionale. Se da un lato è vero infatti che i limiti imposti con l'art. 41-*bis* sono frutto dell'esperienza maturata durante la stagione degli anni di piombo, è pur vero che l'applicazione del vigente regime nasce da provvedimenti emessi su base individuale, specificamente notificati all'interessato con decreti ministeriali motivati e reclamabili. Il regime dell'art. 90 rappresentava invece una elevazione generalizzata ed indifferenziata delle esigenze di prevenzione in ambito penitenziario, che imponeva un sistema di regole speciali applicabili a tutti coloro che si fossero trovati all'interno di un determinato istituto, senza nessuna ponderazione di variabili connesse alla dimensione individuale. Si trattò di un sistema che venne a sposarsi con il c.d. circuito delle carceri speciali, nel quale la prospettiva della sicurezza logistica e quella delle regole di prevenzione trovavano attuazione indifferenziata in un contesto nel quale l'unico presupposto soggettivo di applicazione era rappresentato dalla materiale presenza all'interno di uno degli istituti sottoposti all'art. 90. Oltre che negarsi dunque qualsiasi rimedio di giustizia a tutti i detenuti – persino a quelli che venivano sottoposti al regime senza che avessero mai avuto nulla a che fare con la criminalità organizzata – vi era una generalizzata potestà dell'amministrazione di sottoporre a detenzione speciale chiunque, sulla scorta del semplice trasferimento presso un istituto ove, per disposizione ministeriale, era vigente l'art. 90.

Nel sistema dell'art. 90 venivano dunque grossolanamente tutelate tanto le esigenze di prevenzione, che sono proprie del regime previsto dall'41-*bis*, comma 2, quanto le esigenze di sicurezza interna, tutelabili oggi attraverso lo strumento dell'art. 14-*bis* ord. pen. Quest'ultimo articolo, non a caso, venne introdotto con la medesima legge "Gozzini" n. 663/1986, che ha segnato il tramonto dell'art. 90, e che ha tra i suoi tanti meriti, quello di avere preteso la individualizzazione delle scelte penitenziarie, tanto di quelle che presuppongono l'applicazione di regimi particolari o speciali, quanto di quelle volte a definire scelte alternative alla detenzione. La conseguenza più immediata e naturale della individualizzazione delle scelte è stata quella della loro "ricorribilità" in sede giurisdizionale.

5. *Gli effetti sul fenomeno della collaborazione con la giustizia. L'introduzione e la modifica dell'art. 4-bis.* – Il tema delle possibili relazioni tra il regime di cui all'art. 41-*bis* e la collaborazione con la giustizia appare suggestivo per via

della possibile inferenza delle condizioni detentive sulla scelta strategico-processuale. Per valutarne l'effettiva portata occorre partire da un significativo dato normativo.

Contestualmente all'introduzione del regime 41-*bis*, comma 2, con il d.l. n. 306/1992 veniva modificato anche l'art. 4-*bis* ord.pen., che era stato introdotto dall'art. 1 d.l. n. 152 del 1991. Nella sua originaria formulazione l'art. 4-*bis*, per i reati commessi in ambito di criminalità organizzata, limitava la concessione dei benefici penitenziari soltanto ai casi in cui fossero stati acquisiti "elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva" ovvero ove non risultassero "elementi tali da far ritenere la sussistenza" di tali collegamenti. Parallelamente a ciò era stabilito, per gli appartenenti alla criminalità organizzata, un periodo minimo di pena più elevato.

Con il d.l. n. 306/1992 nei confronti dei condannati appartenenti alla criminalità mafiosa venne stabilito che i benefici penitenziari, ad eccezione della liberazione anticipata, potessero essere concessi solo nei casi di collaborazione con la giustizia, e sempre che sussistano elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata. Tale modifica ebbe dunque a determinare un rilevante "mutamento di prospettiva", evidenziato dalla Corte Costituzionale [22 febbraio 1995], che ha rilevato come "pur restando sullo sfondo, quale generale presupposto per la concessione dei benefici, la verificata assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, il d. l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella legge 7 agosto 1992, n. 356 ha obliterato fino a dissolverli i parametri probatori alla cui stregua condurre un siffatto accertamento, per assegnare invece un risalto esclusivo ad una condotta – quella collaborativa – che si assume come la sola idonea a dimostrare, per *facta concludentia*, l'intervenuta rescissione di quei collegamenti. Si passa, pertanto, da un sistema fondato su di un regime di prova rafforzata per accertare l'inesistenza di una condizione negativa (assenza dei collegamenti con la criminalità organizzata), ad un modello che introduce una preclusione per certi condannati, rimuovibile soltanto attraverso una condotta qualificata (la collaborazione)".

Tale scelta legislativa, asseverata dalla Corte Costituzionale, determina un inevitabile riflesso – sul piano dell'accertamento della rescissione dei collegamenti – anche rispetto al venir meno dei presupposti per l'applicazione del regime speciale. Ma ciò da un lato non esaurisce il novero delle situazioni che possono dimostrare il venir meno dei collegamenti, dall'altro non può legittimare l'idea che il regime di cui all'art. 41-*bis* sia uno strumento repressivo per

promuovere la collaborazione. Va infatti ricordato come il regime speciale abbia un contenuto predeterminato, sia funzionale alla interruzione delle comunicazioni e, come vedremo, sia sottoposto ad una tutela giurisdizionale effettiva.

Altro e connesso problema è quello relativo alla difficoltà di sciogliere i vincoli di appartenenza alla organizzazione mafiosa. L'esperienza giudiziaria raccolta in una importante massima della Cassazione [Sez. I, 24 giugno 1992, Alfano, in CED Cass. n. 191309/1992] aveva già rilevato "l'estrema difficoltà della prova del recesso da una pregressa partecipazione associativa, senza il concorso di particolari condizioni, quali la dissociazione a rischio della vita, l'estromissione e simili"; e come "la mera detenzione non sia sufficiente ad interrompere la permanenza del vincolo associativo risultando che, pur nella restrizione degli affiliati, l'organizzazione criminale riesce a perseguire il programma associativo, non soltanto mantenendo costanti contatti con l'esterno, e con gli altri affiliati in particolare, ma giungendo a realizzare specifici progetti delittuosi".

L'affiliato che agisce nell'associazione molto spesso non può esprimere opzioni individuali, ma il più delle volte è agito dalla stessa, e comunque mai può scegliere volontariamente di revocare la propria appartenenza. Pertanto se vuole realmente distaccarsene deve, a sua volta, agire contro di essa. La scelta della collaborazione rappresenta dunque l'unico strumento a sua disposizione per segnare il distacco dall'organizzazione mafiosa, piuttosto che atteggiarsi come una conseguenza indotta dalla esclusiva volontà di uscire dal regime di cui all'art. 41-*bis*. Se così fosse non sarebbe vera collaborazione e non si legittimerebbe né la revoca del regime speciale né l'accesso ai benefici.

Discorso a parte meriterebbe la questione dell'appartenenza alle compagini di terrorismo interno, ove il vincolo di adesione è molto meno pregnante. Ancor più complesso è invece il problema dell'appartenenza nelle formazioni di terrorismo internazionale ove, in alcuni casi, vengono a ravvisarsi forme esasperate di partecipazione su base religiosa.

6. *Il problema della effettività dei rimedi di giustizia.* – Prima che entrasse in vigore la riforma del dicembre 2002, si era in presenza di un sistema sostanzialmente privo di effettività nei rimedi di giustizia. La prima formulazione normativa del regime speciale non prevedeva infatti strumenti di impugnazione. La giurisprudenza della Cassazione peraltro negava inizialmente persino la impugnabilità del decreto che irrogava il regime di cui all'art. 41-*bis* [Cassazione sino al 1993: Sez. I, 27 febbraio 1993, Sena, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1358, n. 844; Sez. I, 19 marzo 1993, Scupola, *ivi*, p. 1358, n. 845; Sez. I, 19 marzo

1993, Donatiello, *ivi*, p. 1359, n. 846].

Fu la Corte costituzionale, con la pronuncia n. 349/1993 [in *Giur. Cost.*, 1993, p. 2740 s.] ad intervenire additivamente sulla disciplina del regime speciale, prevedendo uno strumento di gravame, grazie alla applicazione analogica della procedura di reclamo prevista dall'art. 13-*quater* ord. pen., che consentiva la celebrazione di un giudizio di impugnazione innanzi al Tribunale di Sorveglianza. La legge 7 gennaio 1998 n. 11, ha recepito questa impostazione aggiungendo il comma 2-*bis* all'art. 41-*bis*. Ma anche questo sistema di giustizia così costruito non garantiva alcuna effettività di tutela giurisdizionale. Accadeva infatti che i provvedimenti ministeriali che disponevano il regime detentivo speciale avessero vigore per un periodo pari a sei mesi. Allo spirare del termine essi venivano rinnovati, salvo che non dovessero considerarsi venute meno le esigenze di prevenzione poste alla base dell'istituto. Visto il breve periodo di vigenza del decreto, era pertanto appena possibile riuscire a celebrare per tempo – ossia entro il semestre – il giudizio in sede di reclamo dinanzi al Tribunale di Sorveglianza, mentre i giudizi di Cassazione avverso le pronunce dei Tribunali solo raramente giungevano a conclusione prima della scadenza dei sei mesi. Giunti al vaglio della Corte Suprema, i ricorsi venivano dichiarati improcedibili per carenza dell'interesse ad impugnare, giacché frattanto il decreto applicativo oggetto della censura aveva perduto la sua efficacia, lasciando il posto ad un nuovo provvedimento reiterativo degli effetti del regime. La Cassazione peraltro aveva assunto l'orientamento di ritenere il decreto di proroga del trattamento differenziato come un provvedimento del tutto autonomo rispetto a quello rimasto privo di efficacia. Veniva pertanto a determinarsi una situazione di mancata tutela giurisdizionale generata da una duplicità di cause concorrenti: il breve termine di durata dei decreti; e l'irrilevanza delle pronunce dei tribunali rispetto alla successiva attività ministeriale di reiterazione degli effetti del regime.

La nuova legge ha previsto una durata minima di un anno per i decreti di applicazione, e determinato un obbligo per il ministro di conformare la propria attività futura ai contenuti delle decisioni dei tribunali di sorveglianza. La Cassazione da parte sua [Sez. I 5 febbraio 2004, *Zara*] ha ritenuto – a differenza di quanto sostenuto in passato – che permanga l'interesse all'impugnazione anche se il decreto ministeriale avverso il quale sia stato sollevato il gravame, abbia già consumato i suoi effetti.

Subito dopo l'entrata in vigore della nuova legge, a partire dal 2003, si è pertanto registrato un forte incremento dei ricorsi, e parallelamente una maggiore incidenza degli annullamenti dei provvedimenti applicativi, in conse-

guenza della effettività della tutela giurisdizionale garantita dalla intervenuta normativa.

Oggi dunque il regime di cui all'art. 41-*bis* oltre ad essere un sistema di regole scritte e funzionali al perseguimento delle finalità di prevenzione, è anche un sistema a tutela giurisdizionale compiuta.

7. *La tenuta giurisdizionale del sistema. I ricorsi.* – Avere messo “a regime” l’istituto di cui all’art. 41-*bis* – che prima della legge del 2002 era un sistema detentivo prorogato periodicamente – ed avere definito normativamente i suoi contenuti è stata dunque una operazione unicamente e semplicemente garantista. La riforma di per sé non ha rappresentato certamente una ripresa di vigore né un rilancio per l’istituto, così come si è propagandisticamente affermato, e certamente non era immaginabile che si procedesse ad una sua abrogazione, anche se sotto la forma della mancata reiterazione. Ma anche un regime dall’oggi al domani formalizzato, definito nei dettagli applicativi, giurisdizionalmente ricorribile, rischia di ricevere un contraccolpo in assenza di regole chiare sulla natura dell’istituto e di un sistema coerente di competenze istituzionali che consenta a tutti di svolgere al meglio il proprio ruolo di supporto e di raccordo.

E così è avvenuto all’indomani del varo della riforma, allorché una messe di ricorsi ha sommerso i tribunali di sorveglianza, inducendo alcuni di quei giudici a ritenere impossibile la proroga del regime trascorsi alcuni anni dalla sua prima applicazione e senza che potessero apprezzarsi “nuovi elementi” di pericolosità individuale a sostegno del provvedimento ministeriale di reiterazione. Il tema della proroga ha dunque rappresentato una questione centrale per la tenuta del sistema. [sul punto, sia consentito rinviare per approfondimenti ad Ardità, *Il regime speciale 41-bis*, Milano, 2007]. Il legislatore sul punto si era sforzato di specificare che i provvedimenti sono prorogabili sino a quando le esigenze poste alla base non siano venute meno; ma la giurisprudenza di merito, prendendo anche spunto da alcune pronunce della Cassazione [Sez. I 5 febbraio 2004, Zara] e della Consulta [Ord. n. 417/2004] – che erano per la verità più orientate a delineare i requisiti della motivazione, che a fissare i presupposti della proroga, già espressi chiaramente nella legge – in alcuni casi ha ritenuto di dovere richiedere un *quid novum* da attribuire ai detenuti soggetti all’istituto di cui all’art. 41-*bis* per consentire che il regime possa essere prorogato.

Il sistema previsto dall’art. 41-*bis* ha dunque rischiato di franare sotto la spinta dei ricorsi che hanno offerto una prospettiva segmentata del fenomeno

criminale mafioso e ne hanno relativizzato le esigenze di contrasto dinanzi ad organi giudiziari diversi, e geograficamente distanti tra loro e dai territori della mafia e dai suoi problemi. Un sistema di competenze e di rimedi così malamente concepito ha esaltato la dimensione formalistica dell'istituto, offuscando tanto la visione di insieme del fenomeno criminale organizzato, quanto la funzione di prevenzione dell'istituto, affrontato troppe volte con le categorie proprie dello strumento di "retribuzione". Senza una riforma vera che accentrasse l'istituto sulla sua funzione di prevenzione e ridistribuisse competenze istituzionali, si è rischiato di cadere in un pericoloso equivoco: quello di richiedere che la proroga dell'art. 41-*bis* dovesse basarsi non sulla capacità di collegamento con l'esterno (intesa come potenziale idoneità legata alla forza del gruppo più che all'attività del singolo) ma sull'effettivo e specifico compimento di atti di collegamento. Lo schema della responsabilità e della retribuzione applicato alla misura di prevenzione. È come se si fosse accettato che l'art. 41-*bis* morisse per una sorta di malattia autoimmune: la sua efficace applicazione, con l'impedimento dei collegamenti, posta a presupposto dell'annullamento in sede giurisdizionale.

8. *La tenuta del sistema. Il coordinamento istituzionale e l'emersione della funzione di prevenzione.* – La riforma con le sue carenze e le sue ambiguità, nel determinare condizioni di fragilità del provvedimento che dispone l'applicazione dell'art. 41-*bis*, ha anche posto in luce tutti i limiti di un carente coordinamento – sul piano delle competenze legislativamente previste – tra i possibili attori istituzionali. Anche a seguito dell'assetto determinatosi con la nuova legge, il sistema ha infatti mantenuto una anomala tripartizione di competenza tra gli organi depositari delle conoscenze investigative e responsabili delle misure di prevenzione esterna (Direzioni Distrettuali e Direzione Nazionale Antimafia – organi di polizia), quello competente alla adozione del provvedimento (Ministro della Giustizia) e quello legittimato a proporre ricorso per Cassazione (il Procuratore generale del distretto ove ha sede il Tribunale di Sorveglianza). Inoltre la detenzione dei soggetti sottoposti all'art. 41-*bis* viene condotta in istituti lontani dai luoghi di radicamento criminoso, ove il fenomeno mafioso è tendenzialmente assente. Ciò comporta che gli organi giudiziari investiti della competenza a giudicare sulla misura e a proporre impugnazione, dovranno conoscere e valutare esigenze di prevenzione presenti in luoghi ben lontani da quelli in cui essi quotidianamente operano.

Se il sistema previsto dall'art. 41-*bis* ha sostanzialmente "tenuto" rispetto al contraccollo seguito alla riforma, ciò può ascriversi a due fondamentali ragioni.

Lo stretto coordinamento realizzatosi in via di fatto tra organi investiti di compiti e funzioni diverse e frammentate – DAP, Direzione Nazionale e Direzioni Distrettuali Antimafia, Procuratori Generali – e l'emersione in sede istituzionale di una cultura e di una consapevolezza della funzione di prevenzione connessa a questo e ad altri strumenti.

Sotto quest'ultimo profilo, non v'è dubbio infatti che la diffusione dei delitti commessi in ambito di criminalità organizzata abbia comportato la necessità del varo di istituti normativi idonei a produrre una risposta anticipata dello Stato direttamente orientata a contrastare la loro concreta operatività, mentre il perseguimento e la ricostruzione dei singoli reati ha continuato ad essere oggetto dell'ordinario processo di cognizione. Sequestro dei beni, regime speciale di detenzione, gestione delle informazioni provenienti dalle collaborazioni con la giustizia, vanno pertanto considerati strumenti introdotti nell'ambito di una comune strategia, perché costituiscono un sistema di interventi di tipo integrato e volto a disarticolare l'operatività delle organizzazioni criminali. Senza ulteriormente addentrarci possiamo senz'altro affermare che l'aver collocato il regime di cui all'art. 41-*bis* all'interno delle misure di prevenzione, da un punto di vista strategico ha consentito di ottenere l'effetto richiamato di coordinamento istituzionale; dal punto di vista dommatico e giurisprudenziale, ha suggerito una diversa lettura dei presupposti di sua applicazione e reiterazione. Ciò con riflessi tanto sulla corretta definizione della "prova" necessaria per l'applicazione del regime – che è data dal potenziale pericolo connesso alla capacità di collegamento, non dalla registrazione di fatti concreti –, quanto sul criterio che sovrintende alla permanenza delle esigenze, da individuarsi non nella condotta del detenuto, specie se già inibito dall'art. 41-*bis* in espiazione, ma nell'operatività all'esterno delle compagini criminali di appartenenza.

9. *La posizione dello Stato sull'art. 41-bis. Ragionare pensando a cosa nostra.* – Se il regime previsto dall'art. 41-*bis* è oggi un sistema di regole chiare, ad attuazione trasparente, ad applicazione non generalizzata ma soggettivamente differenziata, con contenuto predeterminato, sottoposto al controllo giurisdizionale, ciò non può che rappresentare un importante risultato di civiltà giuridica.

Nessuna attività dei pubblici poteri, pur quella legittimata dalle più stringenti esigenze di sicurezza pubblica, può mai essere soddisfatta con strumenti che non siano rispettosi delle leggi dello Stato e della Costituzione repubblicana. La cultura della legalità marca orgogliosamente la sua differenza rispetto all'operato dei poteri illegali, proprio sul piano della trasparenza e della

credibilità del suo operato. Ma questa medesima consapevolezza, di chi opera nel rispetto delle regole e con trasparenza, legittima, ed anzi impone, una applicazione degli strumenti di difesa sociale che sia coerente, intelligente, strategica, e che appaia dunque idonea a contrastare le scelte di criminalità organizzata che rendono imprevedibile ed articolato il loro attacco quotidiano ai beni della collettività.

L'ultimo errore che si potrebbe compiere è quello di pensare all'art. 41-*bis* come ad una misura ad applicazione meramente individuale, la cui sorte venga strettamente a legarsi al comportamento personale ed intramurario del detenuto. Il regime speciale in realtà si applica ai singoli, ma trova la sua ragion d'essere nell'organizzazione. Nella capacità della stessa di rendersi protagonista di scelte criminali, e prima ancora nella capacità di amministrare uomini, mezzi, risorse, rapporti con la politica, l'economia e le istituzioni. È fin troppo evidente come questa misura in tanto potrà conseguire l'effetto sperato, in quanto sia idonea a raggiungere tutti coloro che stanno effettivamente al vertice della compagine criminale. Nella dimensione dell'organizzazione criminale cosa nostra si trova a dovere fronteggiare una fase nella quale i suoi leader storici sono pressoché tutti detenuti. Senza l'istituto di cui all'art. 41-*bis*, la detenzione dei capi non avrebbe prodotto alcun nocumento per la dimensione organizzativa della compagine, poiché, come avviene per ogni altro soggetto collettivo, sarebbe appena sufficiente che i manager comunicino le decisioni relative alle grandi linee di gestione, perché i quadri siano posti nella condizione di darvi esecuzione. Ma l'assenza di personaggi all'esterno che siano capaci di assumere quel ruolo di guida delle strategie di intervento rende indispensabile l'art. 41-*bis*, se lo Stato vuol nutrire qualche speranza di sconfiggere la mafia.

Oggi cosa nostra conta di minor consenso nella opinione pubblica rispetto a quanto potesse riscuoterne tempo addietro, ma continua a generare condizioni di omertà e può contare su importanti risorse economiche accumulate in decenni di esercizio di attività illecite. Controlla attività imprenditoriali, foraggiate attraverso il reimpiego di capitali illeciti, ed è pronta ad infiltrare l'economia sana, creando nuove collusioni rispetto a quelle tradizionalmente mantenute sul piano politico istituzionale, che appaiono anzi consolidate e rinnovate. In questo contesto, anche imprenditoriale, essa è costretta ogni giorno a compiere scelte, a valutare alleanze, a preferire le attività più redditizie e meno rischiose, ma anche a trovare soluzioni adeguate per risolvere conflitti interni e concorrenza all'esterno.

La posizione dello Stato nei confronti dell'art. 41-*bis* deve essere la risul-

tante di una comunicazione strategica tra gli organi chiamati a svolgere una funzione istituzionale. Essa deve sapersi tradurre in una impostazione che guardi al fenomeno criminale mafioso nel suo insieme e che sappia tradurre le esigenze di prevenzione esterna in scelte di prevenzione penitenziaria; deve promuovere la cultura della condivisione delle conoscenze e della responsabilità, superando così la frammentazione normativa delle competenze e le inerzie della politica. A quanti, tra i giuristi, parlare di strategia fa storcere il naso, va ricordato che è la mafia ad attaccare in modo multiforme la legalità e le Istituzioni, e a queste ultime spetta solo difendersi con strumenti che abbiano altrettanta flessibilità d'azione ed ampiezza di vedute. Spezzettare le conoscenze, i processi, la ricostruzione degli eventi è un modo di negare l'esistenza del fenomeno mafioso, promovendone il rilancio.

10. *La posizione di cosa nostra sull'art. 41-bis.* – Anche rispetto ai temi dell'art. 41-*bis* e dell'ergastolo cosa nostra ha una sua posizione, e non potrebbe essere altrimenti. Non riconoscerlo sarebbe miope e fuorviante per chi opera nelle Istituzioni. L'organizzazione mafiosa riconosce la propria necessità di essere guidata e sa che le uniche persone capaci di garantire una guida unitaria sono ristrette ai sensi dell'art. 41-*bis*. Questo argomento risulta idoneo a far sì che si mantenga una strategia unitaria tra i boss detenuti e coloro i quali reggono all'esterno le fila della compagine; detta strategia conosce momenti distinti.

Non v'è dubbio che l'organizzazione intenda in primo luogo estendere a sé i vantaggi del dibattito, autonomamente sorto, sul carcere, il trattamento e le condizioni di vita dei detenuti. È un dato inconfutabile che l'inopportuna estensione dell'area del penalmente rilevante, la lunghezza dei processi e la presenza di carcerazioni di massa e di flusso per reati minori (35000 persone ogni anno vengono ristretti per periodi inferiori a 30 giorni!) hanno fatto del carcere un luogo di raccolta di disagiati, di extracomunitari e di poveri, rispetto ai quali l'esigenza di sicurezza passa più che altro da una risposta in termini di bisogni e di accoglienza. Ma proprio in un universo penitenziario caratterizzato da povertà e disagio deve rimanere marcatamente distinta la risposta che lo Stato dà alla criminalità organizzata, per la quale il tentativo di cavalcare le tematiche garantiste costituisce più che una scelta una vera e propria strategia necessitata. Utilizzare per la criminalità organizzata gli argomenti che valgono per quanti conoscono il carcere provenendo dagli stati più infimi della società è il più grande regalo che si può fare a cosa nostra. Far cadere la distinzione del regime speciale e dell'alta sicurezza, ci riporterebbe infatti a sce-

nari già conosciuti: il carcere come "contenitore indifferenziato", ove tutti sono uguali – e tutti devono essere trattati allo stesso modo – rappresenterebbe l'art. 3 della Costituzione capovolto; un mostro che a fatica cerchiamo di metterci dietro le spalle, e che ha caratterizzato la storia monotona dell'universo penitenziario dalle origini sino a qualche anno or sono. Un carcere in cui si sfrutta, si sottomette, si recluta la povertà, e dove la mafia comanda. Un carcere che riproduce ed amplifica le disuguaglianze presenti nella società, e dunque forte solo con i deboli e inevitabilmente debole con i forti.

Ma al di là del tentativo di cavalcare istanze garantiste che muovono da nobili premesse, cosa nostra ha pure compiuto in proprio passi per liberarsi dell'istituto di cui all'art. 41-*bis* e di ogni intralcio che le impedisca il pieno governo delle attività criminali: dal famoso papello, ai proclami letti alle udienze, agli "avvertimenti" verso soggetti ritenuti interlocutori politici, è stato tentato ogni tipo di approccio diretto nei riguardi delle Istituzioni, per venire a capo di una situazione divenuta non più sostenibile: la prospettiva del carcere a vita trascorso senza collegamenti con l'esterno. La credibilità delle Istituzioni, la tenuta e la serietà del loro impegno nel contrasto alla criminalità organizzata, stanno tutte nella capacità di sapere offrire una risposta netta che riconosca questa insidia ricusando ogni forma di dialogo e privilegiando una visione di insieme del fenomeno criminale mafioso, che è l'unica prospettiva possibile per chi voglia davvero contrastarne gli effetti. A volte si commette l'errore di ritenere che i condannati per mafia e la mafia siano due cose diverse, che le situazioni individuali si distinguano dalle vicende dell'organizzazione. Ed invece avviene esattamente il contrario, perché la mafia è fatta di uomini, e una moltitudine di uomini organizzata, con uno stile di vita illegale, risorse economiche ingenti e rapporti con la politica e l'economia, ha la pretesa di diventare un "potere" e di avanzare richieste alle Istituzioni. E quando le Istituzioni non danno le risposte nette e chiare che la legge impone, la organizzazione ne esce fortificata. Cosa nostra vive anche delle incertezze, delle debolezze, degli accomodamenti, della mancanza di attenzione delle Istituzioni. Oggi meno di ieri, tuttavia vi è ancora chi minimizza, chi dimentica, chi contrasta l'azione dello Stato contro i poteri criminali.

Il regime previsto dall'art. 41-*bis* non è un sistema penitenziario ideale, ma è un sistema indispensabile, come indispensabile è sapere che cosa nostra opera strategicamente per la sua attenuazione, se non riesce ad ottenerne la abolizione. Queste consapevolezze appaiono necessarie tanto quanto lo sono i principi fissati dalla Corte Costituzionale, che sanciscono i confini dell'an e del *quantum* rispetto alle singole misure da adottare, e che attribuiscono al

regime una funzione di prevenzione, dentro la quale solamente può giustificarsi l'aggravamento della ordinaria condizione detentiva. L'art. 41-*bis* non è una risposta ad un male compiuto, non una "vendetta dello Stato" contro la mafia, come sciocamente ha titolato qualche mese fa un quotidiano spagnolo, travisandone del tutto il significato e la funzione. È invece esattamente l'opposto, è il tentativo di sconfiggere un male presente e di impedire un male futuro. Solo difendendone la funzione di prevenzione potrà salvaguardarsi il contrasto alla mafia e al terrorismo nel rispetto dei principi costituzionali.

prof. MASSIMO PAVARINI  
Università di Bologna

1. "*Sidgraves, ...e chi era costui?*" – Il Giudice federale di Los Angeles, D.D. Sidgraves, in data 11 settembre 2007, al termine del processo di opposizione al provvedimento di espulsione dell'italiano Rosario Gambino, detenuto nel centro per immigrati di San Pedro, in California, dopo avere interamente espiauto una condanna a 22 anni di detenzione per traffico di droga, accogliendo le tesi difensive dell'avvocato Joseph Sandoval, sentenza che l'interessato non debba essere espulso in Italia, il cui governo già dal 2001 ha formalmente richiesto l'estradizione (peraltro respinta perché per gli stessi fatti, già giudicato ed assolto dalla Corte Distrettuale di New York) in quanto – essendo stato condannato in contumacia anche per reati di associazione mafiosa nel nostro paese – verrebbe con ogni probabilità sottoposto al regime dell'art. 41-*bis* comma 2° dell'ordinamento penitenziario, «... designed to physically and psychologically compels criminals to reveal informations about the Sicilian Mafia», e stante che questa modalità di «... coercion is not related to any lawfully imposed sanction or punishment», deve essere considerata illegale ed inoltre, in quanto coercizione fisica e psichica, considerata come una «torture», in palese violazione della Convenzione dell'Onu in materia.

"Da che parte vien la predica" è il vessillo immediatamente issato da eserciti di connazionali indignati! Dispiace ricordare che così agendo questi hanno dimenticato che negli USA della pena di morte, della "tortura accettabile" e del carcere degli orrori di Guantanamo, il giudice è libero di decidere a prescindere dalle opinioni politiche del Presidente in carica.

E così, invece di guardare la stella indicata, ancora una volta ci si limita a guardare il dito!

Le tesi difensive del giovane avvocato Joseph Sandoval – con cui ho avviato

da subito una interessante corrispondenza elettronica – mi sembra fossero ben argomentate. Ha chiamato a testimoniare, in primis, un agente della CIA “informato” delle faccende giudiziarie e penitenziarie del nostro Paese, il quale ha spiegato il sistema della differenziazione trattamentale riservata agli imputati e condannati per reati presuntivi di associazione mafiosa, valutando come assai consistente l’eventualità che il Gambino, una volta espulso in Italia, finisse incarcerato e sottoposto al regime di cui all’art. 41-*bis* dell’Ordinamento penitenziario. Come secondo testimone, è stato sentito il Prof. Cherif Bassouni – premio Nobel per la pace nel 1999, emerito di Diritto penale internazionale, Presidente onorario dell’Associazione internazionale di diritto penale e dell’Osservatorio permanente sulla criminalità organizzata, sovente presente in Italia, in quanto pure Presidente dell’Istituto internazionale di studi in scienze criminali di Siracusa e buon conoscitore della nostra legislazione – che non ha avuto remora alcuna ad inquadrare il regime di cui all’art. 41-*bis* comma 2° della legge penitenziaria all’interno di una logica di forte differenziazione trattamentale volta, da un lato, a suscitare comportamenti collaborativi tra i detenuti affiliati alle diverse mafie, e, dall’altro lato, a determinare una sorte di penalità atipica e pertanto illegale, perché derogativa in via amministrativa di quella ordinaria. Infine ha testimoniato un medico legale, che ha scientificamente confermato come il regime di elevata sicurezza quale quello in vigore in Italia per gli imputati e condannati per reati di mafia determini, soprattutto se protratto nel tempo, seri problemi di salute fisica e psichica in chi è costretto a subirlo.

Ergo: il nostro giudice federale di Los Angeles, si è opposto al provvedimento amministrativo di espulsione in Italia di Rosario Gambino, perché altrimenti questi avrebbe corso il pericolo di subire in Italia una pena sia “illegale”, sia in violazione della Convenzione delle Nazioni Unite, perché segnata da pratiche trattamentali capaci anche di «minacciarne la vita».

Va precisato che questo riferimento esplicito alla Convenzione internazionale contro la tortura nei procedimenti giurisdizionali intentati contro i provvedimenti di espulsione negli USA è raramente accolto dalla giurisprudenza: nel 2006 le Immigration Courts su 15.905 sentenze lo hanno recepito solo 578 volte e esclusivamente nei confronti di espulsioni in paesi dittatoriali, o definiti come “nemici” dagli Stati Uniti.

Le posizioni ufficiali sul fronte governativo italiano di contestazione alla sentenza in oggetto sono state due: in Italia non è prevista dalla legge penitenziaria alcuna forma di tortura; il regime di cui all’art. 41-*bis* è stato ripetutamente legittimato dal vaglio della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti umani.

Linea di difesa, direi, tanto obbligata quanto debole, perché parzialmente menzognera per quanto concerne la Corte europea; per quanto riguarda poi il negare che in Italia esistano pratiche legali di tortura, non assicura più di tanto perché ovunque le violazioni dei diritti umani si danno principalmente al di fuori della legalità. Quanto poi alla circostanza che sia una giurisdizione interna di legittimità delle leggi ad affermare la piena validità di una disciplina normativa, di per se non può rappresentare un dato risolutivo, soprattutto per un osservatore esterno.

Rimangono, e pesano, i rilievi critici che questo “Carneade californiano” ha rivolto nei confronti di un istituto principe della legge penitenziaria italiana.

Dobbiamo abbandonare ridicole difese d’ufficio ed entrare nel merito delle questioni sollevate.

2. *Istruttiva storia di un istituto che viene da lontano.* – Il comma 2 dell’art. 41-*bis* dell’ordinamento penitenziario è stato introdotto dall’art. 19 del d.l. n. 306 del 1992, convertito poi dalla legge n. 356 del 1992, quindi in piena emergenza mafiosa, sotto gli auspici – più ipocriti che imprudenti – della temporaneità; regime penitenziario poi protrattosi attraverso ripetute proroghe per dieci anni, cioè fino al dicembre del 2002, quando la legge n. 279 del 2002 lo ha messo a regime definitivamente.

Attraverso questo istituto viene introdotta nel nostro ordinamento una nuova ipotesi di differenziazione, agibile su impulso del Ministro della giustizia nei confronti di singoli detenuti – condannati, imputati o internati – per taluno dei delitti di cui all’art. 4-*bis* comma 1, primo periodo, dell’ordinamento penitenziario, quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica.

La finalità manifesta di politica criminale di questa disciplina è chiara: il presupposto del provvedimento è la rilevanza data ad una valutazione di pericolosità “esterna” al carcere – e in questo solo si differenzia dalla sorveglianza particolare di cui agli artt. 14-*bis* e seguenti della legge penitenziaria; la misura è finalizzata ad impedire i collegamenti tra il detenuto con l’associazione criminale, terroristica o eversiva di cui si sospetta o di cui è stata accertata l’affiliazione.

Impossibile negare l’evidenza: alcuni affiliati di rango alla criminalità di stampo mafioso da sempre hanno continuato, anche se in carcere, a mantenere contatti e in alcuni casi anche a comandare l’associazione criminale esterna. Ragionevole quindi quel provvedimento che sospenda in tutto o in parte l’applicazione delle regole ordinarie di trattamento ogni qual volta si sospetti che esse non siano in grado di garantire, con riferimento a quel determinato dete-

nuto, la necessaria separatezza. Così, questa disciplina è stata da sempre giustificata per ragioni prudenziali, quanto applicata con altrettanta prudenza: dal 1992 al 1998 ha interessato mediamente 450-500 detenuti all'anno; dal 1999 al 2004 circa 600 e dal 2005 ad oggi intorno ai 500 (l'ultimo dato offerto dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, specifica: 185 affiliati a Cosa nostra, 138 alla Camorra, 97 all'Ndrangheta e 47 alla Sacra Corona Unita). Percentualmente, quindi, meno del 1% della popolazione detenuta annua.

La finalità manifesta dell'istituto è però assai poco espressiva, nel senso che è reticente su diversi aspetti: non ci dice, ad esempio, che la sospensione di alcune regole trattamentali non è sempre giustificabile perché effettivamente capace di impedire le "relazioni pericolose" del detenuto con l'organizzazione, ma semplicemente perché rende più "dura" l'esecuzione, nel senso che aumenta significativamente la sofferenza della pena; tace sulla diffusissima prassi di reiterazione del provvedimento per un numero di anni così elevato – fino a 10, 15 anni – da non rendere credibile la permanenza di significativi e quindi pericolosi rapporti tra il detenuto e l'organizzazione criminale esterna; e soprattutto tace su un distinto e decisivo profilo: questo regime non si applica e se in corso viene immediatamente sospeso nei confronti di chi, in quanto collaboratore di giustizia, ai sensi dell'art. 16-*bis* della legge n. 82/1991, così come introdotto dalla legge n. 45 del 2001, può essere "premiato" con qualsiasi beneficio penitenziario, inclusa la liberazione condizionale, anche in deroga alle disposizioni ordinarie, comprese quelle relative ai limiti di pena. Vale a dire: il regime di cui all'art. 41-*bis* comma 2 dell'ordinamento penitenziario si contrappone specularmente, ma con segno opposto, al regime di premialità per il collaboratore mafioso: da un lato un'offerta sostanzialmente indulgenziale, fino al limite di una mal dissimulata rinuncia a punire, a fronte di forme estreme di sofferenza (che vanno ben oltre a quelle giudizialmente comminate dal giudice del fatto, per quanto concerne i condannati e a quelle altrimenti giustificabili per chi deve essere ancora presunto innocente).

Da qui il dubbio: premialità estrema e carcere duro sono estremi ritenuti necessari all'implementazione di una sorte di "soave inquisizione" (per usare l'espressione felice di Tullio Padovani), capace di "sciogliere le lingue"?

Non ritengo che sollevare questo interrogativo sia frutto di una lettura preconcetta della riforma penitenziaria del 1992. Penso, al contrario, che si debba così intendere lo spirito della differenziazione trattamentale per ragioni di pericolosità sociale alla luce di un processo di riforma penitenziaria che parte da più lontano nel tempo, esattamente dal 1977, con i primi decreti attuativi dell'art. 90 dell'ordinamento penitenziario. Allora e praticamente fino alla

legge Gozzini del 1986, l'emergenza era costituita dal fenomeno del terrorismo e delle sue pesanti ricadute sul sistema penitenziario. Si tenga presente che tra la fine degli anni settanta e i primi anni ottanta del secolo scorso si potevano contare in carcere alcune migliaia di giovani terroristi condannati a pene elevatissime. In poco più di un decennio questa emergenza si è risolta felicemente attraverso anche la differenziazione trattamentale: apertura di credito premiale nei confronti di chi dichiarava di dissociarsi dalla lotta armata e ancor più nei confronti di chi, "pentendosi", si prestava a chiamate di correttezza; carcere duro per la minoranza degli "irriducibili". Appunto dopo un decennio, con la riforma Gozzini del 1986, nelle carceri di massima sicurezza rimanevano solo alcune centinaia di terroristi; per le altre migliaia di ex si erano o definitivamente aperte le porte del carcere, o stavano per aprirsi. E coerentemente con ciò, la Gozzini chiuse con l'art. 90, abrogandolo.

È fin troppo banale riconoscere che la stagione del terrorismo non è stata vinta dallo Stato legale attraverso l'art. 90 e la premialità; ma è irrealistico negare che la differenziazione per ragioni di pericolosità non abbia aiutato, rendendo se mai solo più spedito, il processo di uscita dall'emergenza terroristica degli anni settanta. Questo è il precedente storico che ispira, nel 1992, l'introduzione del secondo comma dell'art. 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario. Ora, con i primi anni novanta, l'emergenza è di ben altra natura e pericolosità, ma si confida che quanto risultato utile venti anni prima, possa ancora servire, se mai, ulteriormente divaricando la forbice della differenziazione trattamentale. Alle spalle oggi abbiamo tre lustri di applicazione del regime di differenziazione nei confronti della criminalità organizzata di stampo mafioso. Non possiamo certo convenire di avere sconfitto il crimine organizzato in Italia; anche se questa finalità non era neppure nelle più utopiche delle speranze.

La questione è altra: il regime di differenziazione trattamentale per i mafiosi è stato di una qualche utilità nella lotta alla criminalità organizzata e se sì, lo è ancora oggi?

Risposte difficili da dare, ma a cui non voglio sottrarmi, riservandomi per esse la parte terminale di questo breve intervento. Comunque risposte di efficienza ed efficacia che per quanto decisive a livello di politica criminale, lasciano impregiudicate le altre questioni, quelle che hanno giustamente interessato il nostro giudice californiano e che vorrei qui di seguito brevemente trattare.

3. *Una "scomoda" presenza.* – Sulla legittimità costituzionale della disciplina di cui all'art 41-*bis* comma 2 dell'ordinamento penitenziario si sono da

sempre addensate fosche nubi, in effetti mai definitivamente fugate da rimaneggiamenti riformistici e da interventi della Corte costituzionale.

Le critiche, e da subito, si sono concentrate su plurimi profili: da un lato, la carenza di garanzia giurisdizionale, perché questo regime è comunque determinato nei suoi contenuti specifici da un provvedimento amministrativo, sia pure reclamabile di fronte al Tribunale di sorveglianza, anche dopo la riforma apportata dalla legge 279/2002 che ha indicato, per quanto non tassativamente, quali regole trattamentali possono essere sospese; l'esecuzione della pena in regime di 41-*bis* comma 2° può, poi, violare – nei confronti del condannato – le finalità di prevenzione speciale positiva di cui all'art. 27 comma 3 della Costituzione, mentre – per il non definitivo – la presunzione di non colpevolezza, essendo imposta su di un titolo di reato del quale il detenuto deve presumersi innocente.

Sappiamo come la Corte costituzionale abbia sempre respinto come manifestamente infondata qualsiasi questione di costituzionalità che abbia investito "pericolosamente" l'intera disciplina della differenziazione trattamentale per ragioni di pericolosità esterna [tra le molte, cfr., la n. 390 del 2002, le nn. 108 e 417 del 2004]; non diversamente, ai sui tempi, la stessa Corte si era atteggiata nei confronti delle numerose eccezioni di incostituzionalità di cui era stato investito l'art. 90 dell'ordinamento penitenziario.

L'intervento censorio o interpretativo della Corte costituzionale è invece sempre stato sul dettaglio, nel consapevole intento di smussare solo i profili più indifendibili alla critica costituzionale: così con le sentenze nn. 349 e 410 del 1993, la Consulta ha dapprima indicato la necessità di consentire un sindacato sul decreto ministeriale da parte della magistratura ordinaria, poi ha precisato che questo dovesse avvenire nelle forme del reclamo al Tribunale di sorveglianza così come disciplinato dall'art. 14ter dell'ordinamento penitenziario; con la sentenza 351/1996 ha affermato che il sindacato del Tribunale di sorveglianza non debba limitarsi a quello di sola legittimità privo di poteri integrativi, ma possa concernere tanto il rispetto della libertà personale e della finalità rieducativa della pena, quanto la congruità delle misure adottate rispetto alle esigenze concrete di ordine e di sicurezza da proteggere, conseguendone che il controllo possa estendersi anche alle singole misure disposte; con le sentenze nn. 410/1993, 351/1996 e 376/1997 la Corte di legittimità delle leggi ha suggerito l'interpretazione conforme al dettato costituzionale della sospensione delle regole di trattamento, affermando che la sottoposizione al trattamento differenziato per ragioni di pericolosità sociale debba essere applicato e prorogato mediante provvedimenti "concretamente motivati", in

relazione alle specifiche esigenze che ne costituiscono il presupposto e nei soli limiti che lo rendono indispensabile.

Più severo il giudizio della Corte europea dei diritti dell'uomo. Con sentenza 30 ottobre 2003 (Ganci/cItalia), e più recentemente – ma nello stesso senso – con sentenza del 11 gennaio 2005 (Musumeci c/Italia), ha riconosciuto che i termini di giorni dieci per il reclamo contro il decreto ministeriale violano il diritto del ricorrente, di cui all'art. 6 comma 1 della Convenzione, in quanto la controversia non può essere, in così limitato tempo, esaminata in modo equo da una giurisdizione imparziale ed indipendente. In passato, prima dell'entrata in vigore della legge n. 95/2004 – che ha introdotto una certa regolamentazione del controllo sulla corrispondenza di detenuti ed internati – la Corte europea, alla unanimità, aveva dichiarato la violazione dell'art. 8 della Convenzione europea, in quanto l'art. 18 dell'ordinamento penitenziario non disciplinava allora né la durata delle misure di controllo, né i motivi che potevano giustificarle, né indicava con chiarezza le modalità di esercizio del potere di valutazione delle competenti autorità.

Le riforme poi susseguitesì con la legge 23 dicembre 2002, n. 279 e con la legge del 8 aprile 2004, n. 95 per quanto abbiano sia recepito alcuni dei suggerimenti interpretativi offerti dalla Corte costituzionale, sia cercato di porre rimedio alle censure avanzate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, sostanzialmente hanno mancato l'obiettivo – per la verità troppo ambizioso – di rendere immune da qualsiasi censura costituzionale il regime della differenziazione per ragioni di pericolosità sociale “esterna”.

Permane, infatti, la natura amministrativa del provvedimento di sospensione delle regole trattamentali e ciò in contrasto con gli artt. 13 e 15 della Costituzione che riservano solo all'atto motivato dell'autorità giudiziaria la legittimità ad adottare provvedimenti limitativi delle libertà fondamentali, quale quella personale ed epistolare; il decreto di sospensione, sebbene non più ad libitum del Ministro per quanto concerne i contenuti specifici, almeno dopo la legge di riforma n. 279/2002, determina in fase esecutiva una vera e propria pena “altra” da quella edittalmente prevista, in violazione del principio di stretta legalità; permangono poi forti perplessità di violazione del principio di presunzione di innocenza nei confronti del detenuto non definitivo, come di inflizione di una pena, al detenuto definitivo, contraria al senso di umanità; ed infine, le informazioni e i pareri che il Ministro di giustizia può acquisire prima del decreto sono sottratti al contraddittorio e ciò in dispregio del principio del giusto processo.

Se non proprio certezze, certo dubbi di incostituzionalità effettivamente

ancora permangono. Certamente sufficienti per fare sospettare che al fine socialmente condiviso di contrastare sempre più efficacemente la "piovra", si sia accettato di pagare il prezzo di qualche strappo alla legalità costituzionale. Insomma: come si preciserà meglio in seguito, in tema di lotta alla mafia l'ordinamento italiano parrebbe avere scelto di valicare i rigidi confini posti dal "diritto penale del cittadino", per avventurarsi verso i lidi di un "diritto penale di lotta", o meglio e di più: ha consapevolmente sconfinato in quelli estremi di un "diritto penale del nemico".

4. *Un prezzo, quindi, ragionevole da pagare?* – In buona sostanza per la politica (criminale) la questione è stata, rimane e rimarrà sempre la medesima: per quanto indigesto agli stomaci delicati dei garantisti, il regime della differenziazione trattamentale nei confronti dei mafiosi serve e quanto a contrastare quel fenomeno delinquenziale che, meglio tenerlo presente, controlla ancora un quarto del territorio nazionale e minaccia seriamente la stessa democrazia del nostro paese?

Se dovessi dare il giusto peso alla determinazione con cui le agenzie schierate in prima linea nella lotta al crimine organizzato hanno sostenuto l'adozione e poi il mantenimento del regime di cui all'art. 41-*bis* comma 2° della legge penitenziaria, dovrei convenire che non se ne possa fare a meno. Anche prestando la dovuta attenzione alle posizioni di palese contrasto con cui le cupole delle grandi organizzazioni criminali hanno da sempre osteggiato questo regime, dovrei convincermi che esso sia un utile strumento in mano allo Stato, tanto da essere temuto dalle mafie.

Eppure, alcuni elementi non ritornano in questo quadro da "stato di necessità" di fronte al quale, vogliono convincerci, bisogna – sia pure obtorto collo – sacrificare qualche garanzia costituzionale.

In primo luogo, l'"effetto domino" non si è determinato, o per lo meno non nei termini sperati. Certo si fa qualche volta breccia nel muro impenetrabile dell'omertà mafiosa, ma non è dato assistere al determinarsi di una vera e propria valanga di vocazioni collaborative. Queste rimangono sempre una cifra contenuta; nel tempo poi tendono a diminuire sensibilmente, se si tiene in conto che una percentuale niente affatto trascurabile di mafiosi irriducibili in carcere rimangono sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* comma 2° per lunghi periodi; alcuni lo sono dal 1993.

Mi è stato fatto intelligentemente osservare [mi riferisco all'amico Sandro Margara, per breve tempo Direttore generale della Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria] che il fenomeno del "pentitismo mafioso" si eviden-

zia, prevalentemente, a ridosso immediato dell'ingresso in carcere; trascorsa questa prima fase, raramente il mafioso si converte in collaboratore per sfuggire al rigore del carcere duro. Come se la "carota" dei benefici riservati ai collaboratori convinca più del "bastone" del carcere duro, si decide da subito di collaborare per ottenere un vantaggio legalmente garantito, piuttosto che sfuggire ad una pena che si avverte sempre più come insopportabile. Di conseguenza: la maggioranza dei circa 500 differenziati oggi presenti nelle nostre carceri, lo sono da troppo tempo per sperare che possano ragionevolmente "pentirsi" in futuro.

Verrebbe quindi da pensare che, nei confronti di chi non ha deciso di collaborare e che probabilmente mai deciderà di farlo, il carcere duro serva effettivamente solo a ridurre il rischio che continui ad impartire ordini all'organizzazione criminale esterna. Ma questa è una preoccupazione ingenua: ben pochi dei mafiosi oggi differenziati, anzi pochissimi, hanno un profilo criminale così rilevante da potere condizionare una organizzazione criminale di stampo mafioso. La stragrande maggioranza sono semplici – anche se non per questo innocui – gregari del crimine organizzato. E se mai non erano solo gregari quando erano in libertà, dopo solo pochi anni di detenzione le loro potenzialità di influenzare l'attività delinquenziale esterna debbono ritenersi irrimediabilmente compromesse. Infine, i pochissimi "pezzi da novanta" delle cupole finiti in carcere, sappiamo essere a loro volta differenziati rispetto a coloro che sono soggetti al regime dell'art. 41-*bis*; in una logica di "scatole cinesi" per questi pochi "pericolosissimi" la sospensione delle regole trattamentali è ancora più radicale, al punto da necessitare una detenzione in spazi carcerari speciali.

Insomma: a riflettere con pacatezza, non è facile convincerci dell'utile nella lotta alla criminalità organizzata di questi 500 mafiosi, progressivamente sempre più "lungodegenti delle patrie galere", e pertanto sempre meno pericolosi e sempre più afflitti da patologie da carcerizzazione, ma, nonostante ciò, puniti con tanta severità.

E, allora, perché questa severità smodata?

5. *Una sofferenza "gratuita"?* – Sappiamo che con la riforma del 2002 si è provveduto a riscrivere l'art. 41-*bis* comma 2°, soprattutto con il comma 2quater, attraverso il quale è stato determinato, per quanto non tassativamente, il contenuto del provvedimento di sospensione delle regole di trattamento. Esso può concernere "solo" i seguenti profili trattamentali: l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, cioè tecnicamente di prevenzione

situazionale; la determinazione e la disciplina dei colloqui; le somme di denaro, i beni ed altri oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno; l'esclusione dalle rappresentanze dei detenuti; la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza; le limitazioni della permanenza all'aperto, cioè la disciplina dell'"ora d'aria".

Non dubito che questi profili trattamentali siano quelli obiettivamente più a rischio, nel senso che se non disciplinati in termini restrittivi rendono più agevole al detenuto mafioso sfruttare l'opportunità di comunicare con l'esterno. Ma dalle testimonianze che abbiamo, ad alcune delle quali dobbiamo prestare fede, il regime del carcere duro per i mafiosi non si limita affatto solo a queste privazioni e restrizioni "pesanti", ma "ragionevoli".

Dalle visite condotte nelle carceri italiane dal Comitato europeo contro la tortura, apprendiamo di altre limitazioni di diritti che sfuggono a qualsiasi razionalità securitaria: le celle dei differenziati sono risultate assai impersonali (pochi effetti personali, nessuna fotografia appesa alle pareti, nessun apparecchio elettrico/elettronico ad eccezione di un televisore), come disabitate, cosa assai rara nei casi di persone sottoposte a pene di detenzione di lunga durata; i detenuti differenziati non hanno diritto di lavorare, tranne coloro che a rotazione assicurano la distribuzione dei pasti e delle pulizie; nelle sezioni dove sono ristretti coloro che sono sottoposti al regime del carcere duro non risulta autorizzata alcuna attività culturale o socio-educativa, sia essa di tipo individuale o di gruppo; l'accesso alla biblioteca o alla cappella è interdetto, così come ai campi sportivi all'aperto; sono state riscontrate limitazioni nel numero dei libri che possono essere richiesti alla biblioteca; i detenuti differenziati vengono trasferiti con straordinaria frequenza con rischi nefasti sul loro benessere psico-fisico e con la difficoltà di mantenere i contatti con i familiari e con i loro difensori; alcuni sottoposti al regime del 41-*bis* risultano siano stati anche puniti con l'isolamento cellulare ed infatti sugli stessi sono stati riscontrati disturbi dell'ideazione e della comunicazione che possono essere considerati come effetti secondari della privazione socio-relazionale conseguenziale allo stato di isolamento prolungato; in altre ipotesi e più recentemente è dato assistere all'inflizione del regime della sorveglianza particolare ex artt. 14-*bis* e seguenti nei confronti di detenuti sottoposti al regime di differenziazione ex art. 41-*bis* comma 2°.

Le osservazioni avanzate al governo dal Comitato europeo contro la tortura in più parti poi esplicitano dubbi che alcune modalità trattamentali riservate ai sospetti mafiosi in carcere possano configurare ipotesi di trattamenti contrari al senso di umanità.

La questione, almeno politicamente, mi sembra di nodale importanza: non si tratta solo di constatare la violazione di alcune garanzie costituzionali, ma di non potere neppure e sempre giustificare questa violazione in chiave utilitaristica di lotta al crimine organizzato. Esiste quindi un sorte di eccesso punitivo che sembrerebbe non trovare facile e immediata giustificazione.

6. *Guerra alla mafia e il “diritto penale del nemico”*. – Sì, ne sono convinto: siamo in presenza di un eccesso punitivo “simbolico”, nel senso che alla dichiarazione della “guerra alle mafie” consegue a livello di sistema di giustizia penale l’urgenza di dare rappresentazione dei nemici mafiosi come “non-persone”: essi devono essere trattati come “nude vite”.

A persuadermi di ciò, anche l’influenza delle acute osservazioni dell’amico Massimo Donini. Questi, nel tentativo ultimo, per me infruttuoso di distinguere almeno concettualmente un “diritto penale di lotta”, e pertanto ancora legittimo, da un “diritto penale del nemico”, come tale inaccettabile in una prospettiva costituzionale [vedi il suo lungo ed articolato saggio in “Studi sulla questione criminale”, 2007, n. 2, pp. 55-88], riconosce esplicitamente che i regimi detentivi differenziati appartengono ad un diritto penale d’autore e quindi del nemico. E lo sono perché violano i tre principi su cui si fonda il “diritto penale del cittadino” o diritto penale delle garanzie: la centralità assoluta del “fatto”, non sostituibile da quella dell’“autore”; la funzione rieducativa della pena o comunque la permanenza di una finalità mai radicalmente escludente; ed infine la terzietà del giudice.

La disciplina della differenziazione trattamentale per ragioni di pericolosità è, né altrimenti potrebbe essere, esempio quasi “manualistico” di diritto penale d’autore; la finalità apparente perseguita è della “innocuizzazione” di soggetti altamente pericolosi, quindi di prevenzione speciale negativa; si segna poi per carenza di giurisdizione, dove la decisione di provvedere e il contenuto del provvedimento di sospensione delle regole trattamentali sono del potere politico che agisce in una prospettiva di ostilità dichiarata nei confronti dei mafiosi.

Ci troviamo quindi di fronte ad un “diritto penale del nemico”, cioè di quel diritto che non si applica alle persone, ma solo alle “nude vite”, a coloro che non potendo dare alcuna «certezza cognitiva del proprio comportamento futuro» – per tradurre letteralmente le parole di G. Jakobs – sono solo *hostes*. E contro i nemici a valere è la logica della guerra: un diritto quindi della neutralizzazione selettiva e del controllo sociale tecnocratico.

Ma come ci insegna Agamben, quando si devono amministrare “nude

vite", la scelta tecnocratica del campo di concentramento rischia sempre di trasformarsi in quella ottusamente primitiva del campo di sterminio. Come dire che l'"olocausto" è una eventualità, sia pure residuale, a cui non possiamo sottrarci, che permane attigua e prossima alla giustizia penale. Ed è questa la ragione di fondo che consente ai critici di negare che il "diritto penale del nemico" possa mai essere riconosciuto come diritto penale.

Un diritto penale di guerra, cioè un diritto penale che dichiara guerra al crimine o meglio a determinanti criminali, corre sempre il rischio di liberare la giustificazione del suo agire da ogni solido ancoraggio a rigorose valutazioni utilitaristiche. La giustificazione del diritto del nemico ritorna così a quella fase che precedette la rottura imposta dalla modernità, cioè ad una penalità liberata nei suoi contenuti e nelle sue forme da ogni vincolo razionale e da ogni serio intento di parsimonia punitiva. Assistiamo quindi ad una specie di regresso ad una pena fondamentalista, dove prende il sopravvento il vecchio abito antieconomico dell'ostentazione e della dissipazione del potere punitivo. E così si punisce oltre le necessità utilitaristiche di prevenzione.



# **Antologia**



prof. FRANCESCO ANGIONI  
Università di Sassari

## IL NUOVO CODICE DI DEONTOLOGIA MEDICA<sup>(\*)</sup>

1. Il senso etico-giuridico della professione medica e la sua evoluzione si può ricavare anche dalla lettura testuale dei codici deontologici che si sono susseguiti in Italia nell'arco ormai di un secolo (a partire da quell'unicum del 1903 costituito dal codice di autoregolamentazione formulato dall'ordine dei medici della provincia di Sassari, a originaria protezione dall'abusivismo e dalla ciarlataneria, non senza già un accenno (art. 4) al divieto per il medico di "introdurre alcun atto operativo senza prima avere ottenuto il consenso dell'ammalato").

Il primo dato che balza agli occhi è la frequenza sempre più ravvicinata delle diverse edizioni di codice entrate in vigore: addirittura tre approvate nell'ultimo decennio. Quello del 1995 ha ricevuto impulso dall'irrompere della bioetica nell'area delle scienze, cioè l'etica riferita alla vita umana dalla nascita (o dal concepimento) alla morte, con problemi nuovi sollevati dall'enorme progresso tecnico nelle terapie biomediche (trapianti, rianimazione, fecondazione artificiale). Il codice del 1998 fa tempestivo riscontro alla Convenzione sui diritti umani e la biomedicina sottoscritta l'anno prima a Oviedo dal Consiglio d'Europa, nonché all'estendersi della medicina alternativa con il risonante caso della cura Di Bella. Infine il codice attuale (16 dicembre 2006) nasce (come si ricava dalla sua "disposizione finale") dalla consapevolezza di un bisogno costante di monitoraggio dell'impatto e della recezione delle norme deontologiche nella comunità medica e negli ospedali, anche al fine di un loro rapido aggiornamento; e poi dall'attenzione all'uso appropriato delle risorse.

La comparazione testuale dei diversi codici<sup>1</sup> mette in risalto il passaggio da

\* Testo della relazione presentata al Convegno di studio sul tema "Il diritto della medicina oggi", Sassari, 18-19 maggio 2007.

<sup>1</sup> Per es. la lettura del codice 2006, confrontato con quello immediatamente precedente, coglie quello che esso dice o che non dice; ciò che dice ora come allora ma con qualche diversità, ciò che non dice più o che dice adesso per la prima volta. Disposizioni completamente nuove nel codice 2006 sono gli artt. 5 (educazione alla salute e rapporti con l'ambiente), 6 (sulla gestione appropriata delle risorse e sulla garanzia di pari opportunità per tutti di accesso,

un'etica paternalistica, ormai definitivamente superata e accantonata nel codice odierno, a un'etica – in tempi ormai di pluralismo etico – che coniuga o più realisticamente aspira a coniugare l'autodeterminazione del malato e lo spirito beneficiale del (buon) medico.

Secondo l'etica paternalistica, nel rapporto con il malato il medico assurgeva a una posizione di quasi-tutela, con il paziente ridotto a uno stato di minorità di fatto. Si parla allora – fino al codice 1995 compreso – di 'potestà' del medico (art. 29 quarto comma, cod. 1995), ad analogia della patria potestà, della potestà maritale, ecc. Un potere che talvolta il detentore potrebbe usare non tanto nell'interesse del paziente quanto nell'interesse proprio (fare pratica o didattica, sperimentare nuove cure o tecniche). Un esempio di mentalità paternalistica si ritrova nella dichiarazione di un illustre medico del passato prossimo<sup>2</sup>: "Colui il quale attraverso anni di pratica e di studio ha imparato a giudicare con scienza e coscienza le questioni della propria professione, non dovrebbe essere vincolato da eccessive pastoie legali"; e lo stesso si domanda perché mai si debba mettere in discussione il diritto di curare anche all'infuori dello stato di necessità legale. E un altro Autore<sup>3</sup>: "Si deve intendere come consentito *di per sé* qualsiasi intervento terapeutico necessario e realizzato secondo le *leges artis*".

Nel codice 2006 il principio di autodeterminazione del malato trova riconoscimento, fra altri, negli artt. 4, 13 e 53, mentre il principio di beneficiarietà negli artt. 1, 3, 4, 13 e 18<sup>4</sup>.

disponibilità, utilizzazione e qualità delle cure), 14 (sulla prevenzione del rischio di errori clinici), 45 (in tema di interventi sul genoma) e 51 (sull'attività medica nei confronti di detenuti).

<sup>2</sup> R. ROMANESE, citato da G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, Padova, 1998, p. 38 nota 17.

<sup>3</sup> T.C. FORMAGGIO, anch'egli citato da G. IADECOLA, *op. loc. cit.*

<sup>4</sup> L'art. 1 recita fra l'altro: "Il medico deve comportarsi in armonia con i principi di solidarietà, umanità e impegno civile". Nell'art. 3 "La salute è intesa nell'accezione più ampia del termine, come condizione cioè di benessere fisico e psichico della persona". L'art. 4 denota attenzione sia per il principio di autodeterminazione che per quello di beneficiarietà, dove detta che il medico deve assumere come principio "il rispetto della vita, della salute, della libertà e della dignità della persona". L'art. 13 fa salva la libertà del paziente di rifiutare, anche in regime di ricovero, l'applicazione di presidi diagnostici e terapeutici. E nel contempo indica che le prescrizioni e i trattamenti devono fra l'altro perseguire il beneficio del paziente. L'art. 18 comanda che "i trattamenti sulla integrità e sulla resistenza psico-fisica del malato possono essere attuati solo al fine di procurare un concreto beneficio clinico al malato o di alleviarne le sofferenze". L'art. 53 nega al medico iniziative coercitive nei confronti di persona che rifiuta volontariamente di nutrirsi, pur assegnandogli il dovere di informarla sulle gravi conseguenze che un digiuno protratto può comportare sulle condizioni di salute e comunque il dovere di continuare ad assisterla.

2. Il codice deontologico ha anzitutto funzione e portata di orientamento culturale all'interno della comunità medica, con valore promozionale e non solo ricettivo dell'esistente nella prassi. Inoltre ha rilevanza giuridica interna, con eventuali effetti disciplinari. Ma possiede anche un'intrinseca finalità di interesse pubblico e in particolare di tutela degli interessi degli utenti, incidendo l'attività medica su beni oggetto di garanzia di livello costituzionale, come la vita e la salute. Ne discende che il codice deontologico acquista rilevanza giuridica esterna, con efficacia erga omnes, in particolare nel campo del diritto civile e del diritto penale. Infatti, pur non essendo reputato dai più come fonte del diritto in senso proprio, viene a risaltare indirettamente in sede di interpretazione e applicazione del diritto.

Nel diritto civile con riferimento ai principi generali di "comportamento secondo correttezza" (art. 1175 c.c.), di diligenza da valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata (art. 1176 c.c.), di buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.) e di responsabilità per colpa professionale (cfr. l'art. 2043 c.c.).

Nel diritto penale le norme deontologiche rappresentano 'elementi normativi delle fattispecie', in particolare nell'ambito dei reati colposi<sup>5</sup>, posto che l'art. 43 c.p. definisce la colpa come inosservanza fra l'altro di "discipline"; e non è dubbio che i codici deontologici delle professioni e in specie quello medico costituiscono nei loro rispettivi ambiti modelli organici e dettagliati di 'disciplina'. Esempi di norme di comportamento di questo genere sono gli artt. 2, 13, 19, 21, 23, 26 cod. deont.<sup>6</sup>. Ciò vale dunque in via di principio, senza sottacere peraltro che costituisce capitolo tutto da studiare il rapporto tra regole di condotta descritte nel codice deontologico e la consueta figura-modello di riferimento penale dell'homo eiusdem professionis; se cioè – tanto per fare un esempio – la violazione di una norma deontologica raggiunga già

<sup>5</sup> E financo di tutti i reati, nessuno escluso, se si reputa che un nucleo di colposità sia elemento necessario anche nei reati dolosi e in quelli preterintenzionali (vd. G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 3 ss.).

<sup>6</sup> L'art. 2 fa riferimento a comportamenti "disdicevoli al corretto esercizio della professione. L'art. 13 esige che le prescrizioni e i trattamenti siano "ispirati ad aggiornate e sperimentate acquisizioni scientifiche". L'art. 19 impone al medico "di mantenersi aggiornato in materia tecnico-scientifica". L'art. 21 pretende dal medico di garantire "impegno e competenza professionale" e di non assumere "obblighi che non sia in grado di soddisfare". L'art. 23 prevede che il medico, di fronte a situazioni cliniche alla quali non sia in grado di provvedere egli stesso, indichi al paziente le specifiche competenze necessarie al caso in esame. L'art. 26, dettato anche da eventuali finalità di diritto processuale, stabilisce dettagliatamente quali requisiti di contenuti deve possedere la cartella clinica.

di per sé il livello di rilevanza colposa in ambito penale. Comunque un giudizio di responsabilità fondato sulla violazione di una regola deontologica difficilmente potrebbe essere efficacemente contrastato da un professionista, dato che la regola medesima è emanazione diretta dell'Ordine professionale della categoria di cui fa parte.

Nella presente prospettiva – per fare due esempi – può essere allora corretto definire la violazione dell'obbligo di corretta informazione e acquisizione del consenso del paziente, come componente idonea a fondare un rimprovero di colpa penale in casi sfociati in eventi contro la vita o l'incolumità personale. E la violazione del divieto di “manovre coattive di nutrizione artificiale” nei confronti di persona dissenziente (art. 53 cod. deont.), configurerebbe il delitto di violenza privata (art. 610 c.p.).

La conclusione di questo breve discorso è allora che il codice deontologico non è solo un codice di etica, ma insieme anche un codice di diritto<sup>7</sup>.

3. Vorrei accennare a due temi particolarmente significativi e discussi, facendo riferimento ad alcune disposizioni del codice deontologico caratterizzanti e talvolta di non agevole interpretazione.

Il primo tema è quello del consenso informato. Proprio uno degli aspetti su cui è maggiormente progredito il codice deontologico nel corso delle sue frequenti edizioni è quello del ruolo della volontà del paziente nei confronti di trattamenti medici. Nel testo del codice unificato del 1924 non risultava espressamente affrontato il tema della comunicazione tra medico e paziente. E fino al codice del 1978 si prevedeva fra l'altro che una prognosi grave doveva essere comunicata ai familiari del malato ma poteva essere tenuta nascosta al malato stesso. Solo a partire dal codice del 1989 è attribuito al paziente e solo a lui un potere di autodeterminazione. L'edizione attuale contiene significative variazioni anche rispetto all'edizione del 1998: ora il consenso della persona deve essere “esplicito” e la sua volontà deve essere “documentata” (art. 15). Nelle ipotesi in cui il paziente sia in stato di incapacità provvisoria (per es. perché sotto anestesia generale), mentre tradizionalmente ci si richiama tout court alla figura dello stato di necessità (es. art. 34 codice 1995), nel codice 1998, e oggi con maggiore chiarezza espositiva, si pone in risalto l'eventuale pregressa volontà del paziente, della quale, pur non essendo riso-

<sup>7</sup> Cfr. E. QUADRI, *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, p. 925 ss.

lutiva, il medico deve tenere conto (art. 35 ult. comma) (con l'implicita conseguenza che ove non aderisse a essa dovrebbe adeguatamente indicare le giustificate ragioni del proprio effettivo comportamento). Questo richiamo alla volontà precedente (nella cui logica si iscrive anche l'odierno capitolo delle cd. direttive anticipate)<sup>8</sup> mostra come accanto alla volontà attuale del paziente il codice riconosce un peso generale al principio di autodeterminazione, anche nelle ipotesi in cui la volontà non sia attualmente manifestabile. Nella medesima logica sarebbe allora stato opportuno – e lo sarà in futuro – un riferimento espresso nel codice alla volontà “presumibile” del paziente, ossia alla volontà che il paziente avrebbe manifestato se ne avesse avuto la possibilità: contenuto di volontà da ricavarsi alla stregua di un giudizio ipotetico da parte di un osservatore ragionevole, non necessariamente concordante con l'effettivo parere del medico reale della situazione concreta.

Alla luce di questa attenzione al principio di autodeterminazione del paziente risulta invece affetta da atteggiamento *neopaternalistico* una recente sentenza della giurisprudenza di legittimità, che ha avuto larga eco nell'opinione pubblica specializzata, ricevendo adesioni ma anche forti critiche. Si tratta di Cass. 20 maggio 2002 (cd. Volterrani), nella quale, ignorando completamente i dettati del codice deontologico e disconoscendo espressamente la rilevanza giuridica della pur ratificata in Italia Convenzione di Oviedo, si assolve il chirurgo, con richiamo a un preteso effetto scriminante (sovralegale) accordato al soccorso di necessità medica. Oggetto del processo era un intervento demolitorio di duodenocefalopancreasectomia (comunemente considerata la più impegnativa operazione di chirurgia dell'addome) con esito mortale, su paziente che aveva dato consenso alla sola esplorazione dell'addome senza nessuna invasività ulteriore.

Stando alla logica assoluta di tale sentenza, la conseguenza inaccettabile è che il malato, una volta affidatosi a un medico<sup>9</sup> sarebbe totalmente nelle sue mani; e il medico diventerebbe garante assoluto di un soggetto colpito “da inevitabile turbamento della coscienza generato dalla malattia”<sup>10</sup>, onde il paziente “difficilmente è in grado di manifestare liberamente il suo intendimento”<sup>11</sup>. Insomma, sempre nella logica di questa pronuncia della Cassazione, il malato da paziente – cioè alla lettera soggetto che patisce, che soffre – si tra-

<sup>8</sup> Su cui si veda l'art. 38 ult. comma cod. deont.

<sup>9</sup> O più spesso nelle strutture pubbliche “capitato” nelle mani del medico di turno.

<sup>10</sup> Così testualmente la sentenza citata nel testo.

<sup>11</sup> Ancora testualmente la sentenza citata.

sforma in “paziente” nel senso che viene a trovarsi in rapporto di soggezione insuperabile nei confronti di un medico o chirurgo, il quale – in questa prospettiva – avrebbe in esclusiva il potere di decisione sul suo corpo; e in particolare, al paziente non sarebbe riconosciuto il diritto di scegliere *se, quando e dove* ‘operarsi’. Infine, il riferimento nella sentenza a una scriminante di necessità medica (non prevista nell’ordinamento giuridico) viene fondata su una discutibile analogia con il soccorso di necessità di cui all’art. 54 c.p., del quale non contiene peraltro il decisivo requisito dell’*attualità* del pericolo. Inoltre, così ragionando, si trasformerebbe l’istituto dello stato di necessità da figura a struttura triangolare (agente, soggetto in pericolo e terzo innocente) a figura bilaterale, dove soggetto in pericolo e terzo innocente si identificano, pervenendosi alla stravagante configurazione di un soggetto dissenziente (o comunque non consenziente) che nello stesso tempo ricopre il duplice ruolo di oggetto dello zelo di salvamento e di soggetto sacrificato<sup>12</sup>; poiché è lui medesimo che sopporta in via esclusiva il rischio che la finalità di salvezza si trasferisca in esito irrimediabilmente infausto.

In tutt’altra mentalità e prospettiva il codice deontologico nel fondamentale art. 35 statuisce che i trattamenti “che possano comportare grave rischio per l’incolumità della persona, devono essere intrapresi solo in caso di *estrema* necessità e previa informazione sulle possibili conseguenze, cui deve far seguito una opportuna documentazione del consenso. In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona”. E solo nel caso che il paziente sia al momento incapace, “il medico deve intervenire nel rispetto della dignità della persona e della *qualità della vita*, evitando ogni accanimento terapeutico, tenendo conto delle precedenti volontà del paziente”. Come si vede, qui il principio di autodeterminazione domina incondizionato nel caso di paziente capace ed è oggetto di premurosa considerazione anche nel caso di paziente incapace.

D’altra parte il successivo art. 36, riguardante le situazioni di urgenza, stabilisce che il medico “tenendo conto delle volontà della persona se espresse, deve attivarsi per assicurare l’assistenza indispensabile”. Qui principio di beneficiabilità e principio di autodeterminazione coesistono in sottile equilibrio. Per comprendere in che cosa consistano le ‘situazioni di urgenza’ può essere acconcio richiamarsi al Rapporto esplicativo sulla Convenzione di Oviedo,

<sup>12</sup> Vd. C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell’illecito penale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 1996, p. 151 ss.

art. 8 n. 57: “Coloro che esercitano professioni sanitarie dovrebbero anche in una situazione di urgenza, cioè *quella che impedisce al medico di ottenere il consenso adeguato*, mettere in atto misure ragionevoli per stabilire quali potrebbero essere i desideri del paziente”. E all’art. 8 n. 58 si dice che “nelle situazioni di urgenza il medico è autorizzato ad agire immediatamente senza aspettare che il consenso possa essere dato”, a patto che il suo intervento sia “indispensabile dal punto di vista medico e non permetta un rinvio”.

A proposito del menzionato art. 36 cod. deont. è da notare che diversamente dal codice precedente qui si parla soltanto di “*assistenza*” indispensabile e non più di “assistenza e cure” indispensabili. Inoltre nel codice attuale all’art. 37, riguardante i minori e gli interdetti, si parla invece del dovere di “cure” indispensabili.

4. Il secondo tema oggetto delle presenti note riguarda l’eutanasia e la rinuncia al cd. accanimento terapeutico: figure concettualmente limitrofe ma di opposta rilevanza giuridica.

L’omicidio è illecito autoevidente secondo la morale di senso comune. E in forza del dettato del codice penale italiano l’eutanasia per ragioni di pietà, se è provocata senza il consenso del sofferente, costituisce pur sempre un omicidio comune (art. 575 c.p.); mentre se c’è consenso o richiesta del sofferente, l’eutanasia costituisce una forma di omicidio attenuato (artt. 579 e 580 c.p.).

Al fondo della valutazione etica (prima che giuridica) dell’eutanasia consensuale stanno due concezioni che appaiono difficilmente conciliabili: a) l’etica della “sacralità della vita” (sostenuta dall’etica religiosa in generale e cattolica in particolare), che è fondata su un dato assunto come naturale e istintivo, l’inclinazione all’autoconservazione, e su un presupposto di trascendenza: l’uomo non è signore della sua vita, ma bensì ‘amministratore’ o ‘usufruttuario’ della vita, che gli è stata affidata da Dio. b) L’etica della “qualità della vita” (patrocinata dalla etica laica, secondo una prospettiva di secolarizzazione dell’etica a somiglianza con la secolarizzazione del diritto). Secondo essa l’essere umano è padrone primo e ultimo della sua vita, che gli appartiene interamente.

Anche qui, come nella problematica sul consenso, troviamo due situazioni di base: quella in cui il soggetto è cosciente e quella in cui il soggetto non è cosciente (per es. perché è in coma). I problemi di valutazione legati a questa seconda evenienza interferiscono anche con l’esigenza dei trapianti d’organo (specie del cuore) e presuppongono anzitutto la definizione del momento della

morte; la quale per ragioni di praticabilità dei trapianti dovrebbe verificarsi prima che gli organi da espianare siano deteriorati da necrosi. L'accertamento del momento della morte è ormai comunemente ottenuto mediante l'elettroencefalogramma: se esso è ormai silente, la persona è definitivamente morta<sup>13</sup>.

Anche con riguardo al tema della distinzione tra atti eutanasi e accanimento terapeutico si sostengono egualmente due posizioni: da parte dell'etica laica la rilevanza in via di principio delle (circostanziate) determinazioni anticipate eventualmente fatte dal soggetto; mentre da parte dell'etica religiosa si concede peso del tutto relativo a tali volontà, anche in quanto inattuati nel momento per il quale dovrebbero valere. L'etica religiosa si concentra invece sulla qualità del coma in cui versa il soggetto: se reversibile sarebbe vietato interrompere il trattamento, sia delle 'cure ordinarie' (come l'idratazione e la nutrizione parenterale) che di ogni altra terapia tecnicamente a disposizione (come quella intensiva); mentre se il coma è irreversibile la continuazione del 'trattamento straordinario' è spesso visto come forma di accanimento terapeutico, e quindi non doverosa. In questa prospettiva è però allo stato attuale oltre modo difficile, se non arbitrario, stabilire quando ci si trovi davanti a uno stato di coma reversibile e quando invece di coma irreversibile.

Il codice deontologico attuale (nell'art. 39 secondo comma) e quello precedente (nell'art. 37) stabiliscono che "in caso di compromissione dello stato di coscienza il medico deve proseguire nella terapia di sostegno vitale finché ritenuta ragionevolmente utile". Ma poi i due codici si diversificano: quello del 1998 è più preciso ma più drastico: "Il sostegno vitale dovrà essere mantenuto sino a quando non sia accertata la perdita irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo"; il codice 2006 ha soppresso quest'ultima prescrizione, sostituendola con un'altra più elastica anche se meno precisa: il sostegno vitale deve proseguire, "evitando ogni forma di accanimento terapeutico".

5. L'altra evenienza prima menzionata è quella della distinzione tra eutanasia e rinuncia all'accanimento terapeutico nei confronti del *soggetto cosciente*. Il codice deontologico tratta lapidariamente dell'eutanasia nell'art. 17: "Il medico, anche su richiesta del malato, non deve *effettuare né favorire* trattamenti finalizzati a provocare la morte". Con tale formulazione il codice mostra in fondo di rifiutare la tradizionale distinzione prettamente naturalistica tra euta-

<sup>13</sup> In dettaglio, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, Delitti contro la persona*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2005 p. 38 ss.

nasia attiva e eutanasia passiva, parificando totalmente l'una e l'altra forma quanto a rilevanza etico-giuridica: vietata l'una ('effettuare') e vietata parimenti l'altra ('favorire').

La norma in parola era prevista tale e quale nel codice precedente, tranne che per un aggettivo: il cod. 1998 parlava di trattamenti "diretti" a provocare la morte, mentre il codice attuale parla di trattamenti "finalizzati". Si tratta di una variazione puramente nominale oppure anche concettuale?<sup>14</sup> Se "diretti" significava "indirizzati soggettivamente", allora i due termini in comparazione sono del tutto equivalenti. Se però "diretti" significava "oggettivamente diretti" (ad analogia del concetto così come generalmente inteso in tema di tentativo: art. 56 c.p.), cioè riferentisi non alla finalità soggettiva dell'atto, ma alla sua tendenza solo oggettiva alla causazione della morte, allora la nuova dizione (trattamenti "finalizzati") potrebbe essere intesa come più restrittiva, lasciando fuori di sé i trattamenti pur oggettivamente 'idonei', ma indirizzati esclusivamente ad altri fini, come, per es., quello di alleviare le sofferenze mediante analgesici (il cui uso però può avere come effetto collaterale la anticipazione della morte). La formula attuale è comunque più univoca della precedente e appare concordare anche con la posizione in tema di eutanasia della Chiesa cattolica: il suo catechismo, nei parr. 2278 e 2279 dichiara che "l'interruzione di procedure mediche onerose, pericolose, straordinarie o sproporzionate rispetto ai risultati attesi può essere legittima. In tal caso si ha la rinuncia all'accanimento terapeutico". Non si vuole così procurare la morte: si accetta di non poterla impedire". "L'uso di analgesici per alleviare le sofferenze del moribondo, anche con il rischio di abbreviare i suoi giorni, può essere moralmente conforme alla dignità umana, se la morte non è voluta né come fine né come mezzo, ma è soltanto prevista e tollerata come inevitabile". In questo modo la posizione della Chiesa (e forse del codice deontologico), impiegando il concetto di dolo *intenzionale*, appare limitare il concetto di eutanasia dolosa, lasciando fuori del suo alveo l'eutanasia cagionata con dolo eventuale. Invece la scienza penale non accetta che il contenuto del dolo sia limitato alla sola forma intenzionale.

Ora, alla luce della sistematica analitica del reato adottata tradizionalmente dai penalisti, la "rinuncia all'accanimento terapeutico" non si può collocare

<sup>14</sup> Un'osservazione di passaggio: le modificazioni possono avere in astratto diverse funzioni (e sta all'interprete cogliere nel caso di specie la vera funzione): fra l'altro, eliminare una superfluità o specificare meglio in punto di proprietà semantica, con conseguenze finali di mutamento di contenuto (restringimento o allargamento del campo di denotazione e quindi dell'area di operatività).

nell'area della mancata tipicità del fatto di omicidio (giacché tale rinuncia può provocare un'anticipazione del momento della morte); né nell'area della mancata colpevolezza (giacché essa lascia persistere la consapevolezza e accettazione del rischio di tale anticipazione della morte, e dunque costituisce un comportamento qualificabile di dolo eventuale). Allora residuerebbe solo la possibilità di collocare la rinuncia all'accanimento terapeutico all'interno dell'area delle cause di giustificazione, qualificandola come fatto tipico (concausa della morte) e doloso, ma giustificato.

Fatta questa precisazione di matrice 'penalistica', si vada a vedere cosa statuisce in tema di accanimento terapeutico il codice deontologico (art. 16, opportunamente collocato accanto alla disposizione sull'eutanasia, a differenza dal codice precedente): "Il medico deve astenersi dall'ostinazione in trattamenti diagnostici e terapeutici da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita". Come si può notare, questa disposizione (fra l'altro di assai largo contenuto) si concilia perfettamente con la prospettiva e sistematica penalistica segnalata poco fa. Infatti l'art. 16 non nega che la rinuncia all'accanimento terapeutico possa comportare un accorciamento della vita, né che si accompagni alla consapevolezza e accettazione di tale rischio; piuttosto accoglie l'idea che si tratti di una causa scriminante, cioè di una causa di giustificazione fondata sul presupposto di un bilanciamento tra beni in conflitto: da una parte, nel caso di 'accanimento', l'interesse alla posticipazione della morte (costi quel che costi), e dall'altra parte, nel caso di 'rifiuto dell'accanimento', l'interesse nei confronti della qualità della vita. E il codice deontologico privilegia la scelta a favore di quest'ultimo bene. Se così è, l'art. 16 del codice finisce per propendere in definitiva a favore dell'etica della qualità della vita, pur a scapito dell'eventuale anticipazione della morte.

Comunque sia, in un modo o nell'altro (o, come fa la Chiesa, fondando la legittimità della rinuncia all'accanimento in ragione dell'assenza di dolo intenzionale di procurare l'abbreviazione della vita; oppure, come fa il codice deontologico, fondando il divieto di accanimento sulla prevalenza accordata al bene della qualità della vita) il risultato pratico è pressoché il medesimo: appunto l'illegittimità dell'accanimento terapeutico, secondo il codice deontologico; o comunque la non illiceità della rinuncia all'accanimento, secondo la Chiesa.

A questo punto occorre però stabilire quando in concreto sussista o no un'ipotesi di accanimento. E allora, con riferimento ad alcune situazioni-tipo, l'etica religiosa e l'etica laica risultano talvolta dividersi. a) Uso di farmaci

antidolorifici (oppiacei, ecc.) per lenire le sofferenze; b) riduzione o perfino eliminazione di farmaci antinfiammatori (cortisonici, ecc.), per es. in caso di tumore maligno ormai degenerato in metastasi nell'area cerebrale; c) interruzione dell'idratazione o dell'alimentazione o del sostegno respiratorio (e perfino della ventilazione artificiale).

Mentre i primi due casi (specie il primo) sono generalmente ritenuti leciti sia secondo l'etica della Chiesa sia secondo l'etica di ispirazione laica, in quanto il loro contrario costituirebbe un modo di accanimento terapeutico; invece le situazioni del terzo tipo (cd. *terapia di sostentamento vitale*) sono per l'etica della Chiesa fuori dal concetto di accanimento terapeutico e il loro mancato impiego rientrerebbe nella vietata eutanasia<sup>15</sup>. Invece l'etica laica (soprattutto l'indirizzo "radicale" dell'etica 'volontaristica') tende ad attribuire anche la decisione sulla continuazione o no della terapia di sostentamento vitale esclusivamente all'autodeterminazione del malato, purché "capace".

Ma qual è al riguardo la posizione del codice deontologico? Si è visto prima che l'art. 36 in tema di situazioni di urgenza esige dal medico la "assistenza" indispensabile e non più anche le "cure" indispensabili (come invece il codice precedente). E l'art. 16 cod. deont. vieta l'ostinazione in "trattamenti diagnostici e terapeutici" inidonei nel concreto ad arrecare un beneficio per la salute del malato. Allora, sulla scorta di tali disposizioni, come si può qualificare la terapia di sostentamento vitale? È essa una forma di "assistenza" oppure una "cura"? Ed è da ritenere o no atta a recare beneficio alla salute? Risposte di segno opposto possono essere ragionevolmente date (e vengono quotidianamente date da tutte le parti).

Comunque e inoltre va tenuto presente che al vertice dell'ordinamento giuridico – e dunque al di sopra del codice penale e del codice deontologico – sta la Costituzione, che all'art. 32 decreta che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge". Ebbene, il "sostentamento vitale" rientra o no fra i "trattamenti sanitari" rifiutabili dal malato? E, d'altro canto, tra le disposizioni di legge che in via di eccezione obbligano ai trattamenti sanitari (secondo la riserva di legge espressa nello stesso art. 32 Cost.), potrebbero implicitamente annoverarsi, 'a contrario', anche le fattispecie incriminatrici (tra cui gli artt. 579 e 580 c.p.) poste a tutela della vita? Qualunque risposta venga data a questi interrogativi, si deve del resto realisticamente mettere in conto che la rinuncia al sostentamento vitale o l'interruzione di esso ha un effetto irreversibile e pressoché immediato: la

<sup>15</sup> Cfr. F. MANTOVANI, in questa *Rivista*, 2006, p. 76 ss.

morte del paziente. Si pensi in particolare al caso delle persone affette da grave forma di sclerosi laterale amiotrofica; cioè malati in stato di gravissima invalidità permanente, che tuttavia possono vivere (o 'sopravvivere') anche per lungo tempo se soccorsi da terapia di sostentamento vitale. Se il malato ormai esausto chiede al medico o al familiare il distacco del ventilatore polmonare, il medico o il familiare commette o no il delitto di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.)?

In questo tipo di vicenda viene in mente anche un'altra considerazione. L'invalido completamente privo di capacità motoria, *a differenza di ogni altra persona*, non ha materialmente a disposizione l'estrema e tragica risorsa liberatoria, tollerata dall'ordinamento: il suicidio. Se intende abbandonare la vita egli deve necessariamente servirsi dell'opera di altra persona; la quale però, pur agendo meramente come sua *longa manus*, realizzerebbe formalmente il delitto di omicidio del consenziente o comunque, nella sostanza, il delitto di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.).

Se si reputa che anche tali tipi di reato siano tacitamente accompagnati da una causa di giustificazione (art. 51 c.p., esercizio di un diritto: nella specie, il diritto del malato a decidere del suo finale destino) in qualche modo ricavabile dall'art. 32 della Costituzione (magari suffragato dalle norme deontologiche richiamate poc'anzi), allora l'intervento, da chiunque effettuato, di interruzione del sostentamento vitale sarebbe conclusivamente lecito.

Se al contrario si reputa (come assevera la dottrina della Chiesa) che in nessun caso sia lecito privare il malato del sostentamento *quoad vitam*, a quanti non ne fossero totalmente persuasi potrebbero venire in mente due ripieghi, *de lege ferenda*: a) uno più cauto: che le fattispecie incriminatrici di omicidio del consenziente e di aiuto al suicidio vengano a contemplare sanzioni ben più miti delle attuali nella soglia minima della cornice edittale, a parziale e timido riconoscimento dell'interesse all'autodeterminazione del malato. b) Mentre un rimedio più energico sarebbe: che all'interno della fattispecie di aiuto al suicidio si prevedesse una causa di non punibilità speciale ( non una causa di giustificazione in senso stretto!)<sup>16</sup>: riguardante l'aiuto che sia dato per mate-

<sup>16</sup> Tra le differenze nelle conseguenze giuridiche tra giustificante (scriminante) e causa di non punibilità (esimente) (su cui dettagliatamente F. ANGIONI, in *RIDPP*, 1989, p. 1515 ss.) vi sono: a) che la scriminante comporta un diritto, mentre la esimente no. Cioè, per esemplificare: il riconoscimento della scriminante imporrebbe all'ordinamento giuridico, e dunque in particolare al medico curante (salva l'eventuale esistenza in capo a lui di una riserva di obiezione di coscienza) di dare esecuzione alla volontà 'eutanاسica' del malato. Mentre l'esimente non comporterebbe un tale obbligo ma, più limitatamente, la non punibilità di chi - di fatto, in una sorta di

rialmente consentire alla persona del tutto priva di capacità motoria di realizzare la sua estrema decisione.

Vale la pena di avvertire che invece nell'ottica laica quest'ultima alternativa può essere vista come qualificazione giuridicamente sostenibile già nella logica dell'ordinamento vigente (alla luce della Costituzione e del codice deontologico).

zona franca tollerata – aiuti il malato a realizzare tale sua volontà. b) Che l'errore di fatto sul consenso (sulla sua presenza, validità, ecc.) avrebbe rilevanza scusante, se il consenso costituisse una scriminante, mentre non avrebbe nessun effetto scusante, se il consenso costituisse mera esimente.



dott. COSTANZA BERNASCONI  
Università di Ferrara

## RECIDIVA REITERATA E BILANCIAMENTO DI CIRCOSTANZE: LA DUPLICE PRESA DI POSIZIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. La «speciale» disciplina della recidiva reiterata nelle legge c.d. ex Cirielli. – 2. Gli effetti delle innovazioni in tema di bilanciamento delle circostanze. – 3. Le reazioni della giurisprudenza: il contenimento della discrezionalità giudiziale nel giudizio di bilanciamento delle circostanze come possibile fonte di violazioni della disciplina costituzionale. – 4. I precedenti normativi e la giurisprudenza costituzionale. – 5. La premessa fondante i dubbi di legittimità: l'obbligatorietà della recidiva reiterata – 6. Una diversa ipotesi di lavoro: la possibilità di riconoscere natura facoltativa alla recidiva reiterata. – 7. La natura obbligatoria o facoltativa della recidiva reiterata al vaglio della Corte costituzionale. – 8. Ulteriori aspetti di tensione con i principi costituzionali?

### 1. *La «speciale» disciplina della recidiva reiterata nelle legge c.d. ex Cirielli*

Come è noto, la legge 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. *ex Cirielli*), ha introdotto una disciplina profondamente innovativa non solo in relazione alla prescrizione del reato, ma anche in tema di recidiva. Sotto quest'ultimo profilo, l'idea di fondo che ha pervaso la riforma è quella di una netta rivalutazione del ruolo della recidiva, sia in sede commisurativa, sia in sede esecutiva<sup>1</sup>, in decisa controtendenza rispetto alle soluzioni che, invece, nel 1974 avevano radicalmente modificato l'impianto originario del Codice Rocco<sup>2</sup>.

L'apice della stretta rigorista del legislatore è stato toccato in relazione alla recidiva reiterata, il cui riconoscimento ora, da un lato, finisce per incidere pesantemente sul processo di commisurazione della sanzione penale e, dall'altro lato, opera come condizione ostativa per l'accesso a determinati benefici penitenziari. Senza dimenticare, poi, «l'inedito rapporto» che il legislatore ha inteso instaurare tra recidiva e prescrizione<sup>3</sup>, con la conseguenza di far dipen-

<sup>1</sup> Per un approfondito esame di tali effetti, A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 175 s.

<sup>2</sup> Sul punto, *amplius* e da ultimo, M. BERTOLINO, *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal Codice Rocco alla riforma del 2005*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1129 s.

<sup>3</sup> F. GIUNTA, *Dal disegno di legge Cirielli alla legge ex Cirielli: l'evoluzione del testo ed il suo contesto*, in *Le innovazioni al sistema penale*, a cura di F. GIUNTA, Milano, 2006, 10.

dere dalla carriera criminale dell'accusato i tempi necessari per l'estinzione della potestà punitiva. Si comprende, dunque, come quasi tutte le disposizioni di nuovo conio abbiano sollevato forti perplessità, sia nell'ambito della dottrina, sia nell'ambito della giurisprudenza, al punto da sollecitare l'intervento della Corte costituzionale in relazione a taluni snodi centrali della disciplina in oggetto.

## 2. *Gli effetti delle innovazioni in tema di bilanciamento delle circostanze*

Tra le principali novità in relazione alle quali si coglie la «specialità», nonché la problematicità, della disciplina in tema di recidiva reiterata si può annoverare il disposto dell'art. 69, comma 4, c.p., che – a seguito dell'ultima riforma – vieta al giudice di ritenere eventuali circostanze attenuanti prevalenti sulla recidiva reiterata prevista dall'art. 99, comma 4, c.p., oltre che sulle ipotesi di cui agli artt. 111 e 112, primo comma, n. 4, c.p., con la conseguenza che le predette aggravanti saranno destinate a prevalere o, quantomeno, a neutralizzare le attenuanti concorrenti.

Con tale previsione il legislatore ha inciso su una di quelle disposizioni che più avevano contraddistinto l'ampliamento dello spazio discrezionale del giudice, determinatosi soprattutto a seguito delle modifiche introdotte nel 1974<sup>4</sup>, attraverso il quale si tentò di rispondere ad una sentita esigenza di contenimento dell'originario rigore codicistico delle comminatorie edittali<sup>5</sup>. A partire da tale momento, tuttavia, si assistette ad una stagione di «supplenza giudiziaria nella gestione del sistema sanzionatorio, con conseguente crisi dell'effettività della pena»<sup>6</sup>. In tale prospettiva si colloca la previsione della legge ex Cirielli, dalla cui trama si desume «il *passé-partout* della riforma, che risiede nel contenimento della discrezionalità giudiziale, la quale, essendo per lo più

<sup>4</sup> Il riferimento è, come intuitivo, al d.l. 11 aprile 1974, n. 99, convertito nella l. 7 giugno 1974, n. 220, recante provvedimenti urgenti sulla giustizia penale. Sul punto cfr., *amplius* e per tutti, A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, in particolare 688 s.

<sup>5</sup> A. MELCHIONDA, *Le modifiche in materia di circostanze*, in *Le innovazioni al sistema penale*, a cura di GIUNTA, Milano, 2006, 206.

<sup>6</sup> F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 419; F. GIUNTA, *Dal disegno di legge Cirielli alla legge ex Cirielli: l'evoluzione del testo ed il suo contesto*, cit., 14. Nello stesso senso G. FLORA, *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1325. Sul punto cfr., altresì, F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2005, 509.

foriera di clemenzialismo, non viene più tollerata nei (soli) confronti di quei rei che si presumono particolarmente proclivi a delinquere»<sup>7</sup>. Ora, dunque, il quarto comma dell'art. 69 c.p. pone un vincolo rigido al giudizio di bilanciamento, valorizzando il peso commisurativo della recidiva, al punto che gli effetti aggravanti di quest'ultima impediranno in futuro ogni possibile prevalenza di circostanze attenuanti eventualmente concorrenti. Il giudice, al più, potrà ritenere le attenuanti equivalenti rispetto all'aggravante della recidiva, riportando la commisurazione giudiziale nel perimetro della cornice edittale di base.

Perplessità, tuttavia, sono state espresse in merito alle modalità con cui è stata realizzata siffatta delimitazione che, da un lato, è avvenuta in modo del tutto svincolato dalla collaterale revisione delle cornici edittali delle singole fattispecie incriminatrici<sup>8</sup>, dall'altro lato, è apparsa, nel caso di specie, di dubbia apprezzabilità logica e razionale<sup>9</sup>. Ma al di là delle più o meno condivisibili riserve in merito al modo di operare del legislatore, si tratta di capire se la disciplina in oggetto possa effettivamente considerarsi lesiva dei principi costituzionali o se, piuttosto, i dubbi di legittimità da più parti sollevati, più che evidenziare reali punti di tensione con la disciplina costituzionale, non siano semplicemente espressione di rilievi critici sul merito delle scelte legislative.

### *3. Le reazioni della giurisprudenza: il contenimento della discrezionalità giudiziale nel giudizio di bilanciamento delle circostanze come possibile fonte di violazioni della disciplina costituzionale*

Come anticipato, a distanza di poco tempo dall'entrata in vigore della nuova disciplina, nei confronti del disposto dell'art. 69, comma 4, c.p. sono state sollevate da diversi giudici numerose questioni di legittimità per sospetto contrasto con plurimi parametri costituzionali. Le censure formulate dai giudici *a quibus* trovano per lo più la loro comune premessa fondante nell'assunto per

<sup>7</sup> F. GIUNTA, *Dal disegno di legge Cirielli alla legge ex Cirielli*, cit., 14. In argomento cfr. anche A. PUGIOTTO, «Crash»: sullo scontro frontale tra leggi manifesto, in *Quad. cost.*, 2007, 122 ss., che ragiona sulla contraddizione tra tale *ratio* di fondo della legge ex Cirielli e la scelta legislativa – solo di pochi mesi successiva – di applicare lo sconto di pena dell'indulto anche nei casi di recidiva di cui ai capoversi dell'art. 99 c.p., secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 1, l. n. 241 del 31 luglio 2006.

<sup>8</sup> F. GIUNTA, *Dal disegno di legge Cirielli alla legge ex Cirielli*, cit., 15.

<sup>9</sup> A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, cit., 184. Sul punto cfr., altresì, G. FLORA, *Le nuove frontiere della politica criminale*, cit., 1325 s.

cui la norma denunciata avrebbe introdotto una indebita limitazione del potere-dovere del giudice di adeguamento della pena al caso concreto, introducendo un «automatismo sanzionatorio» correlato ad una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità sociale del recidivo reiterato. Ad avviso dei rimettenti, infatti, la circostanza che il colpevole del nuovo reato abbia riportato due o più precedenti condanne per delitti non colposi farebbe inevitabilmente scattare il meccanismo limitativo degli esiti del giudizio di bilanciamento tra circostanze prefigurato dal citato art. 69, comma 4, c.p. Di talché, la neointrodotta regola si porrebbe in contrasto con una pluralità di precetti costituzionali. In particolare, si invocano, come parametri alla cui stregua valutare la legittimità, il principio di ragionevolezza, quale accezione particolare del principio di uguaglianza (art. 3, comma 1, Cost.), e il principio della funzione rieducativa della pena (art. 27, comma 3, Cost.). La norma censurata, infatti, da un lato, determinerebbe un «appiattimento» del trattamento sanzionatorio in rapporto a situazioni che potrebbero risultare assai diverse e, dall'altro lato, rischierebbe di imporre l'applicazione di pene manifestamente sproporzionate all'entità del fatto, la cui espiazione non consentirebbe la rieducazione del condannato. Inoltre, il predetto automatismo sanzionatorio sarebbe atto a determinare una «indiscriminata omologazione» dei recidivi reiterati, sulla base di una presunzione assoluta di pericolosità che – prescindendo dalla natura dei delitti cui si riferiscono le precedenti condanne, dall'epoca della loro commissione e dalla identità della loro indole rispetto a quella del nuovo reato – non troverebbe fondamento nell'*id quod plerumque accidit*. Si lederebbe in tal modo anche l'art. 25, comma 2, Cost., che sancisce un legame indissolubile tra la sanzione penale e la commissione di un fatto, impedendo che si punisca la mera pericolosità sociale<sup>10</sup>.

#### 4. I precedenti normativi e la giurisprudenza costituzionale

L'esatta individuazione dei profili oggetto di censura merita a questo punto un maggiore approfondimento.

Invero, si deve osservare che il predetto meccanismo di discrezionalità vin-

<sup>10</sup> Nell'ambito della dottrina, analoghe perplessità sulla compatibilità costituzionale della nuova disciplina sono state espresse, tra gli altri, da T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida al diritto*, 2006, *Dossier*, n. 1, 32 s.; AMATO, *Il recidivo va a caccia di «generiche»*, in *Guida al diritto*, 2006, *Dossier*, n. 1, 60; A. DE NICOLA, *Primi problemi applicativi della legge «ex Cirielli»*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 511.

colata nell'effettuazione del giudizio di bilanciamento non era del tutto sconosciuto nel nostro ordinamento anche prima dell'entrata in vigore della l. 251 del 2005. Deroghe variamente costruite al giudizio di bilanciamento delle circostanze erano, infatti, già state introdotte dal legislatore sia nell'ambito della parte speciale del codice sia nell'ambito della legislazione speciale. Si pensi, senza nessuna pretesa di esaustività, alle previsioni relative ai delitti di sequestro di persona a scopo di terrorismo (art. 289 *bis*, comma 5, c.p.) e a scopo di estorsione (art. 630, comma 6, c.p.), al delitto di attentato per finalità terroristiche o di eversione (art. 280, comma 5, c.p.), ai delitti di pedofilia (art. 600 *sexies*, comma 5, c.p.), nonché, ai reati commessi «per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico» (art. 1, comma 3, d.l. 625 del 1979), ai reati commessi con finalità mafiose (art. 7, comma 2, d.l. 152 del 1991), ai reati in materia di immigrazione clandestina (art. 12, comma 3 *quater*, d.lg. 286 del 1998). Tutte ipotesi, queste, che presentano il comune denominatore di integrare strumenti di contenimento della discrezionalità giudiziale in sede commisurativa, posto che il legislatore ha, di volta in volta, ritenuto che determinati elementi debbano avere un peso commisurativo maggiore di altri. I predetti meccanismi di contenimento della discrezionalità sono diversamente costruiti dalle singole disposizioni richiamate. In alcuni casi il legislatore limita l'efficacia diminuente di eventuali circostanze attenuanti entro limiti, specificamente previsti, più ristretti rispetto a quelli che opererebbero con l'applicazione ordinaria dell'art. 69 c.p.<sup>11</sup>. In altre e più frequenti ipotesi, si enuncia un divieto di prevalenza o anche di equivalenza delle eventuali attenuanti concorrenti sulle circostanze aggravanti di volta in volta menzionate<sup>12</sup>. La stessa Corte costituzionale ebbe, peraltro, occasione di pronunciarsi in merito ad alcune delle predette previsioni. Ci si riferisce in particolare all'art. 1, comma 3, d.l. 625 del 1979, nonché all'art. 280, ult. comma, c.p. Ebbene, in tali occasioni la Consulta non ravvisò profili di tensione con i precetti costituzionali, dichiarando non fondate le questioni relative ad entrambe le succitate disposizioni<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> In questo senso dispongono, per esempio, gli artt. 289 *bis*, comma 5, e 630, comma 6, c.p. In argomento cfr., per tutti, F. GIUNTA, *Il sequestro di persona nelle recenti innovazioni legislative*, in *Arc. pen.*, 1983, 264 s.; F. C. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1985, 244 s.

<sup>12</sup> È il caso dell'art. 280, comma 5, c.p., dell'art. 600 *sexies*, comma 5, c.p., dell'art. 1, comma 3, d.l. 625 del 1979, dell'art. 7, comma 2, d.l. 152 del 1991, dell'art. 12, comma 3 *quater*, d.lg. 286 del 1998.

<sup>13</sup> Corte cost. 28 giugno 1985, n. 194, la quale richiama, altresì, la precedente Corte cost.

A ciò si aggiunga che già prima della riforma apportata dalla l. 251 del 2005 in molte altre norme del sistema penale il legislatore ha fatto dipendere dalla recidiva effetti sfavorevoli di vario genere. Si pensi, solo a titolo meramente esemplificativo, alla previsione dell'art. 162 *bis*, comma 3, c.p., in tema di oblazione facoltativa, ai sensi della quale l'oblazione medesima è esclusa «quando ricorrono i casi del terzo capoverso dell'art. 99»<sup>14</sup>, o a quella dell'art. 151, comma 5, c.p., in materia di amnistia, secondo la quale la stessa non si applica ai recidivi nei casi preveduti dai capoversi dell'art. 99»<sup>15</sup>. Anche in merito a talune di siffatte limitazioni la Corte costituzionale ha avuto occasione di pronunciarsi. Si ricorda, a titolo esemplificativo, la sentenza del 13 dicembre 2004, n. 421, con la quale è stata dichiarata manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 444, comma 1-*bis*, c.p.p., introdotto dall'art. 1, comma 1, l. 12 giugno 2003, n. 134, che esclude dall'applicazione del c.d. patteggiamento «allargato», tra gli altri, i procedimenti contro coloro che siano stati dichiarati recidivi ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p. In tale occasione la Consulta osserva: «da un punto di vista generale, va rilevato che il legislatore pone normalmente la condizione del soggetto recidivo a base di un trattamento differenziato – e meno favorevole – rispetto alla posizione del soggetto incensurato, e considera la recidiva reiterata sintomatica di una pericolosità soggettiva più intensa rispetto alle altre forme di recidiva; [...] al riguardo, questa Corte ha avuto occasione di precisare che tra le «condizioni personali e sociali», richiamate dall'art. 3 Cost. per escludere che possano costituire il presupposto di eventuali trattamenti discriminatori, non rientrano certamente quelle che, come la recidiva, derivano da una condotta illegale o

13 febbraio 1985, n. 38. In quest'ultima pronuncia la Corte, decidendo sulla questione sollevata in relazione all'art. 1, comma 3, d.l. 625 del 1979, ricorda che «l'autentica preoccupazione del legislatore è stata soltanto quella di non consentire che l'aggravante che introduceva potesse essere posta nel nulla dal potere discrezionale del giudice mediante il suo dissolvimento nel giudizio di equivalenza o addirittura di prevalenza delle attenuanti: ed è questo appunto ciò che soltanto si è inteso vietare». Per un commento ad entrambe le pronunce succitate cfr. G. DE VERO, *Concorso di circostanze eterogenee e attentato per finalità di terrorismo o di eversione con esito mortale nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 1294 s.

<sup>14</sup> Tale disposizione, peraltro, sembra aver perso, alla luce dell'attuale disciplina, la propria ragion d'essere, se si considera che la l. 251 del 2005 ha limitato la rilevanza della recidiva al solo settore dei delitti non composti, mentre – come è noto – l'istituto dell'oblazione opera solo in relazione alle contravvenzioni.

<sup>15</sup> Per queste e altre esemplificazioni di effetti sfavorevoli derivanti dallo *status* di recidivo cfr. L. BISORI, *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, in *Le innovazioni al sistema penale*, cit., 49, 50.

addirittura criminosa (Corte cost. n. 100 del 1971 e n. 5 del 1977); [...] con particolare riferimento al divieto, posto solo nei confronti dei recidivi reiterati, di accedere a determinati benefici di natura sostanziale la Corte ha ritenuto esente da profili di irragionevolezza o di incoerenza la disciplina che esclude tali soggetti dalla concessione della sospensione condizionale della pena (Corte cost. n. 133 del 1980, n. 361 del 1991 e n. 393 del 1993); [...] risulta pertanto coerente con le finalità perseguite in via generale dall'ordinamento penale che il legislatore, nell'ampliare l'ambito di operatività del patteggiamento, abbia previsto specifiche esclusioni soggettive nei confronti di coloro che, da un lato, hanno dimostrato un rilevante grado di capacità a delinquere e, dall'altro, sono imputati di reati che – ove si tenga conto della determinazione della pena in concreto e della speciale diminuzione di un terzo per effetto del patteggiamento – rivestono non trascurabile gravità, tanto da comportare l'applicazione di una pena detentiva superiore a due e sino a cinque anni»<sup>16</sup>.

##### 5. *La premessa fondante i dubbi di legittimità: l'obbligatorietà della recidiva reiterata*

Nondimeno, il recente intervento del legislatore, volto a ridimensionare drasticamente la discrezionalità giudiziale, ha immediatamente sollevato un vero e proprio vortice di critiche, tanto da parte della dottrina, quanto da parte della giurisprudenza. Senonché, è bene chiarirlo, la maggior parte delle censure formulate, nonché le stesse argomentazioni contenute nelle ordinanze di rimessione delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dai *giudici a quibus*, si fondano in larga misura sul presupposto implicito che, a seguito della legge 251 del 2005, la recidiva reiterata sia divenuta obbligatoria e non possa essere, dunque, discrezionalmente esclusa dal giudice in correlazione alle peculiarità del caso concreto.

In realtà, tale assunto non risulta unanimemente condiviso. Per quanto, infatti, sia indiscutibile che la legge 251 del 2005 si collochi in una prospettiva di maggior rigore nei confronti del fenomeno della recidiva, comportando una parziale reintroduzione di casi di «obbligatorietà» delle conseguenze aggravanti, l'esatta individuazione di queste ipotesi non è ad oggi del tutto chiara e nell'ambito dei primi interventi sul punto non è stata delimitata in termini sempre coincidenti<sup>17</sup>. L'ambiguità letterale del nuovo testo normativo,

<sup>16</sup> Corte cost. 13 dicembre 2004, n. 421.

<sup>17</sup> In questo senso A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, cit., 178. Sul punto

infatti, solleva un delicato problema esegetico, la cui soluzione finisce per avere ripercussioni molto pesanti sull'operatività dell'istituto. A questo punto il vero nodo interpretativo che deve essere affrontato concerne la natura obbligatoria o meno della «nuova» recidiva reiterata.

Ebbene, la nuova formulazione dell'art. 99 c.p., da un lato, ha mantenuto ferma la facoltatività dell'aumento di pena (espressa dal verbo *può*) per la recidiva semplice e monoaggravata (art. 99, commi 1 e 2) e, dall'altro lato, ha senz'altro introdotto l'obbligatorietà delle ipotesi di recidiva in relazione alla commissione dei reati di cui all'art. 407, comma 2, lett. a, c.p.p. (art. 99, comma 5, c.p.) È, viceversa, controverso se la nuova previsione abbia introdotto l'obbligatorietà anche per le ipotesi di recidiva pluriaggravata e reiterata, disciplinate dall'art. 99, commi 3 e 4. Il problema si pone poiché, nei commi 3 e 4, dal punto di vista letterale, il legislatore ha abbandonato l'originaria formula «*la pena può essere aumentata*», sostituendola con la diversa locuzione «*l'aumento di pena è*». Di talché, secondo una prima tesi, a favore dell'obbligatorietà in ogni caso della recidiva reiterata, regolata dall'art. 99, comma 4, c.p., così come della recidiva c.d. pluriaggravata di cui all'art. 99, comma 3, c.p., militerebbe *in primis* l'argomento letterale. L'utilizzo, con riferimento al previsto aumento di pena, del verbo essere all'indicativo presente «*è*», in luogo della voce verbale «*può*» che compariva nel testo precedente e che figura tuttora nei primi due commi dello stesso art. 99 c.p. in relazione alla recidiva semplice e aggravata, indurrebbe a ritenere che il legislatore abbia inteso ripristinare, rispetto alle due forme di recidiva considerate, il regime dell'obbligatorietà preesistente alla riforma attuata con d.l. n. 99 del 1974<sup>18</sup>.

#### 6. *Una diversa ipotesi di lavoro: la possibilità di riconoscere natura facoltativa alla recidiva reiterata*

Tuttavia, ad avviso di una seconda opzione interpretativa la nuova formulazione normativa potrebbe essere letta nel senso che l'indicativo presente «*è*» si riferisca nella sua imperatività esclusivamente alla misura dell'aumento di pena conseguente alla recidiva pluriaggravata e reiterata, lasciando viceversa inalterato il potere discrezionale del giudice di applicare o meno l'aumento

cfr., altresì, A. MELCHIONDA, *Le modifiche in materia di circostanze*, cit., 190 s.

<sup>18</sup> In questo senso T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, cit., 32. Per un'analisi degli argomenti a favore della tesi in oggetto L. BISORI, *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, cit., 39.

stesso. Muovendo, infatti, dalla constatazione che nessuna delle ipotesi di recidiva previste dall'art. 99, commi 2, 3 e 4, c.p. presenta caratteristiche normative e strutturali autonome rispetto alla recidiva semplice di cui all'art. 99, comma 1, una parte della dottrina ha ipotizzato che l'unico caso di recidiva ora obbligatoria sia quello previsto dall'attuale comma 5 dell'art. 99<sup>19</sup>, stante anche la inequivoca lettera del citato comma 5, nel quale si dice espressamente che in questo caso «l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio»<sup>20</sup>. Senza trascurare, inoltre, che solo questa seconda prospettiva consentirebbe «di conservare le valenze costituzionali del rovesciamento di prospettiva attuato con la riforma del 1974, dalla special-prevenzione alla rivalutazione della dimensione classico-retributiva dell'istituto, imperniata sulla *colpevolezza per il fatto commesso*, cioè sulla gravità del fatto vista nella dimensione della personalità del suo autore»<sup>21</sup>. In tale ottica, dunque, il giudice conserverebbe il compito di scegliere se applicare o meno la recidiva, ma perderebbe il potere, una volta effettuata una scelta affermativa, di regolare l'entità della commisurazione<sup>22</sup>. In sintesi: l'uso del verbo all'indicativo potrebbe ritenersi espressivo solo di una rigidità degli effetti aggravanti, senza coinvolgere, però, anche il riconoscimento sostanziale della recidiva che, pure nell'ipotesi reiterata, rimarrebbe quindi subordinato ad un accertamento concreto da parte del giudice<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, cit., 181, cui si rinvia anche per un ulteriore approfondimento delle argomentazioni a sostegno della tesi riferita. Cfr. anche F. PULEIO, *Tanto tuonò che piove. La l. 5 dicembre 2005*, n. 252, in *Cass. pen.*, 2005, 3700; L. PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida al dir.*, 2006, *Dossier*, n. 1, 62; A. SCALFATI, *Cade il bilanciamento delle circostanze*, in *Guida al dir.*, 2006, *Dossier*, n. 1, 40; M. BERTOLINO, *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva*, cit., 1143. Nello stesso senso, nella recente manualistica, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, 639. Nella giurisprudenza, sembra essersi orientata in questo senso Trib. Roma, sez. IX, 13 febbraio 2006, n. 2041, ad avviso della quale «per effetto delle recenti modifiche in tema di recidiva (l. 251 del 2005), fatta eccezione per talune ipotesi espressamente previste dall'art. 407 c.p.p., la possibilità di aumentare la pena è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice. Cioché, nell'attuale assetto normativo, l'aumento da applicarsi al recidivo è sì predeterminato in modo rigido dal legislatore, ma al contempo la sua applicazione all'imputato è rimessa alla discrezionalità del giudice».

<sup>20</sup> F. C. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., 532.

<sup>21</sup> L. BISORI, *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, cit., 51. Nello stesso senso sostanzialmente anche A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, cit., 188.

<sup>22</sup> A. SCALFATI, *Cade il bilanciamento delle circostanze*, cit., 40.

<sup>23</sup> A. MELCHIONDA, *Le modifiche in materia di circostanze*, cit., 193.

### 7. *La natura obbligatoria o facoltativa della recidiva reiterata al vaglio della Corte costituzionale*

La Corte costituzionale già in due distinte occasioni si è pronunciata in relazione alla problematica *de qua*, dimostrando in entrambi i casi di essere ben conscia della duplice opzione esegetica sopra ricostruita.

Con la sentenza 192 depositata il 14 giugno 2007 e con l'ordinanza 409 depositata il 30 novembre 2007 la Corte ha osservato come l'interpretazione assunta dai giudici rimettenti, in forza della quale la recidiva reiterata sarebbe divenuta obbligatoria, non sia l'unica lettura astrattamente possibile del vigente quadro normativo<sup>24</sup>. Del resto, la scelta a favore dell'una o dell'altra delle predette opzioni – si intuisce dall'incedere argomentativo delle pronunce – finisce per assumere valore dirimente i dubbi di legittimità. Infatti, nei limiti in cui si escluda che la recidiva reiterata sia divenuta obbligatoria, sarebbe possibile ritenere – osserva la Corte – che venga meno, *eo ipso*, anche l'automatismo oggetto di censura, relativo alla predeterminazione dell'esito del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee sulla base di un'asserita presunzione assoluta di pericolosità sociale. Il carattere facoltativo della recidiva, infatti, permetterebbe al giudice di applicare l'aumento di pena previsto per la recidiva reiterata solo qualora ritenga il nuovo episodio delittuoso concretamente significativo in rapporto alla natura, al tempo di commissione dei precedenti ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 c.p. Conseguentemente, sarebbe possibile sostenere che il giudice, allorché la recidiva reiterata concorra con una o più attenuanti, debba procedere al giudizio di bilanciamento con il limite di cui all'art. 69, comma 4, c.p. unicamente quando ritenga la recidiva reiterata effettivamente idonea ad influire sul trattamento sanzionatorio del fatto per cui si procede.

Senonché, per il vero, la Corte non entra nel merito della questione, lamentando il fatto che i giudici *a quibus* non abbiano indicato quali argomenti potrebbero opporsi a siffatta conclusione ed abbiano, invece, del tutto ommesso di appurare la praticabilità di tale diversa opzione interpretativa. Sicché, «la mancata verifica preliminare – da parte dei giudici rimettenti, nell'esercizio dei poteri ermeneutici loro riconosciuti dalla legge – della praticabilità di una soluzione interpretativa diversa da quella posta a base dei dubbi di costituzionalità ipotizzati, e tale da determinare il possibile superamento di detti

<sup>24</sup> Per una prima lettura della sentenza n. 192 cfr. R. BRICCHETTI, *La ricerca di un'interpretazione alternativa avrebbe evitato le questioni di legittimità*, in *Guida al dir.*, n. 26 del 30 giugno 2007, 87 s.

dubbi (o da renderli comunque non rilevanti nei casi di specie), comporta – in conformità alla costante giurisprudenza di questa Corte – l’inammissibilità delle questioni sollevate»<sup>25</sup>.

In effetti la Corte costituzionale negli ultimi anni, sempre più spesso, ha sollecitato il giudice a fare uso dei propri poteri interpretativi allo scopo di valutare preventivamente se esista la possibilità di superare i dubbi di legittimità attraverso un’interpretazione «adeguatrice» della disposizione di legge, che renda la stessa conforme ai principi costituzionali<sup>26</sup>. «In linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»<sup>27</sup>. Sicché, vi sono casi in cui la Corte, dopo aver constatato che il giudice del processo principale non ha fatto uso, o ha fatto un uso inappropriato e insoddisfacente dei propri poteri interpretativi, dichiara l’inammissibilità della questione lasciando a volte intendere che la questione potrebbe trovare corretta soluzione in sede di interpretazione adeguatrice, cioè di interpretazione conforme a Costituzione<sup>28</sup>.

Più precisamente, con la prima sentenza del giugno 2007 la Corte pareva, in buona sostanza, aver rimesso nelle mani della magistratura il compito di vagliare la possibilità che si consolidasse in relazione alla disposizione impugnata un diritto vivente conforme a Costituzione: in tal senso deponeva, aperta-

<sup>25</sup> Corte cost. 192 del 2007. La stessa Corte ricorda in tale occasione due recenti precedenti conformi: si tratta di Corte cost. 24 gennaio 2007, n. 32, e di Corte cost. 6 febbraio 2006, n. 64.

<sup>26</sup> La letteratura costituzionalistica in tema è davvero copiosa: tra i contributi più recenti si vedano soprattutto, sia per le ricche indicazioni giurisprudenziali che per un’analisi problematica di tale criterio ermeneutico, G. AMOROSO, *L’interpretazione «adeguatrice» nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità*, in *Foro it.*, 1998, V, 89 s.; PERINI, *L’interpretazione della legge alla luce della Costituzione fra Corte costituzionale ed autorità giudiziaria*, in *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione»*, a cura di MALFATTI-ROMBOLI-ROSSI, Torino, 2002, 33 ss.; R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, Torino, 2005, in particolare 76 s.; G. SORRENTI, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo... anzi d’antico: la contesa sull’interpretazione conforme della legge*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*; M. LUCIANI *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l’interpretazione «conforme a»*, in *www.federalismi.it*.

<sup>27</sup> Corte cost. 22 ottobre 1992, n. 356, in *Giur. cost.*, 1992, 3096, con nota di E. LAMARQUE, *Una sentenza «interpretativa di inammissibilità»?», ivi*, 3107 s..

<sup>28</sup> G. P. DOLSO, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Milano, 2003, 103. In argomento, tra gli altri, A. ANZON, *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell’interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1998, 1083 s.; G. AMOROSO, *Le pronunce interpretative della Corte costituzionale nell’anno 1998*, in *Foro it.*, 1999, V, 25 s.

mente, il riferimento in sentenza – nel punto 4 del considerato in diritto – all'assenza di indirizzi consolidati in materia (dato che la novella è recente e che la Corte di Cassazione si è espressa in modo contrastante nelle sue prime decisioni sul punto). Così facendo, la Consulta si era inserita «nel circuito di formazione del diritto vivente ancora *in fieri*, cercando di orientare l'attività di interpretazione-applicazione dei giudici ordinari verso un esito normativo non incompatibile con i principi costituzionali»<sup>29</sup>.

Un secondo passo in questa direzione è stato realizzato con la successiva pronuncia del novembre 2007. In tale occasione la Corte costituzionale, richiamando più volte il contenuto della sentenza n. 192, ricorda, altresì, come la stessa Corte di Cassazione<sup>30</sup>, «– che in un primo momento si era espressa sul tema in modo contrastante – risulta avere adottato, nelle più recenti decisioni, la linea interpretativa dianzi indicata»<sup>31</sup>. La Consulta pare, inoltre, sviluppare ulteriormente il proprio iter argomentativo a conferma dell'impostazione accolta, replicando all'obiezione sollevata da taluni giudici, in forza della quale la contestazione della recidiva reiterata non potrebbe comunque esimere il giudice dall'applicazione degli effetti ad essa connessi (tra i quali, appunto, quello delineato dall'art. 69, comma 4, c.p.) anche allorché egli decidesse di non applicare il corrispondente aumento di pena. Il problema, in altre parole, è quello dell'obbligatorietà o meno dei c.d. effetti minori della recidiva.

Invero, ad avviso di un orientamento, affermatosi già prima dell'ultima riforma sia in dottrina sia in giurisprudenza, la facoltatività della recidiva riguarderebbe solo l'aumento di pena, ma non anche gli altri effetti penali<sup>32</sup>. Il giudice cioè, avrebbe solo la facoltà di non apportare l'aumento di pena, ma non quella di escludere gli effetti minori. Ad avviso di una diversa impostazione, però, parrebbe poco ragionevole, una volta escluso il fattore aggravante,

<sup>29</sup> A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit., 176, il quale, invero, formula questa osservazione in relazione ad ipotesi di sentenze interpretative di rigetto.

<sup>30</sup> Il riferimento è, tra le altre, a Cass. pen. IV, 2 luglio 2007, n. 29228, con la quale la Cassazione ha mostrato di non ravvisare ostacoli alla percorribilità della strada prospettata dalla Consulta, riconoscendo che «il divieto, previsto dalla legge n. 251 del 2005, di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata (art. 99, comma 4, c.p.), non ha introdotto un automatismo sanzionatorio che precluda al giudice di non sottoporre l'imputato alla recidiva allorché ritenga che il nuovo delitto non sia in concreto espressione di una più marcata pericolosità del reo ovvero indice della sua maggiore colpevolezza».

<sup>31</sup> Si veda il *Considerato in diritto* di Corte cost. n. 409 del 2007.

<sup>32</sup> In argomento cfr. *amplius* e da ultimo, M. BERTOLINO, *Problemi di coordinamento* cit., 1129 s.

ritenere che lo stesso possa comunque mantenere un rilievo produttivo di effetti diversi dal predetto aumento di pena<sup>33</sup>.

Ebbene, la seconda impostazione sembra assicurare un più alto coefficiente garantistico all'attuale disciplina della recidiva, al quale non sembra potersi rinunciare soprattutto dopo le modifiche *in peius* apportate dalla legge del 2005<sup>34</sup>. In questo senso parrebbe del resto essersi orientata anche la Corte costituzionale, allorché afferma: «qualora si ammettesse che la recidiva reiterata, da un lato mantenga il carattere della facoltatività, ma dall'altro lato abbia efficacia comunque inibente in ordine all'applicazione di circostanze attenuanti concorrenti, ne deriverebbe la conseguenza – all'apparenza paradossale – di una circostanza «neutra» agli effetti della determinazione della pena (ove non indicativa di maggiore colpevolezza o pericolosità del reo), nell'ipotesi di reato non (ulteriormente) circostanziato; ma in concreto «aggravante» – eventualmente, anche in rilevante misura – nell'ipotesi di reato circostanziato «*in mitius*» (in sostanza la recidiva reiterata non opererebbe rispetto alla pena del delitto in quanto tale e determinerebbe, invece, un sostanziale incremento di pena rispetto al delitto attenuato)»<sup>35</sup>. In altre parole, «appare assai problematico, sul piano logico, supporre che la recidiva reiterata non operi rispetto alla pena del delitto in quanto tale e determini, invece, un sostanziale incremento di pena rispetto al delitto attenuato»<sup>36</sup>.

In tale prospettiva, dunque, nel momento in cui non si proceda all'aumento di pena, si dovrebbe escludere l'operatività di tutti gli effetti minori e in particolare di quello del divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti nel giudizio di comparazione ex art. 69, comma 4, c.p., posta la sua indiscussa atinenza al momento commisurativo della pena.

## 8. Ulteriori aspetti di tensione con i principi costituzionali?

Tanto considerato, non si deve però credere che tutti i problemi esegetici sollevati dalla nuova disciplina in tema di recidiva siano superati. Fondati profili di tensione con la disciplina costituzionale sembrano destinati a concentrarsi sull'ipotesi di recidiva ex art. 99, comma 5, la cui natura obbligatoria

<sup>33</sup> Da ultimo, M. BERTOLINO, *Problemi di coordinamento*, cit., 1130. Sotto il vigore della precedente disciplina, già C. PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 304, 305; P. PITTARO, *Recidiva*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIX, Torino, 1996, 368, 369.

<sup>34</sup> M. BERTOLINO, *Problemi di coordinamento*, cit., 1131.

<sup>35</sup> Corte cost. n. 409 del 2007.

<sup>36</sup> Corte cost. n. 192 de. 2007.

non è stata da nessuno messa in discussione. In particolare, sarà necessario chiarire l'esatta portata del rinvio contenuto in tale disposizione ai «delitti indicati all'articolo 407, comma 2, lett. a, c.p.p.». Più precisamente, le questioni destinate a riproporsi parrebbero essenzialmente due. Da un lato, la prassi applicativa avrà il delicato compito di verificare se la selezione dei reati alla cui commissione viene ricollegata la più rigorosa disciplina possa evidenziare in concreto sperequazioni di trattamento che si pongano in tensione con i principi di uguaglianza e ragionevolezza<sup>37</sup>. Attraverso la tecnica del rinvio, infatti, il legislatore ha richiamato una disposizione – l'art. 407 c.p.p., appunto – la cui *ratio* di disciplina è completamente estranea alla materia della recidiva, avendo la stessa, *ab origine*, semplicemente la funzione di individuare un catalogo di fattispecie in relazione alle quali si ritiene giustificata la previsione di termini più lunghi di durata delle indagini preliminari, in relazione alla prevedibile maggiore complessità delle indagini medesime<sup>38</sup>. Dall'altro lato, si dovrà capire – come la stessa Corte costituzionale ricorda in entrambe le pronunce richiamate – se, affinché divenga operante il regime di obbligatorietà della recidiva ivi prefigurato, debba rientrare nell'elenco dei gravi reati indicati dal predetto art. 407, comma 2, lett. a, il delitto oggetto della precedente condanna, ovvero il nuovo delitto che vale a costituire lo *status* di recidivo<sup>39</sup>, o, piuttosto, indifferentemente l'uno o l'altro, o addirittura entrambi. Come è intuitivo, dall'accoglimento dell'una o dell'altra prospettiva discenderanno ricadute rilevanti in merito allo spettro di applicabilità della nuova disciplina.

<sup>37</sup> Perplessità in questo senso sono già state formulate da A. MELCHIONDA, *Le modifiche in materia di circostanze*, cit., 189; M. BERTOLINO, *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva*, cit., 1144; nonché, nella manualistica, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 871.

<sup>38</sup> All'interno della dottrina costituzionalistica, per talune considerazioni critiche in merito all'individuazione delle ipotesi di aumento obbligatorio di pena per la recidiva tramite il rinvio all'art. 407 c.p.p., cfr. I. PELLIZZONE, *Riserva di legge e discrezionalità del giudice nella nuova disciplina della recidiva*, in *Quad. cost.*, 2007, 125 ss.

<sup>39</sup> In questo senso sembra orientata una parte dei primi commentatori: cfr., tra gli altri, A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, cit., 182.

prof. PAOLO CAPPELLINI

Università di Firenze

FRANCESCO CARRARA

## E IL PROBLEMA DELLA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO

SOMMARIO: 1. Penale egemonico, sindrome della fine dello Stato e 'deistituzionalizzazione'. – 2. Contro il 'sogno di Filangieri'. – 3. Il conformismo del Codice-modello. – 4. Lo strano esempio di Carrara. – 5. Il Codice della scienza (e un codice dei giurati?) ovvero della codificazione come 'contro-modello'.

### 1. *Penale egemonico, sindrome della fine dello Stato e 'deistituzionalizzazione'*

Prendere la parola come storico del diritto e accingersi a individuare realisticamente i confini entro i quali situare la disamina del tema proposto sembrerebbe quasi imporre anzitutto, e appunto duplicemente, un riferimento diretto all'oggetto. Tuttavia – e non solo perché mi preme sin da subito segnalare che quelli che cerco di offrire sono solo spunti di riflessione di un discorso che è *in fieri* (e in qualche modo ancora così deve necessariamente restare fin tanto che non si riesca a raggiungere un migliore livello di approfondimento su alcuni aspetti non secondari che, evidentemente, richiederebbero ricerche ulteriori) – credo di non potermi sottrarre dall'indicare invece con chiarezza, e quasi a indispensabile premessa, quello che è il punto di partenza che guiderà la selezione e l'accostamento interpretativo ai testi: un punto di partenza che potrebbe invece apparire, di primo acchito, largamente 'circostanziale', per così dire, e certamente soggettivo.

Un elemento portante del discorso che vorrei introdurre è infatti legato a una circostanza fortemente simbolica, o, perlomeno, che tale ai miei occhi così appare: e, si potrebbe subito soggiungere, a motivo di una deformazione derivata forse da un ruolo che mi son trovato ad assumere per coincidenze temporali e tematiche, ovvero – mi si passi benevolmente l'espressione – un po' quello di 'professionista dei bicentenari'

Così l'occasione medesima che mi ha spinto a tematizzare la questione stessa del rapporto tra Carrara e la codificazione, ovvero la pur lieve anticipazione del bicentenario del primo al 2004, da fatto forse casuale, da mera coincidenza, si trasforma in un elemento dotato di senso, assume in qualche modo una veste simbolica perché, collocandoci in quella prospettiva, non può sfug-

gire l'osservazione di come questa sia – se proprio dobbiamo sciogliere l'allusione, forse fin dall'inizio troppo poco 'larvata' – anche la data, questa volta non anticipata, del bicentenario del codice Napoleone.

E, a dirlo in breve, se c'è un momento che, accanto ad altri certo, sembra caratterizzare trasversalmente questo tipo di celebrazioni – anche quando ormai il distacco temporale permetterebbe ampiamente, ma appunto solo in astratto, di rinunziarvi –, esso è proprio quello che vorrei definire la “retorica dell'attualizzazione” (che poi si tratti in realtà di retoriche, spesso consapevolmente perseguite, e come tali autonomamente degne di riflessione e approfondimento, di “riattualizzazione” è discorso che qui possiamo solo, salvo quanto si dirà più oltre nello specifico, impostare per accenno).

Se proviamo dunque a entrare nel vivo dell'argomento per quanto riguarda il Nostro, potrei allora dire questo: che anzitutto l'impressione dello storico di fronte a questa continua invocazione dell'attualità di Carrara è un po' duplice, un po' ambigua, perché di primo acchito verrebbe fatto di dire che la continua invocazione dell'attualità segnala una specie di lutto; cioè in realtà esorcizza un'assenza.

E per certi versi la sensazione potrebbe anzi dirsi giustificata, visto che non sarebbe del tutto azzardato sostenere, non per caso, che Carrara, la teoria di Carrara, rappresenti un distillato, una cristallizzazione di quel “penale *egemonico*”, per usare una bella espressione di Mario Sbriccoli<sup>1</sup>, che in questo momento, appunto, di confusione, di disorientamento, di crisi dello Stato, sembra ormai inesorabilmente sulla via del tramonto.

Anche chi non voglia accedere a questa 'sindrome della fine', non può, perlomeno, non vedere che è proprio quella dimensione di 'egemonia' e di stretto legame tra “penale” e struttura statale, che in qualche modo viene messa da più parti in discussione (non da ultimo, evidentemente, sull'onda della riduzione di operatività e funzionalità che gli Stati sembrano subire nella prospettiva della c. d. 'globalizzazione').

Eppure qui c'è un ma che andrebbe con forza esplicitato: a mio avviso non si nota, infatti, mai abbastanza che tale discussione è in generale (al di là delle singole e diverse prese di posizione) discorsivamente strutturata come una (involontaria) replica della impostazione statalista (siamo cioè di fronte ad un 'aggiornamento'), perché il rapporto pubblico/privato non viene mai vera-

<sup>1</sup> M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, in *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante in collaborazione con L. Minervini, Torino, 1998, pp. 487-551.

mente messo in dubbio quale orizzonte ultimo; semplicemente spesso si afferma che l'insufficienza del pubblico può essere ovviata, 'appaltando' il pubblico ai privati (l'orizzonte è tematizzato allora come 'privatizzazione', senza però che il binomio quantitativo nella sua essenza sia veramente problematizzato). In definitiva quindi si lascia in piedi un rapporto privati-stato, sia pure (in questa fase storica) il secondo termine del binomio ovviamente 'eroso', e non si apre così nessuna prospettiva di riflessione seria su cosa potrebbe essere invece un pubblico diverso dallo Stato: un 'pubblico' che non sia costretto a replicare quel processo che, dopo un lungo e tutt'altro che lineare percorso storico, è culminato in una vera e propria "espropriazione" del conflitto da parte dello Stato nei confronti dei soggetti in esso inizialmente coinvolti, soggetti che, così, vengono 'astratti', 'estrapolati' dalla loro dimensione personale di relazione (di vittime, offensori etc.) per essere 'ridotti' in via primaria ad elementi di una fattispecie.

Segnalo quindi che il mio punto di partenza, il mio interesse per il problema penale e quindi anche il modo con cui cerco di leggere Carrara, proviene se si vuole da una prospettiva un po' marginale, perché gli autori di cui mi stavo occupando, sono autori contemporanei che appunto, come Louk Hulman, l'olandese che è stato anche consigliere del ministro della giustizia olandese, o Nils Christie e gli altri norvegesi che si sono occupati di sociologia criminale, o ancora i padri fondatori (particolarmente Howard Zehr) del movimento della *Restorative Justice*<sup>2</sup>, sostengono delle posizioni abolizionistiche o critiche nei confronti del sistema penale, mettendo in dubbio proprio uno dei suoi fulcri e cioè l'ideologia che lo stato protegga la persona e proponendo una deistituzionalizzazione e quindi anche per certi versi un ritorno ai principi della società tradizionale che richiede una minore specializzazione e professionalizzazione.

Se si legge Carrara in questa prospettiva emerge subito una domanda; molte volte si è fatto riferimento al suo cattolicesimo, però in realtà questo cattolicesimo probabilmente avrebbe bisogno di essere approfondito, sia nelle sue fonti e sia soprattutto nella influenza che ha avuto nella ricostruzione carrariana del diritto penale: e vorrei segnalare che paradossalmente anche Hulman che è un abolizionista abbastanza convinto, proviene dalla considerazione e da esperienze di vita relative alla deistituzionalizzazione conciliare della struttura della Chiesa e che ha sottolineato più volte che c'è una stretta omo-

<sup>2</sup> Cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2004.

logia fra l'istituzionalizzazione ecclesiastica e quella statale, cosa che storicamente è anche possibile in qualche modo corroborare.

## 2. *Contro il 'sogno di Filangieri'*

Io direi che a questo proposito con una certa verosimiglianza, appunto, un elemento che potrebbe essere interessante sottoporre a valutazione è vedere in concreto (nella disamina delle articolazioni sistematiche del Programma e in istituti nodali specifici) come il cattolicesimo di Carrara rappresenti più forse che un semplice punto di partenza agevolmente collocabile 'in parentesi' ("al magistero penale non può attribuirsi come genesi un atto di volontà umana; ma il precetto di Dio, promulgato all'uomo mercè la legge di natura... il magistero penale è assoluto in tutti i suoi principj fondamentali")<sup>3</sup>, e comunque se e in che misura permetta di andare al di là dello stereotipo tante volte ricorso e ricorrente di un prevalente giusrazionalismo astratto di matrice sostanzialmente illuministica. Una tale indagine consentirebbe quindi di porre poi su più solide basi il problema del suo rapporto con il cattolicesimo liberale propriamente detto contestualizzandolo meglio nell'epoca sua; un rapporto che, ci sembra, rimane ancora largamente inesplorato<sup>4</sup>.

In questo senso si potrebbero cogliere indizi, ovvero nella direzione possibile di una riflessione critica sull'incipiente statalismo liberal-risorgimentale: pur nella non negata consapevolezza del ruolo dello stato nazionale, una impostazione di pensiero che preveda, appunto, la sua limitazione in termini molto più ampi di quelli che si potrebbero pensare; quindi in sostanza una rilettura attenta ai dati di riferimento culturali, anche extragiuridici in senso stretto, di quell'atteggiamento che Carrara esplicita nella parte generale del Programma laddove direttamente critica l'idea dell'"elasticità perpetua del giure penale" quale fu secondo Carrara il "*sogno del Filangieri, che accettò gli errori dei legislatori pagani come tipo di verità razionale*"<sup>5</sup>, e propone una scienza penale che si basi su verità assolute, che consideri la comparazione dei diritti costituiti non altro che un complemento della scienza medesima, dal

<sup>3</sup> F. CARRARA, *Programma del Corso di diritto criminale. Parte generale. Terza edizione con aggiunte*, Lucca, 1867, p. 24

<sup>4</sup> M.A. CATTANEO, *Cristianesimo e pensiero giuridico liberale*, in *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, a cura di L. Lombardi Vallari e G. Dilcher, Milano, 1981, spec. pp. 1247 ss.

<sup>5</sup> F. CARRARA, *Programma del Corso di diritto criminale. Parte generale. Terza edizione con aggiunte*, cit., p. 25

momento che “in codeste secondarie ricerche noi dobbiamo giudicare tra i vari codici quale più si adatti all’archetipo del vero assoluto, non già con un viaggio preposteramente desumere la verità dei principi dal diritto costituito”.

Quindi in sostanza emerge già l’idea, che poi risottolineeremo, che nella valutazione della codificazione esista una specie di codice immutabile della ragione e che pertanto il codice come struttura giuridica non sia semplicemente un dato positivo.

Qui si apre poi anche la questione di come vada compreso il rapporto che esiste tra codificazione e la cosiddetta religione civile, quello cioè che è uno dei temi che più evidentemente caratterizza il Risorgimento e la sua costruzione dello Stato unitario.

Prendiamo allora le mosse da una citazione carrariana che sembra apparentemente allontanarsi dal tema, ma che in realtà, come vedremo, vi è strettamente connessa, e dedichiamo la nostra attenzione a una nota che si ritrova nella quinta edizione del *Programma* del 1877 al paragrafo 868, laddove Carrara, dopo aver parlato del processo moderno di purificazione del ruolo del Pubblico Ministero, fa riferimento ad una confutazione che l’avvocato Giovanni Carcano gli aveva rivolto, appunto in un testo intitolato “*Il Pubblico Ministero*”; “questo testo confuta agevolmente” – dice Carrara – “il concetto che sia una derivazione dei missi dominici di Carlo Magno; confuta la opinione dello Sclopis che ne trovò il tipo negli Avogadori veneti: e confuta eziandio la più comune opinione che ne trova il primo simbolo nei procuratori fiscali. Così giunge diritto alla conclusione che egli intende dimostrare: essere il Pubblico Ministero una istituzione tutta politica creata dalla Monarchia Francese per tenere in briglia sotto la mano del re la Magistratura. La differenza di opinione tra me e l’illustre giurista Milanese dipende dal diverso obiettivo che pigliasi a contemplare. Quando io describeva nel mio *Programma* la figura del pubblico Ministero io aveva innanzi agli occhi della mente uno ideale scientifico, e innanzi agli occhi del corpo il pubblico Ministero quale erasi voluto istituire nel Granducato Toscano con la riforma del 1838” cioè un magistrato che “andava superbo di chiamarsi niente più che un Magistrato, il rappresentante della legge e non del Governo; e di chiamarsi indifferente alle assoluzioni e alle condanne penali. Se il Carmignani aveva intraveduto in questo ufficio un potere assorbente e un organo di tirannide, cioè era stato piuttosto un vaticinio di quel vecchio sperimentato, che giustamente temeva le imitazioni della Francia”, e più avanti prosegue, riferendosi ancora all’opinione del giurista milanese: “...esso guarda il pubblico Ministero Francese; e troppo egli ha ragione di guardarlo dopo che gli ordinamenti giudiziari dati novellamente alla

Italia, hanno qua trapiantato quel Briareo, facendolo ancora, per quanto era possibile più ricco di braccia e di occhi e di nasi per ficcarli per tutto a perpetuo ostacolo di ogni libertà civile. Questa figura di un Ufficiale politico è – e Carrara di nuovo sottolinea di sottoscrivere pienamente in proposito le tesi del suo maestro di un tempo – creazione tutta francese, tutta moderna, tutta figlia del dispotismo; che volle nascondere sotto la toga i suoi centurioni, quando più non osava armarli di elmo e lorica<sup>6</sup>.

Questa citazione, a parte il problema, appunto, del riferimento all'istituto specifico, ci fa capire che c'è uno spazio di discussione che nella dottrina penalistica italiana si apre; e si apre nonostante che in realtà questo spazio non fosse affatto evidente, non fosse affatto ovvio: infatti qui Carrara comincia a segnalare, sull'onda delle prese di posizione del suo maestro Carmignani, che esiste in qualche modo una specie di blocco, diciamo così, culturale e politico, che impedirebbe in via generale una valutazione autonoma non solo di singoli istituti-chiave, ma altresì del discorso più complessivo anche in tema di codificazione. E questo blocco è dovuto alla presenza di quello che si potrebbe chiamare, non per caso, il modello francese.

### 3. *Il conformismo del Codice-modello*

Ho usato questa espressione, appunto non a caso: intanto si può dire che fin dal 1793 Cambacérès del tutto lucidamente ed esplicitamente aveva proposto la procedura codificatoria che la Rivoluzione aveva messo in opera – e la proposta poi sarà ripetuta nel 1807 da Bigot-Préameneu – come modello non soltanto per la Francia, ma per tutte le nazioni civili; quindi la codificazione intesa non come espressione puramente nazionale di un diritto che si svolge in relazione alla struttura del singolo stato, ma anche come, per esprimerli sinteticamente, struttura in qualche modo esportabile.

Ho qui sotto gli occhi un testo significativo anche per la storia della lingua italiana, sul quale ho già avuto occasione di richiamare l'attenzione di storici e giuristi, il *Dizionario Politico Popolare* stampato a Torino per cura dell'*Associazione Libera Propaganda* nel 1851; un testo proveniente da una associazione che raccoglieva dunque nel suo seno esponenti dell'ala progressista di quella che di lì a poco avrebbe costituito la futura classe dirigente (tra gli altri Borrella, Govean, Depretis) e che era del resto collegata al giornale la *Gazzet-*

<sup>6</sup> F. CARRARA, *Programma del Corso di diritto criminale. Parte generale*. Quinta edizione con aggiunte, Lucca, 1877, vol. II, pp. 412-414.

ta del Popolo, e si proponeva come compito quello dell'educazione, della 'catechesi' laica nei confronti della popolazione per attirarla sul suo versante politico.

In questo *Dizionario* che è rivolto cioè a non tecnici, a dei destinatari evidentemente al di fuori del mondo politico e delle professioni, noi troviamo molti neologismi politici che ancora oggi sono usatissimi come se fossero parte ovvia del linguaggio italiano, e invece hanno datazione da quell'epoca; e in tale prospettiva, non sorprendentemente direi, vi troviamo anche una definizione del termine *codice* che suona nel modo seguente:

“CODICE – Raccolta di leggi. Vi è il codice *civile*, il *penale*, quello di *commercio*, in che si contengono raccolte di leggi civili, criminali e commerciali etc. Il *Codice Napoleone* è quello promulgato sotto di lui, una grand'opera a cui collaborarono i più bravi giureconsulti francesi, e sul quale si modellarono poi quasi tutti gli altri codici dell'Europa”.

Qui viene fuori, appunto, questa idea che la codificazione napoleonica sia un modello.

L'idea è anzi così forte, così potente che, come sottolineavamo altrove, con quell'espressione “*si modellarono*” siamo di fronte alla *prima* occorrenza attestata nella lingua italiana di “*modellarsi*” inteso nel senso di ‘*conformarsi*’<sup>7</sup>.

In un altro Dizionario simile, questa volta francese e risalente a qualche anno prima, si riscontra ancora l'affermazione che la parola codice implica un'idea di avanzamento progressivo dei popoli, rappresenta l'ordine che succede alla confusione, la civilizzazione che subentra alla barbarie; e si aggiunge poi esplicitamente che la codificazione napoleonica è una “codificazione-modello”. È vero che in prima istanza qui si sta portando alle luci della ribalta il codice civile, ma ritengo che la cosa si possa replicare anche per il codice penale – non solo per la sua essenziale complementarietà, ma per l'inscindibilità stessa del modello complessivo che sta alla base della interveniente e radicale ‘ristrutturazione sociale’: in questa ottica andrebbero profondamente riflesse e valorizzate le felici categorie storiografiche sbriccoliane, rispettivamente di ‘penalistica civile’ e di ‘civilistica penale’; e ciò anche per reagire ad una tendenza, pur presente nella storiografia, che cerca di distinguere un po' troppo nettamente la portata e il ruolo di ‘mitologia in atto’ delle due codificazioni.

In sostanza il codice diventa una specie di collazione che ci permette di mettere insieme il passato, il presente e sotto certi aspetti anche l'avvenire; cioè in

<sup>7</sup> Vedi P. CAPPELLINI, *Codici*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2004, pp. 102-127.

sostanza la codificazione diventa, potremmo dire, non più mero strumento tecnico di riorganizzazione del diritto, ma, anche politicamente, un simbolo.

La definizione ‘descrittiva’ che vi ho letto – ribadiamolo di nuovo – è significativa per la lingua italiana non solo perché è la prima volta che in essa si attesta l’uso *linguistico* del termine modellarsi nel senso di conformarsi a qualcosa, ma perché questa innovativa formulazione emerge da un contesto di valutazione *politica* che concerne direttamente un processo *giuridico*, segnalando con chiarezza che il nuovo senso *passivo*, cioè un modello a cui *ci si* conforma, e non invece attivo (non, per esempio, costruito a partire dall’immagine dell’azione attiva dell’artista che dà vita a una figura, pittorica o scultorea, che *modella* una forma) è la riespressione sintomatica del *conformismo politico-giuridico* che rappresenta il prezzo dell’“incivilimento” codificatorio.

E infatti l’idea di modello porta con sé il problema di blocco della discussione: il modello non si può discutere. L’idea che la codificazione francese abbia rappresentato per l’Italia un progresso, necessariamente un progresso e che tutte le voci contrarie o più favorevoli ad una codificazione di stampo nazionale, fossero voci regressive, è diffusissima nella storiografia risorgimentale e diciamo progressista-liberale in generale. Ma non tiene forse conto, a mio avviso, di una riflessione troppo trascurata, certo non per caso, e che è dovuta alla penna di un autore che oggi non gode più tanto dei favori della moda culturale, perché i troppi, anche tra gli storiografi, che lo citavano per omogeneità ideologica (di nuovo ‘conformismo’) adesso preferiscono identificarsi in un’altrettanto celebre (sempre in un ‘allora’ forse dimenticato dalle nuove generazioni) titolo di Davide Lajolo: in una parola, e per uscire dal gioco di specchi delle allusioni, ci vogliamo riferire all’autore di *Letteratura e vita nazionale*. L’osservazione ci indica, con la necessaria lucidità (e disillusione rispetto alle molteplici retoriche risorgimentali) che buona parte della vita italiana relativa ai problemi che trattiamo – e ben fino dentro al pieno ’900 – si volle comprendere e configurare come una specie di riflesso della cultura francese che aveva origine nei fatti dell’89. Ma Gramsci aggiunge subito che però proprio questo modo di autorappresentarsi segnala tutta l’*artificiosità* di questa vita, per il fatto che in Italia essa non poteva affatto fondarsi – se non appunto retoricamente – sulle premesse storiche che invece in Francia erano state ben concrete. Niente in Italia di simile alla Rivoluzione dell’89, alle lotte che ne seguirono; e tuttavia in Italia si parlava come se tali premesse fossero esistite. La codificazione diventa certo una delle parole d’ordine del Risorgimento. E si ricorderà il famoso richiamo alle armi di Montanelli nel ’59: “Viva l’Italia, Viva Vittorio Emanuele, Viva il Codice Napoleone”. Ma quale effetto produce, appunto,

questa scelta, diciamo così, di un richiamo a memorie ‘importate’, a quali conseguenze, porta l’unificazione, fin da subito voluta “a vapore” dall’élite dominante?. La nostra impressione ci indurrebbe a indicare a testimonianza più di una voce fuori dal coro. Ma vale la pena – e può essere sufficiente ai nostri attuali fini – riportare alla memoria quanto nel ’42 Rosario Nicolò diceva in relazione a questo tema anche se rivolto in prevalenza al versante civilistico. La tesi è chiara: la presenza vincente di questa ideologia di necessaria connessione, di ‘aggancio’ inciviltore ad un processo già svoltosi altrove, che si cerca di ‘imitare’, produce un impedimento insormontabile – un vero e proprio ‘ostacolo epistemologico’, per dirla con Bachelard – alla creazione di un reale movimento di idee sui problemi di fondo della codificazione. Cioè – come già esplicitamente osservava il ministro Cassinis – “la questione del metodo di codificare era già sciolta dal fatto e dal consenso universale”; si trattava – e si noti anche qui l’uso linguistico ‘traditore-rivelatore’ – “non di *formare* un codice ma solo di *compilarlo*”: insomma tutta questa attenzione, diciamo così, alla valorizzazione del modello napoleonico impedì che in Italia prendessero reale consistenza e vigore le polemiche sulla codificazione. E Nicolò continua il suo discorso in questi termini – linguisticamente inconsapevole, notate bene, del fatto che i termini che appunto gli vien fatto quasi naturalmente di usare sono, guarda caso, come abbiamo appena avuto modo di vedere, un’invenzione napoleonica, si potrebbe addirittura quasi sostenere un vero e proprio conio napoleonico –: la valutazione storiografica che meglio esprime questo contesto nel suo complesso è quella che cominciare col notare come la dottrina (da lui identificata dall’atteggiamento civilistico), “che ha lavorato negli anni immediatamente successivi alla codificazione, ha fatto più o meno quello che gli stessi compilatori del codice avevano fatto. Allo stesso modo che il nostro codice *si era modellato* sul codice francese, la nostra dottrina *si modellava* su quella francese, adottandone i metodi di indagine e gli orientamenti applicativi. La valutazione critica del contributo di questa dottrina che si limitava molto spesso alla esegesi delle norme e si asteneva dalla costruzione concettuale, non può quindi essere positiva, perché non aveva dato luogo ad un movimento scientifico degno di questo nome. E non aveva permesso la discussione su quale tipologia e quale metodologia di codificazione fosse più adatta al Paese, cioè aveva impedito la discussione scientifica”<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Cfr. P. CAPPELLINI, *Voyage en Italie. Code Napoléon et Historiographie: une esquisse inachevée*, in *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré? Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, Bruxelles, 2004.

#### 4. Lo strano esempio di Carrara

Ora, una volta assodata la correttezza dell'indicazione relativa alle ragioni profonde dell'assenza di una reale discussione "su quale *tipologia* e su quale *metodologia di codificazione*" fossero più adeguate alle esigenze del paese, possiamo altresì comprendere meglio come invece – in assenza di quell'ostacolo conoscitivo, peraltro, come abbiamo visto *per exemplum* anche nella discussione con Carcano, *del tutto consapevolmente accantonato* in forza di una *diversa tradizione di pensiero*, che andrà in futuro meglio 'configurata' – quella riflessione e quella discussione fosse ben possibile, e nello stesso torno d'anni, al Carrara.

Pertanto adesso possiamo arrivare alla seguente conclusione: se questa analisi funziona (e in 'positivo', cioè 'direttamente', funziona) per gran parte di quella civilistica, allora la posizione di Carrara – come accade anche con la posizione di alcuni altri esponenti della penalistica 'civile' italiana – in qualche modo, invece, e per contrasto, la smentisce. Ma lo fa proprio nel momento stesso in cui ne corrobora la sostanziale verità: perché infatti il Carrara non condivide affatto il presupposto della glorificazione del modello francese.

I passi da addurre si potrebbero forse moltiplicare, ma, avviandomi verso la conclusione, vorrei attrarre la vostra attenzione su di un interessante, e potrei anche chiamarlo 'strano', paragone a cui Carrara fa ricorso nei *Pensieri sul progetto di codice penale italiano del 1874*; io ho qui a disposizione la terza edizione lucchese del '78, nella quale sin dal frontespizio risulta come Carrara abbia espressamente aggiunto "note storiche e appendici relative a confronti di leggi penali moderne, e dei progetti posteriori, che possono servire di critica al progetto della Commissione Mancini del 1877".

Come vedremo, il paragone inatteso, 'straniante' (e 'perturbante' rispetto alla vulgata unidirezionale su cosa 'debba'essere il 'moderno') che Carrara usa ci potrà fornire forse più di un'intuizione in positivo su quale tipologia di codice egli avesse in mente.

Ma seguiamone per un momento l'argomentazione.

Anzitutto e *in limine* un secco rifiuto del 'modello napoleonico', che in conclusione diverrà, se possibile, ancora più drastico e senza appello: "Se il progetto di codice penale presentato al Senato dallo illustre Guardasigilli VIGLIANI, fosse uno di quei tanti progetti che fecondati all'uggia del codice penale Francese e nati senza vertebra non hanno diritto a vivere, nè speranza di vita, sarebbe vanità formarne argomento di studii".

Il progetto in questione è invece “un progetto serio”. Ma per quale motivo? Eccolo: “...poiché il VIGLIANI *non ha (come taluno dei suoi antecessori) creduto che lavorare in un codice penale sia privilegio soltanto dei galloni dorati*. Lealmente e generosamente desideroso del bene esso ha *diramato diffusamente* il suo progetto, invocando i lumi e il soccorso dei migliori giuristi della penisola; esso ha in certa guisa provocato *un plebiscito dei criminalisti italiani*, perché *ha compreso la gravità e importanza della situazione*”.

Questo ultimo significativo corsivo è di mano del Carrara e vuole alludere alla necessità che il codice sia soprattutto un codice della scienza. E un codice della scienza in forza della sua storia; il codice non come simbolo della rottura politico-rivoluzionaria con il passato ma come espressione della stessa storicità della scienza e della lunga e gloriosa tradizione penalistica italiana, non un codice purchessia come potrebbe essere per qualche altra nazione: “E quando ho detto *comprendere la situazione*, ecco qual è stato il pensiero mio. L'Italia, nel rispetto del giure penale, non è in condizioni identiche a quelle nelle quali versano le altre genti. Per queste può bastare un *codice penale qualunque*, purché non offenda giustizia e serva ai bisogni della sicurezza. Ma gli Italiani hanno inoltre il dovere di pensare alla gloria; e la Italia ha diritto di esigere dalla presente generazione *un codice che alla storia delle sue glorie risponda*. Non è un grido superbo degli Italiani; è una verità riconosciuta ormai da tutti i dotti di Europa che la scienza del giure penale ebbe la sua culla in Italia: in lei nacque, in lei crebbe, in lei prosperò con un *progresso continuato da cinque secoli per opera di una serie non interrotta di pratici, di filosofi e di pubblicisti...*”

Un codice che non costruisca dunque sulla rottura – “*un codice duraturo*” è la felice formula di sintesi impiegata; non solo nel senso di codice destinato a durare a lungo, ma anche nel senso di un codice che ‘dalla durata’ essenzialmente provenga – ma su di una tradizione che nel suo nocciolo coinvolge una dimensione di storicità di lungo periodo, la quale non può non allontanare come un corpo estraneo l’esperimento francese che si erge, proprio per la sua ‘novità’, ad astorico modello (politicamente fondato): “E i nostri legislatori si persuaderanno che per dare all’Italia *un codice duraturo bisogna che in ogni sua più piccola parte risponda ai pronunciati della scienza, poiché la scienza non retrocede per volontà di Principi...* Altri con più lena e maggiore sapienza continui l’opera mia: *e vedasi con uniti e concordi sforzi di ricacciare di là dall’Alpi anche le ultime tradizioni di quel codice Napoleonico, che troppo a lungo oppresse alcune Provincie di Italia*, e che l’immortale CARMIGNANI deplorò come una sventura della nostra penisola, chiamandolo *funesta importazione delle*

*bajonette straniere*"<sup>9</sup>.

E qual è allora la tipologia e qual è la prima caratteristica che per Carrara deve avere una codificazione degna di questo nome, caratteristica che non si risolve in un problema estetico e neanche in un problema di ordine ma di sostanza ("ciò che precipuamente interessa in un codice penale è la *sostanza* dei suoi provvedimenti")?

"Mai deve nelle sue disposizioni contraddire ai pronunciati della scienza"; si potrebbe quasi dire, appunto, se si volesse trovare una formula un po' icastica, che Carrara qui è per certi versi il vero Savigny italiano, colui che, ancora sulla base di premesse 'spiritualistiche' (ma appunto è nella puntuale decifrazione di questo luogo teorico-culturale che il lavoro si apre e non si chiude), giungerà ad affermare che il codice è "l'Evangelio della scienza criminale"<sup>10</sup>, e che ancora una volta individuerà nella Francia la fautrice di un *contro-modello* negativo: "Così la Francia, ostinatasi a mantenere il codice Napoleonico dopo averlo durante il primo Impero puntellato con i famosi pareri del Consiglio di Stato, si è veduta poscia costretta quasi ad ogni lustro a portarvi emende, che poco a poco lo hanno travestito nei suoi svolgimenti; senza purgarlo mai da quei vizi radicali che consistono appunto nello stato di contraddizione fra le massime infelicamente accettate come fondamentali da quello, e le supreme verità della legge ontologica. *Quando la legge tradisce la scienza, merita di essere tradita dai giudici, e lo sarà prima o poscia: e tanto più lo sarà quanto più i giudici saranno coscienziosi e sapienti*".

Ma ci resta da ultimo la curiosità dell'esempio più volte evocato.

L'esempio che scaturisce dalla penna del Nostro è sorprendentemente il richiamo alla vicenda storica della Costituzione Criminale Carolina: cioè "il codice criminale che l'Imperatore Carlo V promulgò l'anno 1532 alla Dieta di Ratisbona" e del quale Carrara soggiunge di non esagerare "quando asserisco non esservi stato al mondo un codice criminale che abbia esteso lo impero suo sopra così vasto territorio, né la sua vita per così lunghi secoli, in mezzo a circostanze nemiche".

Il richiamo è dunque proprio a un 'codice' dell'epoca dell'antico regime, cioè un codice, se si può chiamare così, legato ad una visione del mondo e della scienza criminalistica lontanissima, apparentemente, da quella che di norma si ritiene Carrara rappresenti, e in relazione alla quale egli stesso non

<sup>9</sup> F. CARRARA, *Pensieri sul progetto di codice penale italiano del 1874. Terza edizione con l'aggiunta di note storiche e di appendici*, Lucca, 1878, pp. 7-13.

<sup>10</sup> *Ivi*, pp. 16-17.

nasconde certo il fatto di una reale distanza: “Qual fu la causa di così larga vita, e così prolungata; e di tanta reverenza? Dettato nei primordii del secolo decimosesto dal despota di Spagna e Germania, quel codice non aveva per certo precorso ai tempi nei quali nacque: esso aveva dovuto riprodurre la penalità che in quei miseri giorni avevano ormai signoria nei feroci costumi...”.

Dunque “quale il segreto che rendette possibile il prolungamento del suo governo anche i mezzo all’onda della nuova civiltà?”.

Si tratta certamente, per così dire, di un esperimento mentale (“Io non ricordo questo fatto come esempio da imitarsi oggidì. Non si calunni lo intendimento mio. Lo ricordo come un fatto storico che rivela verità importantissime”). La verità importantissima che si ricava dalla riflessione sulla storia è però comunque in filigrana una vera e propria tipologia codicistica; quel segreto fu uno solo, ma decisivo: “Fu uno solo: il concetto dell’art. 219 ripetuto frequentemente in molti speciali ordini di quella Costituzione.

Quel grande politico che fu Carlo V mentre aspirava all’Impero universale vagheggiò l’idea di dettare una legge penale che fosse duratura e universalmente accettata. Se egli fu il Napoleone dei tempi suoi, *non si ubriacò peraltro alla fede nella possanza della forza materiale*; e non ebbe il superbo pensiero che le sue volontà dovessero dar legge a tutte le generazioni contemporanee e future nella materia penale. E perché il codice che egli promulgava non cadesse affranto in breve ora sotto il cozzo della scienza, ne consegnò la esecuzione ai sacerdoti medesimi della scienza. In principio mezzo e fine, egli costantemente volle che nei casi gravi e dubbiosi i giudici Magistrati, non meno che i giudici popolari o scabini, dovessero SEMPRE consultare le più vicine facoltà giuridiche; a quelle sottoporre il processo; e secondo il responso loro regolare la imputazione e la pena. Questo sistema, incarnato nei costumi dei giudicanti Alemanni, diede origine a quei responsi delle facoltà giuridiche che raccolti in aurei volumi fecero tanto progredire la scienza penale in Germania. Ma innanzi tutto diede balia ad una progressiva riforma della penalità Caroliniane. Non solo ai giudici o agli scabini, ma anche ai Magistrati superiori era interdetto pronunciare una grave condanna senza obbedire al celebre *consilium sapientiae*. E le facoltà giuridiche vennero adattando la penalità ai progressi umanitarii della dottrina, per guisa tale che dove la lettera della Nemesi Sovrana minacciava la morte il responso della facoltà giuridica venne a sostituire talvolta quattro settimane di carcere. E così la Costituzione del 1532 potè mantenersi per quasi tre secoli venerata appo tante genti di varii costumi e di reggimenti dissimili”.

In una parola un codice che si considera un codice aperto al contributo.

Quindi non la flessibilità frutto di un'idea legalistica e "pagana" del diritto penale, ma una flessibilità diversa dentro la stessa idea di codice che è legata, appunto, ad una collaborazione fra codice e dottrina.; una vera e propria 'singolarissima' lezione di umiltà, ad avviso esplicito del Nostro, impartita da un uomo di tempi non ancora 'inciviliti' ad un liberalismo nella migliore delle ipotesi infedele a se stesso, o francamente 'assolutista': "*Lo ricordo come singolare confronto tra la reverenza mostrata agli insegnanti da un despota e il disprezzo che ne hanno ufficialmente ostentato oggi giorno certi uomini che si vantano liberali*. Lo ricordo per mostrare il grande accorgimento del potente Imperatore, il quale conscio dei poteri invincibili della scienza, quantunque despota e di tendenze estremamente tiranniche, *non esitò a curvare alla scienza la superba sua fronte, e consegnarle come ad amorevole nutrice il governo delle sue leggi penali; perché comprese ciò che da altri al suo luogo non fu poscia compreso, vale a dire la impotenza della forza contro la ragione*. La scienza penale ai tempi di Carlo V era ben lontana da quello apogeo al quale essa è giunta ai di nostri. L'Imperatore Alemanno non poteva dunque raccogliere i dettati e trasfonderli nel suo codice. Ne preconizzava peraltro nel suo vasto intelletto lo svolgimento progressivo. E invece di gridare *il mio codice è tutto*, dava al medesimo la potestà di plasmarsi a seconda dei movimenti autorevoli della scienza. E gli eventi corrisposero alle sue previsioni"<sup>11</sup>.

In quello che potremmo battezzare "lo strano esempio" (ma meno strano, forse, se il contrasto tra i due Imperatori si legge alla luce del binomio cristiano/pagano che pure emerge dalle pagine del Nostro) è racchiusa tutta la forza teorica della rimozione carrariana del 'moderno' codice-modello.

##### 5. *Il Codice della scienza (e un codice dei giurati?) ovvero della codicizzazione come 'contro-modello'*

Diremmo che la riflessione di Carrara sul tema trova qui un suo culmine: infatti essa era stata già, per così dire, in parte anticipata dai saggi *Se la unità sia la condizione del giure penale* del 1865-1866 e *Codicizzazione* del 1869, come poi dall'importante (ma poco ricordato) articolo relativo a *Il Codice per i Giurati* (1874), laddove si affronta la questione, teoricamente rilevante, se la codificazione debba necessariamente avere una unità di funzione, una unità di destinatario, oppure se sia possibile pensare a dei codici diversi a seconda della diversa caratura dei destinatari, fossero essi tecnici o fossero esse persone,

<sup>11</sup> *Ivi*, pp. 18-22.

appunto, non competenti di diritto, sui quali già altrove avevo cercato di attirare l'attenzione<sup>12</sup>, perché ci facevano intravedere un autore che, proprio per i profili che stiamo toccando, andrebbe 'riscoperto' come uno tra i giuristi ottocenteschi più lucidi – in generale, intendiamo; ovvero non soltanto per ciò che riguarda la codificazione penale in se stessa – in tema di riflessione teorica sul fenomeno della codificazione e della unificazione legislativa: ovvero, per usare proprio di un suo neologismo, della *codicizzazione*<sup>13</sup>.

In quel testo-chiave del 1874<sup>14</sup>, e tale lo diremmo anche per una riflessione storiografica moderna la quale, sfuggendo a molti percorsi già battuti, volesse farsi carico di un dibattito, che oggi sembra tornare d'attualità per i giuristi di area anglosassone<sup>15</sup>, ma che già all'epoca, pur restando un 'sentiero interrotto', aveva toccato questioni essenziali alla forma-codice, interrogandosi per l'appunto col prender le mosse dal problema dei destinatari del codice – e intendiamo alludere al dibattito sviluppatosi sulla necessità o meno di approntare oltre ad un codice per i cittadini, o in altre formulazioni, in quanto diretto alla magistratura, conforme ai criteri del tecnicismo scientifico, anche un *codice per i giurati* –; Francesco Carrara così aveva ad esprimersi, pur fatto appunto il debito spazio all'osservazione delle differenze di accezione linguistica con le quali i termini tecnici venivano usati di volta in volta dallo scienziato e dal "volgo": "Non è né contrastabile né infrequente siffatta differenziale; ed a questa sarà sempre bene che avverta il legislatore nel linguaggio che elegge; e vi avverta non per uno speciale riguardo ai *Giurati*, ma per amore della semplicità e chiarezza del *tecnicismo scientifico*; e per lo interesse di *tutti i*

<sup>12</sup> Cfr. P. CAPPELLINI, *Il Codice eterno. La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, in P. Cappellini, B. Sordi (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, 2002, pp. 11-68

<sup>13</sup> Ovviamente tematica affrontata a partire dalla prospettiva penalistica. Alludiamo in particolare, tra le numerose prese di posizione, ai saggi *Se la unità sia la condizione del giure penale (Prolusione al corso accademico dell'anno 1865-66)*, in F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, III ed., vol. II, Prato, 1878, pp. 7-39; *Sulla crisi legislativa in Italia (considerazioni) (1863)*, *ibid.*, pp. 167-214; *Codicizzazione (Studi legislativi) (1869)*, *ibid.*, pp. 215-230; *Unità di giurisprudenza (1871)*, in F. CARRARA, *Opuscoli cit.*, vol. V, Lucca, 1874, pp. 45-58.

<sup>14</sup> F. CARRARA, *Il Codice per i Giurati*, in ID., *Lineamenti di pratica legislativa penale*, Roma, Torino, Firenze, 1874, pp. 85-99. Carrara riprendeva il problema avanzato, inizialmente sul giornale *Le Leggi* stampato a Genova, da B. PAOLI, *Il Codice penale e i Giurati*, ora in ID., *Studii di giurisprudenza italiana comparata*, Firenze, 1873, pp. 165-174.

<sup>15</sup> P.H. ROBINSON, P.D. GREENE, N.R. GOLDSTEIN, *Making Criminal Codes Functional: A Code of Conduct and a Code of Adjudication*, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 86, n. 2, 1996, pp. 304 ss. Colgo l'occasione per ringraziare l'amico Michele Papa di avermi dato fondamentali indicazioni sulla rinascita di questo dibattito.

*cittadini*: avvegnaché (sarà forse ancor questo un mio torto pensiero) io tengo per fermo che ogni onesto cittadino abbia il *diritto* (dico *diritto*, e non ritiro la parola) di leggere il codice penale per trovarvi le regole della propria condotta; e penso che violi questo *diritto* il legislatore che imitando Caligola fa leggi che non si intendono”<sup>16</sup>.

L’idea, dunque, che il codice – ma un codice non del Legislatore/Caligola (ancora un riferimento implicito, ma non poi tanto, al tema del sempre possibile ‘(neo) paganesimo penale’), ma che usi la lingua della scienza – crei un diritto nuovo nell’utente, un diritto enfaticizzato dal nostro, quasi si trattasse, non per caso, di un termine tecnico, di un vero e proprio diritto soggettivo ‘costituzionalmente’ definibile: un diritto, insomma, di conoscenza, ricavabile apparentemente *senza mediazione*, direttamente dalla ‘lettura’, delle norme che la legislazione codicizzata propone, e quindi, in altre parole, di avere un’identità comunicativa totale (o tendenzialmente tale) con il legislatore ‘giusto’ (che però lo può a sua volta essere solo se accetta la ‘mediazione’ del “*tecnicismo scientifico*; e per lo interesse di *tutti i cittadini*”).

In quest’ottica va allora letta anche una frase che assume quasi valore di dignità vichiana, ma anche (al di là degli sclerotizzati codici-modello) di appello per i giuristi a farsi carico di un ‘programma’ anch’esso tutto da realizzare: “E tornando ai Codici, io ripeto che i primi trionfi della civiltà rendono soli possibile un Codice: *ma che un Codice perfetto non è possibile se non ove la civiltà ha raggiunto quell’apogeo che è sperabile sulla terra*”<sup>17</sup>.

Certamente il Nostro resta fedele ad un concetto di incivilimento di stampo risorgimentale e non può percorrere la via di farsi carico anche del problema dell’itinerario del “codice come macchina (da guerra) contro *il diritto*

<sup>16</sup> F. CARRARA, *Il Codice dei giurati*, cit., p. 94 (tutte le sottolineature nel testo). Carrara proseguendo poi nella discussione specifica della problematica (alla quale abbiamo prossimamente intenzione di dedicare apposito studio), e concludendo, come ben si intendeva, per la negativa, delinea una sua eventuale migliore soluzione: “Ed in questo senso trovo giustissima la osservazione testè fatta da un mio dotto collega che primo svolgimento del pensiero di fare un codice speciale *ad usum juratorum* dovrebbe essere la abolizione perpetua della esosa ed insulsa divisione dei reati in *crimini* e *delitti*. Il Codice utilissimo a farsi, avuto riguardo alla istituzione dei Giurati nell’attuale sistema di *questioni*, sarebbe (se fosse possibile) un codice ufficiale delle *questioni*. Ma questo non sarebbe un *codice penale* pei Giurati, ma un *codice procedurale* pei signori Presidenti. Il quale dovrebbe servire ad impedir loro di tender tranelli nelle questioni presentate ai Giurati: dovrebbe impedir loro di creare con definizioni cerebrine delitti incogniti al codice vigente: impedir loro di sovrapporre alle scuse ammesse dalla legge condizioni e limiti di loro invenzione” (p. 95).

<sup>17</sup> F. CARRARA, *Codicizzazione*, cit., p. 222.

*vernacolare*” (se possiamo coniare, certo su falsariga non ignota, un’espressione un po’icastica), contro il diritto delle differenze; sempre Carrara, infatti, confermando la sua presa di posizione liberale e quindi avversa ad un *codice speciale* caratterizzato dalle peculiarità del destinatario – nella fattispecie il codice adatto ai giurati del quale discuteva con Baldassarre Paoli – non per caso viene a ribadirla proprio con l’argomento (negativo) del “dialetto”: “Io non veggio adunque come possa neppure dalle differenze che spesso intercedono fra il linguaggio volgare e il linguaggio giuridico ricavarsi un prestigio atto a dar corpo alla *idea del codice giuratesco*. Dirò di più che sostenendo *sif fatta causa come determinante la codicizzazione speciale* si andrebbe all’assurdo di *esigere un codice speciale per ogni provincia d’Italia, a motivo della diversità dei dialetti*”<sup>18</sup>.

E tuttavia è proprio Carrara a cogliere – in forza della intrinseca complessità e consapevolezza critica della sua impostazione – il limite radicale di ‘monolinguismo’ che un concetto di codice puramente schiacciato sulla centralità del legislativo reca con sé; e, di conseguenza, a sottolineare fortemente la necessità di mettere in luce come un valore positivo l’introduzione di una tensione, di un allargamento della differenza – differenza, per esempio e per capirsi, fra dottrina e legislazione –; di non cercare di farle meccanicamente convergere, ma piuttosto mantenere la distinzione: in tensione, appunto.

E lo possiamo chiamare a testimone, Francesco Carrara, nonostante, o meglio, forse proprio in forza del fatto che fosse pure lui – l’abbiamo visto – certamente un sostenitore tipicamente ‘progressivo’, e quasi esteticamente affascinato, dell’idea di “*codice perfetto*”, inteso come uno tra i più convincenti sintomi e simboli dell’incivilimento: “I Codici destinati a reggere le nazioni nascono, crescono e progrediscono in numero, *in bellezza*, ed autorità, nella ragione diretta del rispettivo incivilimento. È impossibile che i popoli primitivi finché si agitano nella barbarie sentano *il bisogno di ordinamenti legislativi completi*, o chiedano Codici, o pensino a procacciarsene... Allora soltanto quando nella nazione si è sviluppato il senso giuridico di una maggioranza capace di farsi rispettare, *nasce il desiderio di un Codice universale della nazione regolatore dei diritti di ognuno*, e nasce insieme la potestà di attuarlo e di mantenerlo in una vita efficace e reale... E tornando ai Codici, io ripeto che i primi trionfi della civiltà rendono soli possibile un Codice: *ma che un Codice perfetto non è possibile se non ove la civiltà ha raggiunto quell’apogeo che è spera-*

<sup>18</sup> F. CARRARA, *Il Codice per i Giurati*, cit., p. 96. Cfr. per un rapido panorama della specifica ‘geografia’ G. BERTONI, *Profilo linguistico d’Italia*, Modena, 1940.

*bile sulla terra*"<sup>19</sup>. Questo era il testo cui accennavamo più sopra, e adesso lo vediamo più organicamente dispiegato.

Ma è proprio questo Carrara che, quando, in un celebre saggio, viene ad affrontare la questione dell'unità della legge e si rende conto che i contemporanei pensano che l'unità della legge, per mezzo di anche dell'introduzione di strumenti come l'unificazione dei tribunali di cassazione, possa produrre anche, quasi automaticamente, una unità della giurisprudenza, significativamente si ritrae.

E, da un lato, si sforza di mostrare, in nome di una scienza giuridica 'alta' e a forte capacità comunicativa, come l'unità della legge non produca affatto l'unità della giurisprudenza; e soprattutto, dall'altro, cerca in tutti i modi di rendere chiaro a tutti che una tale ipotesi porterebbe a risultati radicalmente negativi per l'evoluzione del diritto, altrettanto significativamente mantenendo l'opzione contro l'*immobilizzazione* di una giurisprudenza 'codificata' e in pro dell'ampliamento della 'sfera di tensione': "Sommo bene di una Nazione è che la scienza giuridica perpetuamente si svolga, si elabori e progredisca... A questo giova *lo attrito delle opinioni, ed anzi ne è strumento indispensabile*"<sup>20</sup>. E quindi in sostanza si spende per una teoria della 'codicizzazione' capace anche di rivalorizzare gli spazi che, invece di facilitare la comunicazione, la rendono meno agevole, ma più significativa e più ricca di contenuti informativi.

Se una piccola sintesi a questo punto è possibile, potremmo dire che Car-

<sup>19</sup> F. CARRARA, *Codicizzazione*, cit., rispettivamente pp. 217, 219, 222.

<sup>20</sup> "Voglio mostrare che la *unità di giurisprudenza* è un *desideratum* al quale invano si spera di giungere nella realtà della pratica con la *unità della legge* e con la *unicità della Cassazione*... E i giudizi variando necessariamente col variare degli uomini, agognare la unità di giurisprudenza equivale a cercare la quadratura del circolo... Io rispetto le loro opinioni: e non oso discutere le ragioni desunte da altro terreno per le quali essi credono dovere essere proficua per l'Italia un'unica Cassazione sostituita alle quattro Cassazioni attualmente vigenti. Ma quando fra tali ragioni odo ripetere (e forse come regina di tutte) quella del beneficio della *unità di giurisprudenza*, io mi permetto di considerare siffatta speranza come un sogno dorato... Sommo bene di una Nazione è che la scienza giuridica perpetuamente si svolga, si elabori, e progredisca nella via santissima della verità. A questo giova *l'attrito delle opinioni, ed anzi ne è strumento indispensabile* – corsivi nostri –. La provvidenza, più saggia sempre degli uomini, volle appunto che la *unità e immobilità della giurisprudenza fosse un impossibile non mai raggiunto dai ciechi desiderii degli uomini*: e lo volle appunto perché volle che tutto procedesse nella vita umanitaria per una incessante via di progresso. E fermo in questo pensiero io soggiungo che la unica Cassazione, la quale non soddisfarà mai il voto inconsulto di chi desidera la indiscutibilità e irrevocabilità delle massime giurisprudenziali, *quando per impugnata ipotesi raggiungesse siffatto fine, segnerebbe l'ora deplorabile della ultima agonia della scienza* – ancora corsivi nostri –", in F. CARRARA, *Unità di giurisprudenza*, cit., pp. 46 e 55-56.

rara rappresenta un esempio per più versi degno di nota di come un'analisi teorica forte del problema della 'codicizzazione', delle sue tipologie e metodologie potesse veramente svilupparsi nell'Italia dell'Ottocento soltanto laddove si fosse consapevolmente provveduto a 'rimuovere' un ostacolo epistemologico la cui potenza si rivelava direttamente proporzionale alla sua novità storica: il *modello* napoleonico di codice e di codificazione.

Ma per liberarsi del *codice-modello* (per denunciarne la natura di *contromodello*) bisognava mettere appunto in opera un processo di *rimozione* che rimandava ad un retroterra, che usando storiograficamente di un termine carrariano, potremmo definire "ontologico": ed è qui che si 'apre' il vero problema.

Esso mi sembra in ultima analisi così sintetizzabile: la riflessione di Carrara sull'idea stessa, sul concetto di codice è comunque strettamente intrecciata ad una dimensione che, a mio avviso, più che come un vago 'giusnaturalismo', dovrebbe essere appunto definita influenza di determinati principi di un determinato tipo di cristianesimo sul diritto penale, un diritto penale che neppure in nome della sua 'flessibilità' può accettare di piegarsi al "paganesimo della forza" (dogmatico o legislativo che sia).

Inattualità di Carrara?

Uno spazio di riflessione si apre o attende di essere aperto.



dott. GIANFRANCO MARTIELLO

Università di Firenze

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEL MEDICO  
TRA PUNTI (QUASI) FERMI, QUESTIONI APERTE  
E NUOVE FRONTIERE<sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi. – 2. Il fondamento legittimante dell'atto medico: coordinate costituzionali e giurisprudenziali. – 3 (*segue*). Il problematico rilievo del consenso ed il suo non esaustivo ruolo legittimante. – 4. La posizione di garanzia del medico ed il nesso causale: casi ed aspetti problematici. – 5. Tendenze attuali e recenti questioni. – 5.1. Individuazione e rilievo delle norme cautelari nella "colpa medica". – 5.2. Somministrazione *off label* di farmaci e responsabilità del medico. – 6. Il ruolo degli esperti nel processo penale di accertamento della responsabilità medica.

1. *Rilievi introduttivi*

Il tema della responsabilità penale del medico ha catalizzato, specie negli ultimi quindici anni, l'attenzione sempre crescente non solo della dottrina e della giurisprudenza ma anche dei *mass media* e delle istituzioni politiche, le quali, tra l'altro, si sono impegnate nella formulazione di proposte *de iure condendo* tese a disciplinare le più spinose questioni che l'etica medica si trova oggi a dover affrontare<sup>1</sup>. Un tale fermento costituisce senz'altro il riflesso del profondo mutamento che il rapporto medico-paziente ha subito nel tempo anzitutto a livello culturale. Non è di certo questa la sede per indulgere in analisi di tipo sociologico che ne spieghino l'origine; basterà qui segnalare, come del resto fanno sia la dottrina che la giurisprudenza, l'avvenuto passaggio

\* Il presente lavoro costituisce la sintesi rielaborata dall'Autore delle due giornate di studio svoltesi presso la certosa di Pontignano (Siena) il 23 e 24 novembre 2007, che hanno concluso il progetto di ricerca di interesse nazionale «Le nuove frontiere del diritto penale della medicina» intrapreso dalle Università di Bologna, Firenze, Siena e Pisa e coordinato dal prof. Fausto Giunta. Le citazioni nel corpo del testo si riferiscono alle opinioni espresse da coloro che sono intervenuti all'incontro di studi. Le note a piè di pagina sono state inserite dall'A. per consentire al lettore un primo approfondimento bibliografico e giurisprudenziale degli argomenti trattati.

<sup>1</sup> Per un esame dei numerosi d.d.l. presentati, ad esempio, in tema di direttive anticipate e consenso informato, cfr. D. TASSINARI, *Gli attuali progetti di legge sul così detto "testamento biologico": un breve sguardo d'insieme*, in questa *Rivista*, 2006, p. 265 ss., nonché L. EUSEBI, *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, *ivi*, p. 251 ss.

da una concezione «paternalistica» della relazione medico-paziente, secondo la quale è il primo l'incontrastato arbitro di ogni scelta terapeutica ed etica, ad una concezione «partecipativa» della stessa fondata sulla c.d. «alleanza terapeutica medico-paziente», che vede in quest'ultimo non più un passivo soggetto alle decisioni del primo, bensì un suo attivo interlocutore e l'arbitro ultimo delle scelte di cura. Ed è a tutti noto che un tale mutamento di approccio si traduce anche in una richiesta sempre maggiore di responsabilizzazione del sanitario, come dimostra in modo incontrovertibile, tra l'altro, la continua ed esponenziale crescita delle denunce a carico dei medici<sup>2</sup>.

In tale contesto di fermento politico, culturale e giuridico si colloca il progetto nazionale di ricerca intrapreso dalle Università di Bologna, Firenze, Pisa e Siena e dedicato proprio a quello che oggi può a buon titolo definirsi come «diritto penale della medicina». Nei due anni della ricerca, che, nell'ormai irrinunciabile prospettiva multidisciplinare, ha coinvolto cultori del diritto penale sostanziale, della procedura penale e della medicina legale appartenenti sia al mondo accademico che a quello libero-professionale e giudiziario, sono stati visitati non solo molti dei luoghi ormai "classici" dell'alveo tematico qui in rilievo ma anche alcuni dei suoi ambiti di "frontiera". Ed è così che, con costante attenzione al diritto vivente, fondamentale in un settore come questo ad oggi scarsamente positivizzato, si è anzitutto affrontata la problematica del fondamento giustificativo dell'attività medica e l'analisi dell'illecito penale più di frequente ascritto al medico, ossia quello omissivo improprio colposo. Da qui, lo stimolo per una aggiornata riflessione su talune fondamentali categorie penalistiche (posizione di garanzia, nesso causale, imputazione colposa, ecc.) alla luce della più recente giurisprudenza. L'analisi si è inoltre estesa ad alcuni profili della sperimentazione clinica ed alle problematiche che attengono all'accertamento processuale della responsabilità penale del medico.

## *2. Il fondamento legittimante dell'atto medico: coordinate costituzionali e giurisprudenziali*

Costituisce affermazione condivisa in dottrina ed in giurisprudenza quella secondo cui la legittimità dell'atto medico dipende dall'acquisizione del previo consenso (informato) del paziente, che verrebbe così ad ergersi a requisito

<sup>2</sup> Al riguardo, tra i numerosi dati statistici, v. quelli reperibili su <http://assocamamitorino.blogspot.it>, secondo i quali le denunce di errori medici sarebbero aumentate in dieci anni del 184%.

fondante la liceità dell'agire del sanitario. A tale conclusione, cui non sono estranee le suggestioni culturali provenienti specialmente dal nord America, ove il principio del c.d. «*informed consent*» è da tempo radicato<sup>3</sup>, si perviene muovendo anzitutto dal dato costituzionale. In particolare, soccorrerebbe non soltanto un'attenta lettura dell'art. 32, comma 2, Cost., là dove segnatamente statuisce che «Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge [...]», ma anche l'interpretazione sistematica dell'intera Carta costituzionale, e quindi la considerazione della sua indubbia vocazione personalistica, che, a tacer d'altro, emerge chiaramente dagli artt. 2, 3 e 13 Cost. Ne discende l'esistenza di un vero e proprio «diritto all'autodeterminazione terapeutica», il quale rompe con la tradizionale concezione «paternalistica» del rapporto di cura poc'anzi ricordata, ponendo al centro di quest'ultimo non più il medico bensì il paziente ed il suo consenso [CAGLI]<sup>4</sup>.

Una tale acquisizione si è andata consolidando anche in seno alla giurisprudenza<sup>5</sup>. In questa sede, basterà ricordare, anzitutto, l'imprescindibile *leading case* «Massimo», in occasione del quale la Suprema Corte ha chiaramente affermato che, ove non ricorrano altre cause di giustificazione codificate, è il consenso informato del paziente a fondare la liceità penale dell'attività medica. Ne risulta che, in difetto dello stesso, l'atto medico, anche se produttivo di un esito favorevole, deve considerarsi illecito, potendo così integrare, a secondo dei casi, gli estremi del reato di lesioni personali o di omicidio (nella specie: omicidio preterintenzionale)<sup>6</sup>. Su tale linea si è poi sostanzialmente attestata la successiva giurisprudenza di legittimità, anche se non sono mancate

<sup>3</sup> Per l'analisi comparatistica, cfr. di recente R. FRESA, *La responsabilità penale in ambito sanitario*, in AA.VV., *I reati contro la persona*, vol. I, *I reati contro la vita e l'incolumità individuale*, trattato diretto da A. CADOPPI, S. CANESTRARI, M. PAPA, Torino, 2006, p. 639 ss.

<sup>4</sup> Il percorso culturale compiuto in materia dalla dottrina sulla scorta dei valori espressi dalla Costituzione è noto: sul punto, imprescindibile appare comunque il riferimento a F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, pp. 37 ss., 77 ss., 92 ss. (ed anche *Diritto penale, Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la persona*, II ed., Padova, 2002, pp. 48, 56 ss.); più di recente, cfr. E. PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Padova, 2000, p. 1 ss. e F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 377 ss.

<sup>5</sup> Per una recente ricapitolazione del percorso intrapreso dalla giurisprudenza, v. F. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 141 ss.

<sup>6</sup> Si tratta di Cass. pen., Sez. V, 21 aprile 1992, Massimo, in *Cass. pen.*, 1993, p. 63.

precisazioni, delimitazioni, distinguo ed anche prese di posizione di segno contrario, come emerge, tra gli altri, da alcune importanti pronunce della medesima Corte [CAGLI].

Si è così avuto modo di precisare come il consenso informato del paziente rilevi segnatamente quale (mera) causa di giustificazione ai sensi dell'art. 50 c.p., sì che esso, da un lato, non appare necessario al ricorrere di situazioni di urgenza terapeutica e, dall'altro, risulta comunque soggetto al limite previsto dall'art. 5 c.c.<sup>7</sup>. Peraltro, proprio tale argine rappresentato dal divieto di «menomazione permanente che incida negativamente sul valore sociale della persona umana» è stato ribadito anche da quella parte della giurisprudenza che qualifica operativamente il consenso non come causa di giustificazione ai sensi dell'art. 50 c.p., bensì quale «presupposto di liceità» del trattamento medico<sup>8</sup>. È stato inoltre asserito che il consenso informato non presidia soltanto l'integrità fisica del soggetto ma anche la sua libertà morale, entrambe componenti del diritto alla libertà personale solennemente proclamato dall'art. 13 Cost. Ne risulta che l'atto medico c.d. «arbitrario», ovvero sia compiuto in difetto del consenso od in presenza di un consenso invalido, non può che avere rilievo penale. In particolare, è stato affermato che ove esso consista in un trattamento propriamente chirurgico, anche se con esito fausto, potrà venire in rilievo la fattispecie di lesioni personali colpose; ove esso consti, invece, di un trattamento non chirurgico, potranno trovare applicazione, a seconda dei casi, i delitti previsti dagli artt. 610, 613 o 605 c.p.<sup>9</sup>

In contrasto con l'indirizzo interpretativo inaugurato con la sentenza «Massimo», si è osservato come, in realtà, il medico sia sempre legittimato ad effettuare il trattamento terapeutico giudicato necessario per la salvaguardia della salute del paziente anche in mancanza di esplicito consenso, dovendosi invece ritenere insuperabile soltanto l'espresso, libero e consapevole rifiuto di cure eventualmente manifestato dal medesimo paziente. Peraltro, con riguardo a tale ultima ipotesi, ossia a quella in cui il medico agisca contro la volontà del paziente, la Corte di legittimità ha comunque specificato che potrà al più prospettarsi a carico dell'agente il reato di violenza privata ma non mai, in caso di esito infausto, il più grave reato di omicidio preterintenzionale, non potendosi

<sup>7</sup> Cfr., in termini assai chiari, Cass. pen., Sez. IV, 9 marzo 2001, Barese, in *Foro it.*, 2001, II, spec. c. 594. V. anche, di poco successiva, Id., 10 ottobre 2001, Cicarelli, in *Studium iuris*, 2002, p. 401.

<sup>8</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 14 febbraio 2006, Caneschi, in *Dir. giust.*, 2006, n. 20, p. 81.

<sup>9</sup> Tra le altre, v. Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2001, Firenzani, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2041.

ritenere che le lesioni chirurgiche, strumentali all'intervento terapeutico, possano rientrare nella previsione delittuosa di cui all'art. 582 c.p.<sup>10</sup>

Nel quadro di questo breve *excursus* giurisprudenziale, un seppur rapido cenno merita la recentissima sentenza di merito resa sulla nota vicenda di Piergiorgio Welby<sup>11</sup>. Chiamato a valutare le eventuali responsabilità penali del medico anestesista che, su espresso e pubblicamente manifestato desiderio dello stesso Welby, aveva a questi praticato l'anestesia necessaria onde poter subito dopo disattivare, senza provocare sofferenze al paziente, la macchina che garantiva a quest'ultimo la permanenza in vita, il giudice romano ha avuto modo di operare alcune puntualizzazioni in diritto che vale la pena qui evidenziare. Segnatamente, esse sembrano così riassumibili [CAGLI]: (a) premessa l'incontestabilità del fondamento costituzionale, *ex* art. 32, comma 2, Cost., del «diritto all'autodeterminazione della persona in ambito sanitario», del quale fa chiaramente parte integrante il diritto di «rifiutare» il trattamento medico, il giudicante sottolinea come tale diritto abbia natura «perfetta», ossia risulti direttamente applicabile nell'ordinamento, senza quindi bisogno di una precipua normativa di attuazione; (b) tale diritto prevale sul disposto dell'art. 5 c.c., che reca, sì, un principio di natura generale, il quale, però, non si applica allo specifico ambito del trattamento sanitario, «trattandosi di norma che, se letteralmente intesa, porrebbe nel nulla la norma costituzionale», ossia il richiamato art. 32, comma 2, Cost.; (c) anche lo stesso codice deontologico dei medici, che pure all'art. 35 prevede il generale divieto di «effettuare o favorire trattamenti che provochino la morte», sembra poi contemplare esplicitamente, all'art. 37, il caso particolare del «malato terminale», prevedendo che in tali casi il medico debba «limitare la sua opera all'assistenza morale e alla terapia atta a risparmiare inutili sofferenze», senza considerare che, come ha precisato il giudice capitolino, l'interruzione di una terapia, anche se vitale, non può concettualmente assimilarsi al «trattamento che provoca la morte», che postula l'attivazione *ex novo* di un intervento medico.

<sup>10</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. I, 29 maggio 2002, Volterrani, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1945.

<sup>11</sup> Si tratta, in particolare, di Trib. Roma, Uff. G.u.p., 17 ottobre 2007, Riccio, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 59. Più in generale, sulla tematica del «diritto di morire» o di «lasciarsi morire», v. F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 74 ss.; ID., *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Critica dir.*, 2003, p. 553 ss., nonché, da ultimo, i rilievi di A. VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, in *Studium iuris*, 2007, p. 539 ss.

### 3. (segue). *Il problematico rilievo del consenso ed il suo non esaustivo ruolo legittimante*

La rapida disamina, prevalentemente giurisprudenziale, ora compiuta lascia già intravedere le principali questioni che l'attività medica pone in ambito penale, sulle quali, del resto, la dottrina già da tempo si confronta. Invero, dato per acquisito il rilievo del tutto centrale che il consenso informato del paziente riveste nell'ambito *de quo*, ciò che appare assai discusso è, anzitutto, il suo concreto modo di operare nell'elidere la rilevanza penale del trattamento medico. In altre parole, ci si chiede se l'atto di volontà del paziente tecnicamente rilevi, ad esempio, quale causa di giustificazione, o quale causa di esclusione della tipicità, ovvero quale presupposto generale di liceità dell'attività medica non riconducibile alle due categorie dogmatiche ora richiamate. In modo speculare, viene poi da interrogarsi sulla rilevanza penale dell'atto medico arbitrario, così che, in caso di risposta affermativa, occorrerà conseguentemente chiedersi se esso rilevi solo per la sua eventuale lesività dell'integrità fisica o della vita del paziente, trovando sanzione nei reati di lesione personale o di omicidio, ovvero anche (o solo) per l'offesa che esso in ogni caso arreca alla libertà morale del paziente, ricadendo così nei rigori degli artt. 610 o 613 c.p. [CAGLI].

Come noto, larga parte della dottrina ritiene che, nei confronti dell'atto medico, il consenso informato del paziente operi quale causa di giustificazione rilevante ai sensi dell'art. 50 c.p., sul presupposto che tale atto integri *ex se* il fatto previsto dal reato di lesioni personali. Peraltro, onde evitare il rischio che una tale ricostruzione risulti operativamente ridimensionata dal disposto dell'art. 5 c.c., posto che l'intervento medico spesso comporta lesioni permanenti per il paziente, si è da più parti cercato di ridimensionare la portata di principio generale tradizionalmente riconosciuta a tale disposizione, o comunque di negarne l'applicabilità in ambito sanitario. In tale prospettiva, si è sostenuto, ad esempio, che l'art. 5 c.c. si riferirebbe soltanto agli atti "sfavorevoli" al paziente e non mai a quelli "favorevoli", quali sono per definizione quelli terapeutici, ovvero che tale disposizione non varrebbe affatto nell'ambito dell'attività medica, considerata, in ogni caso, la prevalenza su ogni norma ordinaria del diritto all'autodeterminazione terapeutica sancito dall'art. 32, comma 2, Cost.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Sul punto, cfr. tra gli altri, e di recente, M. BILANCETTI, *La responsabilità civile e penale del medico*, VI ed., Padova, 2006, pp. 265 ss., 317 ss., 483 ss., nonché F. DASSANO, *Il consenso*

Non manca, per vero, anche chi imposta la rilevanza del consenso su basi diverse, ritenendo che esso non operi quale causa di giustificazione bensì rilevi a livello di tipicità del reato eventualmente ascritto al sanitario. Invero, è stato affermato che ove il medico assuma il consenso del paziente ed operi secondo le *legis artis*, il fatto non sarebbe tipico, e ciò sia là dove il trattamento avesse esito infausto, poiché, a livello causale, eliminando mentalmente l'intervento del sanitario è chiaro che il peggioramento delle condizioni del paziente o la sua morte si sarebbero verificati ugualmente; sia in caso di esito fausto, poiché il corretto concetto di «malattia» che sembra doversi assumere con riferimento al delitto di lesioni non appare tanto quello “giuridico” caro alla giurisprudenza, che rinviene la malattia in qualsiasi alterazione anche anatomica dell'integrità fisica, bensì quella “medica”, che allude alla provata esistenza di un processo patologico che implichi un'apprezzabile menomazione funzionale dell'organismo<sup>13</sup>: precisazione, quest'ultima, che in ogni caso deve sempre essere tenuta presente nel valutare la sussistenza della responsabilità penale del medico [GIUNTA; IADECOLA]. Ed è proprio sul piano delle cause di esclusione della tipicità che sembra collocare l'efficacia del consenso quella dottrina che interpreta il diritto alla salute in modo da comprendervi non soltanto l'aspetto oggettivo dell'integrità fisica in quanto tale ma anche l'aspetto più marcatamente soggettivo della libertà di autodeterminazione circa la propria salute; invero, è valorizzando segnatamente tale aspetto soggettivo del diritto alla salute che si può ritenere l'atto medico lesivo dell'integrità fisica ma coperto dal consenso come atto non penalmente tipico [CAGLI].

Altra parte della dottrina tende a ridimensionare il ruolo del consenso nel fondare la legittimità dell'attività medica e dunque, come si usa dire, la “differenza tra bisturi e coltello”. Al riguardo, si è infatti osservato come, anzitutto, il consenso non potrebbe teoricamente assurgere a presupposto legittimante “generale” dell'attività medica, e questo a causa dell'esistenza di casi nei quali

*informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, Torino, 2006, p. 27 ss.

<sup>13</sup> Il riferimento è ad A. MANNA, *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, pp. 1287 ss., e più di recente, ID., *La responsabilità professionale in ambito sanitario: profili di diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 608 s., mentre per la giurisprudenza si consideri la già richiamata Cass. pen., Sez. VI, 14 febbraio 2006, Caneschi. Sul concetto di malattia, e sulla necessità di superare, proprio nell'ambito della responsabilità medica, l'ampio concetto tradizionale sposato dalla giurisprudenza, v. da ultimo G. IADECOLA, *Una «vexata quaestio» ancora attuale: l'individuazione dell'esatto significato giuridico di “malattia” quale evento naturalistico del delitto di lesioni personali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 179 ss.

si può o si deve prescindere da esso. Si pensi all'ipotesi del soggetto che, per qualsiasi motivo, non risulti in grado di prestare un valido consenso, perché, ad esempio, incapace sul momento di intendere e di volere; ovvero al minore o all'interdetto dei quali non si possa reperire in tempo utile il legale rappresentante. In tali ipotesi, e là dove si verifichi la situazione di pericolo grave per la persona descritta dall'art. 54 c.p., il medico potrebbe in ogni caso agire sotto l'ombrello dello stato di necessità, come peraltro ammette anche parte della giurisprudenza [IADECOLA]<sup>14</sup>. Ma anche là dove tale urgenza terapeutica non ricorra, sembra opportuno ammettere che, in caso ad esempio di paziente incapace, è il principio di «beneficialità» a dover prevalere [IADECOLA]. Più in generale, ed al di là delle ipotesi coperte dalla causa di giustificazione recata dall'art. 54 c.p., è stato affermato che uno sguardo alla Carta costituzionale è sufficiente per rendersi conto come ivi siano consacrati non soltanto i diritti e le libertà del paziente, come desumibili principalmente dagli artt. 13 e 32, ma anche i doveri di solidarietà sociale che gravano sul singolo, come evidenziano, a tacer d'altro, gli artt. 2 e 4 Cost. Il che fa comprendere – si osserva – come la salute del cittadino e la sua stessa vita, che è bene implicitamente previsto dalla Carta, costituiscano non soltanto suoi diritti fondamentali ma anche oggetto di interesse della società. Ritenere che l'atto medico acquisti il crisma della liceità soltanto nella misura in cui il paziente esprima il proprio consenso appare riduttivo, poiché di tal guisa si trascurerebbe di considerare la natura socialmente vantaggiosa, la destinazione oggettivamente solidaristica dell'attività medica [IADECOLA]. A tali doveri di solidarietà, del resto, fa ad esempio riferimento, di recente, anche la sentenza di merito sul già richiamato «caso Welby», ove, pur riconoscendosi la libertà di autodeterminazione terapeutica, si constata però anche la presenza di altri valori, come quello della vita. E ad essi sembra comunque necessario riferirsi per scongiurare possibili eccessi, sempre in agguato in questa delicata materia. Si pensi, a tale ultimo proposito, alla recentissima sentenza della I<sup>a</sup> sezione civile della Suprema Corte resa sul caso «Englaro»<sup>15</sup>, ove si prendono discutibili posizioni, come, ad esempio, quella di consi-

<sup>14</sup> Sul punto, ampiamente, G. IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente*, Padova, 1998, p. 89 ss., nonché, per la giurisprudenza, le già richiamate Cass. pen., Sez. IV, 9 marzo 2001, Barese e Id., 10 ottobre 2001, Cicarelli. Quanto alla conferenza dell'art. 54 c.p. in ambito medico, v. anche *infra*, § 4.

<sup>15</sup> Si tratta di Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2007, I, c. 3025, sulla quale V. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1561 ss.

derare l'alimentazione artificiale un atto sanitario, ovvero quella di ritenere che terzi possano disporre del bene della vita e della salute altrui [IADECOLA]. Come a dire, in conclusione, che non sempre *voluntas aegroti suprema lex esto*.

Del resto, l'utilizzo del consenso quale fondamento legittimante dell'attività medica pone sempre nuovi interrogativi. Di recente, ad esempio, la nota vicenda di Giovanni Nuvoli<sup>16</sup> ha posto la questione non tanto del consenso sull'*an* del trattamento terapeutico, bensì di quello espresso sul *quomodo* del medesimo. In particolare, si è verificato il caso del paziente che accetta la somministrazione di certi farmaci ma ne rifiuta altri, come nell'ipotesi, ad esempio, del malato che accetta l'antidolorifico ma non il medicinale gastroprotettivo [PIRAS]. Viene quindi da chiedersi se un tale diritto di decidere le modalità di cura esista o meno. In proposito, si potrebbe a tutta prima affermare che, se al soggetto è riconosciuto la facoltà di rifiutare un intero trattamento, a maggior ragione gli dovrebbe essere attribuita quella di rifiutare una parte dello stesso. Tuttavia, occorre considerare che, nella pratica medica, rigettare una determinata componente del trattamento può molte volte significare, sostanzialmente, adibire un trattamento completamente diverso. Orbene, non sembra che l'esercizio di una tale discrezionalità da parte del paziente possa rientrare né all'interno della lettera né tanto meno nello spirito dell'invocato art. 32 Cost. [PIRAS]. Il problema, nondimeno, si può porre, e quindi sembra necessario interrogarsi brevemente sulla sorte del medico che aderisse alle richieste selettive del paziente, considerando comunque che, sotto il profilo professionale, il codice deontologico vieta al medico di praticare cure che la letteratura scientifica non contempla<sup>17</sup>.

Volendo effettuare una valutazione di ordine penalistico, sembra necessario

<sup>16</sup> La vicenda ha avuto larga risonanza specialmente nel momento in cui Giovanni Nuvoli chiese alla Procura della Repubblica di Sassari di nominare un commissario *ad acta* che, sostituendosi al personale della struttura ospedaliera, disattivasse la macchina che lo teneva in vita, ricevendo però un rifiuto: cfr. Proc. Rep. Sassari, provvedimento del 13 febbraio 2007, in *Guida dir.*, 2007, n. 16, p. 92. Di recente, la procura sassarese ha chiesto l'archiviazione del procedimento penale *ex art.* 579 c.p. aperto nei confronti del medico che, aderendo alle volontà del Nuvoli, aveva ommesso i trattamenti salvavita proseguendo soltanto quelli sedativi ed antalgici: cfr. Proc. Rep. Sassari, richiesta di archiviazione del 22 gennaio 2008, in *www.diritto.giustizia.it.*, quotidiano del 25 gennaio 2008.

<sup>17</sup> L'art. 13 dell'attuale codice di deontologia medica prevede che «le prescrizioni e i trattamenti medici devono essere ispirati ad aggiornate e sperimentate acquisizioni scientifiche [...]» e vieta espressamente «l'adozione e la diffusione di terapie e di presidi diagnostici non provati scientificamente o non supportati da adeguata sperimentazione e documentazione clinicoscien- tifica».

distinguere quanto meno due situazioni. Occorre infatti specificare che, negli stadi finali di determinate malattie, certe cure vengono, sì, effettuate ma in realtà hanno effetti assai limitati sul decorso della patologia, così che una loro omissione non sembra assumere penale rilievo, poiché alcuna colpa sarebbe ascrivibile al medico. Altro è, invece, il caso della terapia efficace che venga in parte omessa contraddicendo la letteratura medica, come nell'esempio della somministrazione l'antinfiammatorio non seguita da quella del gastroprotettivo. In tali ipotesi, il discorso si sposta sull'annosa questione causale, perché occorre verificare se l'evento infausto sia conseguenza della natura "parziale" della cura somministrata al paziente o se, invece, la morte sarebbe seguita ugualmente, anche con trattamento completo [PIRAS]. Il punto è – si è sottolineato – che il consenso od il rifiuto del paziente vanno riferiti non già all'attività medica in sé ma all'attività medica *perita*, sì che, considerate dalla prospettiva del medico, le scelte manifestate dal paziente appaiono legittime fintantoché esse consentono al sanitario di comportarsi secondo le *legis artis*, non potendo certo quest'ultimo essere obbligato ad assecondare eventuali stravaganze del malato [GIUNTA].

Ben si comprende allora, anche sulla scorta dei precedenti rilievi, il perché non sia mai mancato sia in dottrina che in giurisprudenza il tentativo di portare la questione del fondamento generale di liceità dell'attività medica al di fuori degli angusti confini del consenso scriminante, per ricercare anche *aliunde* soluzioni praticabili<sup>18</sup>. In tale prospettiva, giova qui segnalare l'opinione, peraltro a lungo meditata in dottrina, di chi, muovendo dall'indiscutibile natura «socialmente utile» dell'attività medica, ha visto nell'esercizio della stessa secondo le *legis artis* il suo stesso fondamento di liceità<sup>19</sup>. Il che, tra l'altro, dovrebbe escludere, quanto meno sotto il profilo soggettivo, la sussistenza del delitto di lesioni personali anche là dove il medico agisca in assenza del consenso,

<sup>18</sup> Per un quadro delle varie teorie, v. da ultimo R. FRESA, *La responsabilità*, cit., p. 628 ss.

<sup>19</sup> Sulla tesi della «utilità sociale», cfr., anche sulla scorta della teoria dell'azione socialmente adeguata, A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955, p. 24; C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966, p. 126 e, più di recente, G. IADECOLA, *In tema di rilevanza penale - come delitto doloso contro la vita e l'incolumità individuale - del trattamento medico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 211 ss. In giurisprudenza, oltre alla già richiamata Cass. pen., Sez. I, 29 maggio 2002, Volterrani, cfr. anche, tra le pronunce civili, Cass. civ., Sez. III, 23 maggio 2001, n. 7027, in *Foro it.*, 2001, I, spec. c. 2508 s. e ID., 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, I, spec. c. 777, le quali comunque sottolineano la generale validità della regola del consenso.

posto che, indipendentemente dalla finalità soggettiva, il gesto del medico avrebbe una propria oggettiva destinazione al miglioramento delle condizioni di salute del soggetto, difettando qualsiasi volontà di ledere [IADECOLA].

Più in generale, v'è probabilmente da prendere in seria considerazione l'invito di chi, in primo luogo, auspica anzitutto una riflessione sulla tenuta delle consuete categorie dogmatiche nell'ambito della responsabilità penale del medico, ed in particolare di quella delle cause di giustificazione. Paradigmatico, al riguardo, la posizione di quell'autorevole dottrina la quale, nel ricercare il fondamento di liceità dell'attività medica, si riferisce alla scriminante dell'art. 51 c.p., salvo però precisare che limite alla legittimità dell'intervento è comunque rappresentato dal consenso del paziente, da non intendersi, però, negli angusti limiti dell'art. 50 c.p.<sup>20</sup>. Orbene, tale ricostruzione rivendica, evidentemente, l'insufficienza di ognuno dei due criteri singolarmente considerati, al punto che si avverte l'esigenza di una loro vicendevole integrazione [GIUNTA].

Da qui l'invito ad una riflessione sulla idoneità del consenso del paziente a fondare in via esclusiva la liceità penale dell'attività medica. Invero, si avverte il pericolo che, dopo aver meritoriamente consentito di superare la concezione paternalistica, il principio del consenso porti ad una altrettanto estrema ed involutiva concezione «negoziale» del rapporto medico-paziente, nell'ambito del quale, però, le parti non si trovano in posizione di uguaglianza, posto che il paziente ha pur sempre bisogno di cure ed ignora usualmente la scienza medica. Un tale approdo, infatti, da un lato rischia di favorire la medicina difensiva, incoraggiando comportamenti remissivi del medico, impegnato anzitutto ad ottenere la firma "liberatoria" del paziente; dall'altro, esso pare comprometterebbe l'irrinunciabile componente solidaristica dell'attività del medico, con la conseguenza di deresponsabilizzare quest'ultimo una volta acquisita la volontà del paziente [GIUNTA]. In tale ultima prospettiva, un più forte recupero della dimensione solidaristica dell'attività medica potrebbe ottenersi valorizzando il ruolo legittimante dell'art. 51 c.p., nella parte in cui prevede la causa di giustificazione dell'adempimento del dovere. La liceità dell'attività medica discenderebbe infatti dalla sua doverosità, e ciò tanto nel caso in cui la posizione di obbligo in capo al medico nasca per facoltativa richiesta del paziente, quanto nel caso in cui essa origini dall'oggettiva necessità terapeutica, ossia in presenza di una malattia: concetto, quest'ultimo, assai più esteso della

<sup>20</sup> Cfr. infatti F. MANTOVANI, *Diritto penale*, V ed., Padova, 2007, p. 269.

nozione di danno grave alla persona cui si riferisce lo stato di necessità. In tale contesto, il consenso informato fungerebbe da criterio di contenimento dell'obbligo di cura del medico, evitando il ritorno al vecchio paternalismo. In breve: il dissenso del paziente delimiterebbe siffatto obbligo di cura nei limiti in cui esso appaia «pieno» e «certo»; il che significa che, ove il rifiuto della terapia non rivesta tali caratteri, il dovere del medico di curare riprenderebbe tutto il proprio vigore [GIUNTA].

Vanno considerate, infine, le possibili ricadute che l'estremizzazione del principio consensuale potrebbe comportare sull'accertamento dell'elemento soggettivo del reato contestabile al sanitario che operi in assenza di consenso con esiti infausti, rivelandosi infatti tutt'altro che trascurabile il rischio che la colpa venga sostanzialmente esaurita nella mera violazione delle volontà del paziente<sup>21</sup>. In tale prospettiva, appare fondamentale tenere presenti i risultati interpretativi cui la Suprema Corte è giunta nel ribadire, con la sentenza «D'Agata» del 1998, la necessità che il giudice, nell'imputare l'evento sfavorevole non voluto, accerti la sussistenza di una colpa in concreto dell'agente – e quindi, per ciò che qui rileva, del sanitario –, al quale deve poter essere rimproverato di non aver previsto ciò che invece era prevedibile [IADECOLA]<sup>22</sup>.

#### 4. *La posizione di garanzia ed il nesso causale: rilievi problematici*

Parlare della responsabilità omissiva del medico significa sostanzialmente trattare del contenuto della sua posizione di garanzia. La problematicità dell'argomento *de quo* può essere esemplificata considerando due casi [LEONCINI]: quello della responsabilità del medico psichiatra per il reato commesso

<sup>21</sup> In effetti, ha osservato P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, tomo II, Padova, 2003, p. 307 ss., che, strutturata la responsabilità penale del sanitario come tipicamente colposa, il consenso informato non acquisito o non correttamente acquisito integrebbe la c.d. «misura oggettiva» della colpa, là dove l'esito dell'intervento sia infausto ed anche se esso costituisca l'inveramento del rischio insito nel tipo di trattamento praticato: come a dire, in sostanza, che tale mancato o invalido consenso contribuisce alla ricostruzione della tipicità colposa, in quanto è l'atto di volontà del paziente a tracciare l'area del rischio consentito (in quanto accettato) che il medico non doveva oltrepassare.

<sup>22</sup> Il riferimento è a Cass. pen., Sez. I, 19 ottobre 1998, D'Agata, in *Foro it.*, 1999, II, spec. c. 527 ss., la quale, sulla scorta dei noti insegnamenti di Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, *ivi*, 1988, I, c. 1385, ha precisato, a proposito della fattispecie *ex art.* 586 c.p., che la responsabilità per l'evento ulteriore non voluto «deve necessariamente ancorarsi [...] a un coefficiente di "prevedibilità", concreta e non astratta, del rischio connesso alla carica di pericolosità per i beni della vita e dell'incolumità personale, intrinseca alla consumazione del reato doloso di base».

dal paziente previamente dimesso, che di recente ha conosciuto una certa eco nella cronaca giudiziaria; quello del presunto obbligo di intervento del medico, anche in presenza del rifiuto del paziente, là dove quest'ultimo corra pericolo di vita, che spesso viene risolto ricorrendo allo stato di necessità di cui all'art. 54 c.p., da intendersi segnatamente nella sua veste di «soccorso di necessità».

Muovendo da tale ultimo aspetto problematico, è stato affermato che il richiamo alla causa di giustificazione dell'art. 54 c.p., spesso ricorrente sia in dottrina che in giurisprudenza, appare erroneo [LEONCINI]. Va anzitutto osservato sul tema che, come si evince dalla proporzionalità tra fatto e pericolo espressamente richiesta dall'art. 54, comma 1, c.p., la causa di giustificazione qui in rilievo non permette di sovvertire la gerarchia tra i valori in gioco che altrove il legislatore abbia definito. Anzi, come noto, tale scriminante presuppone una indifferenza dei beni in conflitto, tant'è che è l'agente a compiere la scelta del bene da sacrificare, sì che là dove l'ordinamento si sia invece già espresso, operando il bilanciamento tra gli stessi, la disposizione *de qua* non dovrebbe trovare logicamente applicazione, traducendosi altrimenti essa nell'autorizzazione rilasciata all'agente di mutare le gerarchie tra beni prefissate dal legislatore [VALLINI]<sup>23</sup>. Si pensi, per fare un esempio, al caso del sanitario che, per salvare la vita di un soggetto in attesa della donazione d'organo, ne anteponga ad altri il nominativo all'interno della lista di attesa dei trapianti: se si giustificasse di tal guisa l'agente si porrebbe nel nulla quel bilanciamento di interessi che il legislatore aveva invece operato nel prevedere e disciplinare il meccanismo della lista di attesa [GIUNTA]<sup>24</sup>.

Il nodo problematico si colloca quindi al di fuori della norma, e consiste sostanzialmente nel comprendere se il diritto all'autodeterminazione del paziente prevalga o meno sul valore *ex se* – e quindi sull'indisponibilità – del bene-vita. Orbene, si è a tale riguardo affermato che non è affatto implicita nella Costituzione l'affermazione della indisponibilità del bene-vita, tant'è che dai lavori preparatori risulta che gli emendamenti che miravano ad introdurre nel testo costituzionale una tale esplicita affermazione furono respinti dall'assem-

<sup>23</sup> Sul punto, in generale, v. per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 259, nonché A. VALLINI, *Il significato giuridico-penale del previo dissenso verso le cure del paziente in stato di incoscienza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1426 ss.

<sup>24</sup> Con specifico riferimento alla problematica applicabilità dell'art. 54 c.p. in tema di trapianti d'organo, v. F. GIUNTA, *La nuova disciplina dei trapianti d'organo: principi generali e profili penali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 88 ss.

blea. L'impressione, in effetti, è che chi afferma il contrario interpreti la Carta costituzionale alla luce della legislazione ordinaria, piuttosto che il contrario [LEONCINI; VALLINI]. In caso di espresso dissenso del paziente al trattamento, la questione non è perciò quella di applicare o meno l'art. 54 c.p., posto che, in ogni caso, la posizione di garanzia del medico non si estende ai casi in cui il paziente esplicitamente rifiuti il trattamento; il problema, casomai, è quello di accertare se il rifiuto sia veramente autentico, considerato che il più delle volte il paziente si trova in uno stato di prostrazione fisica e psicologica che di certo non costituisce la condizione ideale per assumere decisioni così gravide di conseguenze: motivo in più, questo, che consiglia una certa cautela nell'attribuire un così rilevante ruolo al consenso in ambito medico [LEONCINI]. Inoltre, è chiaro – ma vale la pena sottolinearlo – che mai la norma in questione potrebbe utilmente soccorrere là dove fosse stato lo stesso operato del medico a creare il pericolo per la vita o l'incolumità del paziente [LEONCINI].

Le perplessità sull'utilizzo dell'art. 54 c.p. derivano anche dalla sua stessa conformazione. Invero, l'attuale struttura dello stato di necessità postula l'urto tra interessi appartenenti a soggetti diversi, dei quali uno viene sacrificato. Nell'ambito dell'attività medica, invece, gli interessi in gioco appartengono tutti al medesimo soggetto, ovverosia al paziente, e possono individuarsi, da un lato, nell'interesse alla vita ed all'incolumità fisica e, dall'altro, in quello alla libertà di autodeterminazione. Occorre poi considerare che, in ogni caso, lo stato di necessità *consente* ma non *impone* il sacrificio di un interesse rispetto ad un altro, sì che non può non lasciare perplessi il fatto che spesso si parli di "obbligo" del medico di intervenire *ex art. 54 c.p.* anche in presenza di un rifiuto del paziente, là dove, a ben vedere, tra facoltà ed obbligo sussiste una vistosa incompatibilità logica [LEONCINI]<sup>25</sup>. Inoltre, ad applicare la causa di giustificazione qui in rilievo si potrebbe verificare un paradosso. Invero, se, nonostante il rifiuto del paziente, il medico agisse sulla scorta dello stato di necessità ponendo in essere una manovra consapevolmente imprudente, l'art. 54 c.p. non risulterebbe più in ogni caso invocabile, posto che a quel punto ci si troverebbe di fronte ad una situazione di pericolo volontariamente creata dallo stesso soccorritore [LEONCINI].

In apertura di discorso si anticipava come un altro aspetto assai problematico del contenuto della posizione di garanzia traspaia dai casi, affrontati anche di recente dalla giurisprudenza, relativi alla presunta responsabilità

<sup>25</sup> Sul punto, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 259, nonché F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Milano, 2000, pp. 450 ss., 472 ss. e 523 ss.

penale del medico psichiatra per i reati commessi dal paziente affetto da malattia mentale. In argomento, la dottrina generalmente distingue due ipotesi, a secondo che il soggetto ponga in essere un atto autoaggressivo ovvero eteroaggressivo [LEONCINI]<sup>26</sup>.

Muovendo da quest'ultimo caso, si osserva come la dottrina sia incline ad escludere la configurabilità in capo allo psichiatra di un obbligo di impedimento delle aggressioni, a meno che esse si verifichino all'interno della struttura ospedaliera. A tale esito interpretativo si giunge usualmente sottolineando come sul sanitario gravino specifici obblighi di protezione nei confronti degli altri ospiti della struttura ma non già automatici obblighi di controllo e custodia sul malato di mente, posto che, mentre la precedente normativa sottintendeva la necessaria implicazione tra malattia mentale e pericolosità sociale, si da prediligere nella cura i trattamenti sanitari di tipo custodiale, quella attuale circoscrive in modo significativo i casi in cui al paziente può essere imposto un trattamento sanitario obbligatorio (T.S.O.), specie se da attuarsi in condizioni di degenza ospedaliera, privilegiandosi invece il trattamento *outdoor*<sup>27</sup>. In realtà, è stato affermato che nel caso di atti eteroaggressivi il riferimento alla «legge Basaglia», in sé vistosamente ideologica, persino nella semantica delle espressioni utilizzate, deve essere preso con estrema cautela, poiché essa non sembra considerare gli effettivi poteri e doveri di vigilanza sul malato di mente che gravano sul medico, tant'è che, non a caso, la giurisprudenza appare sul punto assai più altalenante rispetto a quanto si dimostri con riferimento alla responsabilità

<sup>26</sup> Per tale distinzione, v anche G. FIANDACA, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, in *Foro it.*, 1988, II, spec. c. 112 e, da ultimo, B. DE RISIO, *La responsabilità dello psichiatra*, in AA.VV., *La responsabilità sanitaria*, opera diretta da F. PECCENINI, Bologna, 2007, p. 262 ss., mentre in senso critico sulla stessa si esprime A. REALDON, *Malati di mente e ricovero coatto*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, p. 916.

<sup>27</sup> Cfr. in particolare gli artt. 1 e 2 della l. 13 maggio 1978, n. 180, nota ai più come «legge Basaglia», nonché gli artt. 34 e 35 della l. 23 dicembre 1978, n. 833. In dottrina, per una valorizzazione degli innovativi principi introdotti da tale disciplina rispetto a quella previgente, v. recentemente, con attenzione anche ai risvolti sulla posizione di garanzia del medico, M. MASPERO, *Mancata previsione di evento suicidiario e responsabilità dello psichiatra: creazione di un «fuzzy set» o rilevazione di un ossimoro?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, p. 913 ss.; ID., *La responsabilità del medico per suicidio del paziente alla luce della recente giurisprudenza di merito*, *ivi*, 2005, p. 777 ss.; B. DE RISIO, *La responsabilità*, cit., p. 248 ss. Cauti sul ridimensionamento degli obblighi di controllo e sorveglianza del medico che la nuova normativa avrebbe comportato appaiono G. CANEPA, *Note introduttive allo studio della responsabilità professionale dello psichiatra in ambito ospedaliero*, in *Riv. it. med. leg.*, 1983, p. 19 ss. e G. IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, Padova, 1993, p. 104 ss.

del medico per gli atti autoaggressivi commessi dal paziente [LEONCINI]<sup>28</sup>.

Quanto al caso in cui il paziente dirige verso sé stesso l'atto violento, occorre registrare una recente presa di posizione della Suprema Corte, la quale, in occasione del noto caso «Guida», ha condannato per omicidio colposo quello psichiatra che aveva consentito ad una propria paziente, non sottoposta peraltro a T.S.O., di uscire momentaneamente dalla casa di cura da lui diretta in compagnia di una operatrice non professionalmente qualificata: frangente temporale, questo, nel quale la paziente si era suicidata. A tale esito applicativo i giudici di legittimità sono pervenuti configurando in capo al medico una posizione di garanzia ed imputando a quest'ultimo l'evento sulla scorta del parametro della prevedibilità/evitabilità. In particolare, la Corte ha rimproverato al sanitario di non aver adeguatamente informato l'accompagnatrice delle condizioni della paziente, che doveva considerarsi a rischio suicidiario in considerazione sia delle condizioni psichiche che dei pregressi tentativi di togliersi la vita<sup>29</sup>. Sul punto, però, è stato affermato che l'impostazione seguita dalla Corte non appare priva di censure, giacché non bisognava tanto chiedersi se l'evento sarebbe stato prevenibile se il medico avesse correttamente informato l'accompagnatrice, o se comunque sul sanitario gravasse l'obbligo di fornire tali informazioni all'ausiliaria, quanto domandarsi se sul medico non sussistesse l'obbligo di disporre il T.S.O. [LEONCINI]. Il nocciolo della questione, infatti, è quello di stabilire se a fronte di situazioni in cui sia altamente prevedibile la commissione di atti autoaggressivi – ma la questione sembra in generale riguardare tutti gli atti aggressivi che il paziente potrebbe commettere – non gravi sul medico un obbligo di prendere in carico il malato disponendo il

<sup>28</sup> Paradigmatico sul punto il caso «Bondioli», risolto da App. Perugia, 9 novembre 1984, in *Foro it.*, 1988, II, c. 108, nel senso dell'affermata responsabilità *ex art.* 589 c.p. dello psichiatra che aveva ommesso di disporre il T.S.O. nei confronti di un soggetto schizofrenico che aveva poi ucciso la madre, e da Cass. pen., Sez. IV, 5 maggio 1987, *ivi*, c. 107, in senso assolutorio. Più di recente, per l'affermazione della responsabilità dello psichiatra per l'omicidio commesso con arma da fuoco da un soggetto al quale era stato rilasciato il porto d'armi sulla base di una grave negligenza certificativa del predetto sanitario, v. Trib. Milano, 8 aprile 2005, in *Foro ambr.*, 2005, p. 149; per l'affermata responsabilità del medico che aveva ridotto la dose di psicofarmaci somministrati ad un paziente schizofrenico ricoverato, il quale aveva poi ucciso un infermiere, Trib. Bologna, 25 novembre 2005, Pozzi, in *Dir. giust.*, 2006, n. 17, p. 67; infine, per l'affermata responsabilità del medico che, non avendo valutato adeguatamente i sintomi di aggressività, aveva ommesso di richiedere il T.S.O. e ridotto la terapia farmacologia ad un proprio paziente, il quale aveva ucciso un terzo, v. Trib. Bologna, 4 aprile 2007, in *Corr. merito*, 2007, p. 1288.

<sup>29</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 4 marzo 2004, Guida, in *Dir. giust.*, 2004, n. 16, p. 31.

T.S.O. E qui il problema torna alle scelte di fondo compiute dal sistema con la «legge Basaglia» ed al valore, di *fictiones* o meno, che si vuol riconoscere loro in ambito penale [LEONCINI]. A tale riguardo, si è rilevato che, a prescindere dalla condivisibilità delle scelte che ne stanno alla base, è un fatto che la riforma del 1978 circoscriva in modo assai significativo i casi in cui può essere imposto il trattamento sanitario in condizioni di degenza ospedaliera. Quest'ultimo, infatti, vede sostanzialmente limitato il proprio ambito operativo alle ipotesi di più grave alterazione psichica che si traducano in oggettive molestie per i terzi, sì che al di fuori di tali estremi casi il rischio che il paziente compia atti aggressivi sembra pari a quello che tali gesti siano compiuti da *quisque de populo* [GIUNTA]<sup>30</sup>.

Un ultimo rilievo sembra necessario a proposito dello stesso concetto di omissione e, segnatamente, in merito alla distinzione tra condotta omissiva e condotta attiva. Al riguardo, va premesso che la questione ha una sua rilevanza pratica non soltanto sul versante della necessaria correlazione tra imputazione e sentenza, ma anche, per ciò che qui più rileva, sotto il profilo causale, sebbene dottrina e giurisprudenza affermino la sostanziale identità strutturale della causalità omissiva rispetto a quella attiva, essendo entrambe da accertare mediante un giudizio di tipo controfattuale<sup>31</sup>. In realtà, sembra doversi rilevare che non è proprio così [LEONCINI]. Il tema richiede però qualche precisazione preliminare.

Ben raramente nei giudizi penali resi in tema di responsabilità medica l'accertamento del nesso eziologico tra condotta del sanitario ed evento infausto può giovare del contributo di leggi di copertura di tipo universale. Il più delle volte, e per motivi legati sia alla naturale lacunosità delle scienze umane che alla derivazione epidemiologica di gran parte degli studi condotti in medicina, siffatto giudizio si avvale di leggi probabilistiche, le quali consentono più semplicemente di affermare che un accadimento "b" segue l'accadimento "a" in un certo numero di casi. Come a dire, in sostanza, che "a" è condizione *necessaria* ma *non sufficiente* di "b". In ultima analisi, il senso profondo della relazione di tipo probabilistico è quello di segnalare che esistono concause nella relazione

<sup>30</sup> Sul punto, cfr. F. GIUNTA, *La responsabilità penale*, in AA.VV., *Guida all'esercizio professionale per i Medici-Chirurghi e gli Odontoiatri*, IV ed., Torino, 2006, p. 449.

<sup>31</sup> Sia qui sufficiente il rinvio, per la giurisprudenza, all'esplicita Cass. pen., Sez. IV, 15 novembre 2005, Fedele, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2792, e per la dottrina, riassuntivamente, a M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., Milano, 2004, *sub* art. 40, p. 375 ss.

eziologia tra “a” e “b” che la scienza medica non conosce, e quindi che sussiste una vera e propria “ignoranza” dei coefficienti concausali [VALLINI].

Molto si è perciò discusso sull’opportunità che siffatte leggi di copertura trovassero ingresso nel procedimento di accertamento causale, considerato che la capacità esplicativa delle stesse non consente di affermare – come detto – quella certezza alla quale il giudizio penale comunque aspira. In particolare, la controversia si appuntava, specie in giurisprudenza, sul coefficiente probabilistico di espressione della regolarità causale richiesto alla legge di copertura da adottare, oscillando la Suprema Corte tra soluzioni rigoriste, che si accontentavano di basse percentuali probabilistiche se non del mero aumento del rischio, e soluzioni più benevole per il sanitario, inclini a richiedere un grado di conferma statistica prossimo alla certezza. Noto è lo svolgimento della vicenda in seno alla giurisprudenza<sup>32</sup>, e noto ne è l’approdo, costituito dalla sentenza «Franzese» delle Sezioni Unite, la quale ha risolto la questione dell’incidenza di possibili cause alternative dell’evento infausto riconoscendo la possibilità al giudice di escluderne credibilmente la rilevanza dal ragionamento eziologico<sup>33</sup>: il che, a ben vedere, non scioglie realmente il nodo problematico [VALLINI]. La questione della falsificazione delle ipotesi causali alternative alla condotta, e quindi della verifica della mancanza di spiegazioni causali alternative, è per vero tutt’altro che semplice, sia che si verta in ipotesi di causalità attiva, sia che si ricada in ipotesi di causalità omissiva.

Nel primo caso, è chiaro che, conosciute le possibili concause alternative ed esclusa la loro ricorrenza nel caso concreto, si può arrivare a concludere che l’antecedente di un certo evento non può che essere stata la condotta ascritta all’agente. Tale *iter* logico, però, presuppone che il giudice possa selezionare tutte le possibili concause alternative – oltre la condotta – dell’evento, e quindi possa escluderne la ricorrenza. Così, ad esempio, se è risaputo che l’evento “a” può essere prodotto dai fattori “b”, “c” e “d” e si può escludere nel caso concreto l’influenza di “c” e “d”, sarà possibile affermare in modo convincente che “a” è stato causato da “b”. I problemi nascono allorquando non si conoscano tutte le possibili concause che possono determinare l’evento “a”, perché appunto non è noto l’influenza di un quarto fattore “e” nel processo eziologi-

<sup>32</sup> Al riguardo, basti il rinvio, da ultimo, a E. LANZA, *Il giudizio di causalità per responsabilità omissiva colposa del medico nelle decisioni della suprema corte*, in AA.VV., *La responsabilità penale del medico*, Milano, 2007, p. 83 ss.

<sup>33</sup> Cass. pen., SS.UU., 10 luglio 2002, Franzese, pubblicata, ad esempio, in *Guida dir.*, 2002, n. 38, p. 62: si veda, in particolare, il § 6.

co. In tali casi, è chiaro che il ragionamento causale non dà certezze, perché, in realtà, non si possono escludere con sicurezza tutti i fattori causali dell'evento alternativi alla condotta. In tali frangenti, l'unico modo per poter affermare che comunque una certa condotta "a" è stata causa di un evento "b" sarebbe il ricorso ad una legge universale di copertura, la quale consenta di affermare che ad "a" non può che conseguire "b" [VALLINI].

Anche nel secondo caso l'esclusione dei decorsi alternativi appare fondamentale e, allo stesso tempo, problematica. Invero, non soltanto occorre chiedersi se l'evento è stato causato veramente dalla patologia iniziale, escludendosi ipotesi causali alternative rispetto a quest'ultima, ma occorre poi dimostrare che, ove il soggetto avesse tenuto la condotta doverosa, l'evento non si sarebbe verificato. E si noti – ed è questo il punto – che i due giudizi sono indipendenti, poiché l'aver dimostrato che l'evento infausto è stato determinato dalla malattia iniziale non offre ancora sicurezze circa l'efficacia impeditiva della condotta omessa: escludendo le concause alternative possiamo cioè avere la certezza che l'evento è stato causato dalla patologia iniziale sulla quale la condotta attiva del medico poteva intervenire, ma nulla cambia circa il dubbio sulle probabilità che l'azione doverosa omessa aveva di impedire la verifica dell'evento. In altre parole, e diversamente dalle ipotesi di causalità attiva, l'esclusione delle possibili concause alternative inerenti il nesso eziologico tra patologia iniziale ed evento in nulla aumenta la capacità esplicativa della legge scientifica che definisce la capacità impeditiva dell'azione omessa rispetto all'evento [VALLINI]. Peraltro, si è ritenuto che, in ipotesi di causalità omissiva, anche l'esclusione dei decorsi causali alternativi, quale secondo passaggio logico segnalato dalla sentenza «Franzese», appare nella prassi illusoria, limitandosi il più delle volte il giudice ad effettuare una valutazione probabilistica delle *chances* di successo che la condotta doverosa omessa dal medico avrebbe avuto di salvare il paziente [LEONCINI]<sup>34</sup>.

Tutto ciò non può tuttavia segnare la rinuncia all'accertamento del nesso causale in ipotesi omissive. Premessa l'impossibilità di applicare un criterio rigorosamente deduttivo, occorre anzitutto considerare precipuamente l'evento *hic et nunc*, e quindi comprendere se la specifica condotta omessa dall'agente ne avrebbe quanto meno *dilazionato* la verifica, il che in genere consente di utilizzare leggi scientifiche dotate di una capacità esplicativa maggiore

<sup>34</sup> Sul punto, cfr. anche le riflessioni di L. MASERA, *Il modello causale delle Sezioni unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, spec. p. 497 ss.

rispetto a quelle che si riferiscono al radicale impedimento dell'evento [VALLINI]. Occorre inoltre avvertire che si deve trattare realmente di condotta omissiva. La precisazione può apparire superflua, ma in realtà lo è meno di ciò che si pensi, considerato che non sono infrequenti casi nei quali la giurisprudenza ha qualificato in termini omissivi ciò che all'evidenza costituiva condotta commissiva [VALLINI].

In effetti, ed a tale ultimo proposito, è proprio nell'ambito della attività sanitaria che si pongono, come si anticipava in apertura del discorso, i più rilevanti problemi di distinzione tra condotta commissiva e condotta omissiva. Problemi che già da tempo la dottrina ha individuato, ad esempio, nei comportamenti impeditivi di azioni altrui di salvataggio, nel recesso da una azione di salvataggio inizialmente intrapresa e, appunto, nel caso del medico che fa cessare il funzionamento della macchina che mantiene le funzioni vitali di un paziente<sup>35</sup>. In relazione a tale ultima ipotesi, particolarmente, è stato affermato che la condotta del sanitario, pur avendo innegabilmente una componente naturalistica attiva, deve considerarsi di tipo omissivo. Si è infatti osservato che il punto di vista dal quale guardare l'omissione è quello "normativo" della condotta doverosa, la quale può consistere sia in una condotta completamente inerte, sia nell'interruzione della propria precedente attività curativa: e staccare la macchina che assicura il sostegni vitale al paziente altro non significa se non interrompere la precedente terapia, non proseguirla. Ovviamente, il presupposto è che vi sia il dissenso del paziente, poiché in tanto si potrà parlare di omissione in quanto sussista una posizione di garanzia per il medico, la quale verrebbe meno se il paziente prestasse il consenso al distacco della macchina [LEONCINI]. È chiaro, però, che un siffatto approdo si giustifica sulla base di una valutazione di tipo normativo, poiché appare evidente che, da un punto di vista naturalistico, il contegno del medico ben potrebbe descriversi in termini commissivi [GIUNTA]<sup>36</sup>. Alla questione, peraltro, non sembra doversi riconoscere sovrachia importanza, per lo meno ai fini pratici. Invero, ove sussista il consenso del paziente poco cambierebbe nel ritenere la condotta del medico "giustificata" dalla presenza di tale atto ovvero "non tipica" in quanto sia venuto meno per il

<sup>35</sup> La questione dell'«intreccio simultaneo» di condotte attive ed omissive, teorizzata in particolare dalla dottrina tedesca, è ben conosciuta anche in Italia: sul punto, per tutti, cfr. M. ROMANO, *Commentario*, cit., *sub* pre-art. 39, p. 315 ss.

<sup>36</sup> Al riguardo, v. F. GIUNTA, *Il morire*, cit., p. 564 s., che nel caso di specie affida la differenza tra azione ed omissione al criterio della «contestualità» del comportamento del medico che disattiva la macchina rispetto al momento in cui quest'ultima era stata attivata.

medico l'obbligo di garanzia che gli imponeva di intervenire [GIUNTA].

Un'ultima notazione deve farsi con riguardo al rapporto che in realtà sussiste tra la volontà del paziente ed il nesso di causalità in ambito medico. In effetti, è stato avanzato il dubbio che, in molti casi, più che di problemi di tipo causale in senso proprio – ossia rapporti tra eventi spiegabili attraverso leggi scientifiche – il giudice si trovi di fronte a rapporti tra condotte, nell'ambito delle quali il consenso gioca un suo ruolo: il che, a ben vedere, appare fisiologico alla natura intersoggettiva del rapporto di cura. In effetti, ci si chiede usualmente che cosa sarebbe successo se il medico avesse attuato una certa terapia piuttosto che un'altra; ma raramente ci si interroga su ciò che sarebbe successo se il medico avesse proposto al paziente una certa terapia piuttosto che un'altra [VALLINI]. Si pensi, ad esempio, al classico caso di errore diagnostico commesso dal sanitario che non riconosca la malattia dalla quale il paziente è affetto. Verrebbe da chiedersi cosa quest'ultimo avrebbe fatto se il sanitario avesse diagnosticato correttamente la patologia, non potendosi escludere, in ipotesi, che il soggetto si sarebbe recato per le cure da altro sanitario o si sarebbe comunque rifiutato di sottoporsi ad una determinata cura o ne avrebbe scelta un'altra: decorsi alternativi, questi, che passando attraverso scelte umane non appaiono spiegabili attraverso alcuna legge scientifica [VALLINI]. L'eventuale considerazione del consenso del paziente all'interno del ragionamento controfattuale merita però attenzione, sulla premessa, peraltro, che una tale opzione può astrattamente giustificarsi soltanto all'interno di un sistema che ponga il consenso a fondamento legittimante dell'atto medico, apparendo invero del tutto impraticabile nell'ambito di un ordinamento che valorizzasse l'opposto dovere di cura del sanitario. Ciò detto, è stato rilevato che, anzitutto, la questione può porsi soltanto, e per intuibili motivi, per il paziente che giunga cosciente di fronte al medico. Negli altri casi, sembra dischiudersi un'alternativa. Si potrebbe anzitutto intendere l'interrogativo proposto circa l'eventuale comportamento del paziente in termini reali, effettivi. Di tal guisa, però, occorrerebbe prendere atto che mai, *ex ante*, si potrebbe realmente sapere come il paziente avrebbe agito, il che significa introdurre nell'accertamento della causalità un elemento probatorio insuperabile, e quindi pervenire sempre all'esclusione della responsabilità penale del medico. L'alternativa, allora, non può che essere quella del ragionamento di tipo presuntivo, elevando a parametro di valutazione la figura del "paziente modello", del "paziente assennato": il che, tuttavia, porterebbe il discorso ad arenarsi nell'incerto territorio della causalità psichica [GIUNTA].

## 5. Tendenze attuali e recenti questioni

Chi voglia affrontare lo studio dell'ampio settore della responsabilità del medico non può di certo esimersi dal focalizzare l'attenzione anche sulla concreta prassi clinica. In tale prospettiva, è agevole cogliere, in primo luogo, la spiccata tendenza di quest'ultima a formalizzare le regole comportamentali che il sanitario deve seguire nell'esecuzione di specifici interventi chirurgici o nel trattamento di determinate patologie. Sotto il profilo giuridico-penale, tale fenomeno è destinato a riverberarsi, intuitivamente, sul profilo dell'imputazione soggettiva del reato eventualmente ascrivibile al medico, stimolando l'interprete a decifrare significato e problematiche di una tale tendenza "normativizzante" in seno alla colpa.

È nota la tendenza del medico ad effettuare attività sperimentale anche al di fuori dei formali protocolli di ricerca, come anche l'opinione pubblica ha avuto modo di constatare non molto tempo fa in occasione del noto caso «Di Bella». E tra le prassi correntemente più adottate v'è senz'altro la prescrizione c.d. «*off label*» dei farmaci. Non si tratta, ben inteso, della sperimentazione di sostanze sconosciute, bensì di un uso nuovo – ad esempio per quantità o modo di somministrazione – di preparati esistenti in commercio. Orbene, tale *modus operandi*, che in una certa misura risulta fisiologico alla pratica medica, suscita delicate questioni di liceità, riflettendo quella contrapposizione, che talvolta si verifica, tra l'interesse al progresso medico, proteso alla salvaguardia della salute dei pazienti di domani, e la tutela della salute dei pazienti di oggi.

### 5.1. Individuazione e rilievo delle norme cautelari nella "colpa medica"

Nell'ambito dei criteri soggettivi di iscrizione della responsabilità penale in ambito medico, il ruolo della colpa specifica è andato sempre più aumentando nel corso del tempo. La ragione di una tale rinnovata centralità è da ricercarsi, principalmente, nella tendenza della moderna prassi sanitaria a formalizzare, se non addirittura a positivizzare puntualmente, la gran parte delle regole operative, e ciò anzitutto per motivi di ordine economico. Le esigenze di contenimento della spesa pubblica segnatamente nel dispendioso campo della salute, oggi divenute pressanti per il mantenimento dello stesso Stato sociale, sembrano infatti orientare la politica sanitaria non già verso l'erogazione, sempre e comunque, del miglior trattamento medico possibile, bensì verso la somministrazione di un trattamento medio standard, che si svolga secondo regole codificate per ciascun tipo di intervento. Tale tendenza, iniziata negli

Stati Uniti negli anni settanta del secolo scorso, è del resto diffusa in quasi tutti i paesi industrializzati, ed anche in Italia essa va prendendo campo, come dimostrano, ad esempio, le *guide-lines* ufficiali già esistenti, tra gli altri, in settori quali la medicina dello sport o le trasfusioni ematiche, ovvero nella cura di certe patologie, quali l'*angina pectoris*, la neoplasia della mammella o della cervice uterina, ecc. [MICHELETTI]. Peraltro, è stato osservato che l'alternativo ricorso alla figura dell'agente modello, che costituisce tipico parametro di giudizio *flo*, meglio si adatta ad ipotesi criminose sanzionate anch'esse in modo *flo*, come nel tipico caso delle violazioni del codice della strada di competenza del Giudice di Pace, ove peraltro il risarcimento del danno è garantito dalla presenza di una assicurazione obbligatoria [GIUNTA].

Diventa quindi necessario, ai fini di una corretta impostazione del problema dell'imputazione soggettiva del reato in ambito medico, distinguere a seconda che l'attività del sanitario risulti o meno coperta da tali discipline [MICHELETTI].

Nella prima ipotesi, la questione che si pone all'interprete è, principalmente, quella di stabilire la vincolatività o meno delle suddette *guide-lines*. Sul punto, è infatti affermazione ricorrente nella giurisprudenza anglosassone già dagli anni cinquanta del secolo scorso quella secondo cui il medico può andare esente da responsabilità là dove risulti che egli abbia eseguito il trattamento previsto dalla linea-guida, ovvero ne abbia praticato un altro disciplinare terapeutico accreditato dalla letteratura scientifica: eventualità, quest'ultima, che si ammette al fine di non vincolare eccessivamente l'opera del sanitario. È peraltro importante segnalare che nei paesi anglosassoni le linee-guida hanno usualmente una valenza presuntiva soltanto *in bonam partem* per il medico, nel senso che mentre il loro rispetto fa presumere l'assenza di responsabilità, la loro violazione non produce la presunzione opposta [MICHELETTI]. Tuttavia, occorre fare attenzione a ciò che in realtà si cela dietro ad etichette quali "linea-guida" o "protocollo", che spesso vengono infatti confusi<sup>37</sup>. Il protocollo è una sorta di prontuario delle attività che il medico deve espletare al ricorrere di certe sintomi o condizioni, là dove le linee-guida si esauriscono, usualmente, in raccomandazioni di tenore molto più generale. Ma, a prescin-

<sup>37</sup> Sul tema, di recente, cfr. P. VENEZIANI, *I delitti*, cit., p. 179 ss.; A. M. BONANNO, *Protocolli, linee guida, colpa specifica*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 441 ss.; R. FRESA, *La responsabilità*, cit., p. 755 ss.; E. RONCHI, O. CAMPARI, *Il ruolo di linee guida e protocolli nella valutazione della "colpa medica"*, in AA.VV., *Problemi di responsabilità sanitaria*, a cura di A. FARNETI, M. CUCCI, S. SCARPATI, Milano, 2007, p. 123 ss.

dere dalle denominazioni, ciò che è importante ai fini del rimprovero penale per colpa, come verrà precisato tra breve, è che la regola cristallizzata sia di tipo modale [GIUNTA].

Come si evince dall'esperienza dei paesi nei quali le linee-guida sono assai diffuse, un siffatto modello di codificazione della norma cautelare va a tutto vantaggio della certezza operativa e concorre a ridurre non poco i processi per responsabilità del medico, il quale viene sollevato dall'onere di bilanciare eventuali interessi configgenti che dovessero presentarsi al momento di procedere all'atto medico. Nel nostro paese, una delle principali fonti di positivizzazione di regole cautelari è costituita dalla certificazione di qualità ISO 9000, che molte strutture sanitarie private stanno adottando, la quale richiede la formalizzazione delle procedure terapeutiche.

Maggiori problemi si pongono là dove si riscontri l'inesistenza di linee-guida. La loro assenza, infatti, impone al giudice di ricercare la norma cautelare concretamente applicabile al caso di specie, il che, oltre a scontare un certo ineliminabile soggettivismo, è spesso foriero di difficoltà ed errori. Al riguardo, giova ricordare che, onde poter legittimamente assurgere al rango di norma cautelare penalmente rilevante, è necessario, anzitutto, che la regola di tipo prudenziale sia strumentale alla prevenzione di specifici eventi negativi, non potendo venire in gioco prescrizioni del tutto indeterminate che sanciscono generici obblighi deontologici. Inoltre, ed al fine di poter svolgere la funzione selettiva sul piano della tipicità ad essa propria, la norma cautelare deve costituire specifica «regola modale»<sup>38</sup> – quindi indicare una procedura di svolgimento di un certo atto – e non mera prescrizione finalistica rivolta alla prevenzione di generici rischi o di uno spettro smisurato di essi [MICHELETTI].

Esplicativo di come la giurisprudenza abbia nel tempo recepito la necessità del carattere modale della regola cautelare è il caso del chirurgo che, nel corso di un'operazione eseguita in *équipe*, dimentichi uno strumento all'interno del corpo del paziente. Al riguardo, occorre evidenziare come inizialmente la responsabilità colposa veniva affermata *sic et simpliciter* contestando anzitutto al chirurgo di aver lasciato un corpo estraneo all'interno del paziente, il che, evidentemente, nulla dice, in sostanza, della regola cautelare che il sanitario avrebbe violato. La regola prudenziale idonea a scongiurare il rischio specifico di una tale dimenticanza è, invece, quella che prescrive di contare gli stru-

<sup>38</sup> Al riguardo, v. per tutti F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, p. 233 ss.

menti chirurgici all'inizio e poi al termine dell'operazione. Orbene, l'individuazione della regola cautelare di tipo modale come quella da ultimo enunciata appare importante poiché la sua valorizzazione potrebbe consentire di spostare la responsabilità penale dal chirurgo che ha materialmente dimenticato lo strumento operatorio al soggetto, ad esempio il ferrista, che risulta specifico destinatario della norma stessa. Ed è in tale direzione che sembra muovere una sentenza del duemilacinque resa dalla Suprema Corte, la quale, in un caso del genere ove l'*équipe* medica si era sciolta anticipatamente, ha assolto il chirurgo che aveva partecipato all'operazione, e che nondimeno aveva giustamente abbandonato la sala operatoria alla fine dell'intervento ma prima della suturazione, ascrivendo invece la responsabilità al sanitario che aveva il compito di contare gli strumenti chirurgici [MICHELETTI]<sup>39</sup>.

Sempre in materia di colpa, vale la pena segnalare, da ultimo, un certo ritorno al passato da parte di una recentissima pronuncia della Corte di Cassazione. È noto che in alcune sentenze della Suprema Corte si era affacciata la tesi favorevole ad applicare anche nell'ambito della colpa penale, e segnatamente nel campo di quella medica, il disposto dell'art. 2236 c.c., il quale, in relazione all'esercizio delle professioni intellettuali e là dove il professionista sia chiamato a risolvere «problemi tecnici di speciale difficoltà», ritiene tale soggetto responsabile soltanto a titolo di dolo e di «colpa grave»<sup>40</sup>. Si ricorderà, tuttavia, come una tale operazione ermeneutica fosse stata successivamente censurata dagli stessi giudici di legittimità, che avevano definitivamente chiarito come il sistema penale non riconosca una graduazione della colpa – distinguendo, ad esempio, quella grave da quella gravissima o quella lieve dalla lievissima – se non a fini commisurativi della pena<sup>41</sup>. Ebbene, con una pronuncia assai recente la Suprema Corte sembra invece aver operato una certa apertura verso l'utilizzo dell'art. 2236 c.c. nell'ambito della valutazione della responsabilità penale del medico, riconoscendo alla richiamata disposizione del codice civile una sua indiretta funzione ermeneutica [MICHELETTI]<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Si tratta di Cass. pen., Sez. IV, 6 aprile 2005, Malinconico, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2834.

<sup>40</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 26 gennaio 1968, Chiantese, in *Cass. pen.*, 1969, p. 1077; Id., 26 aprile 1983, Andreini, in *Riv. pen.*, 1984, p. 482.

<sup>41</sup> Cfr., tra le altre, Cass. pen., Sez. IV, 25 settembre 2002, Amato, in *Riv. pen.*, 2003, p. 110; Id., 2 luglio 2002, Covoni, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3409.

<sup>42</sup> Si tratta di Cass. pen., Sez. IV, 21 giugno 2007 (dep. 26 ottobre 2007), n. 39592, imp. Buggè, inedita. In precedenza, isolatamente, v. Id., 10 maggio 1995, Salvati, in *Resp. civ. prev.*, 1995, p. 903.

Invero, pur avendo preventivamente affermato che, di principio, i parametri valutativi della colpa penale debbono ricercarsi all'interno del sistema penale, e non già ricorrendo a disposizioni ad esso estranee, quali appunto l'art. 2236 c.c., i giudici di legittimità hanno poi ammesso che la suddetta norma civile possa comunque trovare considerazione anche in tema di responsabilità penale del medico là dove «il caso specifico sottoposto al suo esame imponga la soluzione di problemi di specifica difficoltà», e ciò «non per effetto di diretta applicazione nel campo penale, ma come regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l'addebito di imperizia».

### 5.2. *Somministrazione off label di farmaci e responsabilità del medico*

Per prescrizione *off label* (testualmente: «fuori etichetta») di un farmaco si intende la sua somministrazione al di là delle indicazioni terapeutiche che l'azienda produttrice prevede nel foglio di accompagnamento tecnico (il c.d. «bugiardino»), o perché il preparato viene prescritto per curare malattie che non risultano ivi specificate, o perché esso risulta somministrato in dosi diverse o con modalità dissimili da quelle indicate dal produttore. È questa una prassi per la verità assai comune nella pratica medica, la quale conosce, ad esempio, l'impiego del viagra per la cura di certi disturbi della circolazione polmonare, l'utilizzo di colliri per sanare perforazioni del timpano, l'uso del talidomide in qualità di sonnifero, ecc. [PIRAS].

La domanda che la pratica della somministrazione *off label* di farmaci fa sorgere è, anzitutto, quella inerente alla sua liceità. A tale interrogativo sembrerebbe doversi dare risposta positiva sulla scorta del «diritto di libertà terapeutica», che sembrerebbe doversi trarre dagli artt. 33, comma 1, Cost., secondo cui «l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento» e 9, comma 1, Cost., che affida allo stato il compito di «promuov[ere] lo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica». Ma il problema, come spesso accade in ambito medico, non è tanto quello della astratta legittimità della pratica in questione, quanto, invece, quello dei limiti che essa incontra, posto che lo stesso principio di libertà terapeutica che la fonda deve misurarsi, sullo stesso piano costituzionale, con l'esigenza di salvaguardia della salute del paziente, alla quale si riferisce l'art. 32 Cost. Il problema, allora, si sposta sul piano della individuazione di siffatti argini<sup>43</sup>.

<sup>43</sup> Sul tema della libertà terapeutica del medico nella prescrizione dei farmaci, anche con riferimento al trattamento *off label*, v. M. BARNI, *la prescrizione dei farmaci: libertà terapeutica e responsabilità del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1994, p. 555 ss.; F. MASSIMINO, *La prescrizione dei*

La giurisprudenza, da parte propria, sembra aver elaborato quanto meno tre criteri in base ai quali identificare i limiti in questione, ossia [PIRAS]:

- il parametro, assai ricorrente nell’ambito della responsabilità medica, dell’agente modello. Appare tuttavia evidente che, non potendosi conoscere con certezza i possibili rischi che dal trattamento derivano, in quanto il sanitario agisce per l’appunto *off label*, l’applicazione di tale criterio valutativo sembra tendenzialmente portare alla prescrizione dell’inerzia, e quindi alla condanna del medico che ha agito. Un recente caso giudiziario appare sintomatico di tale atteggiamento da parte della giurisprudenza. Era invero accaduto che due modelle erano ricorse ad un centro estetico per un trattamento anticellulite, che il medico aveva eseguito mediante inoculazione sottocutanea di certi farmaci. Dopo alcuni giorni, però, le pazienti avevano lamentato numerosi fastidi alle gambe, che non si erano attenuati neanche quando il medico che aveva praticato il trattamento iniziale aveva loro prescritto altre cure. Le pazienti, quindi, si erano rivolte ad altro sanitario, il quale constatò la presenza di numerosi ascessi sulle parti del corpo trattate con il farmaco, che potevano essere guariti soltanto con interventi chirurgici. Questi ultimi, in effetti, guarirono le modelle ma lasciarono sul loro corpo svariate cicatrici: da qui, l’imputazione per lesioni personali a carico del medico che aveva prescritto il trattamento farmacologico iniziale, posto che il perito aveva accertato, da un lato, che gli ascessi erano derivati proprio dall’uso di quei preparati, tra i cui effetti collaterali erano comprese tali possibili conseguenze, e, dall’altro, che l’impiego dei farmaci in questione non era autorizzato per il contrasto alla cellulite. Ebbene, la Corte di Cassazione ha ritenuto colposa la condotta dell’imputato in quanto l’evento infausto doveva ritenersi prevedibile in base al consueto parametro dell’agente modello, ossia dell’*uomo coscienzioso e avveduto nella situazione data e nel concreto ruolo sociale dell’agente*<sup>44</sup>;
- il parametro normativo offerto dall’art. 3 della c.d. «legge Di Bella»<sup>45</sup>. Di

*farmaci “off label”: adempimenti, obblighi e responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 925 ss.; C. CORATELLA, *Danno da farmaci: si al dolo eventuale. Prescrizione off label, il medico accetta i rischi degli effetti collaterali*, in *Dir. giust.*, 2006, n. 23, p. 90 ss.; G. IADECOLA, *Prescrizione dei farmaci “off label” e responsabilità penale del medico*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1135 ss.

<sup>44</sup> Si tratta di Cass. pen., Sez. IV, 19 giugno 2006 (dep. 12 settembre 2006), n. 30057, imp. Talevi, inedita.

<sup>45</sup> Il riferimento è al d.l. 17 febbraio 1998, n. 23, convertito dalla l. 8 aprile 1998, n. 94, e successive modificazioni, e segnatamente all’art. 3, comma 2, che così dispone: ««In singoli casi il medico può, sotto la sua diretta responsabilità e previa informazione del paziente e acquisi-

recente, infatti, a tale disposizione si è riferita una sentenza del Tribunale di Pistoia che ha condannato il medico che aveva prescritto *off label* un farmaco destinato alla cura dell'epilessia per ridurre, invece, la rilevante obesità di una minore<sup>46</sup>. Va qui chiarito che la disposizione richiamata consente il trattamento *off label* a patto che: sussista il consenso informato del paziente; non vi sia possibilità di trattamento *in label*; la prescrizione sia comunque conforme alla letteratura scientifica accreditata in campo internazionale;

- il parametro, di natura disciplinare, previsto dall'art. 13 del codice di deontologia medica, il quale prevede che la prescrizione di farmaci per indicazioni non previste dalla scheda tecnica possa operarsi soltanto là dove l'efficacia e la tollerabilità degli stessi risulti «scientificamente documentata». A tale parametro si è in effetti richiamata una sentenza del Tribunale di Milano, relativa ad un caso in cui un medico aveva prescritto insulina a scopo antiabortivo ad una donna non diabetica, sul presupposto che tale sostanza, abbassando il livello di glicemia, avrebbe dovuto esercitare un effetto favorevole sull'embrione. Il farmaco, però, indusse un coma ipoglicemico che a sua volta produsse lesioni neurologiche. Orbene, il giudice ha condannato il medico per lesioni personali dolose, osservando che i limiti del trattamento *off label*, in sé legittimo quale estrinsecazione della libertà di giudizio e di pensiero del medico, debbono ricercarsi nel dovere del sanitario di ispirare comunque il proprio operato alle più aggiornate e documentate acquisizioni scientifiche e all'osservanza di un vantaggioso rapporto rischio-beneficio per il paziente<sup>47</sup>.

La questione della scelta del parametro da adottare tra quelli proposti sembra doversi scogliere in favore di quello che si appoggia sul dato legislativo, la cui eccezionale desuetudine può in effetti superarsi considerando i richiami alla suddetta normativa contenuti nelle ultime due leggi finanziarie, ai quali si

zione del consenso dello stesso, impiegare un medicinale prodotto industrialmente per un'indicazione o una via di somministrazione o una modalità di somministrazione o di utilizzazione diversa da quella autorizzata, ovvero riconosciuta agli effetti dell'applicazione dell'articolo 1, comma 4, del d.l. 21 ottobre 1996, n. 536, convertito dalla l. 23 dicembre 1996, n. 648, qualora il medico stesso ritenga, in base a dati documentabili, che il paziente non possa essere utilmente trattato con medicinali per i quali sia già approvata quella indicazione terapeutica o quella via o modalità di somministrazione e purché tale impiego sia noto e conforme a lavori apparsi su pubblicazioni scientifiche accreditate in campo internazionale»

<sup>46</sup> Si tratta di Trib. Pistoia, 24 novembre 2005, M.D., in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1125.

<sup>47</sup> Cfr. Trib. Milano, 21 luglio 2000, in *Boll. inf. farmaci*, 2001, n. 3, p. 134.

accennerà tra breve. Peraltro, i requisiti previsti dal suddetto art. 3 della «legge Di Bella» non sembrano doversi intendere in maniera oltremodo rigida, quanto meno con riguardo al richiesto conforto della letteratura scientifica internazionale, considerato che da tale avallo potrebbe in qualche modo prescindersi dimostrando comunque la conformità del trattamento prescritto alla razionalità medica [PIRAS].

L'ipotesi del trattamento *off label* è destinata a rilevare anche sotto il profilo dell'imputazione soggettiva del reato eventualmente contestato al medico, posto che, come appare evidente, il comportamento di quest'ultimo sembra psicologicamente collocarsi in precario bilico tra il dolo eventuale e la colpa cosciente. Sotto il profilo della responsabilità colposa, peraltro, è da interrogarsi sul ruolo svolto dalla più recente normativa. Invero, la legge finanziaria per l'anno duemilasette ha vietato alle strutture ospedaliere l'utilizzo in modo «sistematico e diffuso» del trattamento *off label*, delegando poi le Regioni alla sua pratica attuazione<sup>48</sup>, mentre l'ultima legge finanziaria ha limitato ancor più la pratica in questione, richiedendo che sull'impiego non ortodosso del medicinale siano noti i risultati favorevoli di ricerche in stato avanzato di realizzazione<sup>49</sup>. Non sembra, comunque, che l'eventuale violazione di tali dispo-

<sup>48</sup> Cfr., in particolare, l'art. 1, comma 796, lett. z), l. 27 dicembre 2006, n. 296, che così recita: «La disposizione di cui all'articolo 3, comma 2, del d.l. 17 febbraio 1998, n. 23, convertito, con modificazioni, dalla l. 8 aprile 1998, n. 94, non è applicabile al ricorso a terapie farmacologiche a carico del Servizio sanitario nazionale, che, nell'ambito dei presidi ospedalieri o di altre strutture e interventi sanitari, assuma carattere diffuso e sistematico e si configuri, al di fuori delle condizioni di autorizzazione all'immissione in commercio, quale alternativa terapeutica rivolta a pazienti portatori di patologie per le quali risultino autorizzati farmaci recanti specifica indicazione al trattamento. Il ricorso a tali terapie è consentito solo nell'ambito delle sperimentazioni cliniche dei medicinali di cui al d.l. 24 giugno 2003, n. 211, e successive modificazioni. In caso di ricorso improprio si applicano le disposizioni di cui all'articolo 3, commi 4 e 5, del citato d.l. 17 febbraio 1998, n. 23, convertito, con modificazioni, dalla l. 8 aprile 1998, n. 94. Le regioni provvedono ad adottare entro il 28 febbraio 2007 disposizioni per le aziende sanitarie locali, per le aziende ospedaliere, per le aziende ospedaliere universitarie e per gli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico volte alla individuazione dei responsabili dei procedimenti applicativi delle disposizioni di cui alla presente lettera, anche sotto il profilo della responsabilità amministrativa per danno erariale. Fino alla data di entrata in vigore delle disposizioni regionali di cui alla presente lettera, tale responsabilità è attribuita al direttore sanitario delle aziende sanitarie locali, delle aziende ospedaliere, delle aziende ospedaliere universitarie e degli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico».

<sup>49</sup> Invero, l'art. 1, comma 348, della l. 24 dicembre 2007, n. 144, sul punto così dispone: «[...] Parimenti, è fatto divieto al medico curante di impiegare, ai sensi dell'articolo 3, comma 2, del d.l. 17 febbraio 1998, n. 23, convertito, con modificazioni, dalla l. 8 aprile 1998, n. 94, un medicinale industriale per un'indicazione terapeutica diversa da quella autorizzata ovvero rico-

sizioni possa direttamente rilevare in sede penale, poiché la normativa in questione sembra avere soltanto il precipuo scopo di contenere la spesa pubblica e non già quello (cautelare) di prevenire, dettando prescrizioni modali, il verificarsi di eventi dannosi per la salute dell'uomo [PIRAS].

#### 6. *Cenni al ruolo degli esperti nel processo penale di accertamento della responsabilità medica*

Fino a poco tempo fa non vi erano dubbi sul fatto che il perito ricoprisse una posizione di incontrastata preminenza nell'accertamento della verità processuale, posto che, il più delle volte, il suo contributo di tipo tecnico veniva pedissequamente – e per certi versi acriticamente – recepito in sentenza dal giudice, il quale, nel motivare la pronuncia, spesso rinviava *per relationem* alle argomentazioni fornitegli dall'esperto, il cui contributo assurgeva sostanzialmente al rango di vera e propria prova legale. Proprio l'accertamento del nesso causale, del resto, è divenuto nel tempo campo di indiscusso appannaggio del contributo peritale, e ciò specialmente da quanto, sulla scorta delle teorie di Engisch in Germania e di Stella in Italia, la verifica del rapporto eziologico tra condotta ed evento si è sottratta all'intuizionismo giudiziale per trovare conforto nelle leggi scientifiche [CONTI].

Tale decisività dell'apporto peritale sembra tuttavia essersi non poco ridimensionata a seguito della nota sentenza «Franzese» delle Sezioni Unite, la quale, nel ricollocare la prova scientifica all'interno della normale epistemologica giudiziaria, ne ha equiparato la dignità a quella di tutte le altre prove, recuperando così al giudicante la pienezza del proprio sindacato [CONTI]. Una tale riacquisita preminenza potrebbe in effetti suscitare qualche timore, e segnatamente quello del ritorno all'intuizionismo che, prima dell'avvento della nozione di causalità scientifica, come detto regnava in tema di accertamento causale. Una tale perplessità, tuttavia, è destinata a ridimensionarsi – si fa notare – sol che si consideri che la pronuncia del giudice deve comunque essere motivata in modo logico, onde sfuggire a successiva censura: il che garantisce sia contro l'attribuzione di sostanziale valore legale alla prova peritale, sia contro il ritorno dell'intuizionismo giudiziale [CONTI], sebbene sia altrettanto corretto notare come un tale riscontro di logicità non possa valere proprio per

nosciuta agli effetti dell'applicazione dell'articolo 1, comma 4, del d.l. 21 ottobre 1996, n. 536, convertito dalla l. 23 dicembre 1996, n. 648, qualora per tale indicazione non siano disponibili almeno dati favorevoli di sperimentazione clinica di fase seconda».

le pronunce della Suprema Corte, notoriamente non impugnabili [GIUNTA].

Ricollocare la prova scientifica all'interno della normalità epistemologica del giudizio comporta però la necessità di considerare quanto meno tre indicazioni di metodo che caratterizzano la conoscenza nel processo penale: l'applicazione del principio del contraddittorio nella formazione della prova; la considerazione del processo quale processo di parti; la valutazione attraverso lo standard probatorio processuale del «ragionevole dubbio», da intendersi tanto come regola di ripartizione dell'onera della prova, quanto come regola di giudizio per il giudice [CONTI].

Se, da un lato, non v'è dubbio che il principio del contraddittorio assurga a regola cardine dell'attuale processo penale, considerate sia la sua espressa proclamazione nell'art. 111 Cost. che l'introduzione, nel duemila, delle norme sulle indagini difensive, dall'altro lato occorre però interrogarsi sulla sua concreta attuazione, specie con riferimento all'effettivo ruolo riconosciuto dall'ordinamento al consulente di parte. Ed invero, vi sono dei limiti sia formali, dati dalla normativa de codice di rito, che fattuali, oltre ad un certo innegabile pregiudizio da parte della giurisprudenza, che impediscono alla figura del consulente di parte di svolgere pienamente il proprio ruolo [CONTI].

Occorre infatti considerare, anzitutto, che, sebbene certa dottrina lo equipari al testimone<sup>50</sup>, il consulente di parte non ha l'obbligo di dire la verità, ciò che, intuitivamente, alimenta nel giudice una certa sfiducia nei riguardi del contributo epistemologico che tale soggetto introduce nel processo. Inoltre, è noto che anche ai consulenti di parte si ritiene applicabile il disposto dell'art. 149 disp. att. c.p.p. nella parte in cui vieta ai testi di ascoltare le reciproche deposizioni. Orbene, ben si intuisce come una tale regola processuale non agevoli di certo l'opera del consulente, il quale, non potendo ascoltare in prima persona le deduzioni di parte avversa, avrà molta più difficoltà nel sottoporre le stesse a scientifica falsificazione, tant'è che nelle regole probatorie federali adottate negli Stati Uniti è prevista una eccezione alla *secretation*, proprio con riferimento al caso del testimone-esperto. Va infine notato che la costante giurisprudenza qualifica la perizia come «prova neutra», volendo con ciò alludere al fatto che non si ritiene che il perito possa essere influenzato dalla parte che lo finanzia, giacché la scienza è vista appunto come neutra. Che ciò corrisponda al vero è cosa in realtà discutibile, poiché la scienza risente non poco dell'appoggio, dell'impostazione scientifica che lo scienziato

<sup>50</sup> Cfr. A. NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, X ed., Milano, 2007, p. 479 ss.

ritiene di accogliere. Eppure, non trascurabili appaiono le conseguenze che la giurisprudenza trae da siffatta “neutralità” della perizia. Così, ad esempio, si ritiene la perizia non classificabile né come prova a carico e né come prova a discarico, di talché, tra l’altro, essa non può costituire oggetto del diritto alla controprova sancito dall’art. 495, comma 2, c.p.p.; inoltre, si sostiene che essa è sottratta al potere dispositivo delle parti, essendo invece rimessa alla discrezionalità del giudice, che può liberamente valutarne l’utilità ai fini del giudizio senza peraltro che tale apprezzamento sia censurabile in sede di legittimità quale mancata assunzione di prova decisiva [CONTI]<sup>51</sup>.

La valutazione della prova scientifica presenta non poche difficoltà per il giudice, il che, a ben vedere, costituisce un paradosso. Invero, da un lato, il giudice si rivolge al perito per ottenere numi su di una certa questione tecnica sulla quale egli non può decidere utilizzando le sue sole conoscenze; dall’altro, quello stesso giudice è poi però chiamato a valutare la bontà della perizia [CONTI]. Il paradosso, per vero, risulta in parte ridimensionato sol che si consideri che, anzitutto, il giudice può comunque avvalersi di altri esperti per valutare la perizia, non ultimo ricorrendo al contributo dei consulenti di parte; inoltre, nel sistema vige il modello della motivazione legale e razionale, nella quale il giudice deve spiegare sia perché ha ritenuto attendibili le prove che ha posto alla base della sentenza, sia perché ha ritenuto non attendibili le prove che non ha posto a fondamento della stessa. Come si intuisce, ciò impone al magistrato quanto meno di acquisire più pareri. Un contributo importante sul tema è giunto anche dalla giurisprudenza nord americana, le cui acquisizioni si tenta di recuperare anche in Italia. Con la fondamentale sentenza Daubert del 1993, i giudici americani hanno infatti cercato di positivizzare alcuni criteri che il magistrato dovrebbe seguire per valutare la bontà di una teoria scientifica. Si è così osservato, anzitutto, che la teoria deve essere empiricamente verificabile e quindi falsificabile; inoltre, è opportuno che sia noto il suo margine di errore; occorre inoltre verificare che essa sia stata oggetto di pubblicazione e quindi di successiva revisione o confutazione nel mondo della scienza e che sia stata correttamente applicata nel processo penale. È stato infine segnalato l’importanza che, ai fini della credibilità, svolge una buona *cross examination* del perito, che deve mirare anche a stabilire il credito scientifico di cui questi gode [CONTI]<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Consolidata la giurisprudenza sul punto: di recente, v. Cass. pen., Sez. IV, 28 ottobre 2005, Conti, in *Guida dir.*, 2006, n. 9, p. 99; ID., Sez. V, 11 ottobre 2005, Mancini, *ivi*, 2006, n. 2, p. 110; ID., Sez. VI, 22 maggio 2007, Caputo, *ivi*, 2007, n. 43, p. 84.

<sup>52</sup> Si tratta di Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579, 113 S.Ct 2786 (1993).

Un'ultima nota riguarda il criterio valutativo dell'«oltre ogni ragionevole dubbio», di recente codificato dal legislatore, sulla scorta di una tradizione giurisprudenziale anche nostrana, all'interno dall'art. 533, comma 1, c.p.p. Premesso che il dubbio cui la norma si riferisce non è quello astratto, possibile, che sarebbe sempre presente, bensì quello che risulta a seguito delle specifiche risultanze processuali, e quindi *in primis* le consulenze tecniche [CONTI], la questione che qui interessa è quella che si pone nell'ipotesi in cui, confrontate le consulenze scientifiche disponibili, il giudice rimanga nel dubbio. Al riguardo, merita segnalare un'importante pronuncia delle Sezioni Unite del duemilasei, resa a proposito dell'esercizio di quei poteri officiosi di iniziativa probatoria che l'art. 507 c.p.p. riconosce espressamente al giudice [CONTI]<sup>53</sup>. Ebbene, in tale occasione la Suprema Corte ha chiarito come l'adesione dell'attuale processo penale al principio di disponibilità della prova non sia affatto piena ed incondizionata, come dimostra peraltro la presenza dello stesso art. 507 c.p.p.; al contrario, là dove non ritenga di poter decidere sulla base delle prove offerte dalle parti, il giudice non deve assolvere per ciò solo sulla base del dubbio ma ammettere quelle ulteriori prove, ove esistenti, che gli consentano un giudizio equo ed aderente alla realtà della vicenda, posto che scopo del processo rimane pur sempre quello di accertare – nei limiti del possibile – l'oggettivo svolgimento dei fatti.

<sup>53</sup> V. Cass. pen., SS.UU., 17 ottobre 2006, Greco, in *Guida dir.*, 2007, n. 2, spec. p. 83 ss.



prof. LORENZO MORILLAS CUEVA  
Università di Granada

## VIOLENZA NELLO SPORT E DIRITTO PENALE<sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Violenza tra sportivi. - 2.1. Le principali teorie giustificazioniste e i loro limiti. - 2.2. La necessità di una qualificazione diversificata: la *summa divisio* tra violenza conforme al regolamento sportivo e violenza contraria al regolamento sportivo. - 2.2.1. La responsabilità dolosa dello sportivo per gli atti violenti contrari al regolamento. - 2.2.2. I margini di una responsabilità colposa dello sportivo per gli atti violenti contrari al regolamento. – 3. Violenza in occasione di manifestazioni sportive. - 3.1. La risposta dell'ordinamento spagnolo all'imperversante fenomeno criminale. - 3.2. Le nuove fattispecie aggravanti della fattispecie di disordine pubblico di cui all'art. 557 c.p.

### 1. *Introduzione*

Diritto e sport: pochi argomenti nella società contemporanea assumono un peso e un'importanza così rilevanti per un gran numero di cittadini. Eppure – come osserva Eser – sport e giustizia (pallone e bilancia) non sembrano, sulle prime, istituzioni (e simboli) facilmente conciliabili<sup>1</sup>; ma se solo si approfondiscono le relazioni ben ci si avvede che esistono significativi punti di tangenza, non ultimo per la subordinazione della pratica sportiva alle regole della giustizia.

In via preliminare va osservato che l'avanzamento dello sport come fenomeno sociale presenta, nelle sue molteplici espressioni, numerosi aspetti positivi. È un fattore di integrazione interculturale e interetnico; favorisce la generalizzazione di un linguaggio internazionale propagandolo anche negli angoli più remoti; è una forte molla di coesione e di convivenza sociale; sviluppa valori educativi e formativi, sia nella prospettiva ludica, sia nella sua dimensione sperimentale o professionistica; serve d'esempio per i più giovani, ai quali indica un cammino da seguire; rende possibile e contribuisce allo sviluppo integrale della persona, talvolta anche sotto il profilo lavorativo, professionale ed

\* Traduzione dallo spagnolo a cura del dott. Gionata Billi.

<sup>1</sup> A. ESER, *Lesiones deportivas y Derecho penal. En Especial la responsabilidad del Futbolista desde una perspectiva alemana*, in *La Ley*, 1990, vol. 2, p. 1-130. Anche: ID., *Deporte y justicia Penal*, in *Revista penal*, 2000, n. 6, p. 53.

economico. In quest'ottica ben si giustifica quindi il preambolo al disegno di legge contro la violenza, il razzismo, la xenofobia e l'intolleranza nello sport ove si afferma che «in Spagna, ed in Europa, lo sport è un'attività propria di persone libere, in una società aperta, basata sul rispetto dell'essenziale diversità ed uguaglianza tra gli esseri umani. Per questa ragione, soprattutto la cornice sportiva della competizione professionistica d'alto livello è obbligata ad essere un referente etico rispetto ai valori ed ai comportamenti di tutto il corpo sociale».

Purtroppo, però, non è sempre così, e non in tutti i casi ci troviamo di fronte a una situazione idilliaca di comprensione, rispetto e solidarietà. Al contrario, talvolta la lotta per la vittoria, per il risultato, diventa aggressiva e violenta. Gli stessi partecipanti, le società che li patrocinano, i sostenitori che li seguono, utilizzano metodi molto lontani dall'etica sportiva<sup>2</sup>. Di qui la necessità di un diritto punitivo dello sport che vada oltre le specifiche e autarchiche normative delle singole federazioni, quand'anche dotate di proprie giurisdizioni all'interno delle quali sono configurati i vari illeciti e le sanzioni da irrogare agli atleti che li commettono. Occorre evitare la formazione di una zona franca dal diritto, occasionata fra l'altro dalla carenza di giuristi che specificamente si dedichino al diritto penale dello sport, nonché dalla mancanza di iniziativa degli atleti e dei club nel ricorrere alla giurisdizione ordinaria per questioni legate all'attività sportiva<sup>3</sup>.

D'altronde, la situazione sta progressivamente cambiando: vuoi perché sono in continuo aumento i giuristi che si dedicano allo studio degli aspetti giuridici dello sport, vuoi perché è sempre più frequente l'intervento della giurisdizione civile, amministrativa e penale nelle vicende legate allo sport; e ciò allontana l'idea che l'attività sportiva costituisca un'isola separata dal diritto<sup>4</sup>. Il che non significa negare le peculiarità proprie dello sport, ivi incluse quelle giuridiche: occorre comunque fuggire l'idea di un'impunità dello sportivo, o

<sup>2</sup> Sulle cause di devianza dall'etica sportiva v. H. ROLDÁN BARBERO, *La creación política de la nueva delincuencia: el uso del doping nel el deporte*, in *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, 2001, vol. II, Cuenca, p. 567-570, il quale, riferendosi specificamente al ciclismo – ma le considerazioni svolte possono valere per qualunque pratica sportiva – considera, fra l'altro, la voglia di vincere, propria di ogni competitore, che giunge non di rado a livelli smisurati; l'esigenza dei *supporters* che richiedono ogni volta migliori *performances*, le pressioni pubblicitarie degli sponsor diretti e delle stesse strutture socio-economiche dei club.

<sup>3</sup> Cfr. A. RODRÍGUEZ MOURILLO, I. CLEMENTE, *Dos aspectos de Derecho penal en el deporte: el dopaje y las lesiones deportivas*, in *Actualidad Jurídica. Uría Menéndez*, 2004, n. 9, p. 53.

<sup>4</sup> Cfr. A. RODRÍGUEZ MOURILLO, I. CLEMENTE, *op. cit.*, p. 61.

nello sport, che non ha ragion d'essere. Anche se questo convincimento, che sembra chiaro in via di principio, non è agevole da tradurre in concreto.

## 2. *Violenza tra sportivi*

Certamente, la più intensa e forse più ricorrente condotta potenzialmente rilevante ai fini penali, che si registra in ambito sportivo, è quella della violenza: in primo luogo, la violenza realizzata tra gli stessi atleti; secondariamente quella che si sviluppa tra i tifosi o tra questi e l'esterno; e infine quella che si rivolge contro gli arbitri, i giocatori o i dirigenti. Seguendo un'impostazione più sistematica, si potrebbe parlare di violenza *nello* sport (o tra gli stessi atleti) e di violenza che nasce *in occasione* di manifestazioni sportive.

Quanto alla prima ipotesi di violenza – quella realizzata *nell'esercizio* della pratica agonistica – essa presenta molteplici variabili, in funzione degli eventi prodotti (lesioni personali o addirittura omicidio) e del tipo di sport. In particolare, ve ne sono alcuni la cui pratica presuppone di per sé la produzione di lesioni (come la boxe, la lotta libera ecc.) e altri sport dove il grado di violenza è più limitato, se non inesistente. Si pensi – con riferimento a questi ultimi – alle attività il cui esercizio non comporta nemmeno una condotta comune, cosicché la remota ipotesi di un contatto fisico costituisce un mero imprevisto occasionato tutt'al più da imprudenza<sup>5</sup>. Non vanno poi dimenticate le attività dove vi è sì un confronto competitivo tra gli atleti, ma non già un contatto tra gli stessi (tennis, pallavolo, ping pong ecc.), ditalché la violenza può dipendere solo da caso fortuito (si pensi, per esempio, al tennista che colpisce con la pallina il volto del suo antagonista). Ancora, vi sono attività sportive ove gli atleti cercano di raggiungere il medesimo obiettivo uno contro l'altro, o uno insieme all'altro (atletica, automobilismo, moto, ciclismo ecc.), in cui la violenza può manifestarsi anche senza un contatto diretto. E infine, esistono attività agonistiche che si concretizzano in una contesa per la vittoria, e dove si rendono possibili tanto il contatto fisico quanto l'aggressività (calcio, rugby, pallacanestro ecc.), così da generare un chiaro rischio di lesioni<sup>6</sup>.

Di fronte a una simile varietà di contesti non sorprende che lesioni agli atleti, a causa o in relazione al gioco svolto, siano estremamente eterogenee tra

<sup>5</sup> Cfr. a quest'ultimo proposito – anche per gli esempi tratti dalla giurisprudenza colposa in materia di alpinismo – L. MOLDES, *El Derecho Penal, el Derecho Deportivo y su interés para los profesionales de la educación física*, in *Conexões*, 2005, n. 1, p. 7 ss.

<sup>6</sup> Per un analogo quadro v. A. ESER, *op. cit.*, p. 1131 s.

loro, sia per intensità, che per dinamiche comportamentali. Il che peraltro spiega perché non tutte le situazioni esigono l'intervento del diritto penale. Anzi, in determinati casi sembra preferibile lasciare campo alla sola disciplina sportiva o addirittura ammettere l'impunità, fondandola su criteri dogmatici di esclusione della responsabilità criminale.

Molteplici sono gli esempi che possono supportare una tale diversificazione. Citiamone alcuni tratti dalla cronaca sportiva: *a)* il centrocampista X di una squadra di calcio di serie C che perdeva in casa per cinque a zero, a dieci minuti dalla fine della partita viene saltato due volte dal giocatore numero dieci della squadra avversaria che poi passa la palla al numero undici; come reazione il centrocampista colpisce con un calcio l'avversario numero dieci, ancorché privo del pallone, causandogli la lesione del fegato e del rene destro; *b)* in un incontro di boxe per il titolo europeo dei pesi piuma, l'aspirante al titolo colpisce ripetutamente al volto l'avversario sino a metterlo k.o., causandogli gravi lesioni alla testa e al viso; *c)* il difensore della squadra ospite cerca di portare via la palla all'attaccante avversario, il quale tuttavia lo dribbla con una manovra perfetta, senza però riuscire a evitare lo scontro, a seguito del quale lo stesso attaccante subisce la frattura della tibia; *d)* placcando un avversario per impedirgli di avanzare, un giocatore di rugby provoca la caduta di entrambi cagionando al primo la frattura di un braccio. Come si può notare, benché il risultato sia molto simile in tutti i casi riportati, la qualificazione giuridica del fatto non può essere la stessa, dovendosi diversificare in funzione del tipo di sport e del contesto dell'azione.

Con riferimento alle situazioni sopra descritte, la dottrina ha cercato di elaborare un gran numero di proposte interpretative volte a tracciare una linea di confine tra ciò che deve essere qualificato come una lesione sportiva non punibile e ciò che deve invece rientrare nell'area della tipicità penale. Si veda al riguardo l'esauriente rassegna proposta da Loayza Gamboa<sup>7</sup>, il quale distingue tra teorie favorevoli alla sanzione penale (in forza delle quali l'atto sportivo produttivo della lesione o della morte si configura come delitto, senza possibilità di giustificazione se non quelle di carattere generale)<sup>8</sup> e teorie giustifi-

<sup>7</sup> R.C. LOAYZA GAMBOA, *Justificación de las lesiones y violencias en los deportes. Un análisis penal de los deportes violentos como el fútbol* [2006], in *www.efdeportes.com*, p. 3 ss.

<sup>8</sup> Tra queste teorie sono da includere – secondo l'autore citato – la tesi che sostiene l'applicazione di pene più gravi quando il soggetto sia stato agevolato nella commissione del reato dall'agire nell'ambito della manifestazione sportiva; la tesi della necessaria e costante applicazione del diritto penale, tale per cui ogni condotta che comporti un lesione connessa al mondo dello sport va punita secondo la sua gravità e secondo la prospettiva antropologico criminale

cazioniste (che scusano, entro certi ambiti, le suddette lesioni)<sup>9</sup>.

Per la verità, molte delle teorie ivi riportate sono ripetitive e poco convincenti. In particolare, dal mio punto di vista, va negato ogni valore alle teorie del primo blocco che, per la loro intransigenza, comporterebbero la fine di qualunque competizione sportiva, giacché difficilmente gli atleti sarebbero indotti a prendervi parte là dove sapessero *ex ante* che ciò li esporrebbe a una responsabilità penale sebbene essi rimangano nell'ambito di quanto concesso dal regolamento. Ma anche le altre teorie presentano evidenti debolezze e contraddizioni. La principale di queste consiste nel non definire con precisione dove termina la causa di giustificazione e inizia l'area della punibilità. Ad ogni modo, tra queste tesi, le più significative e diffuse, specie tra i giuristi tedeschi, sono quelle che si avvalgono della teoria del consenso e del rischio consentito<sup>10</sup>. Paredes Castañón, dal canto suo, riconduce tali teorie fonda-

che distingue tra sportivi delinquenti nati, occasionali o coscienti; la tesi del crimine sportivo, che qualifica la condotta tipica e antigiuridica nella pratica sportiva quale autonoma modalità criminale.

<sup>9</sup> Tra le teorie giustificazioniste sono da includere la tesi c.d. dell'eccezione alla illiceità giuridica, secondo la quale le lesioni e la violenza in ambito sportivo si configurano come eccezione rispetto alla regola generale; la tesi della consuetudine, per cui nello sport, i colpi, lesioni e violenza, risultano scriminate e legittimate dalla consuetudine; la tesi della adeguatezza sociale, che afferma che qualsiasi azione conforme ad una condotta socialmente tollerata ne impedisce la qualificazione come reato; la tesi del fine riconosciuto dallo Stato, che sostiene che i colpi e le lesioni sportive, essendo ammesse dallo Stato, non possono essere per questo contrarie ai suoi fini; la tesi delle norme culturali, secondo la quale gli sport violenti formano parte del *background* culturale dei popoli moderni e pertanto confluiscono all'interno delle tradizioni culturali che legittimano dette condotte; la tesi dell'assenza del titolo di reato, in base alla quale non esiste il reato perché nello sport «non si percuote: ci si scontra»; la tesi del consenso, quale ipotesi importante al fine di escludere la responsabilità penale, avendo la vittima prestato il consenso all'atto di partecipare alla manifestazione; la tesi del diritto all'esercizio professionale, basata sull'esercizio dello sport come professione quale causa di esclusione dell'antigiuridicità; la tesi del rischio consentito, per cui certe attività comportano di per sé il rischio socialmente consentito che si producano lesioni a certi beni giuridici; la tesi dei motivi non contrari al diritto, secondo la quale ciò che conta è il motivo per il quale si agisce, e nello sport il motivo dell'agire non è contrario al diritto, ma quello di competere sportivamente; la tesi dell'accettazione del rischio, che ravvisa la volontaria messa in pericolo «di se stesso» da parte del giocatore o dello sportivo nei casi di sport violenti.

<sup>10</sup> Va sin d'ora sottolineato che, in questa materia, esiste una netta differenza tra il sistema penale tedesco e quello spagnolo. Basti considerare che nel primo non esiste una causa di giustificazione paragonabile a quella dell'art. 20, n. 7, c.p. spagnolo a favore di «colui che agisce nel compimento di un dovere o nell'esercizio legittimo di un diritto, ufficio o incarico». Inoltre, il sistema penale tedesco non prevede un *numerus clausus* di cause di giustificazione così come invece accade nel diritto spagnolo: su tali differenze v. A. ESER, *op. cit.*, p. 1133; A.J. MONROY

mentalmente a due grandi idee: quella che fa leva sul consenso individuale ed effettivo del soggetto passivo (al rischio o alla lesione concreta) e quella che s'incentra sull'autorizzazione proveniente da chi pone le norme (la società, la Costituzione, la legge)<sup>11</sup>. Ed è proprio su queste impostazioni che soffermerò adesso la mia attenzione.

### 2.1. *Le principali teorie giustificazioniste e i loro limiti*

a) La tesi che fa leva sul consenso prestato implicitamente dallo sportivo, per il solo fatto di partecipare ad un'attività che comporta una certa probabilità di lesioni, ha avuto in passato un'indubbia enfasi in Germania. Attualmente una tale impostazione è invece sottoposta a profonde critiche che Eser riassume nei seguenti interrogativi: *a)* qual è l'ambito di applicazione del consenso, quello della condotta o dell'evento? e fino a che punto si potranno giustificare le conseguenze mortali?; *b)* quale rilevanza bisogna attribuire al fatto che le regole del gioco siano o meno osservate? e fino a che punto si può acconsentire ad una violazione del regolamento?; *c)* fino a che punto si possono dedurre, dalla clausola del buon costume – secondo la prospettiva del § 226a StGBd – limiti al consenso? soltanto rispetto all'evento? o anche sul tipo e grado della violazione?; *d)* ciò significa che il consenso è singolarmente limitabile o revocabile? e quale conseguenza avrebbe questo nei rapporti tra giocatori?; *e)* fino a che punto sarà veramente necessario il consenso affinché una lesione resti impunita? non si potrà dedurre l'impunità da altri principi che siano perfino superiori?<sup>12</sup>.

Non sembra eccessivamente ardito rispondere all'ultima delle domande poste da Eser con l'affermazione che non solo esistono altre soluzioni, ma esse si rivelano ben più adeguate e coerenti, soprattutto per il diritto penale spagnolo, nel quale il consenso dell'avente diritto non può avere efficacia scrimi-

ANTÓN, *El delito de lesiones en el deporte: evolución y diferencias entre la legislación alemana y la española. Propuesta de solución* [2005], <http://cafyd.com/HistDeporte/btm/pdf//4-12.pdf>, p. 7.

<sup>11</sup> J.M. PAREDES CASTAÑÓN, *La responsabilidad penal del deportista: el ejemplo del boxeador*, in *Civitas. Revista Española de Derecho Deportivo*, 1995, n. 5, p. 84. Nel suo lavoro, dedicato alla boxe, l'autore sviluppa ben diciassette variabili soluzioni (*ivi*, p. 86 e ss.). Nella stessa prospettiva si pone l'interessante sentenza dell'Audiencia Provincial di Castellón, 22 febbraio 2000, n. 49/2000, rec. 27/1999. P.te: Tintoré Loscos, Fernando, la quale enumera, con volontà di sintesi, le seguenti teorie: quella del rischio assunto e del rischio consentito, quella del caso fortuito, quella della consuetudine, quella dello scopo riconosciuto dallo Stato e le norme di cultura, quella delle cause di giustificazione dell'esercizio legittimo di un diritto o ufficio.

<sup>12</sup> A. ESER, *op. cit.*, p. 1134.

nante, né per le lesioni né per l'omicidio. In tali ipotesi, la presenza del consenso della vittima varrà tutt'al più ad attenuare la pena di uno o due gradi (v. l'art. 70 c.p. spagnolo) sempreché il consenso sia valido, libero, spontaneo ed espressamente manifestato dalla persona offesa, fatta eccezione per i casi di trapianto d'organo, sterilizzazione e chirurgia transessuale realizzata dal medico (artt. 155 e 156 c.p.), che ovviamente non ricorrono nella materia che stiamo analizzando.

b) A fronte delle carenze manifestate dalla precedente teoria, si tende a sostenere la tesi dell'adeguatezza sociale, secondo cui – in buona sostanza – quando la condotta lesiva realizzata dall'atleta a danno di un altro è da ritenersi socialmente accettabile, l'azione non sarà punibile. Anche quest'ipotesi è stata tuttavia sottoposta a critica, vuoi per l'ambiguità dello stesso concetto di adeguatezza sociale – utilizzato in modo generalizzato anche nella teoria del reato – vuoi perché essa restringe, in linea di principio, la sua efficacia giustificatrice solo alle condotte perfettamente conformi ai regolamenti sportivi.

c) Arriviamo così alla impostazione probabilmente più sfruttata per giustificare la violenza sportiva: il riferimento va alla c.d. teoria del rischio consentito, che discende dalla moderna teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento. Per il vero, come precisano Rodríguez Mourullo e Clemente, qualsiasi azione, e non soltanto quella sportiva, comporta un rischio consentito e in quanto tale non punibile: cosicché, muovendo da questa impostazione, l'ambito sportivo non costituirebbe un'eccezione rispetto agli altri settori dell'agire umano<sup>13</sup>; in ogni modo, la soluzione proposta da questi autori è che non siano punibili le lesioni sportive che non superino il livello del rischio consentito. Sennonché il problema principale di tale impostazione è nuovamente la vaghezza del criterio adottato, essendo tutt'altro che agevole da definire ciò che rimane all'interno ovvero si pone all'esterno dell'area di rischio consentito; né, peraltro, si rinvengono appigli legislativi sufficientemente precisi che possano fungere da copertura legale per la risoluzione di un tale problema.

## 2.2. *La necessità di una qualificazione diversificata: la summa divisio tra violenza conforme al regolamento sportivo e violenza contraria al regolamento sportivo*

Da tutto quanto si è detto, non resta allora che concludere per una diversificazione dei margini di liceità della violenza sportiva in ragione degli ambiti in cui il fatto è realizzato. Nessuna delle opzioni esposte, infatti, sembra valida

<sup>13</sup> A. RODRÍGUEZ MOURILLO, I. CLEMENTE, *op. cit.*, p. 63.

in se stessa, potendo tutt'al più orientare la soluzione nel quadro di un'analisi più ampia e dettagliata. A questo proposito, Eser pone in luce tre fattori che condizionerebbero la qualificazione penale dell'accaduto; fattori che sarebbero a loro volta soggetti ad alcune variabili. Segnatamente, si pone l'accento (a) sull'evento prodotto (atterrare un giocatore senza causargli lesioni, o causandogli lesioni lievi – lividi, graffi – o lesioni gravi – fratture o lesioni permanenti – o mortali); (b) sul grado di conformità dell'azione al regolamento sportivo (gioco regolare, violazione lieve, grave, o violazione al regolamento non attinente al gioco); (c) sull'atteggiamento psicologico del giocatore (violazione involontaria al regolamento, violazione volontaria ma senza determinazione a ledere, accettazione sia dell'infrazione che della lesione, lesione intenzionale)<sup>14</sup>.

La combinazione di questi fattori dà luogo a una molteplicità di situazioni, ciascuna delle quali meriterebbe un'analisi puntuale. Ciò nonostante – per sintetizzare l'insieme della possibilità – tutte le fattispecie concrete si possono ricodurre a due grandi ipotesi, secondoché si utilizzino insieme o successivamente le cause di esclusione dell'antigiuridicità previste dall'art. 20, n. 7, c.p., l'adeguatezza sociale dell'azione, l'irrilevanza dell'evento, il rischio consentito e il consenso dell'avente diritto.

a) Come prima ipotesi va riconosciuta l'irrilevanza penale delle lesioni che si producono quando la condotta dell'agente che causa tale risultato lesivo sia conforme alle norme regolamentari che disciplinano lo sport praticato. Questa posizione è stata avvalorata dalla dottrina secondo le diverse prospettive citate; e tuttavia, secondo il diritto positivo spagnolo, la soluzione più congeniale è quella offerta dal ricorso alla causa di giustificazione dell'esercizio di un legittimo diritto, ufficio o incarico, secondo il disposto dell'art. 20, n. 7, c.p. Occorre comunque precisare – come bene ha scritto Mir Puig<sup>15</sup> – che quest'ipotesi resta valida solamente quando l'azione si svolge nello stretto rispetto delle regole ammesse dallo Stato.

b) La seconda ipotesi si ha quando le lesioni siano conseguenza di una violazione delle regole sportive. A questo proposito valga il riferimento alla citatissima decisione dell'Audiencia Provincial di Castellón del 22 febbraio 2000 ove si afferma, con estremo buon senso, che sebbene nella prassi sembri che la regola sia l'impunità e l'eccezione la punibilità delle lesioni sportive, occorre nondimeno affermare la rilevanza penale di tutte quelle condotte degli sportivi che producono lesioni a causa di negligenza e disprezzo delle regole

<sup>14</sup> A. ESER, *op. cit.*, p. 1136.

<sup>15</sup> S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Barcelona, 2004, p. 487.

proprie di ogni sport. Una ricostruzione, questa, che muove dalla decisione del Tribunal Supremo, sez. I, 22 ottobre 1999, ove si riconosce un'area «di rischio consentito a coloro che si dedicano alla pratica sportiva» purché «le condotte dei partecipanti non escano dai normali limiti, giacché in tal caso le si potrebbe qualificare come condotte dolose o colpose». V'è da ritenere infatti che non si possa concedere lo stesso trattamento per entrambe le ipotesi, dovendosi viceversa distinguere tra fatti dolosi e colposi.

### 2.2.1. *La responsabilità dolosa dello sportivo per gli atti violenti contrari al regolamento*

Per quanto riguarda l'azione dolosa, non sembrano esservi grosse difficoltà a riconoscerne, per lo meno dal punto di vista teorico, la punibilità. L'unico requisito essenziale richiesto dalla nostra giurisprudenza nelle poche sentenze in cui si è occupata della questione riguarda l'esistenza di un *animus laedendi*, tale dunque da eccedere il carattere normalmente agonistico della competizione. Paradigmatica al riguardo è la già citata decisione dell'Audiencia Provincial di Castellón del 22 febbraio 2000<sup>16</sup>, la quale, accogliendo parzialmente il ricorso dell'appellante, condanna il trasgressore per la contravvenzione di lesione di cui all'art. 617, comma 1, c.p. con il concorso della circostanza attenuante dell'aver agito in stato d'ira, in quanto questi agì «con evidente *animus laedendi* [...]»; il calcio a cinque non si gioca scagliando pugni contro il giocatore avversario, bensì con i piedi e se si usano quelli invece di questi non si può dedurre che esista altra intenzione se non quella di offendere l'integrità fisica altrui, quanto meno nella forma del dolo eventuale».

La medesima impostazione si riscontra anche nella decisione dell'Audiencia Provincial di Navarra, 2 maggio 2002 – n. 52/2002, rec. 156/2001, Pte. Cobo Sáenz José Francisco – occupatasi del caso di un centravanti, il quale, nell'attesa che la propria squadra battesse un calcio di punizione, con l'evidente intenzione di nuocere all'integrità fisica dell'avversario, colpì quest'ultimo violentemente con il pugno o l'avambraccio, causandogli una frattura mandibolare doppia all'angolo sinistro e parasinfisaria destra, tale da richiedere un'operazione chirurgica e 207 giorni di guarigione. La confermativa

<sup>16</sup> Il fatto oggetto del giudizio riguarda una partita di calcio a cinque, in cui il querelante sferrò un calcio alla gamba del querelato con il fine di provocarne la caduta e la perdita della palla mentre avanzava verso la porta avversaria. Quest'ultimo, alzandosi da terra, a gioco fermo e senza che vi fosse disputa per la palla, colpì con un pugno in faccia il primo, causandogli lesioni guaribili in 30 giorni, facendo ciò «con furia e con collera, in modo repentino ed improvviso, per impulso occasionato dal calcio ricevuto da parte del querelante».

sentenza d'appello condannò l'imputato per il delitto doloso di lesioni, di cui all'art. 147, comma 2, c.p. «perché realmente esiste un *animus laedendi* che va oltre l'«ardore» proprio della disputa sportiva». In entrambe le sentenze si invoca comunque la necessità di un trattamento specifico per le lesioni nello sport, che in Spagna, a differenza di altri paesi, non esiste<sup>17</sup>.

Come che sia, in queste ipotesi non è applicabile – come già detto – la causa di giustificazione prevista dall'art. 20, n. 7, c.p. Inoltre, stante il nostro principio di legalità penale, sarebbe difficile affidarsi al solo rischio consentito, all'auto-esposizione al pericolo, all'adeguatezza sociale o allo stesso consenso. Donde la conseguenza che non potrà che configurarsi un delitto o una contravvenzione dolosa di lesioni personali, in ragione dell'intensità dell'evento provocato. Ciò malgrado, si registra nella prassi – come è stato acutamente affermato da Rodríguez Mourillo e Clemente – una situazione di totale impunità<sup>18</sup>, specie nei settori di maggiore rilevanza mediatica e più professionalizzati, nei quali difficilmente si ricorre ai tribunali penali. Eppure, non si rado, si tratta di delitti precedibili d'ufficio, il cui accertamento non dipenderebbe quindi dalla presentazione della querela della persona offesa.

### 2.2.2. *I margini di una responsabilità colposa dello sportivo per gli atti violenti contrari al regolamento*

Più complesso è l'inquadramento giuridico delle lesioni causate da un'azione colposa dello sportivo che provochi alcune delle conseguenze previste dagli artt. 152 e 621 c.p. Anche in questo contesto, la tendenza maggioritaria, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, è a favore della non punibilità; ma ciò non significa che sia tecnicamente impossibile sanzionare questi comportamenti in sede penale<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> L'Audiencia Provincial di Navarra, 2 maggio 2002, indica, come esempi specifici, i Codici penali dell'Equador e di Cuba, rispettivamente agli artt. 438 c.p. e 449 c.p. Il richiamo non mi sembra tuttavia corretto, dato che il codice penale cubano ha 348 articoli e in quelli dedicati alle lesioni personali (artt. 272-274) non si dice nulla al riguardo. D'altro canto, il richiamo al codice penale ecuadoriano, che viene soltanto evocato, risulterebbe tutt'al più pertinente per l'omicidio. L'art. 462 c.p. precisa infatti che «l'omicidio causato dallo sportivo, in un atto di gara contro un altro atleta durante la competizione, non sarà punibile ove appaia chiaramente l'assenza di intenzionalità e della violazione del relativo regolamento di gioco, sempreché si tratti di uno sport non proibito nella Repubblica. In caso contrario si applicheranno le regole penali di questo Titolo sull'omicidio».

<sup>18</sup> A. RODRÍGUEZ MOURILLO, I. CLEMENTE, *op. cit.*, p. 64.

<sup>19</sup> Cfr., in questo senso, con maggior ampiezza, A. RODRÍGUEZ MOURILLO, I. CLEMENTE, *op. cit.*, p. 65 ss.

Effettivamente, ben può accadere che un determinato giocatore, pur non volendo cagionare il danno, agisca, senza prestare la dovuta attenzione, in violazione delle norme dello specifico regolamento e delle necessarie regole di prudenza. Si può fare l'esempio del giocatore di pallacanestro che, affrontando il playmaker della squadra avversaria, sferra a quest'ultimo un colpo da dietro così da farlo cadere al suolo e da provocargli la frattura della caviglia. Una situazione, questa, che si è voluta risolvere alla luce del criterio del rischio consentito, così da considerare colposa la condotta del giocatore che ne abbia oltrepassato i limiti<sup>20</sup>. Sennonché, il problema che presenta questo criterio è ancora una volta la sua ambiguità.

Tra l'altro, a ben riflettere, la struttura generale della colpa già pare offrire elementi sufficienti per una soddisfacente soluzione del problema. In effetti, se la colpa s'incetra su un doppio giudizio – da un lato, l'individuazione di una regola di comportamento oggettiva volta a prevenire la lesione del bene giuridico in presenza di una determinata situazione di pericolo; dall'altro lato, la verifica che un tale comportamento era esigibile dall'agente concreto, considerandone le capacità e le qualità personali<sup>21</sup> – occorre concludere che un reato colposo si configurerà nell'ambito sportivo ogni qual volta la lesione è causata dalla violazione delle regole di condotta imposte normativamente, nella situazione concreta, all'uomo medio “ragionevole e coscienzioso” appartenente allo stesso ambiente dell'autore (ossia al resto degli atleti che praticano quello stesso sport) e sempreché tale risultato sia prevedibile da una persona della medesima e già citata estrazione.

Da questa angolazione, non pare allora opportuno richiedere al giudicante una valutazione ulteriore volta a stabilire se lo sportivo che ha violato il regolamento abbia comunque operato all'interno di ciò che è socialmente accettabile nello svolgimento di quella pratica sportiva. Al contrario, quando l'azione va oltre le prescritte regole cautelari – vale a dire oltre le condizioni di gioco che sono generalmente ammesse in un determinato tipo di sport – il fatto assurgerà all'area del penalmente rilevante. Secondo Eser occorrerà comunque considerare anche le condotte che provocano un evidente aumento del rischio, potendosi dedurre quest'ultimo, tanto dall'alta probabilità di una lesione, quanto dalla potenziale pericolosità del presupposto<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> V., per tutti, A. RODRÍGUEZ MOURILLO, I. CLEMENTE, *op. cit.*, p. 68.

<sup>21</sup> H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte General* (Trad. di Olmedo Cardenote), 5ª ed., Granada, 2002, p. 606 s.

<sup>22</sup> A. ESER, *op. cit.*, p. 1139 s.

In ogni caso, va qui sottolineato che nel diritto penale spagnolo la condotta colposa dell'atleta potrà essere inquadrata in due distinti tipi d'illecito, ben differenziati tra loro. Da una parte il delitto di lesioni gravi di cui agli artt. 147, comma 1, 149 e 150 c.p. (che ricorrono, rispettivamente, nei casi in cui la lesione richieda per la sua guarigione, oltre alle prime cure mediche, un ulteriore intervento medico o chirurgico; ovvero la perdita o inutilizzabilità di un organo o di un arto principale, o di un senso, impotenza, sterilità, grave deformità o grave infermità fisica o mentale; ovvero il fatto comporti la perdita o l'inutilizzabilità di un arto secondario, o la deformità), le quali sono tutte perseguibili d'ufficio. Dall'altra parte, la contravvenzione di lesioni «meno» gravi di cui all'art. 147, comma 2, c.p. (che ricorre quando le lesioni descritte al comma 1 siano di minore gravità, per il mezzo utilizzato o il risultato prodotto), e quella di lesioni caratterizzate da colpa lieve, che sono perseguibili a querela della persona offesa o del suo rappresentate legale.

In questa materia, risulta assai interessante la vicenda giudicata dell'Audiencia Provincial di Orense del 28 marzo 2005 – n. 17/2005, rec. 96-2004. P.te: Blanco Arce, Ana Maria del Carmen – che riguarda un fatto (non perfettamente ricostruito nel processo penale specie per quanto riguarda il grado di intenzionalità) verificatosi durante una partita di calcio, a seguito del quale uno degli atleti fu colpito alla mandibola dall'avversario, riportando la frattura del condilo mandibolare destro, che richiese cure per 67 giorni, numerose visite mediche e la necessità di un intervento chirurgico. Ebbene: respingendo l'iniziale richiesta del Pubblico Ministero che contestava all'imputato il delitto di lesioni dolose di cui all'art. 147, comma 2, c.p., la sentenza inquadrò il fatto nella contravvenzione di lesione personale colposa di cui all'art. 621 c.p., ritenendo che non fosse provata la volontarietà della condotta, ma solo la negligenza di quest'ultima. La sentenza fu tuttavia cassata dal Tribunal Supremo, il quale assolse l'imputato ritenendo che, trattandosi di lesioni provocate durante la pratica sportiva, e non essendo provato l'*animus laedendi*, non potesse decidersi altrimenti. «La condanna per lesioni originate nello svolgimento di un'attività sportiva – osserva al riguardo la Corte – richiede che queste siano state causate intenzionalmente oltre i limiti della normativa sportiva e dell'azione di gioco [...]; il rimprovero al giocatore non può basarsi sull'omissione delle necessarie cautele tendenti ad evitare il risultato lesivo».

Dunque, una recisa negazione della configurabilità di una responsabilità colposa in ambito sportivo, che, sebbene sia largamente diffusa, mi pare riduttiva. A mio avviso, infatti, il diritto penale non può esimersi del tutto dall'intervenire in alcune di queste ipotesi colpose: per lo meno in quelle più

gravi, ossia quelle in cui non sia stato rispettato neppure il livello minimo di prudenza che è richiesto anche allo sportivo, ovvero le vicende che oltrepassino la normale dinamica dello sport praticato, quand'anche esso sia di per sé stesso violento come la boxe, la lotta libera, il judo, eccetera. In caso contrario la norma penale non riuscirebbe ad assolvere alla sua funzione di protezione di beni giuridici così importanti quali l'integrità fisica e la vita.

### 3. *Violenza in occasione di manifestazioni sportive*

Passando infine ad analizzare il problema delle condotte violente realizzate in occasione di manifestazioni sportive, va detto subito che, in genere, il protagonista principale ne è lo stesso tifoso. Si tratta inoltre di un tipo di violenza che produce danni devastanti: basti considerare che nel secolo scorso oltre 1.500 spettatori sono morti nell'ambito di manifestazioni sportive e più di 6.000 hanno subito ferite gravi. Valga per tutti ricordare, fra gli episodi più tristi, la tragedia dello stadio Heysel, in cui, prima della finale di Coppa campioni di calcio tra Juventus e Liverpool, morirono 39 persone e vi furono più di 500 feriti; l'incendio dello stadio inglese di Brandford che provocò il panico tra gli spettatori ed ebbe come risultato 71 persone morte e 200 ferite; o la partita di calcio tra Liverpool e Nottingham Forest, in occasione della quale morirono 94 persone e 200 restarono ferite in modo grave. Senza considerare la violenza quotidiana registrata in occasione di molte partite, soprattutto di calcio, gli insulti razzisti, gli scontri, le aggressioni sia prima, che durante e dopo le varie manifestazioni.

Tutto questo – e molti altri esempi che si potrebbero proporre – rivela una situazione estremamente grave, che richiede una risposta ordinamentale coerente e ferma, al fine di sradicare, per quanto possibile, una piaga che infetta i più profondi fondamenti dello sport. In questa prospettiva certo non agevola il tentativo di minimizzare il fenomeno, attribuendolo assurdamente a ristretti gruppi di persone violente non rappresentativi delle tifoserie, ovvero affermando che la situazione è più grave in altri paesi. Va comunque riconosciuto che sta crescendo la sensibilità verso il problema da parte delle istituzioni pubbliche, dell'opinione pubblica, dei mezzi di comunicazione e persino degli stessi responsabili sportivi.

#### 3.1. *La risposta dell'ordinamento spagnolo all'imperversante fenomeno criminale*

Analizzando le manifestazioni di violenza che orbitano attorno al mondo dello sport – con particolare riferimento al rapporto tra “calcio e violenza” –

Hans-Jörg Albrecht ha individuato talune ricorrenti coincidenze<sup>23</sup>. Fra queste, si è notato per esempio l'interesse dei gruppi e dei partiti di estrema destra più violenti per determinati modelli legati al mondo dello sport come gli *hooligans*<sup>24</sup>. Una constatazione questa che trova peraltro conferma, per quanto riguarda la Spagna, nella emblematica testimonianza di Antonio Salas, il quale ha registrato l'infiltrazione di movimenti neonazisti negli «*ultrasur*», la tifoseria più radicale del Real Madrid<sup>25</sup>. Oltre a questo, l'autore tedesco sottolinea il fatto che alcune partite di calcio si presentano, in buona sostanza, come occasioni ideali per la realizzazione di atti violenti e scontri tra tifoserie. Scontri, nei quali gioca un ruolo decisivo la pianificazione, senza che esistano cause scatenanti o spiegazioni plausibili. Gli autori di questi fatti, inoltre, sono quasi sempre giovani (e per la maggior parte maschi) spesso organizzati in gruppi con specifiche caratteristiche. Raramente poi la violenza perpetrata è il frutto di strumentalizzazione o di un calcolo razionale, bensì una conseguenza di carattere emotivo o edonista, che assume il più delle volte un carattere transfrontaliero<sup>26</sup>.

Di fronte a un tale fenomeno, le risposte ordinamentali sono state numerose e articolate – basti pensare alle numerose risoluzioni, raccomandazioni e dichiarazioni dell'Unione Europea e del Consiglio d'Europa, fino agli interventi delle Comunità Autonome e della Legislazione Statale spagnola<sup>27</sup> – tendendo comunque a convergere verso tre tipi di provvedimenti: quelli di carattere preventivo (separazione fisica dei gruppi, scorta della polizia, controllo della vendita dei biglietti, ecc.), le misure di sicurezza e quelle repressive. In questa sede si limiterà comunque l'analisi all'Accordo contro la violenza nello sport sottoscritto dal Ministero dell'Interno, il Consiglio Superiore dello Sport, la Reale Federazione Spagnola di Calcio, la Lega Nazionale Calcio e l'Associazione Calcistica Spagnola, che include, tra le misure concordate, la modifica dell'art. 557 c.p. «al fine di potenziare gli strumenti sanzionatori [...] contro gli atti delittuosi commessi sotto la copertura e in concomitanza con lo svolgi-

<sup>23</sup> H.J. ALBRECHT, *Violencia y deporte. Fenomenología, explicación y prevención*, in *Revista penal*, 2001, n. 7, p. 25 ss.

<sup>24</sup> H.J. ALBRECHT, *op. cit.*, p. 25-27.

<sup>25</sup> A. SALAS, *Diario de un skin: un topo en el movimiento neonazi español*, Madrid, 2003, p. 70 ss.

<sup>26</sup> H.J. ALBRECHT, *op. cit.*, p. 29-30.

<sup>27</sup> È ovviamente impossibile offrire qui un'analisi esaustiva di tutte queste normative, dovendosi quindi rimandare all'ottima rassegna che viene proposta in A. MILLÁN GARRIDO (a cura di), *Legislación sobre violencia en espectáculos deportivos*, Sevilla, 2005.

mento di manifestazioni sportive». Il frutto di questo accordo è stata infatti la Legge Organica n. 15, del 25 novembre 2003, che ha per l'appunto aggiunto all'art. 557 c.p. un'ipotesi aggravata di disordine pubblico<sup>28</sup>, operante nel caso in cui (a) «il fatto sia commesso in occasione dello svolgimento di eventi e spettacoli che coinvolgano un gran numero di persone», e (b) quando, «nelle aree ove si svolgono tali eventi, si turbi l'ordine pubblico mediante condotte che provochino o siano idonee a causare disordini o altre reazioni nel pubblico potenzialmente pericolose per una parte o per la totalità degli spettatori» (art. 557, comma 2, c.p.).

### 3.2. *Le nuove fattispecie aggravanti del delitto di disordine pubblico di cui all'art. 557 c.p.*

In via di principio, le due fattispecie appena citate servirebbero ad aggravare l'ipotesi descritta dal comma 1 dell'art. 557 c.p. L'operazione non pare, tuttavia, essere riuscita in pieno, giacché solo la prima ipotesi [v. sub *a* alla fine del precedente paragrafo] risulta perfettamente relazionata alla fattispecie del primo comma; mentre la seconda appare più vicina alla previsione dell'art. 558 che non a quelle dell'art. 557 c.p.; oltre a questo, sorprende la sottoposizione di entrambe le aggravanti al medesimo regime sanzionatorio.

a) La prima figura si fonda, come la fattispecie base del comma 1, sul preliminare presupposto che si agisca in gruppo, cioè che vi sia un soggetto attivo collettivo. Si tratta quindi di un delitto plurisoggettivo, cui partecipano il più delle volte una moltitudine di persone, di fronte al quale è necessario reagire sì con assoluta determinazione, senza però trascurare, al contempo, il vincolante principio della presunzione d'innocenza; il che significa che il giudizio di imputazione non potrà che essere individuale, ossia effettuato singolarmente per ognuno dei soggetti coinvolti nel delitto di disordine e degli altri delitti che si siano verificati in conseguenza di esso. D'altra parte, la fattispecie in esame non richiede l'esistenza di una struttura associativa, la quale, ove presente, potrebbe integrare il delitto di associazione per delinquere. Né è richiesta l'esistenza di un previo accordo tra i concorrenti, potendo l'iniziativa ben partire da un solo soggetto o da un gruppo ridotto, cui successivamente si

<sup>28</sup> L'art. 557 c.p. spagnolo prevede che «Sono puniti con la pena della prigione da sei mesi a tre anni coloro che, agendo in gruppo, e con l'obiettivo di attentare alla pace pubblica, turbano l'ordine pubblico cagionando lesioni alle persone, provocando danni alle proprietà, ostruendo le pubbliche vie o gli accessi alle medesime in modo pericoloso per coloro che in esse circolano, o invadendo impianti o edifici, senza pregiudizio per le pene conformi ad altre disposizioni di questo codice»: tratto da *Il codice penale spagnolo*, tr. di G. NARONTE, Padova, 1997.

uniscono altri individui. Dunque, il solo elemento costitutivo della fattispecie in esame è che al momento della commissione del fatto vi sia un'azione di gruppo<sup>29</sup>.

Sulla base della struttura della norma, va inoltre ricordato che si tratta di un delitto di evento. Esso si perfezionerà infatti allorché il turbamento dell'ordine pubblico causi uno degli eventi che l'art. 557, comma 1, c.p. descrive in forma tassativa: il riferimento è alla causazione di danni alle proprietà, all'ostruzione delle pubbliche vie o dell'accesso alle stesse in modo pericoloso per coloro che vi circolano, ovvero all'invasione di impianti o edifici. Va da sé – come ha ben spiegato la citata sentenza dell'Audiencia Provincial di Madrid del 28 novembre 2005 – che non è necessario, per il perfezionamento del delitto, che si realizzino tutti gli eventi descritti, essendo sufficiente che si produca o se ne realizzi uno soltanto. Inoltre, benché la disposizione non sia esplicita, la maggior parte della dottrina tende a ritenere necessario che il disordine realizzato sia grave, ossia di una certa intensità ed importanza: lo si desume dal confronto con la contravvenzione di cui all'art. 633 c.p., la quale per l'appunto richiede, come elemento specifico, che l'ordine pubblico sia turbato «in modo lieve»<sup>30</sup>.

La norma in esame prevede poi che chi commette il delitto sia concretamente animato dall'«obiettivo di attentare alla quiete pubblica». Concetto questo assai vago, che necessita di una specifica valutazione giudiziale. A questo proposito la già citata Audiencia Provincial di Madrid del 28 novembre 2005 sottolinea che un tale fine, «se manca un riconoscimento espresso degli autori del delitto, deve essere necessariamente desunto dai fatti che questi

<sup>29</sup> Su questa linea si è mossa l'importante decisione dell'Audiencia Provincial di Madrid del 28 novembre 2005 – n. 115/2005, rec. 36/2001. Pte. Aparicio Carril, M<sup>a</sup> maLuisa – che ha giudicato i fatti verificatisi durante lo svolgimento della partita di ritorno della Coppa UEFA tra Real Sociedad e Atletico Madrid, il giorno 8 dicembre 1988, quando un gruppo di tifosi dell'Atletico Madrid si azzuffò, insultò, minacciò e colpì con gran violenza i tifosi della squadra avversaria, nel momento in cui questi si recavano allo stadio Vicente Calderon. Ritiene la citata sentenza che in questo caso «è stato compiuto un attacco collettivo da parte di un gruppo di circa 20 o 25 persone contro un gruppo di cittadini la cui unica intenzione era quella di poter assistere ad una manifestazione sportiva per sostenere la propria squadra di calcio [...]. La fattispecie di reato non presuppone il previo accordo tra i soggetti attivi del reato stesso, dato che ciò che importa è solo l'azione di gruppo, potendo l'accordo formarsi casualmente ed improvvisamente [...] nel momento in cui si vede che un gruppo di persone sta iniziando l'azione delittuosa [...]; è questo in definitiva che si può affermare sia successo nel caso in esame per alcuni degli accusati».

<sup>30</sup> V. per tutti F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 15<sup>a</sup> ed., Valencia, 2004, p. 886.

hanno posto in essere; e nella fattispecie concreta si evince senza dubbio alcuno che questo fine esisteva, dal momento che è stato realizzato un attacco in gruppo e generalizzato contro cittadini che si trovavano a Madrid per seguire la squadra di calcio di cui erano tifosi, andandosene la maggior parte di essi con sciarpe, berretti, magliette e altri accessori che li identificano come tifosi del detto Club».

Fin qui si sono considerati gli elementi comuni tra la prima fattispecie aggravata e quella base di cui al comma 1 dell'art. 557 c.p. Quanto invece agli elementi di differenziazione, che devono aggiungersi onde determinare l'aggravamento della pena, occorre che «il fatto sia commesso in occasione dello svolgimento di eventi e spettacoli che coinvolgano un gran numero di persone». L'impiego dei termini «evento» e «spettacolo» si rivela comunque un'inutile ripetizione giacché, mentre nel primo dei due concetti vi rientra «qualsiasi tipo di atto che possa attrarre un certo numero di persone e si svolga in un luogo chiuso o non», per «spettacolo» si intende un «atto o messa in atto di qualunque tipo che si realizza per l'intrattenimento del pubblico»: il primo termine (evento) attrae quindi e comprende il secondo (spettacolo) senza grandi difficoltà. Va sottolineato inoltre che il legislatore, per descrivere la fattispecie aggravatrice, utilizza una formula assai flessibile («fatto commesso in occasione dello svolgimento» della manifestazione), che ricorre quindi non solo quando la manifestazione è in corso di svolgimento, ma persino prima e dopo l'evento; è sufficiente, in altri termini, che si possa dimostrare l'esistenza di un vincolo tra il disordine prodotto e lo spettacolo. In ogni caso, deve trattarsi di eventi che raccolgono un numero elevato di persone.

b) La seconda delle aggravanti si fonda su elementi diversi, che appaiono più vicini, come è stato già detto, a quelli dell'art. 558 c.p.<sup>31</sup>. In particolare, la condotta tipica consiste nel turbare l'ordine pubblico mediante comportamenti che provochino o siano idonei a provocare disordini o altre reazioni nel pubblico tali da porre in pericolo una parte o la totalità di coloro che vi assistono. Non si richiedono, quindi, a differenza della prima aggravante, né mezzi o risultati determinati, né plurisoggettività, né un elemento soggettivo parti-

<sup>31</sup> L'art. 558 c.p. prevede che «sono puniti con la pena della reclusione da tre a sei mesi o della multa da sei a dodici mesi, coloro che turbano gravemente l'ordine durante l'udienza di un tribunale o di un giudice unico, durante le attività proprie di qualsiasi autorità o ente locale, all'interno di seggi elettorali, uffici o stabilimenti pubblici e scuole, o in occasione della celebrazione di spettacoli sportivi o culturali. In tali casi si potrà imporre altresì la pena della privazione della possibilità di accesso ai luoghi, eventi e spettacoli della stessa natura, per un periodo maggiore rispetto alla pena irrogata e comunque non superiore ai tre anni».

colare. Gli unici elementi richiesti sono l'esistenza di un pericolo reale per coloro che assistono allo spettacolo, nonché – quale significativa differenza rispetto alla prima fattispecie aggravatrice – la necessità che la condotta avvenga all'interno dell'area in cui si svolge la manifestazione sportiva.

Entrambe le ipotesi aggravatrici determinano l'applicazione di una pena di grado superiore a quella prevista dall'art. 577, comma 1, c.p., che si concretizzerà pertanto, ai sensi dell'art. 70 c.p., nell'applicazione della pena della reclusione da tre a quattro anni e sei mesi e nel divieto facoltativo di assistere a eventi o spettacoli della stessa natura per un periodo maggiore rispetto alla pena irrogata, comunque non superiore ai tre anni. Un tale regime sanzionatorio è stato peraltro oggetto di diverse critiche. Da un lato si è sottolineata l'irragionevole parità di trattamento riservata ai due tipi di aggravanti, a fronte del fatto che solo la prima converge con l'ipotesi dell'art. 577, comma 1, c.p. mentre la seconda assomiglia più all'ipotesi dell'art. 558 c.p. cui è riservato un trattamento sanzionatorio inferiore rispetto a quello dell'art. 557 c.p. Dall'altro lato, si è criticato il carattere discrezionale del divieto di assistere alle manifestazioni, quando proprio per il suo carattere dissuasivo, questo dovrebbe essere applicato obbligatoriamente<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> In questo senso, v. F. MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 887; R. GARCÍA ALBERO, in *Comentarios al nuevo Código penal*, diretto da QUINTERO OLIVARES, e coordinato da MORALES PRAT, 2<sup>a</sup> ed., Navarra, 2004, p. 2442; C. CARMONA SALGADO, in COBO DEL ROSAL BLASCO, GONZALES RUS, MORILLAS CUEVA, QUINTANAR DíEZ, *Derecho penal español*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 2005, p. 1123.

dott. CATERINA PAONESSA

Dottore di ricerca in discipline penalistiche nell'Università di Firenze

## LA DISCREZIONALITÀ DEL LEGISLATORE NAZIONALE NELLA CORNICE DEI VINCOLI COMUNITARI DI TUTELA

SOMMARIO: 1. Le recenti prese di posizione dei giudici di Lussemburgo sugli obblighi di tutela. - 1.1. Il *dictum* della sentenza della Corte di giustizia nella causa C-176/2003. - 1.2. Le ulteriori specificazioni apportate nella causa C-440/05. - 2. Le implicazioni penali delle pronunce *de quibus* alla luce dello stato dell'arte dell'integrazione europea. - 3. "Forme" e "contenuti" degli input normativi di penalizzazione di fonte sovranazionale. - 3.1. Le attuali tendenze legislative emergenti in sede comunitaria. - 3.2. Le perplessità connesse al *modus operandi* delle istituzioni europee. - 3.3. Il tradizionale *self restraint* normativo nell'imposizione di vincoli di tutela. - 4. La richiesta della Corte di giustizia di tutela "adeguata" e le "derivate" dei giudici nazionali. - 5. Il problema della coercibilità del mancato adeguamento ai desiderata comunitari. - 6. Il raffronto con le prescrizioni costituzionali espresse di tutela penale.

### 1. *Le recenti prese di posizione dei giudici di Lussemburgo sugli obblighi di tutela*

Come noto, il settore del diritto penale esula dall'area di intervento di spettanza delle istituzioni comunitarie. In ossequio al c.d. "principio di attribuzione", infatti, l'ambito di operatività di tali organi è ancorato alla preesistenza di un fondamento giuridico in tal senso nei Trattati istitutivi, allo stato attuale mancante<sup>1</sup>. L'assenza di un'autonoma potestà punitiva delle istituzioni europee spiega il motivo per cui, *de iure condito*, le richieste di tutela provenienti dalla Comunità normalmente si assestano, nella materia penale, sulla domanda rivolta ai singoli Stati membri di predisporre, sul piano interno, forme di protezione "adeguate" per le violazioni dirette ad intaccare l'efficacia pratica della produzione normativa europea. Su tale assunto, peraltro, converge la stessa Corte di giustizia, la quale, infatti, nei suoi numerosi interventi, finora, mai è giunta a sostenere che le norme comunitarie impongono *tout court* l'adozione di sanzioni penali.

Rispetto al panorama così descritto, pertanto, le recenti prese di posizione

<sup>1</sup> Si esprime così l'art. 3-ter TrUE, come modificato dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, la cui piena operatività è subordinata al deposito degli strumenti di ratifica da parte di tutti gli Stati membri. Si tratta, comunque, di un principio acquisito nel contesto comunitario; v. già P. VELTEN, *Diritto penale europeo*, in *Criminalia*, 2006, p. 130.

dei giudici di Lussemburgo, espresse con la pronuncia del 13 settembre 2005, nella causa C-176/03 e in quella successiva del 23 ottobre 2007, relativa alla causa C-440/05, sembrano porsi – sia per le conclusioni prospettate che per le giustificazioni addotte – come autentiche “note dissonanti”<sup>2</sup>. Nonostante una certa ambiguità del lessico adottato, le sentenze appena richiamate, attinenti, rispettivamente, alla tutela penale dell’ambiente e alla repressione penale dell’inquinamento provocato dalle navi, infatti, sono state intese quali *leading cases* in materia, in grado di imprimere una svolta decisiva al tradizionale assetto dei rapporti tra ordinamento sovranazionale e sistemi giuridici penali interni. Esse, in pratica, segnerebbero un precedente importante per il diritto comunitario, in quanto verrebbero a rafforzare in modo significativo il potere legislativo della Comunità, anche nel settore penale<sup>3</sup>.

Al di là delle entusiastiche suggestioni cui potrebbe *prima facie* indurre la lettura delle sentenze in esame, ulteriormente acuite dalla successiva presa di posizione di una delle parti istituzionali in causa, ovvero dalla Commissione europea, pare opportuno procedere alla corretta contestualizzazione dei *dicta*

<sup>2</sup> Il riferimento è alle sentenze della Corte giust., grande sez., 13 settembre 2005, C-176/03, Commissione c. Consiglio, e ID., 23 ottobre 2007, C-440/05, Commissione c. Consiglio, entrambe consultabili sul sito <http://eur-lex.europa.eu>. In relazione alla prima pronuncia, numerosi sono i contributi della dottrina; in particolare, v. R. BIANCHI, *La tutela penale dell’ambiente e la pronuncia della Corte europea del 13 settembre 2005*, in *Ambiente & sviluppo*, 2006, n. 1, p. 33 ss.; C. HAGUENAU-MOIZARD, *Vers une harmonisation communautaire du droit pénal?*, in *Rev. trim. droit europ.*, 2006, p. 377 ss.; H. LABAYLE, *L’ouverture de la jarre de Pandore, réflexions sur la compétence de la Communauté en matière pénale*, in *Cahiers droit europ.*, 2006, p. 379 ss.; G. MANNOZZI, F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 899 ss.; S. MARCOLINI, *Decisione quadro o direttiva per proteggere l’ambiente attraverso il diritto penale?*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 243 ss.; E. MEZZETTI, *Gli “obblighi” comunitari di tutela penale in una recente pronuncia della Corte di giustizia UE*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); L. MORILLAS CUEVA, J. VALLS PRIETO, *Hacia la nueva realidad de un derecho penal europeo*, in *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad de Granada*, 2006, p. 165 ss.; A. NIETO MARTIN, *Posibilidades y límites de la armonización del derecho penal tras el caso Comisión v. Consejo*, in [www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net); L. SALAZAR, *La sentenza sulla protezione penale dell’ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2006, p. 58 ss.; L. SIRACUSA, *Tutela ambientale: Unione europea e diritto penale fra decisioni quadro e direttive*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 773 ss.; S. WHITE, *Harmonisation of criminal law under the first pillar*, in *European law review*, 2006, p. 81 ss. Per un primo esame della seconda sentenza citata, v. A. DAMATO, *La Commissione non può decidere tipo e livello delle sanzioni applicabili*, in *Guida dir.*, 2007, n. 46, p. 114 ss.

<sup>3</sup> Così, riguardo alla sentenza resa nella causa C-176/03, G. MANNOZZI, F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, cit., p. 900.

giurisprudenziali in questione, anche al fine di evitare eccessive sopravvalutazioni e distorsioni applicative degli stessi. Nello specifico, si tratterà di indagare in modo più approfondito i fattori che sono all'origine delle predette statuizioni, sì da accertarne l'eventuale natura, se, cioè, essa sia "patologica", in ragione delle distorsioni operate nella prassi, oppure "fisiologica", in quanto intimamente connessa al peculiare meccanismo di innesto alla disciplina comunitaria in sede nazionale.

### 1.1. *Il dictum della sentenza della Corte di giustizia nella causa C-176/2003*

Alla base dell'intervento della Corte di giustizia nella causa C-176/2003 vi è la contestazione della base giuridica prescelta in sede europea per fronteggiare il preoccupante aumento dei reati contro l'ambiente, ovvero della decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea del 27 gennaio 2003, 2003/80/GAI. L'atto normativo *de quo*, pur originando nel contesto del c.d. terzo pilastro comunitario, deputato alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, andava ben oltre il mero ravvicinamento delle legislazioni nazionali nel settore preso in considerazione, giungendo a definire in modo piuttosto dettagliato la disciplina da adottare. All'interno della decisione quadro 2003/80/GAI, in particolare, il Consiglio aveva incorporato varie norme sostanziali – in parte riprendendole dalla proposta di direttiva che nel marzo 2001 aveva presentato la Commissione *ex art. 175*, par. 1, TrCE – le quali si spingevano a definire i comportamenti che gli Stati membri, in virtù del proprio diritto interno, dovevano qualificare come reati. La ragione di un simile modo di operare veniva ravvisata nella circostanza che la precedente proposta di direttiva emanata in materia andava oltre le competenze attribuite alla Comunità e che, comunque, gli obiettivi dalla stessa perseguiti potevano essere meglio soddisfatti in base al titolo VI del TrUE, ritenendosi, appunto, lo strumento della decisione quadro più adatto per imporre agli Stati membri l'obbligo di prevedere sanzioni penali<sup>4</sup>. Così, per il tramite di tale provvedimento normativo, la salvaguardia dell'ambiente veniva collegata all'adozione dei provvedimenti necessari per rendere perseguibili penalmente una serie di condotte intenzionali (art. 2) e di negligenza (art. 3), lesive dell'ambiente, nonché alla repressione delle forme di

<sup>4</sup> Per la verità, nelle sue valutazioni, il Consiglio era stato mosso anche da ragioni di opportunità, posto che lo stesso, una volta esaminata la proposta di direttiva presentata dalla Commissione nel 2001, era perfettamente conscio del fatto che, al suo interno, non poteva essere raggiunta la maggioranza necessaria per l'adozione; ciò viene detto esplicitamente al punto 7 del preambolo della decisione quadro 2003/80/GAI.

agevolazione e compartecipazione (art. 4). Secondo il disposto dell'art. 5, comma 1, le costituende sanzioni penali dovevano essere "effettive, proporzionate e dissuasive" e ricomprendere "per lo meno nei casi più gravi, pene privative della libertà che possono comportare l'extradizione". Disposizioni peculiari, sul piano sanzionatorio, inoltre, erano previste nel caso in cui la realizzazione degli illeciti risultava riferibile alle persone giuridiche (artt. 6 e 7).

La validità della decisione quadro cui si è fatto riferimento era stata, però, contestata dalla Commissione, la quale, infatti, riteneva che il corretto fondamento di un simile intervento normativo dovesse essere rintracciato nell'ambito del "primo pilastro" piuttosto che nel "terzo pilastro" comunitario. Le conseguenze connesse all'opzione in parola – è bene precisare – non sono di scarso rilievo. Se si opta per la tesi "unionista", e, quindi, per l'adozione di decisioni-quadro incidenti nella materia penale, l'intensità dell'armonizzazione che si viene a realizzare è piuttosto bassa, posto che, oltre al mancato effetto diretto di tali provvedimenti normativi, bisogna considerare che alla loro omessa trasposizione non è possibile porsi rimedio mediante un ricorso per inadempimento *ex art. 226 TrCE* e, che, al riguardo, la stessa competenza pregiudiziale della Corte di giustizia non presenta carattere obbligatorio, dato che, ai sensi dell'art. 35 TrUE, essa deve essere accettata dagli Stati membri<sup>5</sup>. Da qui l'interesse della Commissione a collocare la competenza nell'ambito del primo pilastro, ovvero in quello del Trattato CE, là dove, il potere di iniziativa legislativa è nelle sue mani e vi è un significativo coinvolgimento del Parlamento europeo e del Consiglio, che può decidere a maggioranza qualificata. Diversamente, nel caso del Trattato UE, il Consiglio decide all'unanimità su proposta di uno Stato membro o della Commissione, con un ruolo marginale assegnato al Parlamento europeo.

Siffatte considerazioni sono state fatte proprie dalla stessa Corte di giustizia, la quale, con la pronuncia menzionata in apertura, ha provveduto ad annullare la decisione quadro contestata, sul presupposto che la stessa invadesse le competenze comunitarie. Le argomentazioni dell'organo di giustizia comunitario, in particolare, hanno valorizzato i c.d. poteri impliciti attribuiti alla Comunità per garantire efficacia alla normativa nelle materie di sua spettanza; tra questi, appunto, rientrerebbe anche la possibilità di stimolare interventi

<sup>5</sup> Sul punto, v. le conclusioni dell'avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer del 26 maggio 2005, consultabili sul sito <http://eur-lex.europa.eu>. In dottrina, v. A. FAVALE, *La Comunità europea ha il potere di esigere che gli Stati membri impongano sanzioni penali al fine di proteggere l'ambiente*, in *Dir. pubbl. comp. europeo*, 2006, p. 480.

degli ordinamenti nazionali sul piano penale<sup>6</sup>. In altre parole, l'armonizzazione delle legislazioni penali nazionali risulterebbe "funzionale" all'attuazione della politica comunitaria, segnatamente nel settore ambientale. La Corte europea, pertanto, pur riaffermando il generale principio dell'inesistenza di una competenza penale delle istituzioni comunitarie, ha sancito, nella causa C-176/03, che ciò "non può tuttavia impedire al legislatore comunitario, allorché l'applicazione di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi, di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri e che esso ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente"<sup>7</sup>.

Quanto alla *sedes* dove collocare siffatti interventi, spetta alla Corte di giustizia vigilare affinché gli atti che il Consiglio considera rientranti nell'ambito del Titolo VI del Trattato sull'Unione europea non sconfinino nelle competenze che le disposizioni del TrCE attribuiscono alla Comunità medesima. In base al disposto dell'art. 47 TrUE, infatti, nessuna disposizione del Trattato sull'Unione può pregiudicare le norme dei Trattati istitutivi della Comunità europea, né dei Trattati successivi che li hanno modificati o integrati. Come precisato a chiare lettere nella pronuncia *de qua*, la scelta del fondamento normativo di un atto regolatore della Comunità, deve, dunque, basarsi su elementi oggettivi, suscettibili di sindacato giurisdizionale, tra i quali figurano, soprattutto, lo scopo e il contenuto dello stesso. In applicazione di tale impostazione, pertanto, i giudici di Lussemburgo hanno individuato negli artt. 174-176 TrCE – unitamente agli artt. 2, 3, n. 1, lett. l e 6 TrCE – la cornice normativa entro la quale deve attuarsi la politica comunitaria in materia ambientale. Di conseguenza, gli artt. 1-7 della decisione quadro 2003/80/GAI – ovvero la definizione delle fattispecie di reato, le prescrizioni in materia di complicità e di incitamento, l'indicazione del livello delle sanzioni, delle pene accessorie e della responsabilità delle persone giuridiche – avrebbero potuto validamente essere adottati, in ragione tanto della loro finalità quanto del loro contenuto, sulla base di tale fondamento normativo<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Corte giust., 2 febbraio 1977, C-50/76, Amsterdam Bulb, punto 33; ID., 13 luglio 1990, C-2/88, Zwartveld, punto 17; ID., 8 luglio 1999, C-186/98, Nunes e de Matos, punti 12 e 14, tutte consultabili sul sito <http://eur-lex.europa.eu>. In merito, v. anche, v. T.E. EPIDENDIO, *Diritto comunitario e diritto penale interno*, Milano, 2007, p. 15.

<sup>7</sup> Così, Corte giust., grande sez., 13 settembre 2005, C-176/03, cit., punti 47 e 48.

<sup>8</sup> Corte giust., grande sez., 13 settembre 2005, C-176/03, cit., punti 39, 51 e 53.

### 1.2. *Le ulteriori specificazioni apportate nella causa C-440/05*

Il percorso logico-argomentativo alla base della sentenza che ha annullato la decisione quadro sulla tutela penale dell'ambiente contraddistingue anche il successivo intervento della Corte di giustizia nella causa C-440/05. Nello specifico, nella vicenda in questione, l'oggetto di contestazione riguardava la decisione-quadro del Consiglio del 12 luglio 2005, 2005/667/GAI, intesa a rafforzare la cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi. Tale atto normativo, a completamento della direttiva 2005/35/CE, prevedeva l'adozione, da parte degli Stati membri, di una serie di provvedimenti correlati al diritto penale, allo scopo di rafforzare la sicurezza marittima. In questa prospettiva, in particolare, il combinato disposto delle norme appena richiamate, stabiliva la necessità di considerare reati gli scarichi di sostanze inquinanti effettuati dalle navi (v. il rinvio dell'art. 2 della decisione quadro 2005/667/GAI agli artt. 4 e 5 della direttiva 2005/35/CE), nonché di adottare, in conformità al diritto nazionale, le misure necessarie a punire il favoreggiamento, la complicità o l'istigazione nella commissione degli stessi (art. 3 della decisione quadro 2005/667/GAI). Rispetto alla decisione quadro sulla tutela penale dell'ambiente, il dato maggiormente qualificante il provvedimento normativo *de quo*, era rappresentato dalla disciplina sanzionatoria cesellata negli artt. 4-6, là dove, infatti, erano fissati, sia per le persone fisiche che giuridiche, il tipo ed il livello delle pene applicabili, in considerazione dei danni prodotti. In particolare, l'art. 4, non si limitava a precisare che la misura penale da adottare dovesse essere connotata in termini di effettività, proporzionalità e dissuasività, comprendente, almeno per i casi gravi, la sanzione privativa della libertà, ma vi aggiungeva anche l'indicazione della durata massima della stessa, la quale, appunto, doveva essere compresa tra uno e tre anni. Detto limite risultava incrementato da cinque a dieci anni nelle ipotesi in cui i reati dell'art. 2, commessi deliberatamente, avessero cagionato danni significativi ed estesi alla qualità delle acque, a specie animali o vegetali o a parti di queste e la morte o lesioni gravi a persone (art. 4, comma 4). La durata massima della pena detentiva doveva essere, invece, compresa tra due e cinque anni nel caso in cui il reato dell'art. 2 commesso deliberatamente avesse causato: a) danni significativi ed estesi alla qualità delle acque, a specie animali o vegetali o a parti di queste; b) il reato è stato commesso nell'ambito delle attività di un'organizzazione criminale ai sensi dell'azione comune 98/733/GAI del Consiglio, del 21 dicembre 1998, relativa alla punibilità della partecipazione a un'organizzazione criminale negli Stati membri dell'Unione europea, a prescindere dal livello delle sanzioni previsto in tale

azione comune (art. 4, comma 5). Un'ulteriore forbice edittale scattava, poi, nel caso di reati commessi per grave negligenza (art. 4, commi 6 e 7). A completamento della disciplina contenuta nella decisione quadro 2005/667/GAI, inoltre, erano previste una serie di disposizioni concernenti aspetti procedurali, quali la competenza giurisdizionale, la notificazione di informazioni tra gli Stati membri, la designazione di punti di contatto, l'ambito di applicazione territoriale, l'obbligo di attuazione gravante sui destinatari (artt. 7-12).

La pronuncia *de qua* ha riportato la materia regolamentata dalla decisione quadro 2005/667/GAI nel contesto del primo pilastro comunitario. Nella vicenda *sub iudice*, infatti, la Corte europea ha constatato che anche la politica comune dei trasporti si annovera tra le finalità proprie della Comunità. Più precisamente, in base all'art. 80, n. 2, TrCE, il legislatore comunitario ha la facoltà di adottare misure volte al miglioramento della sicurezza della navigazione marittima e può decidere di promuovere la tutela dell'ambiente in tale settore. In virtù di tale disposizione normativa, pertanto, ampio è il potere di cui dispone la Comunità, stante l'assenza di limitazioni ivi fissate in ordine alla natura delle disposizioni adottabili e l'applicazione analogica dell'art. 71, n. 1, TrCE, che consente di predisporre, in materia di navigazione marittima, "le misure atte a migliorare la sicurezza dei trasporti" nonché "ogni altra utile disposizione". Pertanto, sul fondamento dell'art. 80, n. 2, TrCE – prosegue la Corte di Lussemburgo – ben si sarebbero potuti adottare gli artt. 2, 3 e 5 della decisione quadro 2005/667/GAI (*id est*, la definizione dei reati, delle forme di favoreggiamento, complicità, istigazione e delle forme di responsabilità delle persone giuridiche).

In sede di motivazione – è bene precisare – i giudici di Lussemburgo hanno sintetizzato il *dictum* della pronuncia antecedente, facendone risultare il significato più perentorio dell'originale. Ivi, infatti, si passa dal riferimento all'adozione di provvedimenti da parte del legislatore comunitario "in relazione al diritto penale" alla circostanza che egli "può imporre agli Stati membri l'obbligo di introdurre tali sanzioni", ovvero sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive<sup>9</sup>. Ad ogni modo, al di là della variante linguistica utilizzata, la pronuncia in esame è valsa a perimetrare ulteriormente il dato ricavabile da quella inerente la tutela penale ambientale, precisando che la Comunità può imporre sì agli Stati membri l'obbligo di sanzionare penalmente determinati comportamenti, ma non può procedere alla determinazione del tipo e del

<sup>9</sup> Corte giust., grande sez., 23 ottobre 2007, C-440/05, cit., punto 66.

livello delle sanzioni, dal momento che ciò esula dalla sua sfera di competenza. Conseguentemente, è stata esclusa la possibilità per il legislatore comunitario di adottare disposizioni quali gli artt. 4 e 6 della decisione quadro 2005/667/GAI<sup>10</sup>.

## 2. *Le implicazioni penali delle pronunce de quibus alla luce dello stato dell'arte dell'integrazione europea*

Due sono gli spunti che, in particolare, è possibile ricavare dalle sentenze sulle quali si è concentrata l'attenzione. Il primo dato si desume dalle motivazioni addotte per annullare tanto la decisione-quadro in materia di tutela penale ambientale, quanto quella sull'inquinamento navale, e risiede su una constatazione, di per sé, ovvia. Posto che la materia ambientale – cui risulta strumentale anche la disciplina adottata nel campo della sicurezza marittima – rientra tra quelle del primo pilastro, ne consegue che per la sua regolamentazione giuridica non è corretto l'impiego, da parte degli organismi deputati alla produzione normativa comunitaria, delle decisioni-quadro, dovendosi, invece, utilizzare atti propri del diritto comunitario e, segnatamente, regolamenti o direttive. Come già detto, infatti, è la finalità ed il contenuto dell'atto che deve guidare la scelta della base giuridica dei provvedimenti da adottare nei settori di rilevanza comunitaria.

Dalle pronunce *de quibus* si ricava, tuttavia, anche un ulteriore elemento, attinente all'esplicito riconoscimento, da parte dei giudici di Lussemburgo, della possibilità che – in nome del principio di effettività – sia imposta agli Stati membri l'adozione di una forma di tutela penale. Tale affermazione non deve essere fraintesa. Perché ciò non accada, è necessario fare leva su due constatazioni. Il riferimento è, da un lato, al contenuto degli atti oggetto di annullamento da parte della Corte di giustizia e, dall'altro, alla circostanza che nelle pronunce di cui si tratta non viene direttamente in rilievo l'obbligo di fedeltà comunitaria, gravante sugli Stati membri, in virtù dell'art. 10 TrCE<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Corte giust., grande sez., 23 ottobre 2007, C-440/05, cit., punti 69-71.

<sup>11</sup> L'articolo risulta formalmente abrogato dal Trattato di Lisbona (art. 1, punto 5); il suo contenuto, in realtà, è stato interamente trasposto nell'art. 3-*bis*, par. 3, TrUE, con l'aggiunta, accanto al dovere "positivo" per gli Stati membri di adottare tutte le misure idonee ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal Trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni comunitarie, e, a quello "negativo", di astenersi dal compromettere la realizzazione degli obiettivi prefissati, dell'ulteriore precisazione secondo cui "l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati".

Quanto al primo aspetto, non bisogna dimenticare che, soprattutto nel caso della sentenza del 13 settembre 2005, il provvedimento rimesso all'esame della Corte di giustizia, ovvero la decisione quadro 2003/80/GAI si limitava, in conformità peraltro alla stessa natura dell'atto, ad armonizzare la perseguibilità penale di determinate condotte ritenute particolarmente lesive del bene ambientale. Con tale provvedimento, infatti, venivano semplicemente poste, a livello europeo, alcune condizioni minimali per la salvaguardia dell'ambiente, le quali dovevano ricevere uniforme applicazione negli ordinamenti nazionali che ne erano i destinatari. Al riguardo, la decisione quadro impugnata nulla definiva in merito alle concrete sanzioni penali da comminare, se non il fatto che queste, rimesse alla scelta degli Stati membri, dovessero essere "effettive, proporzionate e dissuasive", comprendenti – com'è ovvio nei casi più gravi – "pene privative della libertà che possono comportare l'extradizione". È questo, dunque, il contenuto che ha in mente la Corte di giustizia quando riconosce che, vertendosi della materia ambientale, non è corretta la base giuridica prescelta dal Consiglio per la sua regolamentazione.

Tale assunto risulta ancora più evidente se si passa ad analizzare la successiva pronuncia della Corte europea del 23 ottobre 2007. In questo caso, infatti, proprio perché la direttiva impugnata introduceva disposizioni fin troppo dettagliate sulla cornice sanzionatoria da adottare in relazione ai comportamenti derivanti dall'inosservanza delle norme comunitarie in materia di sicurezza marittima, idonei a cagionare danni particolarmente gravi all'ambiente, la Corte di Lussemburgo puntualizza che è esclusa per il legislatore comunitario la possibilità di intervenire per determinare "il tipo ed il livello delle sanzioni penali applicabili".

Per effetto dell'annullamento delle predette decisioni quadro, dunque, la corretta base normativa di simili interventi doveva essere ricercata nel contesto del primo pilastro comunitario. Dal momento che la Comunità non ha una competenza penale diretta, è chiaro che una regolamentazione giuridica del tipo di quella che veniva richiesta non poteva essere espletata con atti direttamente vincolanti, quali i regolamenti, bensì, necessariamente, doveva reggersi su direttive comunitarie, le quali, come noto, pongono, nei confronti degli Stati membri, unicamente obblighi di risultato. La scelta della direttiva, del resto, non costituisce una forma di indebita invasione del diritto penale nazionale da parte delle istituzioni comunitarie, in quanto, comunque, gli ordinamenti interni, nel rispetto del principio della riserva di legge, conservano il potere di scegliere il tipo e la misura della sanzione penale applicabile ai fatti comunitariamente qualificati come reati, sempre che queste siano proporzionate, ef-

fettive e dissuasive rispetto alle finalità poste dalla direttiva medesima<sup>12</sup>.

Ad un attento esame, peraltro, un intervento del genere si aggancia all'orientamento consolidato della giurisprudenza comunitaria in punto di obblighi di tutela. Con le pronunce *de quibus*, infatti, non è in gioco l'obbligo di fedeltà comunitaria e, segnatamente, l'obbligo di regolare penalmente una determinata materia da parte dei singoli ordinamenti nazionali<sup>13</sup>. Diversamente, la prospettiva presa in considerazione è quella delle istituzioni comunitarie deputate alla produzione normativa, che possono definire a grandi linee i comportamenti meritevoli di essere sanzionati penalmente nei singoli Stati membri, fermo restando che, a quest'ultimi, spetta, in stretta corrispondenza alla tipologia dell'atto utilizzato per avanzare tale richiesta (direttive), l'adozione delle indispensabili misure concrete<sup>14</sup>. Da qui, il rilievo della Corte di giustizia secondo cui l'incompetenza penale diretta della Comunità non è ostacolo al fatto che la stessa possa assumere "provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri". Si tratta di ipotesi, che, per come si articolano nella realtà pratica, non valgono ad eliminare totalmente la discrezionalità del legislatore nazionale, tanto da far sembrare la risposta di quest'ultimo come "necessitata" in relazione all'input comunitario di tutela. Il vincolo per il titolare del monopolio normativo penale in ambito nazionale, infatti, è sempre quello di predisporre una tutela adeguata, ovvero di allestire – nel settore indicato dalla normativa comunitaria – una protezione penale "minimale"; di conseguenza, spetta al legislatore nazionale l'eventuale concreta costruzione di fattispecie incriminatrici, nonché, soprattutto, la determinazione della natura e dell'entità delle sanzioni da comminare. In altre, parole l'esistenza a monte di un vincolo comunitario di tutela, anche ove attesti l'impiego di una forma di reazione sul piano penale, non esclude la possibilità che, in ambito interno, siano impiegate

<sup>12</sup> E. APRILE, *Diritto processuale penale europeo e internazionale*, Padova, 2007, p. 105.

<sup>13</sup> In senso critico, sul mancato ricorso all'art. 10 TrCE, v. C.HAGUENAU-MOIZARD, *Vers une harmonisation communautaire du droit pénal?*, cit., p. 382; H.LABAYLE, *L'ouverture de la jarre de Pandore, réflexions sur la compétence de la Communauté en matière pénale*, cit., p. 411.

<sup>14</sup> G. GRASSO, *La protezione degli interessi finanziari comunitari nella prospettiva della formazione di un diritto penale europeo*, in *Criminalia*, 2006, p. 106, ritiene troppo riduttivo determinare i comportamenti da sottoporre a sanzione, senza nulla prevedere in ordine alla natura o alla misura delle sanzioni stesse, in quanto l'obiettivo di volta in volta perseguito può essere compromesso da un'eccessiva disparità di livelli sanzionatori, pur in presenza della comune previsione dell'illiceità di certi comportamenti. In argomento, più recente, v. lo stesso G. GRASSO, *Introduzione: diritto penale ed integrazione europea*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 70 ss.

te anche strumenti extrapenalici, né ostacola una eventuale riconsiderazione, da parte del legislatore nazionale, delle scelte normative, in un primo momento adottate. Questo punto – dato in questa sede come acquisito – verrà chiarito di qui a breve, in relazione all'analisi dei rimedi tramite cui si può far fronte alle violazioni della disciplina comunitaria, che, infatti, per come sono configurati non sono in grado di determinare la sostituzione delle disposizioni comunitarie violate alle mancanti o difformi previsioni adottate in ambito nazionale.

Dunque, se questo è il corretto significato che deve ricondursi alla discussa sentenza della Corte di giustizia del 13 settembre 2005, anche alla luce delle precisazioni in seguito fornite nella pronuncia del 23 ottobre 2007, appare evidente come le deduzioni da essa tratte, soprattutto ad opera della Commissione europea, vadano ben oltre la sua portata applicativa. Subito dopo la statuzione resa nella causa C-176/03, infatti, il ragionamento della Corte di giustizia – strettamente limitato alla materia penale ambientale – era stato ulteriormente sviluppato dalla comunicazione della Commissione COM(2005) 583 def. del 23 novembre 2005, indirizzata al Parlamento europeo e al Consiglio<sup>15</sup>. Nello specifico, attraverso tale intervento, la Commissione ha spinto in avanti il ragionamento dei giudici di Lussemburgo, giungendo a prospettare la legittimità di interventi normativi in materia penale nell'ambito del primo pilastro, in relazione ad ogni area di competenza comunitaria potenzialmente interessata e, quindi, non soltanto in ambito ambientale. In altri termini, la Commissione, con la comunicazione *de qua*, ha inteso la pronuncia della Corte europea alla stregua di una sentenza di principio, in grado di travalicare ampiamente la materia specifica da cui è originata, dal momento che il medesimo ragionamento su cui essa poggia le proprie fondamenta può ben applicarsi per intero anche alle altre politiche comuni e alle libertà comunitarie (libertà di circolazione delle persone, delle merci, dei servizi, dei capitali), ove, appunto, l'adozione di misure penali consone si riveli necessaria per “lottare contro gravi inadempienze all'attuazione degli obiettivi della Comunità”, nonché “per garantire la piena efficacia di una politica comunitaria e il buon funzionamento di una libertà”<sup>16</sup>. Nell'interpretazione della sentenza della Corte di giustizia del

<sup>15</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio in merito alle conseguenze della sentenza 13 settembre 2005 della Corte C-176/03, Commissione c. Consiglio del 23 novembre 2005, in <http://eur-lex.europa.eu>; in argomento v. anche M. MIRABILE, *Verso un nuovo diritto penale europeo: la Comunicazione 23 novembre 2005, COM (2005) 583, Final, della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1934 ss.

<sup>16</sup> Comunicazione della Commissione, cit., punti 7 e 8.

13 maggio 2005 data dalla Commissione, rimane fermo, comunque, il fatto che il legislatore può avvalersi degli strumenti propri del diritto penale alla condizione che tale ricorso risulti, altresì, coerente con il quadro d'insieme europeo, evitando disposizioni penali sparse e disparate e soprattutto che gli Stati membri e le persone interessate si trovino soggette ad obblighi contraddittori<sup>17</sup>. In pratica, al legislatore comunitario sarebbe riconosciuta una competenza in materia di definizione delle fattispecie incriminatrici, del tipo di sanzioni, delle altre "misure accessorie" al diritto penale, ma sempre nel pieno rispetto del principio di sussidiarietà e di proporzionalità dell'intervento comunitario.

Sul punto, però, ben diverso è stato l'atteggiamento assunto dal Parlamento europeo che, difatti, nella sua relazione dell'8 maggio 2006, invitava a non estendere automaticamente le conclusioni della Corte di giustizia ad ogni altra possibile materia del primo pilastro, riaffermando l'urgenza di iniziare, in base all'art. 42 TrUE, la procedura diretta ad includere la cooperazione giudiziaria di polizia in materia penale nel pilastro comunitario, il solo in grado di assicurare le condizioni per adottare disposizioni europee nel pieno rispetto del principio democratico, di efficacia decisionale e sotto il controllo giurisdizionale adeguato<sup>18</sup>. D'altra parte, la stessa sentenza della Corte di giustizia di cui si discuteva consentiva di considerare annullato solo l'atto che è stato impugnato e non altri. Nella relazione del Parlamento europeo, peraltro, l'attenzione veniva focalizzata su un aspetto, successivamente ripreso dalla sentenza della Corte di giustizia del 23 ottobre 2007, in materia di inquinamento delle navi. Il riferimento è alla questione se, le disposizioni penali eventualmente adottate nell'ambito del primo pilastro devono limitarsi all'incriminazione di una condotta o possono arrivare a definire anche il tipo ed il livello delle sanzioni. Nella prospettiva del Parlamento europeo, il diritto comunitario potrebbe sì sancire la rilevanza penale di certi comportamenti, ma deve lasciare spazio alla competenza degli Stati membri per ciò che riguarda concretamente l'individuazione e l'applicazione delle sanzioni, in quanto non sussiste, al riguardo, alcuna corrispondente base giuridica. Ciò induce, pertanto, tale organismo istituzionale, a salutare con favore l'affermazione di una possibile,

<sup>17</sup> Comunicazione della Commissione, cit., punti 12 e 13.

<sup>18</sup> Relazione A6-0172/2006 del Parlamento europeo sulle conseguenze della sentenza della Corte del 13 settembre 2005, C-176/2003, Commissione c. Consiglio, in *www.europarl.europa.eu*, punti 2-4. Più in generale, sul rimedio offerto dalla c.d. "norma passerella" di cui all'art. 42 TrUE, v. il rapporto della *House of Lords* sulla competenza penale della Comunità europea, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, p. 213 ss., nonché A. BERNARDI, *La competenza penale europea secondo la House of Lords*, *ivi*, p. 196 ss.

ancorché parziale, competenza penale della Comunità europea, “quando questa si accompagni ad una chiara determinazione dei suoi presupposti e della sua portata”. Sulla base di tali rilievi, in particolare, il Parlamento europeo ritiene che, in ambito comunitario, il legislatore nazionale debba limitare il ricorso alle sanzioni penali ai soli casi in cui ciò si riveli indispensabile e necessario per la protezione di: 1) diritti e libertà dei cittadini e altre persone (quali la lotta contro il traffico di esseri umani e la lotta contro comportamenti razzisti o gravemente discriminatori); 2) interessi essenziali dell’Unione, tra cui i suoi interessi finanziari o la lotta alla falsificazione dell’euro<sup>19</sup>. In questo modo, pertanto, il diritto comunitario può prevedere solo regole minime, sotto forma di direttive, per l’adozione di sanzioni penali da parte degli Stati membri, sebbene, in taluni casi, è opportuno inquadrare l’azione degli Stati membri, precisando espressamente i comportamenti che fanno scattare un’incriminazione penale e/o il tipo di sanzioni applicabili e/o altre misure correlate al diritto penale che siano specifiche di un dato settore<sup>20</sup>.

Siffatta linea interpretativa è stata fatta propria e, al contempo, corretta nel suo significato, dalla successiva pronuncia della Corte di giustizia del 23 ottobre 2007, nella causa C-440/05. In termini rigidi, infatti, l’organo di giustizia comunitario ha sancito che, per quanto riguarda la determinazione del tipo e del livello delle sanzioni penali applicabili, “questa non rientra nella competenza della Comunità”.

### 3. “Forme” e “contenuti” degli input normativi di penalizzazione di fonte sovranazionale

Che la portata enfaticamente attribuita alle pronunce in esame debba essere più correttamente “contenuta” emerge con evidenza una volta che, sulla base di un approccio di tipo realistico, si allarga il piano di indagine fino a considerare la diversa tipologia di atti che, di regola, sono impiegati per veicolare le richieste comunitarie di tutela entro i confini nazionali<sup>21</sup>. Come si è già avuto modo di rilevare, siffatte indicazioni emergono sia nel contesto del c.d. primo pilastro, ovvero nel pilastro propriamente comunitario, che nel settore

<sup>19</sup> Relazione del Parlamento europeo, cit., punto 5.

<sup>20</sup> Relazione del Parlamento europeo, cit., punto 15.

<sup>21</sup> Definisce il settore normativo comunitario una “*patchwork-structure*”, W. PERRON, *Perspectives of the harmonization of criminal law and criminal procedure in the European Union*, in E.J. HUSABØ, A. STRANDBAKKEN (a cura di), *Harmonization of criminal law in Europe*, Antwerpen-Oxford, 2005, p. 13.

della cooperazione giudiziaria e di polizia (c.d. terzo pilastro). Nello specifico, in relazione al diritto comunitario *stricto sensu*, sono i regolamenti e le direttive comunitarie a costituire il principale veicolo normativo; diversamente, nel terzo pilastro, il riferimento è da intendersi alle convenzioni, agli accordi quadro, nonché all'eventuale adozione di posizioni comuni e di decisioni (art. 34 TrUE)<sup>22</sup>. Si tratta di un rilievo che non è privo di importanza, posto che alla diversa tipologia degli atti summenzionati è ricollegata una differente operatività. Mentre i regolamenti e le direttive dettagliate c.d. *self executing* sono in grado di creare vincoli diretti per l'ordinamento nazionale, trattandosi di provvedimenti immediatamente applicabili al suo interno, nelle restanti ipotesi, perché tale effetto si realizzi, vi è necessità di un atto di ricezione formale e, quindi, dell'intervento mediato del legislatore nazionale.

A seconda dell'efficacia degli atti in questione, dunque, è suscettibile di atteggiarsi in modo diverso anche il rapporto di compatibilità della produzione normativa sovranazionale con il principio della riserva di legge in campo penale. In particolare, non crea alcun problema la richiesta della Comunità, rivolta ai singoli Stati membri, di apprestare una determinata tutela penale, effettuata attraverso l'impiego di atti non vincolanti, quali le raccomandazioni e i pareri di cui all'art. 249 TrCE. Tali atti normativi, infatti, non pongono alcun obbligo di risultato, ma lasciano il legislatore libero di uniformarsi alle "esorazioni" europee, senza il rischio di incorrere, in caso mancato adeguamento, nell'avvio di un procedimento per infrazione.

Il discorso si complica riguardo alle fonti comunitarie dotate di efficacia vincolante quanto all'intero contenuto (regolamenti, decisioni) oppure soltanto in relazione allo scopo di tutela da raggiungere (direttive). Non è infrequente, che proprio tali atti siano largamente impiegati per richiedere agli Stati aderenti all'organizzazione comunitaria un rafforzamento del quadro penale di repressione delle violazioni della disciplina sovrastatale. *Prima facie*, un simile modo di operare sembra porsi in attrito con la *ratio* di garanzia sottostante alla riserva di legge, venendo ad intaccare la valutazione discrezionale del legislatore nazionale sulle scelte di penalizzazione. In realtà, l'incompetenza

<sup>22</sup> In merito alla tipologia dei provvedimenti che possono essere adottati nell'attività di cooperazione di polizia e giudiziaria, tuttavia, proprio per effetto della "comunitarizzazione" di tale settore, disposta dal Trattato di Lisbona, per il futuro, viene a sparire la categoria delle decisioni quadro (attuale articolo 34, n. 2, lett. b, TrUE); al suo posto, è, infatti, prevista l'emanazione di regolamenti (ciò accade, ad esempio, nel settore della lotta al terrorismo, nelle questioni riguardanti Eurojust e la Procura europea, v. artt. 69 D, 69 E, 69 G, TrUE) e di direttive.

penale della Comunità fa sì che le richieste di protezione eventualmente incidenti sulla materia penale, anche se contenute in atti dotati di efficacia diretta, quali i regolamenti comunitari, si limitano, per lo più, a prescrizioni di carattere generale che, come tali, richiedono, necessariamente, ai fini della loro applicazione pratica in ambito nazionale, l'intervento del legislatore interno. Nella maggior parte dei casi, infatti, una simile richiesta, si sostanzia in una mera domanda di protezione adeguata. Così accade, ad esempio, in relazione al regolamento CE n. 562/2006, del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (c.d. "codice frontiere Schengen"). Nello specifico, l'art. 4, comma 3, del regolamento *de quo*, sul piano sanzionatorio, si limita a rimettere agli Stati membri – a norma della rispettiva legislazione nazionale – l'imposizione delle sanzioni in caso di attraversamento non autorizzato delle frontiere esterne al di fuori dei valichi di frontiera e degli orari di apertura stabiliti, le quali devono essere "effettive, proporzionate e dissuasive". Al di là di questa specificazione, l'atto normativo in questione, tuttavia, non menziona in modo alcuno il carattere penale che, eventualmente, devono avere le forme di reazione attivate in caso di violazione; nel rispetto di tali requisiti, pertanto, il legislatore nazionale è libero di optare anche per forme di protezione extrapenali. Un ulteriore esempio può essere rintracciato nell'art. 25 del Regolamento CE n. 2371/2002 del Consiglio del 20 dicembre 2002, relativo alla conservazione e allo sfruttamento sostenibile delle risorse nell'ambito della politica comune della pesca. Detta norma, in particolare, sancisce che, in caso di inosservanza delle norme comunitarie, gli Stati membri garantiscono che siano prese adeguate misure, compreso l'avvio di procedure amministrative o penali, contro le persone fisiche o giuridiche responsabili. Si tratta di misure che, secondo le pertinenti disposizioni legislative nazionali, devono essere in grado di privare effettivamente i responsabili della violazione eventualmente commessa del beneficio economico derivante dall'infrazione o, comunque, devono poter produrre effetti proporzionati alla gravità degli illeciti, tali da fungere da deterrente per ulteriori infrazioni dello stesso tipo, comprendenti, in chiave alternativa, la comminazione di pene pecuniarie, il sequestro dei mezzi utilizzati, nonché la sospensione o il ritiro della licenza (art. 25, commi 1-3). Atteso ciò, sebbene il Consiglio stabilisca, in base all'elenco ivi riportato, una serie di sanzioni che gli Stati membri debbono applicare alle violazioni gravi, secondo la definizione del regolamento CE n. 1447/1999, ancora una volta, è lasciata impregiudicata la possibilità per gli Stati membri di avvalersi di mezzi di tutela anche non di carattere

penale (comma 4). Ciò che conta realmente è che le risposte configurate in ambito nazionale siano in grado di prevenire le irregolarità nelle operazioni di pesca, ovvero di reprimere quest'ultime, ove, di fatto, si siano verificate. In sostanza, in caso di infrazione della normativa comunitaria, deve seriamente esistere il rischio di vedersi infliggere sanzioni adeguate<sup>23</sup>.

Sulla base di tali rilievi appare evidente che, anche quando potenzialmente l'ordinamento comunitario potrebbe direttamente incidere sulla regolamentazione penale interna, con propri atti normativi, in pratica, l'atteggiamento concretamente assunto rimarca una certa cautela, dal momento che non si rinviene, per l'esercizio di tale potere, alcun fondamento giuridico.

### 3.1. *Le attuali tendenze legislative emergenti in sede comunitaria*

Al di là dell'aspetto appena evidenziato, per la verità, non mancano situazioni in cui il condizionamento delle istituzioni europee sulle opzioni di criminalizzazione interne risulta, per lo meno in apparenza, maggiormente incisivo. Il riferimento è alla tendenza che ha iniziato a farsi strada di recente sul fronte della produzione normativa di matrice europea, proprio sulla scia della statuzione resa dalla Corte di giustizia nella nota causa C-176/03, consistente nella predisposizione di atti legislativi – segnatamente proposte di direttive – coarctanti il legislatore nazionale sul piano penale. Si tratta – è bene precisare – di atti *in fieri*, ovvero di proposte legislative non ancora approvate in via definitiva dalle competenti istituzioni europee, che, come tali, esulano, dal diritto comunitario effettivamente vigente, ma i cui riflessi non possono non essere tenuti in considerazione. Si pensi, per fare un esempio tangibile, alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 aprile 2006, COM(2006)168), relativa alle “misure penali” per assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale<sup>24</sup>. Come si evince dal Preambolo, detta proposta

<sup>23</sup> In relazione al previgente regolamento CE n. 2847/93, v. Corte giust., 12 luglio 2005, C-304/02, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese, in <http://eur-lex.europa.eu>, punto 37; in dottrina, v. M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *La suma a tanto alzado en el procedimiento por inejecución del Derecho Comunitario. Especial referencia a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 2005: Asunto C-304/02*, in *Revista española de derecho europeo*, 2006 p. 437 ss. In senso ancora più incisivo, v. Corte giust., sez. V, 25 aprile 2002, C-418/00 e 419/00, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese, in <http://eur-lex.europa.eu>, la quale, nel ritenere non proporzionate alla gravità delle infrazioni le sanzioni di carattere amministrativo prese, implicitamente, sembra riconoscere come “adeguate” soltanto sanzioni penali.

<sup>24</sup> In relazione a tale provvedimento normativo, in data 25 aprile 2007, è intervenuto il

mira ad arginare un fenomeno in costante crescita, disfunzionale per il mercato interno e, spesso, in stretta connessione con attività criminali organizzate su grande scala; da qui, l'imprescindibilità dell'adozione di sanzioni penali per rafforzare e migliorare la lotta alla contraffazione e alla pirateria, in aggiunta alle misure, alle procedure e ai mezzi di natura civile e amministrativa, già previsti dalla direttiva 2004/48/CE. Più nel dettaglio, l'art. 3 del provvedimento in parola, impone agli Stati membri di qualificare come reato qualsiasi violazione intenzionale di un diritto di proprietà intellettuale commessa su scala commerciale, o anche il tentativo di violazione, la complicità e l'istigazione. Il successivo art. 4, invece, concerne, la natura delle sanzioni che devono essere comminate. La disposizione normativa appena richiamata, oltre alle pene detentive per le persone fisiche, le quali, nel caso di reati commessi nell'ambito di una organizzazione criminale o che comportano un rischio per la salute o la sicurezza delle persone, non possono risultare inferiori ai quattro anni di reclusione (art. 5, comma 1), prevede una serie di sanzioni che vanno applicate anche alle persone giuridiche (ammende, confisca dell'oggetto, degli strumenti utilizzati e dei prodotti originati dai reati o dei beni il cui valore corrisponde a tali prodotti). A ciò si aggiunge, l'imposizione per gli Stati membri dell'obbligo di provvedere, ove si ritenga opportuno, alla fissazione di sanzioni ulteriori, quali la distruzione dei beni che violano la proprietà intellettuale, la chiusura totale o parziale dello stabilimento usato per commettere la violazione, l'interdizione dall'esercizio delle attività commerciali, la liquidazione giudiziaria, l'esclusione dal godimento di benefici e aiuti pubblici, la pubblicazione delle decisioni giudiziarie. Per le persone fisiche o giuridiche responsabili dei reati di cui all'art. 3, inoltre, la proposta di direttiva precisa che le sanzioni comprendono ammende penali o non penali con un massimo non inferiore a 100.000 euro per i casi meno gravi e un massimo non inferiore a 300.000 euro per quelli commessi nell'ambito di un'organizzazione criminale o comportanti un rischio per la salute o la sicurezza delle persone (art. 5, comma 2). Da ultimo, l'art. 7, comma 1, riconosce la necessità di assicurare che "mediante misure penali, civili e procedurali, il ricorso abusivo a minacce di sanzioni penali possa essere vietato e soggetto a sanzioni".

Nel contesto europeo – è bene precisare – un simile modo di operare non

parere – in prima lettura – del Parlamento europeo che ha approvato la proposta della Commissione, così come emendata. A ciò ha fatto seguito, in data 12 luglio 2007, il parere del Comitato economico e sociale europeo (CESE); la proposta, successivamente, è ritornata all'esame del Parlamento e del Consiglio, ove risulta ancora pendente.

risulta del tutto isolato. A tale riguardo, infatti, è possibile richiamare anche la proposta di direttiva COM (2007) 51, adottata dalla Commissione il 9 febbraio 2007, contenente una serie di norme incriminatrici e di sanzioni penali, volte ad armonizzare il diritto penale nel campo dei reati gravi contro l'ambiente, la quale, in particolare, ha provveduto ad aggiornare le indicazioni specificamente contenute nella sentenza della Corte di giustizia del 13 settembre 2005<sup>25</sup>. Come già ricordato, in questo caso, si perviene all'istituzione di un elenco minimo di reati ambientali, nonché al ravvicinamento del livello delle sanzioni irrogabili sia alle persone fisiche che giuridiche. Sempre nella stessa direzione è possibile richiamare la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 maggio 2007, COM(2007) 249, la quale, per contrastare l'immigrazione illegale stabilisce sanzioni e provvedimenti comuni applicabili negli Stati membri nei confronti dei datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi soggiornanti illegalmente sul territorio dell'Unione europea. Nello specifico, sulla premessa che le sanzioni finanziarie contemplate nell'art. 6 possono non costituire un forte deterrente per alcuni datori di lavoro, risulta ivi prevista l'introduzione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive (artt. 11-13).

In dottrina, in riferimento all'inclinazione riscontrata nelle recenti proposte di direttiva non si è esitato a parlare di "*nouvelle vague*", prefigurando in questo nuovo tipo di approccio "la competenza della Comunità a disporre diretti (e variamente configurati in termini di intensità vincolante) 'obblighi di penalizzazione', che troverebbero la propria legittimazione (in un'ottica prettamente funzionalista da sempre cara alla Commissione) nel fisiologico collegamento con l'azione complessiva della Comunità in un dato settore"<sup>26</sup>. Una simile affermazione richiede, tuttavia, di essere meglio circostanziata. Indubbiamente, è significativo il fatto che, pur in assenza di una autonoma potestà normativa in campo penale, nondimeno, *de iure condendo*, a livello comunitario, vengano elaborati progetti normativi che si spingono a realizzare in tale settore, sulla base di minute indicazioni, un'armonizzazione di fattispecie incriminatrici e di sanzioni punitive, prerogative, queste, tradizionalmente rimesse

<sup>25</sup> Detta proposta è ancora al vaglio del Consiglio e del Parlamento europeo, i quali devono procedere alla sua adozione secondo la procedura di codecisione. Sull'atto normativo in questione, in data 26 settembre 2007, è intervenuto il parere del Comitato economico e sociale europeo (CESE), dopo un previo esame della proposta da parte della sezione specializzata "Agricoltura, sviluppo rurale, ambiente".

<sup>26</sup> R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005, p. 204 ss.

alle scelte del legislatore nazionale. Il dato che induce a riflettere è proprio il fatto che l'armonizzazione *de qua* viene ricercata non attraverso lo strumento a ciò più consono, ovvero le decisioni-quadro e, quindi nei settori predeterminati del terzo pilastro, bensì attraverso proposte di direttive dal contenuto particolarmente dettagliato che, ove venissero approvate in via definitiva, potrebbero avere efficacia diretta nell'ordinamento nazionale, a prescindere da un atto di ricezione formale. Anche a non voler attribuire alle proposte di direttiva in precedenza richiamate natura autoapplicativa, è chiaro che, in tali situazioni, comunque, la discrezionalità del legislatore risulterebbe fortemente compressa. Al di là del margine di manovra in taluni casi "concesso" – si pensi alla specificazione delle condotte da sanzionare richiesta dalla proposta di direttiva in materia di proprietà intellettuale – il titolare del monopolio normativo penale nelle rimanenti ipotesi prese in considerazione, in pratica, si vede sottratta o, comunque, "contenuta" la propria prerogativa sulla valutazione della meritevolezza e della necessità dell'intervento punitivo, così come, in alcune situazioni, anche la stessa considerazione del *quantum* di pena da applicare.

### 3.2. *Le perplessità connesse al modus operandi delle istituzioni europee*

La tecnica normativa di cui si discute è criticabile sotto diversi profili, a partire dal fatto che le richieste di intervento penale promanano da organi – quali il Consiglio e la Commissione europea – privi della necessaria rappresentatività democratica diretta, in quanto costituiti da mandatari dei singoli governi nazionali<sup>27</sup>. Quest'ultimi, nel momento in cui partecipano alla produzione normativa comunitaria, in pratica, legiferano senza essere sottoposti alle procedure di controllo parlamentare proprie dei processi decisionali nazionali e senza che, in ambito europeo, siano stati introdotti meccanismi equivalenti<sup>28</sup>. Vi è di più: non sempre le decisioni del Consiglio sono assunte all'unanimità, per cui può ben accadere che all'interno dei confini nazionali di uno Stato membro possano trovare applicazione atti normativi – tipico è l'esempio dei regolamenti dotati di efficacia diretta – che non sono stati votati dai propri mi-

<sup>27</sup> Sull'esigenza di assicurare un più elevato standard di democraticità nei processi decisionali europei, v. G. DE FRANCESCO, *Le sfide della politica criminale: "integrazione" e sviluppo dei sistemi repressivi, nel quadro dell'internazionalizzazione della tutela penale*, in L. FOFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, Milano, 2006, p. 50.

<sup>28</sup> S. GOZI, *Il governo dell'Europa*, 3ª ediz., Bologna, 2006, p. 22.

nistri componenti tale consesso. La preoccupazione appena riferita, peraltro, è destinata a prendere ancora più corpo, posto che, con il Trattato di Lisbona, sono state ulteriormente incrementate le ipotesi di deliberazione a maggioranza qualificata da parte del Consiglio.

Complessivamente, dunque, nell'esercizio della funzione normativa comunitaria risulta piuttosto marginale il coinvolgimento del Parlamento europeo, ovvero dell'unico organo direttamente rappresentativo della cittadinanza dell'Unione<sup>29</sup>. Ciò si verifica anche nel caso dell'impiego della procedura c.d. di codecisione, ove, infatti, non sembra del tutto corretta l'impostazione volta ad assegnare all'organo parlamentare europeo addirittura un ruolo di "co-legislatore". Se, indubbiamente, rispetto all'assetto originario dell'ordinamento comunitario si è avviato un lento, ma, comunque, progressivo processo di democraticizzazione delle istanze decisionali, si è ancora lontani dal poter ritenere pienamente rispettato il principio di legalità. Allo stato attuale, infatti, l'*iter* della codecisione non è in grado di fornire, per diverse ragioni, le stesse garanzie procedurali della riserva di legge. In particolare, il meccanismo disciplinato dall'art. 251 TrCE non conferisce al Parlamento europeo alcun potere di iniziativa legislativa, né, tanto meno, consente di giungere all'adozione di un determinato atto normativo sulla base di un ampio confronto tra le forze politiche della maggioranza e dell'opposizione. Più semplicemente, la procedura di codecisione si limita a richiedere una conformità di vedute del Parlamento e del Consiglio riguardo ai progetti normativi presentati dalla Commissione, prevedendo, in caso di disaccordo, la convocazione di un comitato di conciliazione, al fine di raggiungere un punto di vista unitario. In pratica, al Parlamento europeo è attribuito un mero potere di ostruzione dell'attività delle altre due istituzioni, dal momento che, se non viene raggiunto alcun accordo, la procedura legislativa si conclude senza l'adozione dell'atto proposto. Il Trattato di Lisbona, che pure è intervenuto sul punto, non ha introdotto modifiche di rilievo. Rispetto al passato, infatti, con tale documento normativo, la procedura di codecisione – ridenominata "procedura legislativa ordinaria" – è estesa, tra gli altri, ai settori dell'immigrazione legale, della cooperazione giudiziaria in materia penale (Eurojust, prevenzione della criminalità, ravvicinamento delle norme penali, infrazioni e sanzioni), della cooperazione di polizia (Europol), oltre che a determinate disposizioni della politica commerciale e della politica agricola comune. Ai sensi del nuovo art. 249 A, in particolare, essa consiste nell'adozione congiunta di un regolamento, di una

<sup>29</sup> P. VELTEN, *Diritto penale europeo*, cit., p. 129.

direttiva o di una decisione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio su proposta della Commissione, secondo quanto indicato dal successivo art. 251, cui poi dovranno fare seguito le misure di diritto adottate dagli Stati membri, necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione (art. 249 C). Nella sostanza, quindi, al Parlamento europeo continua ad essere rimessa una forma di controllo "successiva" sulla produzione normativa comunitaria, la cui iniziativa spetta esclusivamente alla Commissione.

A far dubitare della reale effettività del procedimento legislativo in parola è poi un'ulteriore circostanza. Il Trattato di Lisbona prevede, infatti, con riferimento al settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, che, qualora un membro del Consiglio ritiene che un progetto di direttiva possa incidere "su aspetti fondamentali del suo ordinamento giudiziario penale", lo stesso può bloccare la fase decisionale e rimettere la questione al Consiglio europeo, rallentando, in questo modo, la procedura di voto, fino addirittura a poterla paralizzare del tutto (artt. 69 A, comma 3, 69 B, comma 3, 69 E, comma 2, 69 F, comma 3, TFUE). Ad ogni modo, entro quattro mesi, il Consiglio europeo, se riuscirà a ottenere l'unanimità, rinverrà il progetto al Consiglio che riprenderà l'*iter*, ponendo così fine alla sospensione della procedura legislativa ordinaria. Nel caso di contrasti tra Governi si aprirà, invece, un doppio scenario: se almeno nove Stati sono d'accordo sul progetto, questi potranno andare avanti attraverso il ricorso alla cooperazione rafforzata; nel caso di un consenso di minore ampiezza, invece, il progetto sarà archiviato. Anche in questo caso il rischio, quindi, è quello per cui le opzioni penali che incontrano il favore di "pochi" Stati membri (è sufficiente l'approvazione soltanto di nove dei ventisette Stati che compongono l'Unione) potranno alla fine risultare operative anche in ordinamenti nazionali che non hanno minimamente condiviso le scelte adottate.

Parimenti, non sposta di molto la questione, il preteso maggiore coinvolgimento nelle procedure legislative comunitarie dei singoli Parlamenti nazionali, presentato come uno dei punti di forza del nuovo Trattato di Lisbona<sup>30</sup>. Nello specifico, è previsto che sulle proposte e sulle iniziative legislative presentate nel campo della cooperazione giudiziaria e di polizia, i Parlamenti nazionali vigilino sul rispetto del principio di sussidiarietà, conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità (art. 61 B TFUE), allegato allo stesso Trattato. Secondo tale principio, in pratica, nei

<sup>30</sup> Vedi M.C. BARUFFI, *Rafforzato il principio di sussidiarietà: protagonisti i parlamenti nazionali*, in *Guida dir, Dir. comunitario e internazionale*, suppl. n. 6, 2007, p. 15 ss.

settori che non sono di sua esclusiva competenza, l'Unione europea interviene soltanto quando la sua azione è considerata più efficace di quella intrapresa a livello nazionale. A tale riguardo, dunque, ogni Parlamento nazionale, può rendere noti i motivi per cui, a suo avviso, una proposta non risulta rispettosa del principio di cui si tratta. Ove si verifichi in concreto una simile ipotesi, prende avvio un meccanismo che si articola in due fasi. Più precisamente, se un terzo dei Parlamenti nazionali ritiene che una proposta non sia conforme al principio di sussidiarietà, la Commissione dovrà riesaminarla e potrà decidere di mantenerla, modificarla o ritirarla; diversamente, se la maggioranza dei Parlamenti nazionali condivide questa opinione e la Commissione decide comunque di mantenere la propria proposta, viene avviata una procedura specifica. L'organo titolare della potestà normativa comunitaria, a questo punto, infatti, dovrà esporre le sue motivazioni e spetterà quindi al Parlamento europeo e al Consiglio decidere se proseguire o meno la procedura legislativa. Com'è evidente, dunque, anche questa forma di controllo non intacca in alcun modo la titolarità dell'iniziativa legislativa in ambito europeo e finisce per risolversi, ancora una volta, in una forma di controllo susseguente sulla produzione normativa comunitaria, la cui decisione in via definitiva è rimessa al Parlamento europeo e al Consiglio.

Ulteriori perplessità sono ricollegati all'opzione, contenuta nelle proposte di direttiva precedentemente esaminate di fissare parametri edittali rigidi che, in effetti, possono consentire sì la realizzazione dell'armonizzazione ricercata, ma dietro il rischio di sacrificare il principio di proporzione che deve presiedere alle scelte sanzionatorie in ambito nazionale. Per come sono configurate, infatti, le soglie di pena indicate a livello comunitario, si pongono come requisiti minimi per il successivo intervento di concretizzazione del legislatore nazionale, il quale, però, nel conformarsi ai vincoli europei, rischia di risultare incoerente con il sistema sanzionatorio interno. Non bisogna dimenticare che i costruendi atti normativi sono strutturati in termini di direttive comunitarie, per cui, se è vero che lasciano libertà di forme in merito al mezzo da utilizzare, nondimeno deve essere assicurato l'obiettivo finale che, nei casi esaminati, non si assesta sulla generica richiesta di apprestare una tutela effettiva, ma si spinge fino ad esigere una precisa presa di posizione di ciascuno Stato membro in ambito penale.

Le incongruenze che, per effetto degli atti in questione potrebbero derivare sul piano interno, non attengono esclusivamente al canone della proporzionalità. Induce a riflettere, infatti, anche la circostanza che tali proposte spesso contengono l'affermazione dell'obbligo degli Stati di assicurare la punibilità

del tentativo o della partecipazione o dell'istigazione alla realizzazione consorsuale degli illeciti, senza tuttavia fornire al riguardo alcuna definizione concettuale delle soglie minime di tipicità che devono caratterizzare le anzidette forme di manifestazione. Va da sé che la precisazione del loro contenuto risulta rimessa al diritto nazionale, con l'inevitabile conseguenza di lasciar spazio a soluzioni diverse nei singoli Stati membri, tanto che l'agognato ravvicinamento finisce con il risolversi, in realtà, com'è stato rilevato in dottrina in una "armonizzazione *en trompe l'oeil*"<sup>31</sup>.

### 3.3. *Il tradizionale self restraint normativo nell'imposizione di vincoli di tutela*

Ad ogni modo, posto che, i provvedimenti esaminati sono ancora *works in progress* e che, quindi, per valutare la loro esatta portata, bisogna attendere il completamento del loro *iter* formativo, se si passa a considerare il contenuto di atti effettivamente in vigore nell'ordinamento sovranazionale, colpisce il *self restraint* con cui le istituzioni comunitarie impongono vincoli di tutela. Non è infrequente, infatti, che questi, nell'indicare un determinato settore meritevole di protezione giuridica, facciano salvo il diritto degli Stati membri di imporre sanzioni penali, invitandoli ad adottare, conformemente al proprio diritto nazionale, ove possibile, opportune misure amministrative o, comunque, altre sanzioni che siano pur sempre dotate dei requisiti di effettività, proporzionalità e dissuasività<sup>32</sup>. D'altra parte, una simile caratterizzazione delle domande di tutela è in linea con la peculiare natura degli atti normativi che, generalmente, li contiene, quali, appunto, le direttive comunitarie, vincolanti unicamente in ordine al raggiungimento di un determinato risultato. L'idea da cui si muove, in pratica, è quella secondo cui nessuno si trova in posizione migliore rispetto agli organi legislativi nazionali per valutare la potenzialità,

<sup>31</sup> Così, ancora, R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 363. In argomento, v. anche K. AMBOS, *Is the development of a common substantive criminal law for Europe possible? Some preliminary reflections*, in *Maastricht journal of European and comparative law*, 2005, p. 176 ss.

<sup>32</sup> Così, ad esempio, l'art. 39 della direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, attuata in Italia con il d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, nonché l'art. 51 della direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive 85/611/CEE e 93/6/CEE del Consiglio e la direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 93/22/CEE del Consiglio, attuata in Italia con il d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164.

l'adeguatezza e la validità di una reazione repressiva<sup>33</sup>.

A tale proposito, è utile richiamare la già menzionata direttiva 2005/35/CE del Parlamento e del Consiglio del 7 settembre 2005, relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni. Questo testo legislativo, infatti, si segnala perché non dà indicazioni di dettaglio sulla disciplina penale eventualmente da applicare, ma si limita a disporre, all'art. 8, che "gli Stati membri adottano le misure necessarie ad assicurare che le violazioni di cui all'art. 4 [scarichi di sostanze inquinanti] siano soggette a sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive, che possono comprendere sanzioni penali o amministrative". In pratica, la scelta della disciplina sanzionatoria da adottare è pur sempre rimessa agli Stati aderenti all'organizzazione comunitaria, con l'unico vincolo dell'effettività della tutela da predisporre. Un simile modo di operare, peraltro, risultava già riscontrabile in relazione alla direttiva del Consiglio del 10 giugno 1991, 91/308/CEE, sulla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite. Il provvedimento normativo appena richiamato, infatti, dopo aver precisato che il fenomeno *de quo* doveva essere combattuto prevalentemente con strumenti di diritto penale (quarto considerando), imponeva agli Stati membri soltanto di garantire la piena applicazione delle sue disposizioni, stabilendo le sanzioni da applicare in caso di violazione (art. 14), fatte salve le disposizioni più rigorose per impedire tali comportamenti (art. 15).

Nella prospettiva in esame, utile è anche il richiamo della direttiva del Consiglio del 28 novembre 2002, 2002/90/CE, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, la quale impone di punire con "sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive" chiunque commetta, si renda complice, istighi o tenti di perpetrare tali condotte (artt. 1-3). Nessun riferimento testuale, dunque, rinviava alla necessaria predisposizione di forme di reazione sul piano penale; la precisazione che le sanzioni eventualmente adottate dovessero avere tale natura è avvenuta soltanto con la successiva decisione-quadro del Consiglio del 28 novembre 2002, 2002/946/GAI. Si tratta di una modalità operativa frequente nella produzione normativa comunitaria. Stante l'assenza di una competenza penale della Comunità, infatti, accade spesso che, quando la Commissione propone al Consiglio l'adozione di un atto comunitario avente ripercussioni nel settore punitivo, solitamente la parte penale venga poi disgiunta da tale atti per rinviarla ad una successiva decisione-quadro. D'altra parte, di regola, tale tipologia di atti, proprio perché si

<sup>33</sup> S. MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro it.*, IV, 1995, c. 69 ss.

avvale della collaborazione intergovernativa, è largamente impiegata in sede europea, per intervenire nell'area della penalità. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'art. 4 della decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio, riguardante la fissazione di norme minime sugli elementi costitutivi dei reati e sulle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, la quale prevede l'obbligo di irrogare sanzioni detentive, indicando anche i limiti edittali di pena; analogamente, l'applicazione di sanzioni detentive della durata massima compresa tra uno e cinque anni è prevista dall'art. 7 della decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione. Si tratta, tuttavia, di atti privi di efficacia vincolante, il cui ambito di incisione, peraltro, ha carattere limitato, sviluppandosi al di fuori della legislazione comunitaria (c.d. primo pilastro) propriamente detta<sup>34</sup>.

Dalla ricognizione effettuata sulle modalità e i contenuti della produzione normativa comunitaria si ricava, essenzialmente, un dato. Se la prospettiva adottata è quella di tenere conto dello "stato dell'arte" della legislazione di fonte europea e, quindi, degli atti, effettivamente in vigore nell'ordinamento comunitario, ebbene, un elemento accomuna sia i provvedimenti direttamente operativi in ambito nazionale che quelli necessitanti di trasposizione attraverso interventi del legislatore nazionale. In ambito penale, infatti, le istituzioni comunitarie, quale che sia l'atto di cui si avvalgono, si limitano a richiedere, di regola, la predisposizione da parte degli Stati membri di forme di tutela adeguata, incidendo soltanto sull'*an* della tutela da predisporre; soltanto in via eccezionale, talora, a livello normativo, si pone esplicitamente, nel gioco delle alternative possibili, il rimando anche all'impiego di sanzioni di natura penale. Il vincolo che, per questa via, viene creato non ha carattere assoluto; rimane ferma, infatti, la discrezionalità del legislatore interno.

#### 4. *La richiesta della Corte di giustizia di tutela "adeguata" e le "derivate" dei giudici nazionali*

L'assunto appena riferito – è bene precisare – esprime un indirizzo consolidato in seno alla giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale, a tale riguardo, fa leva sul principio di fedeltà comunitaria (art. 10 TrCE), secondo cui,

<sup>34</sup> Sul punto, v. C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 60. Per un'analisi dettagliata delle decisioni quadro tenenti al ravvicinamento delle legislazioni nazionali di recente v. la seconda parte del volume di G.M. ARMONI, B. R. CIMINI, F. GANDINI, G. IUZZOLINO, G. NICASTRO, A. PIOLETTI (a cura di), *Diritto penale europeo e ordinamento italiano. Le decisioni quadro dell'unione europea: dal mandato d'arresto alla lotta al terrorismo*, Milano, 2006, p. 139 ss.

infatti, spetta a ciascuno Stato membro, garantire il pieno rispetto degli impegni presi con la propria adesione all'organizzazione europea. In difetto di una simile organizzazione – va da sé – risulterebbe pregiudicata la stessa uniforme applicazione del diritto europeo negli ordinamenti sottoposti alla sua sfera di vigenza. È proprio riguardo a tale aspetto, del resto, che si parla di sussidiarietà e complementarietà nei rapporti tra disciplina normativa comunitaria e diritto nazionale. In virtù di tale principio, infatti, gli ordinamenti afferenti alla sovrastruttura europea intervengono in via suppletiva nei settori interessati da tale regolamentazione giuridica, quando, cioè, questa ha ommesso di prevedere sanzioni a tutela della propria efficacia oppure si dimostri necessario adottare sanzioni penali, posto che la Comunità – essendo priva di competenza in tal senso – può istituire soltanto sanzioni civili e amministrative<sup>35</sup>.

Il sistema delineato – com'è facile intuire – comporta, inevitabilmente, delle divergenze sul piano applicativo, posto che gli Stati membri godono di un ampio margine di discrezionalità nel decidere come raggiungere gli obiettivi fissati a livello comunitario, specialmente quando le richieste di tutela provengono da atti normativi vincolanti soltanto in ordine al risultato da conseguire, quali, ad esempio, le direttive comunitarie. Proprio per ovviare a tale inconveniente, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha progressivamente elaborato alcuni criteri procedurali da applicare per attuare i diritti e gli obblighi di provenienza europea. Sulla base delle indicazioni fornite, in particolare, le misure applicate dagli Stati membri a fronte della violazione della normativa comunitaria, non devono andare oltre ciò che è strettamente necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito, né devono risultare sproporzionate rispetto alla gravità dell'infrazione commessa<sup>36</sup>. Al fine di legittimare le misure punitive adottate sul piano interno in difesa della cornice normativa comunitaria, la Corte di Lussemburgo ha aggiunto, successivamente, due ulteriori requisiti, oltre quelli appena considerati. Più nel dettaglio, le risposte sanzionatorie predisposte in ambito nazionale non possono risultare meno favorevoli di quelle che riguardano casi analoghi di natura interna (principio dell'equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio

<sup>35</sup> Sul punto, v. B. HECKER, *Europäisches Strafrecht*, 2<sup>a</sup> ediz., Berlin, 2007, p. 308 ss. e, per un inquadramento più generale, A. BERNARDI, *L'Europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 30 ss.; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e gli Stati membri*, Milano, 1989, p. 48 ss.; F. SGUBBI, *Diritto penale comunitario*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 95 ss.

<sup>36</sup> T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, 2<sup>a</sup> ediz., Oxford, 2006, p. 169 ss.

dell'effettività). La predisposizione di sanzioni "adeguate", in altri termini, comporta che gli Stati membri devono perseguire le violazioni alla disciplina comunitaria con la stessa diligenza con la quale essi tendono a reprimere le violazioni della legislazione nazionale. In forza del disposto dell'art. 10 TrCe, pertanto, ben si comprende la ricorrente affermazione secondo cui le violazioni del diritto comunitario sono sanzionate, sotto il profilo sostanziale e procedurale, "in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura ed importanza" e che, in ogni caso, conferiscono alla sanzione stessa "un carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva"<sup>37</sup>. In questo senso, il legislatore nazionale può decidere liberamente di fronteggiare l'inosservanza degli obblighi comunitari, anziché con sanzioni civili o amministrative, con gli strumenti propri del diritto penale, ove egli ritenga che questa sia la modalità più confacente a garantire la realizzazione degli obiettivi di tutela posti in sede europea<sup>38</sup>. Anche se la normativa comunitaria di riferimento non impone agli Stati membri alcun obbligo preciso per quanto riguarda il regime sanzionatorio, dunque, solo per questo non si può dedurre che disposizioni nazionali che sanzionino penalmente le infrazioni agli obblighi imposti dalla normativa europea siano incompatibili con quest'ultima, risultando, per converso, pienamente legittime, quando sono dirette a garantire utilmente il rispetto dei vincoli ivi previsti<sup>39</sup>.

Ciò che conta, dunque, è la predisposizione dei meccanismi in grado di impedire che siano violati gli scopi e gli obiettivi della disciplina di fonte europea; in questa prospettiva, l'opzione del legislatore nazionale deve ricadere, però, al contempo, su forme di reazione conformi alla gravità dell'illecito posto in essere. In sostanza, il destinatario delle domande di tutela della Comu-

<sup>37</sup> Il riferimento è alla nota sentenza della Corte giust., 21 settembre 1989, C-68/88, Commissione c. Grecia (c.d. "mais greco"), sulla cui scia si è sviluppata una copiosa giurisprudenza confermativa; v., *ex plurimis*, le sentenze del 10 luglio 1990, C-326/88, Hansen; dell'8 luglio 1999, C-186/98, Nunes e De Matos; del 30 settembre 2003, C-167/01, Inspire Art; del 15 gennaio 2004, C-230/01, Penycloed Farming Partnership; del 12 luglio 2005, C-304/02, Commissione c. Repubblica francese, tutte consultabili sul sito <http://eur-lex.europa.eu>. Sulla vicenda del "mais greco", peraltro, la Corte di giustizia è di nuovo intervenuta con la sentenza del 13 luglio 2000, C-46/1997, Commissione c. Grecia.

<sup>38</sup> V. Corte giust., ord. 13 luglio 1990, C-2/88, Zwartveld, cit., punto 17. In dottrina, in merito alla pronuncia *de qua*, v. H.J. PRIEB, *Die Verpflichtung der Europäischen Gemeinschaft zur Amts- und Rechtshilfe*, in *Europarecht*, 1991, p. 342 ss.; in relazione ai successivi sviluppi della giurisprudenza comunitaria, v. F. VIGANO, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1433 ss.

<sup>39</sup> In questi termini, di recente, v. Corte giust., sez. I, 8 settembre 2005, C-40/04, Syuichi Yonemoto, in <http://eur-lex.europa.eu>, punto 57.

nità vede indirizzate le proprie scelte, oltre che dal già menzionato principio di sussidiarietà, anche dalla richiesta di proporzionalità. I due criteri in parola, in particolare, non soltanto guidano e sorreggono la produzione normativa comunitaria, circoscrivendo ulteriormente, accanto al principio di attribuzione, l'esercizio delle competenze dell'Unione, ma, per quel che più direttamente interessa, condizionano parimenti le risposte che devono essere predisposte in ambito interno per soddisfare le domande di tutela di fonte europea. Se, dunque, in virtù del principio di sussidiarietà, l'ordinamento nazionale è chiamato ad intervenire, nei settori che non rientrano nella sfera di competenza esclusiva delle istituzioni comunitarie, soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista possono essere meglio conseguiti a livello locale e non è necessario, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, un intervento sul piano sovranazionale (art. 3-ter, TrUE, così come modificato dal Trattato di Lisbona, cui occorre aggiungere anche il protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, ivi allegato), più complessa è la valutazione in merito al requisito della proporzione. Infatti, mentre in ambito sovranazionale, tale principio attiene al fatto che il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione deve limitarsi a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi fissati a livello dei Trattati, l'esigenza di proporzione nel caso delle scelte legislative interne presenta diverse componenti di rilievo. In quest'ultimo caso, infatti, il criterio *de quo*, fa riferimento alla relazione di corrispondenza che deve sussistere tra la gravità della violazione posta in essere e il carattere afflittivo della sanzione che viene conseguentemente comminata<sup>40</sup>. Il rapporto di proporzionalità, dunque, tende al raggiungimento di un delicato equilibrio, cercando di evitare che la pena "diventi ingiusta perché 'non meritata' (sproporzionata per eccesso) ovvero 'irrisoria' (sproporzionata per difetto), in ogni caso tale da non corrispondere alla dignità dell'uomo che la subisce"<sup>41</sup>. In una prospettiva funzionale, in pratica, il requisito in parola allude all'adozione, entro i confini nazionali, di misure "appropriate", capaci di centrare l'obiettivo preso di mira, le quali, al contempo, devono risultare "indispensabili", ovvero non devono permettere di poter essere rimpiazzate con altri mezzi dotati di eguale effettività, ma di minore carica lesiva (proporzio-

<sup>40</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 5<sup>a</sup> ediz., Bologna, 2007, p. 692; F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, 5<sup>a</sup> ediz. Padova, 2007, p. XLII.

<sup>41</sup> Così, F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, 3<sup>a</sup> ediz., Torino, p. 29, che definisce la proporzione come "equivalenza quantitativa tra due grandezze qualitativamente eterogenee: l'afflittività della pena e il danno sociale del reato".

nalità in senso stretto)<sup>42</sup>. Il criterio della proporzionalità poggia, dunque, su una duplice valutazione di idoneità e di necessità. Mentre il primo termine fa riferimento alla relazione che intercorre tra il mezzo adottato e l'obiettivo perseguito, il secondo tiene in considerazione la comparazione degli interessi contrapposti che possono venire in rilievo nella regolamentazione di un determinato settore<sup>43</sup>. *Punctum dolens*, al riguardo, è il fatto che il "mezzo" adottato nel diritto interno deve essere in grado di soddisfare un obiettivo che esula dalle finalità proprie dell'ordinamento nazionale (a meno di non volerlo identificare con la mera necessità di adempiere alla normativa comunitaria in sé e per sé considerata), il quale, peraltro, dovrebbe entrare in bilanciamento non con la scala di valori operativa nell'ordinamento costituzionale di riferimento, ma con quella di fonte sovranazionale, sempre che di gerarchia al riguardo si possa parlare, non esistendo, infatti, un vero e proprio Trattato "costituzionale" cui attingere, come sembrerebbe confermare, peraltro, la stessa espunzione di tale aggettivazione dal *corpus* del Trattato di Lisbona.

La trasposizione delle richieste comunitarie di tutela in ambito interno, indipendentemente dal fatto che essa venga effettuata in forma espressa ovvero, più semplicemente, in conseguenza della intersezione – specie nelle materie concorrenti – tra la disciplina comunitaria e quella nazionale, espone tale regolamentazione giuridica al continuo "esame" della Corte di giustizia, depositaria, appunto, dell'esatta portata della normativa sovranazionale. In altri termini, lo standard che viene richiesto quando sono in gioco violazioni del diritto comunitario risulta essere particolarmente elevato. La normativa di attuazione, infatti, può ingenerare tanto un eventuale procedimento di inadempimento in sede comunitaria, se, appunto, le misure sono ritenute dagli organi competenti – e segnatamente dalla Corte di giustizia – inadeguate, quanto, sul piano nazionale, un possibile giudizio di illegittimità costituzionale, per violazione del principio di uguaglianza e di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. o, anche perché non collimante con la finalità rieducativa della pena, ai sensi dell'art. 27, comma 3, Cost.<sup>44</sup>. Non è da escludere, infatti, in assenza di parametri certi di riferimento, che la risposta data dal singolo Stato membro alla

<sup>42</sup> R. GORDON, *E law in judicial review*, Oxford, 2007, p. 287 ss.; X. GROUSSOT, *General principles of community law*, Groningen, 2006, p. 145 ss.; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Constitutional law of the European Union*, London, 2005, p. 111. In giurisprudenza, v. *ex plurimis*, Corte giust., 18 maggio 1993, C-126/91, Rocher, in <http://eur-lex.europa.eu>, punto 18.

<sup>43</sup> T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, cit., p. 139.

<sup>44</sup> G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nelle attribuzioni dei poteri?*, Milano, 2003, p. 43 ss.

domanda di tutela dell'ordinamento comunitario, risulti, nella prospettiva degli operatori giuridici nazionali "proporzionata", anche in rapporto alle altre scelte sanzionatorie ivi adottate, ma che quelle stesse misure siano valutate insufficienti dalla Corte europea. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle ipotesi in cui l'organo di giustizia comunitario, ha mostrato di ritenere conformi alla gravità della violazione posta in essere soltanto l'impiego di sanzioni penali<sup>45</sup>. Se si vuole evitare di legittimare squilibri in ambito interno, in nome del rispetto dei vincoli sopranazionali, l'unica logica conclusione a cui si può pervenire è nel senso di ritenere che, quando la regolamentazione giuridica nazionale interviene per dare esecuzione ad input di tutela adeguata di fonte comunitaria, allora, il prodotto conseguente deve, non soltanto risultare in linea con l'obiettivo perseguito in quella sede, ma anche con le altre scelte sanzionatorie adottate all'interno. Dunque, la proporzionalità cui allude la giurisprudenza comunitaria, rileva non soltanto nella prospettiva "esterna", ovvero nella relazione di coerenza tra la disciplina sanzionatoria nazionale e il grado di gravità della violazione della normativa comunitaria. Nel rispetto dei parametri indicati, infatti, l'adeguamento ai desiderata comunitari non deve pregiudicare il principio di uguaglianza, nel senso che l'opzione del legislatore non deve creare sproporzioni all'interno delle scelte di penalizzazione complessivamente effettuate nell'ordinamento nazionale. Si tratta di un assunto del tutto logico, posto che il rispetto della normativa comunitaria non può comportare come conseguenza la creazione di squilibri nella regolamentazione giuridica nazionale. Ove si desse spazio a simili conclusioni, la pretesa legittimità comunitaria di un determinato intervento sanzionatorio potrebbe tradursi in una sua configurazione illegittima sul piano interno, difficilmente tollerabile e, come tale, passibile di censura in sede costituzionale, nei limiti in cui è ammesso il sindacato di ragionevolezza<sup>46</sup>.

L'elevato standard cui si è in precedenza fatto riferimento – va detto – connota non soltanto il requisito della proporzionalità, ma anche gli altri due elementi in cui la giurisprudenza comunitaria è solita scomporre la richiesta di

<sup>45</sup> Tale constatazione, incidentalmente, si ricava dalla pronuncia in materia di pubblicità ingannevole di prodotti parafarmaceutici della Corte giust., sez. V, 28 gennaio 1999, C-77/97, Österreichische Unilever GmbH c. Smithkline Beecham Markenartikel GmbH, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 447 ss., con nota di S. RIONATO, *Cosmetici e pubblicità ingannevole: "rigido" obbligo comunitario di penalizzazione*.

<sup>46</sup> G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, 3<sup>a</sup> ediz., Torino, 2006, p. 313 ss.

tutela adeguata, ovvero l'effettività della stessa e la sua capacità dissuasiva. Anche in relazione a questi due aspetti, pertanto, valgono le stesse osservazioni poc'anzi riferite; in altre parole, la "bidimensionalità" dei parametri adottati impone una valutazione globale del requisito dell'adeguatezza che, come tale, non può tener conto soltanto delle valutazioni unilaterali della giurisprudenza comunitaria, ma, più correttamente, deve essere rapportata anche allo *status quo* del sistema nazionale.

Vi è un ulteriore aspetto del quale bisogna tenere conto. La richiesta di apprestare una protezione "adeguata" per le violazioni della disciplina comunitaria non si esaurisce al momento dell'adempimento originario della domanda di tutela di fonte sovranazionale, ma accompagna la regolamentazione attuativa dell'obbligo in questione "vita natural durante", quindi, anche nelle ipotesi in cui questa sia stata oggetto di modifiche successive. Detto in altri termini, la disciplina predisposta sul piano interno, per il solo fatto di intersecarsi con la normativa comunitaria, dando ad essa attuazione, anche implicitamente, deve risultare sempre in linea con lo standard imposto a livello europeo; il parametro dell'adeguatezza della tutela, pertanto, deve essere accertato anche quando, rispetto alle scelte iniziali, il legislatore nazionale intende procedere ad una diversa ponderazione degli interessi in gioco e, per questa via, a predisporre un diverso assetto normativo. D'altra parte, lo stesso art. 10 TrCE, nell'interpretazione che ne è stata data, fonda un dovere "continuo" degli Stati membri di adoperarsi per rendere effettiva l'applicazione della normativa comunitaria, e, al contempo, a facilitare le istituzioni comunitarie in tutto quel complesso di attività che si colloca nella "prospettiva evolutiva" dell'agire della Comunità<sup>47</sup>.

A tale assunto si sono agganciate, nell'ordinamento interno, le diverse segnalazioni – specie giurisprudenziali – di asserite carenze di tutela della legislazione nazionale, a fronte degli input di protezione "adeguata" emergenti dalla normativa comunitaria, intesi quale attestazione di una necessaria reazione sul piano penale. Emblematiche sono le vicende che hanno interessato, da un lato, l'originaria fattispecie incriminatrice delle false comunicazioni sociali (art. 2621, n. 1, c.c.), frammentata, per effetto del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, nella contravvenzione e nelle due ipotesi delittuose degli artt. 2621 e 2622 c.c., di recente ulteriormente modificate dalla legge 28 dicembre 2005, n. 262<sup>48</sup>; dall'altro, le questioni che hanno riguardato – nel settore ambientale –

<sup>47</sup> P. BILANCIA, F.G. PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004, p. 94 ss.

<sup>48</sup> In chiave ricostruttiva, v. N. MAZZACUVA, *Le mutazioni normative (e non) in tema di false*

la definizione nazionale di “rifiuto”, contenuta nell’art. 6, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 22/1997, rimasta pressoché invariata anche nella nuova *sedes* in cui è stata inserita, ovvero l’art. 183, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 152/2006.

Le modifiche intervenute sul piano interno, in particolare, in entrambi i casi, avevano dato origine a sospetti di “inadeguatezza” comunitaria, dal momento che, il nuovo assetto predisposto, posto in raffronto con la normativa pregressa, risultava connotato da un’attenuazione della risposta sanzionatoria inizialmente configurata. Per la verità, nelle due ipotesi in esame, la cornice normativa di riferimento si limitava a richiedere la mera predisposizione di misure “appropriate”, senza alcun accenno all’eventuale caratterizzazione penale. Così, infatti, testualmente, si esprimeva l’art. 3, comma 1, direttiva 75/442/CEE (cui corrisponde ora l’art. 3, comma 1, direttiva 2006/12/CE), in diretta attuazione del quale è stato emanato il c.d. decreto Ronchi. Un po’ più articolata era la deduzione di detto obbligo per i casi di falsificazione contabile, posto che l’adeguatezza di tutela desunta dall’art. 6 della direttiva del Consiglio dell’Unione europea n. 68/151/CEE (c.d. prima direttiva sul diritto societario), e dal combinato disposto dell’art. 2, nn. 3 e 5, della direttiva 78/660/CEE (c.d. quarta direttiva sul diritto societario) e dell’art. 10 TrCE, testualmente si riferiva alla mancata ostensione della documentazione inerente la situazione economica della società. L’allargamento esegetico anche ai casi di mendacio societario, successivamente, ha trovato l’avallo degli stessi giudici di Lussemburgo<sup>49</sup>.

In base a quanto appena riferito, dunque, non sorprende il *dictum* espresso in entrambi gli interventi resi in via pregiudiziale. Sia nella pronuncia resa nella causa C-457/02 che in quella espressa nelle cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, infatti, la Corte di giustizia ha ribadito un concetto già ampiamente consolidato in sede europea, secondo cui, appunto, una direttiva non può avere come effetto, di per sé ed indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati<sup>50</sup>. Al fine di comprenderne

*comunicazioni sociali*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, p. 233 ss.

<sup>49</sup> Il riferimento è alla sentenza della Corte giust., grande sez., 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Berlusconi, in <http://eur-lex.europa.eu>. In dottrina, v. A. DI MARTINO, *Possibile l’applicazione della pena più mite anche se affetta da illegittimità “europea”*, in *Guida dir.*, 2005, n. 20, p. 104; G. INSOLERA, V. MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul “falso in bilancio”: un epilogo deludente?*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2768 ss.

<sup>50</sup> Corte giust., grande sez., 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02,

meglio la portata, il principio in parola può essere utilmente scomposto in due parti, assumendo come linea di confine proprio la congiunzione “e”. Rileggendo in questo modo il passaggio sopra riportato, se ne ricavano due segmenti dotati ciascuno di un autonomo significato. In altri termini, vanno letti in modo non coordinato, bensì disgiunto, da un lato, la circostanza che una direttiva non può avere l’effetto “di per sé” di determinare o aggravare la responsabilità penale dei suoi trasgressori, dall’altro che, il medesimo effetto non può essere realizzato da una direttiva “indipendentemente da una norma giuridica di uno Stato membro adottata per la sua attuazione”. Il significato della prima *tranche* è ovvio: la tipologia normativa delle direttive comunitarie, come noto, non è in grado di produrre direttamente effetti vincolanti in ambito interno, ma solo obblighi di risultato. L’obiettivo preso di mira, ad ogni modo, deve risultare “legittimo”, ovvero deve essere compreso nella sfera di competenza propria delle istituzioni comunitarie. Una direttiva, pertanto “di per sé” (*rectius* “da sola”) non può incidere sull’area della penalità, essendo la titolarità della potestà normativa penale preclusa al raggio di azione della Comunità, per le ragioni già viste. Ma, ugualmente, una direttiva non può incidere nel settore penale neppure se ancorata ad un provvedimento di attuazione nazionale; è questo il senso che si deve ricollegare all’avverbio “indipendentemente”, da leggersi come “nonostante” o, comunque, “a prescindere”. Anche qui, non si fa che ribadire il dato precedente, ovvero l’incompetenza penale diretta delle istituzioni comunitarie e la remissione di ogni intervento del genere unicamente alle scelte proprie degli Stati membri.

##### 5. *Il problema della coercibilità del mancato adeguamento ai desiderata comunitari*

Su un piano generale, il concetto di “obbligo di tutela” si qualifica per il suo stretto collegamento con il comportamento che in concreto deve assumere il soggetto cui esso è indirizzato. Diversamente dalla mera prescrizione, dunque, esso determina l’insorgenza – segnatamente in capo al legislatore – di un peculiare “stato deontico”, implicante la sua attivazione verso la concretizzazione della *regula iuris*<sup>51</sup>. Perché il vincolo imposto sia autenticamente

cit., punto 44; ID., sez. II, 11 novembre 2004, C-457/02, Niselli, punto 29, parimenti consultabile sul sito <http://eur-lex.europa.eu>.

<sup>51</sup> Sul punto, v. A. BARATTA, *Ricerche su “essere” e “dover essere” nell’esperienza normativa e nella scienza del diritto*, Milano, 1968, p. 34.

cogente, sì da sovrastare la resistenza passiva della discrezionalità politica del legislatore e da rendere la risposta di quest'ultimo "necessitata"<sup>52</sup>, tuttavia, è necessario che la richiesta di fonte europea sia validamente assistita da meccanismi di reazione, in grado di dare alla stessa "esecuzione forzata" in caso di inattuazione. In altri termini, la cogenza delle direttrici di protezione penale di derivazione europea risulta strettamente incardinata all'esistenza di meccanismi di "giustiziabilità", in grado di reagire alle eventuali trasgressioni della disciplina comunitaria e, quindi, di ripristinarne l'effettività. È proprio tale aspetto, però, a costituire l'"anello debole" della reale plausibilità del discorso sugli input comunitari di penalizzazione.

I casi maggiormente problematici interessano soprattutto i possibili contrasti che possono insorgere tra la disciplina penale interna e quella comunitaria, allorquando non viene soddisfatto l'input di tutela adeguata, segnatamente attraverso l'impiego di sanzioni penali. Per la verità, il mancato utilizzo degli strumenti propri del diritto penale per far fronte alle richieste di protezione di matrice europea non espone automaticamente lo Stato membro ad una responsabilità per inadempimento. La Comunità, infatti, non può richiedere con atti vincolanti sul piano interno l'adozione di sanzioni penali a tutela dei propri interessi; stante l'operatività della riserva di legge in materia penale, un simile modo di operare, se ritenuto necessario, non potrà che conseguire da precise scelte discrezionali del legislatore nazionale. Di fronte all'alternativa offerta dallo stesso ordinamento comunitario, la contestazione di una eventuale responsabilità dello Stato membro per inattuazione delle direttrici di provenienza europea risulterà, quindi, difficile da dimostrare, finendo, in pratica, con il rivelarsi ancorata, soprattutto, ad ipotesi di omissioni totali, ma non potendosi dedurre automaticamente dalla semplice mancata predisposizione di misure penali se, appunto, compensate da altre forme parimenti "adeguate"<sup>53</sup>. A questo proposito, però, si aprono due questioni problematiche. Da un lato, si pone il problema di definire in modo più preciso i contorni del parametro di adeguatezza, cui, infatti, va rapportata la legittimità o meno delle prese di posizione adottate in ambito nazionale. Dall'altro lato, ulteriori difficoltà risul-

<sup>52</sup> Sottolinea l'ingresso della "necessità giuridica" come premessa per la descrizione teleologica delle figure del dovere e dell'obbligo, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 168 ss. Sul legame tra necessità ed obbligo, colto nell'ottica però dei rapporti di diritto privato, v. F. ROMANO, *Obbligo (nozione generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 500 ss.

<sup>53</sup> G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, cit., p. 59 ss.

tano connesse a quelle situazioni concrete in cui il preteso contrasto con i vincoli comunitari di tutela scaturisce da un successivo intervento del legislatore nazionale in chiave modificatrice di una normativa preesistente, ritenuta, invece, dal giudice interno, conforme alle istanze comunitarie di tutela.

Muovendo dal primo aspetto evidenziato, ovvero dalla qualificazione del parametro di adeguatezza, non poche sono le perplessità che si dipanano. Posto che la Comunità non è titolare di una autonoma potestà di intervento in ambito penale, il rilievo dell'eventuale carenza, nell'ordinamento nazionale, di sanzioni penali a corredo della disciplina comunitaria deve potersi desumere da un parametro di riferimento certo. A tale riguardo, l'analisi che è stata in precedenza condotta sul contenuto delle richieste di protezione provenienti dalla Comunità ha dimostrato che questi, nella totalità dei casi, non sono configurati come degli imperativi categorici, in grado di sottrarre al legislatore interno ogni possibile spazio di manovra discrezionale. Anzi, l'indagine condotta ha rivelato come lo stimolo che promana dalle strutture organizzative europee in direzione dell'attività dei singoli Stati membri, si limita a richiedere che siano apprestate forme di reazioni "effettive, proporzionali e dissuasive", in una parola, che sia garantita una tutela "effettiva". Come in precedenza messo in evidenza, peraltro, il *tertium comparationis* cui riferire la valutazione di legittimità delle scelte adottate dal legislatore, sì da ovviare a possibili censure di inadeguatezza, non può essere dato, in via esclusiva, dall'ordinamento comunitario, dovendosi, infatti, tenere in considerazione anche la coerenza delle scelte di penalizzazione complessivamente effettuate entro i confini nazionali, senza fomentare squilibri.

La forza dei vincoli comunitari – è bene precisare – varia a seconda della tipologia di fonte in cui sono contenuti. Mentre risulta più stringente nel caso dei regolamenti comunitari, direttamente operativi nell'ordinamento interno, essa diventa più blanda nell'ipotesi delle direttive o delle decisioni-quadro, le quali, infatti, richiedono, per la loro attuazione, un intervento "mediato" del legislatore nazionale. In tutti questi casi, comunque, la discrezionalità legislativa riveste un ruolo non secondario, trattandosi di tradurre in regole comportamentali precise le istanze di protezione "caldegiate" a livello comunitario. Se del caso, peraltro, il legislatore nazionale potrà anche modificare le scelte precedentemente attuate sulla base delle prescrizioni comunitarie. In questa ipotesi, al più, occorrerà sottoporre la nuova regolamentazione ad una duplice valutazione, atta a verificare, in primo luogo, la sua rispondenza alle indicazioni contenute nella normativa europea di riferimento e, secondariamente, l'adeguatezza della tutela approntata, secondo quella complessa valutazione

che in precedenza è stata riferita.

In relazione alle modifiche successive della disciplina interna originariamente dettata in attuazione della normativa comunitaria, è significativo rilevare come, paradossalmente, i problemi maggiori siano insorti in relazione ad interventi che, sul piano interno, hanno determinato una restrizione delle situazioni prima rientranti nell'area dell'illiceità penale. Il dato – lo si ripete – risulta paradossale, proprio in quanto questa specifica ipotesi non si pone in attrito con l'istanza garantista sottesa al principio di legalità. Per converso, non sembra creare alcuna difficoltà la circostanza che, a fronte di una originaria risposta attenuata, il legislatore interno decida di rinvigorire il sistema sanzionatorio in caso di infrazione della normativa comunitaria. Si pensi al caso in cui, in un primo momento, vengono ritenute adeguate sanzioni di natura amministrativa o civile per assicurare una forma di protezione a determinati beni o interessi comunitari e, successivamente, lo stesso legislatore nazionale decida di affiancare ad esse anche sanzioni di natura penale. L'esercizio della potestà normativa in ambito penale rientra nella propria sfera di discrezionalità; dal momento che l'incremento di tutela penale è disposto dal legittimo titolare del monopolio normativo in siffatto settore non si insorge alcun problema di raccordo con l'istanza di legalità; questo, va detto, sempre che, naturalmente, siano rispettati gli altri parametri che ne devono guidare l'esercizio, *in primis* la razionalità dello stesso intervento e il principio di uguaglianza. Che la direzione di tutela per soddisfare le richieste comunitarie debba essere orientata verso l'alto sembra emergere anche da una recente pronuncia della Corte di giustizia, chiamata ad intervenire in via pregiudiziale sulla compatibilità di misure nazionali in materia di discariche di rifiuti che ponevano requisiti più rigorosi rispetto a quelli sanciti dalla disciplina comunitaria di settore<sup>54</sup>. Al riguardo, la maggiore severità della normativa tedesca – che si era avvalsa a tale scopo delle misure rafforzate di cui all'art. 176 TrCE – è stata ritenuta non in contrasto con la disciplina di matrice europea in quanto risultava perseguito lo stesso obiettivo di protezione ambientale, teso alla riduzione dell'inquinamento dell'acqua e dell'aria riducendo i rifiuti nella discarica.

<sup>54</sup> Corte giust., sez. I, 14 aprile 2005, causa C-6/03, Deponiezweckverband Eiterköpfe c. Land Rheinland-Pfalz, in <http://eur-lex.europa.eu>. Per un primo commento, v. A. CORRADO, *Il comune obiettivo della tutela ambientale rende legittimo l'uso di un maggiore rigore*, in *Guida dir.*, 2005, n. 17, p. 108 s., che, sul punto, richiama anche la recente sentenza in materia ambientale della Corte cost., 10 luglio 2002, n. 407 (consultabile sul sito [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), la quale è giunta alla stessa considerazione del giudice comunitario, sia pure con riferimento al diverso ambito dei rapporti tra legislazione statale e legislatore regionale.

Quando invece la riconsiderazione delle proprie precedenti posizioni normative da parte del legislatore nazionale si rivolge verso il basso, la situazione diventa più complessa. Al fine di valutare la legittimità di simili interventi, non è da escludere la possibilità di attivare, eventualmente, un ricorso in via interpretativa alla Corte di giustizia in base all'art. 234 TrCE. Rimane fermo, comunque, il fatto che i giudici di Lussemburgo non sono in grado di esprimere alcun giudizio sulla norma interna. Il rinvio pregiudiziale, infatti, ha carattere meramente ermeneutico, nel senso che non consente né di invalidare la norma interna in eventuale contrasto, né di disapplicarla. Una possibile alternativa passa, pertanto, attraverso il coinvolgimento della Corte costituzionale; a seguito della pronuncia interpretativa della Corte europea, potrebbe profilarsi la possibilità che il giudice nazionale attivi, se ritenuto necessario, un giudizio di costituzionalità per violazione del combinato disposto degli artt. 11 e 117 Cost., che, difatti, esplicitamente pongono l'obbligo di conformarsi ai vincoli di matrice comunitaria<sup>55</sup>. Indubbiamente, la scelta di ricorrere alla Consulta produce delle conseguenze ben più rilevanti rispetto al meccanismo della disapplicazione. Quest'ultimo rimedio, infatti, ha una valenza circoscritta unicamente alla specifica vicenda per cui si procede. Si tratta di una soluzione a carattere per così dire "particolare" nel senso che, se il giudice *a quo* ravvisa nel procedimento rimesso al suo esame una violazione della normativa europea, la disposizione interna confliggente può essere direttamente considerata *tamquam non esset*. Ciò, comunque, non esclude che – ove la questione venga riproposta davanti ad un altro giudice interno – questi possa optare anche per una soluzione differente, magari valorizzando una lettura della norma sospettata di illegittimità coerente con le prescrizioni di matrice europea. Detto in altri termini, la disapplicazione non comporta l'abrogazione o l'invalidazione della disposizione legislativa nazionale, ma soltanto la sospensione della sua efficacia in relazione alla situazione specifica in cui è fatta valere. Diversamente, l'esito del giudizio di costituzionalità ha una valenza *erga omnes*, in quanto se una determinata normativa viene ritenuta in contrasto con la legge fondamentale dello Stato, essa, conseguentemente, viene espunta dall'ordinamento con efficacia *ex tunc*.

In pratica, seguendo cronologicamente la pronuncia del giudice comunitario, il ricorso alla Corte costituzionale nei termini poc'anzi specificati, rappresenta una sorta di "passaggio obbligato" per far valere l'incompatibilità di una

<sup>55</sup> Indicava tale soluzione già F. GIUNTA, Sub art. 50, comma 1, in F. GIUNTA (a cura di), *Codice commentato dei reati e degli illeciti ambientali*, Padova, 2005, p. 982.

determinata normativa con la disciplina di fonte europea. Sennonché, la peculiarità, in questi casi, è che l'eventuale chiamata in causa della Corte costituzionale è diretta ad ottenere una dilatazione dell'area del penalmente rilevante, con effetti *in malam partem* nei confronti del reo. Un simile modo di operare, tuttavia, è precluso all'organo di giustizia costituzionale che – come noto – non può introdurre in via additiva nuovi reati, né ampliare figure di reato già esistenti, trattandosi di interventi riservati in via esclusiva al legislatore<sup>56</sup>.

Una situazione in parte diversa si avrebbe nel caso in cui, al riconoscimento della sussistenza di un contrasto con le direttive comunitarie, segua la rimozione delle norme censurate e la riespansione di quelle abrogate. Ciò non esclude, però, che, queste norme, a loro volta, siano sottoposte ad una ulteriore valutazione in termini di adeguatezza, specialmente là dove esse non siano state dettate esplicitamente in attuazione della normativa comunitaria e ritenute a ciò pienamente conformi. Tale problema ha assunto una reale consistenza, ad esempio, nel caso delle false comunicazioni sociali, attualmente pendente davanti alla Corte costituzionale. Nell'ipotesi in cui l'organo di giustizia costituzionale dovesse rilevare la sussistenza di un contrasto con le direttive comunitarie, l'unica soluzione plausibile consisterebbe nel rimuovere integralmente gli artt. 2621 e 2622 c.c. e nel far rivivere la norma abrogata che, però, a sua volta, non andrebbe del tutto esente da sospetti di illegittimità. In particolare, come evidenziato da parte della dottrina, l'elasticità e la non compiuta definizione degli elementi costitutivi del previgente art. 2621, n. 1, c.c., utilizzati dalla giurisprudenza per dilatare l'ambito applicativo della norma *de qua*, risultavano non del tutto collimanti con il principio di determinatezza<sup>57</sup>. Una riabilitazione di tale norma, pertanto, potrebbe aprire la strada verso una illegittimità di risulta<sup>58</sup>.

Pur riconoscendo che è fatto esplicito divieto all'organo di giustizia costituzionale di introdurre in via additiva nuovi reati e, in ogni caso, di ampliare o aggravare figure di reato già esistenti, in quanto interventi riservati in via esclusiva al legislatore, nondimeno bisogna richiamare l'attenzione su quell'orientamento giurisprudenziale che, già da tempo, riconosce la possibilità di sindaca-

<sup>56</sup> Al riguardo, v. Corte cost., 1° giugno 2004, n. 161, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1497, con nota di F. GIUNTA, *La Corte costituzionale respinge le questioni di illegittimità del "falso in bilancio"*, *ivi*, p. 1509 ss.; ID., 15 marzo 2002, n. 49, in *Giur. cost.*, 2002, p. 585; ID., 31 maggio 2001, n. 175, *ivi*, 2001, p. 1380; ID., 9 giugno 2000, n. 183, *ivi*, 2000, p. 1595; ID., 20 novembre 2000, n. 508, *ivi*, 2001, p. 2229.

<sup>57</sup> E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, 3ª ediz., Milano, 2007, p. 49.

<sup>58</sup> F. GIUNTA, *La vicenda delle false comunicazioni sociali, Dalla selezione degli obiettivi di tutela alla cornice degli interessi in gioco*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 660.

re le norme penali c.d. di favore<sup>59</sup>. Nel caso in cui, appunto, le norme censurate assumono tale carattere, un'eventuale sentenza di accoglimento da parte della Consulta avrebbe natura meramente ablativa della deroga soggettiva o oggettiva introdotta, con l'effetto di ripristinare la piena portata della norma incriminatrice preesistente<sup>60</sup>. Una simile qualificazione, del resto, è stata suggerita in relazione al disposto dell'art. 14 della legge n. 178/2002, la quale, integrando l'art. 6 del d.lgs. n. 22/1997, veniva, infatti, a restringere l'ampiezza dell'oggetto materiale del reato (i rifiuti) e, quindi, a modificare in senso favorevole al reo, la precedente norma incriminatrice.

Per la verità, occorre distinguere quelle ipotesi in cui effettivamente si può parlare di norme di favore, dalle situazioni in cui, più correttamente, ci si trova di fronte ad una mera "normativa favorevole"<sup>61</sup>, intendendo con tale espressione quelle norme i cui effetti benevoli non dipendono dal perseguimento di finalità discriminatorie da parte del legislatore, bensì dall'operatività dei principi che presiedono la successione di leggi penali nel tempo. Tale, appunto, è il carattere che sembra riconducibile al citato art. 14, il quale, infatti, diversamente dalle norme di favore, non introduceva alcuna disciplina particolare per determinati soggetti, come tale derogatoria di una corrispondente disciplina generale. La norma interpretativa *de qua*, infatti, si sovrapponeva alla definizione contenuta nell'art. 6 del decreto Ronchi, rimodellando la nozione di rifiuto ivi contenuta con efficacia *erga omnes*, così che la stessa trovava indistintamente applicazione per tutti gli autori dell'illecito per cui era prevista. Il concetto di normativa favorevole, in pratica, sfugge alla censura di illegittimità per disparità di trattamento, per cui un eventuale intervento della Consulta, non trovando giustificazione sulla base del principio di uguaglianza, inciderebbe direttamente su scelte politico-criminali spettanti, in virtù del principio della riserva di legge, unicamente al legislatore.

<sup>59</sup> Di recente, v. Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 324 ss., con nota di M. LA ROSA, *La condivisibile "ragionevolezza" sulle norme penali di favore*, ivi, p. 333. Ampi sono i contributi intervenuti sul tema; *ex plurimis*, v. G. INSOLERA, *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sulla sindacabilità delle norme di favore?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 671 ss., nonché la *Relazione* dello stesso Autore e di F. GIUNTA, pubblicate nel volume di L. ZILLETTI, F. OLIVA (a cura di), *Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*, Pisa, 2007, rispettivamente, a p. 39 ss. e p. 13 ss. V. anche i contributi di O. DI GIOVINE e P. VENEZIANI in questo *Annuario*, p. 217 s.

<sup>60</sup> Corte cost., 3 giugno 1983, n. 148, in *Foro it.*, I, 1983, c. 1800 ss., con nota di D. PULITANO, *La "non punibilità" di fronte alla Corte costituzionale*, ivi, c. 1806 ss.

<sup>61</sup> Sulla distinzione tra norma di favore e normativa favorevole, v. *amplius* F. GIUNTA, *La Corte costituzionale respinge le questioni di illegittimità del "falso in bilancio"*, cit., p. 1509.

L'intervento della Corte costituzionale, quando si verte della materia penale, incontra significative limitazioni. Un primo limite concerne la condizione oggettiva della sua chiamata in causa. Poiché il controllo si deve innestare su una disposizione legislativa operativa nell'ordinamento giuridico, è chiaro che il sindacato sull'inadempimento dei vincoli comunitari può aversi soltanto qualora questi siano funzionanti in ambito nazionale, in quanto si tratta di disposizioni direttamente efficaci, oppure di norme dettate in attuazione delle richieste di fonte europea, o, più semplicemente perché si è realizzata una intersezione tra il campo regolato dalla legislazione nazionale e le indicazioni promananti dalla Comunità, di cui, appunto, il singolo Stato membro deve tenere considerazione, pure se sono intervenute successivamente alla presa di posizione del legislatore interno. Il controllo di costituzionalità sul mancato adempimento degli obblighi comunitari, infatti, non sembra poter avere luogo nel caso di omissione totale e, quindi, nell'ipotesi in cui manchi una regolamentazione sul piano interno. In questo caso, semmai, si potrà far ricorso alle forme di tutela offerte direttamente dall'ordinamento comunitario, nei limiti in cui queste sono praticabili (*in primis* ricorso per inadempimento).

I limiti che sono stati evidenziati in relazione al giudizio della Corte costituzionale, chiamata a sindacare l'eventuale inadempimento dei vincoli comunitari di tutela, dunque, inducono a porre l'attenzione sulla circostanza per cui non è del tutto remota l'ipotesi che, in ambito interno, possa mantenersi una regolamentazione giuridica che, per quanto coerente con le altre scelte adottate dal legislatore nazionale, sia "comunitariamente inadeguata". Allo stato attuale non sembrano sussistere rimedi in grado di imporre in modo categorico le valutazioni della Comunità. Se non è possibile ristabilire la coerenza tra i due settori disciplinari attraverso gli strumenti in precedenza indicati della disapplicazione, dell'interpretazione conforme e della stessa dichiarazione di illegittimità costituzionale della normativa interna per violazione degli artt. 11 e 117 Cost., in quanto si fuoriesce dai limiti in cui questi sono consentiti, l'unico rimedio che permane, su un piano generale, è quello di far valere l'inottemperanza agli obblighi di comunitari, anche *sub specie* di tutela ritenuta inadeguata, per il tramite dell'attivazione di un procedimento per infrazione. Regolato dagli artt. 226-228 TrCE, tale procedimento consiste nell'accertamento giurisdizionale dell'inadempimento degli obblighi comunitari ad opera della Corte di giustizia, su iniziativa della Commissione o di uno Stato membro delle Comunità<sup>62</sup>. Posto che, in conformità ai principi del diritto internazio-

<sup>62</sup> P. COSTANZO, *Ordinamento giudiziario e giurisdizione costituzionale dell'Unione europea*,

nale, l'organo di giustizia comunitario non può condannare lo Stato ad adottare uno specifico provvedimento, né può annullare direttamente le norme interne contrarie al diritto comunitario, tuttavia, il ricorso per infrazione può concludersi soltanto con una sentenza di accertamento, la quale si limita a constatare l'eventuale inadempimento. Ove ciò venga accertato, lo Stato, ai sensi dell'art. 228, comma 1, TrCE, è semplicemente tenuto a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza comporta. Tuttavia, il mancato rispetto dell'obbligo di conformarsi alle statuizioni giurisdizionali può solo condurre la Commissione a riaprire una sorta di procedura di infrazione, questa volta nei confronti della decisione della Corte di giustizia, al termine della quale potrebbe irrogare allo Stato inadempiente una seconda condanna con il pagamento di una somma forfetaria o di una penalità. Si tratta – com'è evidente – di una pronuncia che ha un peso meramente politico. Se è vero, infatti, che la sentenza della Corte di giustizia che constata l'inadempimento ha natura meramente dichiarativa, è altresì vero che per lo Stato inadempiente non vi è il rischio di un'esecuzione coattiva della sentenza stessa.

#### 6. *Il raffronto con le prescrizioni costituzionali espresse di tutela penale*

Le recenti statuizioni della Corte di giustizia sulla tutela penale dell'ambiente e dell'inquinamento delle navi hanno offerto lo spunto per un'indagine, più ad ampio spettro, sulla reale consistenza degli input di tutela – segnatamente di natura penale – di fonte europea. Rifuggendo da posizioni aprioristiche, la prospettiva assunta ha cercato di valorizzare la concreta conformazione delle richieste di protezione promananti dalla Comunità, il loro peculiare modo di atteggiarsi e, soprattutto, la capacità di incisione sulle scelte penali del legislatore nazionale. Come non si è mancato di rilevare, *rebus sic stantibus*, l'assenza di una diretta potestà sanzionatoria dell'organizzazione comunitaria, impedisce di riferire direttamente ad essa atti normativi impositivi di obblighi di penalizzazione, in grado di funzionare nell'ordinamento interno senza alcuna "mediazione" del legislatore nazionale. D'altra parte, anche se, in futuro, la Comunità dovesse optare per interventi di maggiore dettaglio, la loro operatività in ambito interno non sarebbe del tutto scontata. In relazione ad un simile modo di operare, in particolare, non potrebbe sottacersi la possibilità che venga avviato un procedimento di annullamento. Ai sensi dell'art. 230 TrCE, infatti, la Corte di giustizia – su richiesta degli Stati membri, del Parlamento

europeo, del Consiglio o della Commissione – esercita un controllo di legittimità sugli atti comunitari e, a tal fine, è competente a pronunciarsi sui ricorsi per incompetenza, per violazione delle forme sostanziali, per inosservanza delle disposizioni contenute nei Trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione, ovvero per sviamento di potere. Nondimeno, anche ove questa strada non fosse effettivamente praticabile, bisogna tener conto che, allo stato attuale, l'organizzazione comunitaria difetta di strumenti in grado di imporre coattivamente la propria volontà agli ordinamenti nazionali inadempienti. Certamente si potrà attivare un procedimento per infrazione, ma, rimane fermo il fatto che tale strumento non consente di sostituire l'atto comunitario inattuato a quello interno. La pressione esercitata nei confronti dello Stato inottemperante attraverso tale rimedio, infatti, è meramente politica, non giuridica.

I risultati dell'indagine espletata, peraltro, consentono di mettere in luce – su un piano più generale – il peculiare *discrimen* che intercorre tra la conformazione degli asseriti input comunitari di tutela penale e i c.d. obblighi costituzionali espressi di penalizzazione (*ausdrückliche Pönalisierungsgebote o verfassungsrechtliche Schutzpflichten des Strafgesetzgebers*)<sup>63</sup>. Per quanto di grande attualità, infatti, il tema dei vincoli di tutela non costituisce un'assoluta novità in ambito penale, dal momento che la positivizzazione di obblighi di criminalizzazione è un tratto caratterizzante soprattutto le moderne Carte costituzionali. Pur se differenti nelle modalità di concreta articolazione, l'essenza delle clausole costituzionali espresse di penalizzazione rivela, ad un attento esame, una certa assonanza, data dall'esigenza di contenere l'esercizio dello

<sup>63</sup> In dottrina, v. specificamente, i lavori di D.M. SANTANA VEGA, *Obligaciones constitucionales de castigar penalmente*, in QUINTERO OLIVARES G., MORALES PRATS F. (a cura di), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Professor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, 2001, p. 867 ss.; H. MÜLLER-DIETZ, *Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsgebote*, in H.H. JESCHECK (a cura di), *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1977, p. 99 ss.; J. MUÑOZ LORENTE, *Obligaciones constitucionales de incriminación y derecho penal simbólico*, in *Revista de derecho y proceso penal*, 2001, p. 103 ss.; W. NAUCKE, *Die Legitimation strafrechtlicher Normen – durch verfassungen soler durch überpositive Quellen?*, in K. LÜDERSSEN (a cura di), *Aufgeklärte kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Band I, *Legitimationen*, Baden-Baden, 1998, p. 156 ss.; F.C. PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, in A. PIZZORUSSO, V. VARANO (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, I, Milano, 1985, p. 531 ss.; D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484 ss.; G. ROBBERS, *Strafpflichten aus der Verfassung?*, in K. LÜDERSSEN (a cura di), *Aufgeklärte kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, cit., p. 147 ss.; K. TIEDEMANN, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, Heidelberg, 1991, p. 50 ss.; C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 171 ss.

*ius puniendi* e di ovviare al rischio di sue tracimazioni ed abusi. Nella maggior parte dei casi, ove presenti, le direttive costituzionali di tutela penale si ascrivono in una logica di tipo funzionalista-garantista; esse, infatti, operano come strumento di garanzia, di canalizzazione dell'esercizio della potestà coercitiva pubblica verso modalità di esternazione che non pregiudichino i singoli individui e la sfera di diritti e di interessi agli stessi riconosciuti in seno alla Norma primaria dell'ordinamento. Significativo, a tale proposito, è il fatto che, nei diversi ordinamenti presi in considerazione, sia intervenuto un adeguamento spontaneo a tali esigenze di tutela. A venire in gioco, d'altra parte, sono valori nei cui confronti l'utilità dell'impiego di sanzioni penali difficilmente si potrebbe mettere in discussione. La sanzione penale, infatti, in sede costituzionale, viene intesa, per lo più, come l'unico mezzo in grado di apprestare una adeguata protezione alle condizioni che costituiscono il presupposto del contratto sociale che si instaura tra individuo e Stato. In questa prospettiva, il deterrente della sanzione penale viene utilizzato sia per fronteggiare pericoli "esterni" all'organizzazione statale, diretti ad ostacolarne l'esercizio delle funzioni, sia per contrastare minacce propriamente "interne", provenienti dalle stesse strutture istituzionali. Con riferimento alla prima tipologia di obblighi, non è un caso che essi emergano all'interno di quelle Carte costituzionali particolarmente "sofferte" perché, ad esempio, adottate nell'immediatezza della cessazione di eventi di straordinaria tragicità, di portata travalicante i confini strettamente nazionali o, comunque, promulgate in conseguenza del rivolgimento dell'assetto istituzionale interno, quale forma di reazione all'autoritarismo previgente. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'esperienza tedesca, o, ancora, al caso della Bulgaria, dell'Estonia, e della Croazia, dove, infatti, i rispettivi testi costituzionali sono stati promulgati intorno agli anni Novanta, dopo la chiusura della parentesi socialista e l'avvio di una trasformazione in senso democratico del Paese, con una maggiore apertura all'economia del libero mercato, culminata, nell'adesione all'Unione Europea (tuttora in atto per la Repubblica croata). Nello specifico, viene in rilievo, in questa sede, l'art. 26, Abs. 1, della Costituzione tedesca, il quale, nel contemplare il divieto di preparare una guerra di aggressione ("*Absage an einen Angriffskrieg*"), stabilisce, nella seconda parte, che "devono essere perseguite penalmente" tutte quelle azioni "che possono turbare la pacifica convivenza dei popoli" e che sono "intraprese con tale intento, in particolare al fine di preparare una guerra offensiva". Analogamente, persegue la medesima finalità di tutela, il disposto dell'art. 59 della Costituzione della Repubblica di Bulgaria del 1991, che, al riconoscimento della difesa della Patria, di cui al primo comma, come "dovere" ed

“onore” di ogni cittadino, fa seguire la qualificazione delle condotte di “alto tradimento” (“*hight treason*”) e di “attentato alla sicurezza dello Stato” (“*betrayal of the homeland*”) come gravi crimini (“*the most serious crimes*”), puniti con la massima severità dalla legge (“*punished with the full severity of the law*”). Lungo la stessa direzione si colloca poi l’art. 12, comma 2, della Costituzione della Repubblica dell’Estonia del 1992, che attesta la necessità di criminalizzare tutte quelle forme di incitamento all’odio, alla violenza e alla discriminazione nazionale, razziale, religioso o politico (“*The incitement of national, racial, religious or political hatred, violence or discrimination shall, by law, be prohibited and punishable. The incitement of hatred, violence or discrimination between social strata shall, by law, also be prohibited and punishable*”), nonché lo stesso art. 39, comma 2, della Carta fondamentale della Repubblica di Croazia del 1990, che proibisce e punisce “ogni chiamata o incitamento alla guerra, o ricorso alla violenza, all’odio nazionale, razziale o religioso, o ogni altra forma di intolleranza” (“*Any call for or incitement to war, or resort to violence, national, racial, or religious hatred, or any form of intolerance is prohibited and punishable*”). Intese in una prospettiva teleologica, infatti, anche queste norme sono rivolte a tutelare, in generale, l’assetto democratico del Paese. La preoccupazione di assicurare la stabilità dell’ordinamento costituzionale, nonché di garantire, in questo modo, le stesse condizioni essenziali per la pacifica convivenza civile, peraltro, si riscontra anche al di fuori del panorama europeo, nelle richieste di penalizzazione emergenti in ambito internazionale. A questa esigenza, in particolare, possono ascrivere gli input di criminalizzazione volti a colpire gli episodi di alto tradimento, di spionaggio, di c.d. passaggio al nemico e, più in generale, tutte quelle infrazioni che in qualche modo possono mettere a repentaglio la sicurezza dello Stato<sup>64</sup>.

Accanto alle indicazioni costituzionali volte a salvaguardare l’assetto democratico dell’ordinamento, rispetto ai pericoli che possono pregiudicarne la stabilità dall’“esterno”, è dato riscontrare, poi, a livello costituzionale, una seconda tipologia di input di tutela, indirizzati ad assicurare questa stessa esigenza di equilibrio, però, dall’“interno”. L’oggettivizzazione dei diritti e delle libertà

<sup>64</sup> A titolo meramente esemplificativo è possibile richiamare l’art. 61 della Costituzione algerina del 1996; l’art. 18 della Costituzione della Mauritania del 1991; l’art. 7 della Costituzione del Gabon del 1991; gli artt. 36 e 119 della Costituzione argentina del 1994; l’art. 178, comma 2, della Costituzione del Chad del 1996; gli art. 7, 57 e 64 della Costituzione del Congo del 2005.

fondamentali nei testi costituzionali operativi in ambito nazionale, infatti, risulterebbe “lettera morta” se ad essi non venisse affiancato un reticolato di strumenti atti a presidiarne la piena attualizzazione ed il concreto sviluppo. Siffatta esigenza, peraltro, si salda ad un intervento “dinamico” dell’apparato statale, che, difatti, in questa prospettiva, deve porre le condizioni per consentire la protezione dei beni e delle libertà in parola, non soltanto dagli attacchi che possono derivare da un uso degenerato dello *ius puniendi*, ma anche rispetto ai pregiudizi, per così dire, “orizzontali”, provenienti cioè da privati. Si tratta, in altre parole, dei due aspetti della sicurezza “di fronte allo Stato” e “attraverso lo Stato”. Nello specifico, nel primo caso, è in gioco il contenimento della *mala gestio* dell’esercizio del potere pubblico, finalizzato ad assicurare la massima espansività della libertà personale dell’individuo nell’ordinamento e, soprattutto, a consentirne la piena estrinsecazione anche nel momento in cui il bene in questione si trova ad essere – paradossalmente – “legittimamente” compresso. Vanno in questa sede richiamati, accanto all’art. 13, comma 4, della Costituzione italiana (“è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà”), anche le prescrizioni desumibili dalla Costituzione greca del 1975. Il riferimento è, segnatamente, all’art. 6, comma 3, inciso finale, volto a punire per detenzione arbitraria i trasgressori della regolamentazione ivi stabilita in punto di limitazioni alla libertà personale (“*Violators shall be punished for illegal detention and shall be liable to restore any damage caused to the sufferer and to pay him a monetary compensation for pain and suffering, as specified by law*”); al successivo art. 7, comma 2, (“le torture, le sevizie corporali, ogni attentato alla salute, ogni pressione psicologica e ogni altro attentato alla dignità umana sono proibiti e puniti conformemente alle disposizioni della legge”), nonché al disposto dell’art. 9, comma 2, che, dopo aver riconosciuto in modo ampio la libertà di domicilio – qualificata come diritto inviolabile – e, dopo aver sancito, altresì, che “non può essere effettuata alcuna perquisizione domiciliare se non nei casi e nelle forme determinate dalla legge, e sempre in presenza dei rappresentanti dell’autorità giudiziaria”, sancisce, appunto nel secondo comma, che “i contravventori alla disposizione precedente sono puniti per violazione della tutela accordata al domicilio e per abuso d’autorità; essi sono inoltre tenuti ad indennizzare interamente la persona danneggiata, conformemente alle disposizioni della legge”. In ambito europeo viene altresì in rilievo il disposto dell’art. 55, comma 2, della Costituzione spagnola, in base al quale l’insorgenza di responsabilità penali è collegata all’utilizzazione ingiustificata o abusiva delle facultà riconosciute nella predetta legge organica (“*La utilización injustificada o*

*abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes*”), in relazione alla sospensione del diritto di ogni detenuto ad essere posto in libertà o a disposizione dell'autorità giudiziaria entro il termine massimo di 72 ore (art. 17, comma 2); del diritto all'inviolabilità del domicilio (art. 18, comma 2) e del diritto alla segretezza delle comunicazioni (art. 18 comma 3).

Nella seconda ipotesi in precedenza indicata, invece, il richiamo è da intendersi alla garanzia della piena operatività “nello Stato” degli spazi di libertà consentiti dal testo costituzionale, rispetto ad attacchi provenienti dagli altri consociati o da terzi. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'art. 28 della Costituzione bulgara (“la violazione della vita umana è punita come crimine particolarmente grave”), nonché alle richieste di penalizzazione dei crimini contro la pace e di guerra (v., l'art. 31, comma 7, della stessa Costituzione bulgara e l'art. 43 della Costituzione polacca) e delle diverse forme di razzismo (emblematici sono gli esempi offerti dall'art. 4 della Costituzione della Repubblica di Guinea; dall'art. 69 della Costituzione del Mozambico; dall'art. 8 della Costituzione del Niger; dagli artt. 11 e 33 della Costituzione del Rwanda).

Nella panoramica fino a questo momento tracciata, il *refrain* di fondo che è dato riscontrare, richiama, indubbiamente, una utilizzazione per così dire “tradizionale” dello strumento penale. Le richieste normative oggetto di specifica analisi, infatti, si connotano per la spinta verso l'impiego dell'armamentario penale a sostegno della protezione di diritti soggettivi individuali o, comunque, a garanzia di beni e dei valori ad essi funzionali. Nelle ipotesi degli input costituzionali volti ad assicurare la protezione giuridica dei cittadini dagli abusi di potere dello Stato, nonché quelli indirizzati a dare effettività al complesso delle libertà individuali, in pratica, il diritto penale è chiamato ad apprestare una forma di protezione giuridica sussidiaria rispetto alla regolamentazione assicurata in altri rami dell'ordinamento; esso, infatti, pur nella sua specificità ed afflittività, interviene ad assicurare le basi stesse dello Stato di diritto, in modo non dissimile da quanto viene sancito in ambito privatistico e/o pubblicistico. Non mancano comunque indicazioni che, invece, si manifestano come rivendicazioni di una più seria tutela d'interessi emergenti, in un'ottica marcatamente più progressista. Un esempio emblematico, a tale riguardo, è dato dai vincoli di criminalizzazione contenuti nella Costituzione spagnola del 1978, volti alla protezione di interessi “metaindividuali”. Il riferimento è, da un lato, alla salvaguardia del “*medio ambiente*” e della qualità della vita, sancito nell'art. 45 CE (v., in particolare, il comma 3, secondo cui “per coloro che violino quanto disposto [...] si stabiliranno sanzioni penali o,

se nel caso, amministrative, così come l'obbligo di riparare il danno causato") dall'altro, alla conservazione del patrimonio artistico, di cui al successivo art. 46 CE che, nell'inciso finale, precisa che "la legge penale sanzionerà gli attentati contro questo patrimonio". La tutela penale ambientale è oggetto di particolare considerazione anche nell'art. 225, § 3, della Costituzione brasiliana del 1988, che, infatti, fa scattare per gli autori – persone fisiche e giuridiche – di comportamenti e di attività considerate lesive per l'ambiente l'applicazione di sanzioni penali e amministrative, indipendentemente dall'obbligo di riparare i danni causati (*"As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados"*)<sup>65</sup>.

Tirando le fila del discorso, dunque, le diverse direttrici di penalizzazione presenti nelle Carte costituzionali appaiono caratterizzate dallo stesso minimo comune denominatore; esse, infatti, sono finalizzate – in maniera più o meno diretta – alla protezione dell'individuo. Nello specifico, l'individuo viene in rilievo come "fibra" del "corpo sociale" in relazione agli obblighi di penalizzazione volti a rafforzare la tutela dell'assetto istituzionale democratico dell'ordinamento; ancora, l'individuo fa da sfondo alle indicazioni di criminalizza-

<sup>65</sup> La Costituzione brasiliana contempla anche altri espressi obblighi di tutela penale; v., al riguardo, l'art. 5, inciso XLI, secondo cui "la legge punirà qualsiasi discriminazione che attentati contro i diritti e le libertà fondamentali" (*"a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais"*); il successivo inciso XLII, in base al quale la pratica del razzismo costituisce un reato che non consente la libertà su cauzione, risulta imprescrittibile, ed è punibile con la reclusione, secondo quanto previsto dalla legge (*"a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei"*); l'inciso XLIII, che, in particolare, dispone che la legge considererà come reati che non consentono la libertà su cauzione (*"inafiançáveis"*), né la concessione della grazia o dell'amnistia, la pratica di tortura, il traffico illecito di narcotici (*"entorpecentes"*) e droghe affini, il terrorismo, nonché quelli definiti "come crimini ripugnanti" (*"crimes hediondos"*), per i quali dovranno rispondere i mandanti, gli esecutori e coloro che, pur avendone la possibilità, si sono astenuti dall'evitarli (*"a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou amnistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem"*); l'inciso XLIV, in base al quale costituisce reato che non consente la libertà su cauzione e non è suscettibile di grazia, "l'azione di gruppi armati, civili o militari, contro l'ordine costituzionale e lo Stato democratico" (*"constitui crime imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático"*); l'art. 227, § 4, che rimette alla legge la comminazione di pene particolarmente severe per reprimere l'abuso, la violenza e lo sfruttamento sessuale di bambini e adolescenti" (*"A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente"*).

zione volte a presidiare l'esercizio delle libertà individuali rispetto a soprusi provenienti tanto dallo Stato, quanto dagli altri cittadini; ed, infine, è sempre l'individuo, nella sua proiezione futura, che si pone sullo sfondo degli input di tutela penale indirizzati ad assicurare una adeguata protezione ad interessi "emergenti", quali l'ambiente. Posto ciò, non è difficile cogliere l'equazione che si instaura tra il vincolo costituzionale di penalizzazione e la valutazione di meritevolezza della tutela penale dei sottostanti valori e/o interessi costituzionali. Il "nodo gordiano" della questione, tuttavia, risiede altrove e, più precisamente, concerne la possibilità di fare, sulla base dell'associazione concettuale appena riferita, un ulteriore passo in avanti. Rimanendo sempre nell'ambito del linguaggio matematico, il problema riguarda la possibilità di ritenere esistente un rapporto di proporzione tra la prima equazione indicata, volta ad associare l'obbligo costituzionale alla meritevolezza di tutela (*Schutzwürdigkeit*) e una seconda equazione che, in linea teorica, dovrebbe porre in relazione la meritevolezza dell'intervento penale (*Strafwürdigkeit*), intesa come dignità astratta dell'impiego dell'armamentario penale, e il bisogno di pena "in concreto", nel senso della necessaria estrinsecazione di una disciplina punitiva (*Strafbedürftigkeit*)<sup>66</sup>. Mentre la prima qualificazione esprime un giudizio di disvalore sul fatto, nella forma di una disapprovazione particolarmente intensa, il riferimento alla necessità della pena presuppone la sussistenza di tale requisito, unitamente alla circostanza che nel caso concreto non esista alcun altro mezzo disponibile che sia parimenti efficace, ma meno affittivo<sup>67</sup>. La prospettiva, del resto, non potrebbe essere diversa, posto che, nelle scelte di penalizzazione, in gioco è il sacrificio del bene fondamentale della libertà personale, oggetto di particolare considerazione a livello costituzionale. Soltanto la compenetrazione di tali requisiti nelle scelte del legislatore consente di ritenere autenticamente soddisfatto il canone dell'*extrema ratio* dell'intervento penale. Nel caso degli obblighi di tutela, infatti, non è del tutto scontata la circo-

<sup>66</sup> M. ROMANO, "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 41, ora anche in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, vol. II, Bari, 1994, p. 789 ss.

<sup>67</sup> H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996, p. 50; D.M. LUZÓN PENA, *La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito*, in J.M. SILVA SANCHEZ (a cura di), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1995, p. 115 ss.; H. OTTO, *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª ediz., Berlin, 2004, p. 9 ss.; *Amplius*, v. M. DA COSTA ANDRADE, A "dignidade penal" e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teológico-racional do crime, in *Revista portuguesa de ciência criminal*, 1992, p. 173 ss.

stanza che il Costituente abbia svolto, con risultato positivo, la “prognosi di efficacia strumentale della tecnica penalistica”, e, con essa, al contempo la valutazione politico-criminale sulla necessità dell’intervento penale, escludendo, conseguentemente, *tout court*, ogni forma di regolamentazione diversa, parimenti ritenuta adeguata<sup>68</sup>. In altri termini, il perno intorno al quale ruota l’intera questione attiene all’eventuale residuabilità in capo al legislatore di una valutazione di “opportunità” in merito all’impiego della regolamentazione imposta dall’input costituzionale di penalizzazione. Si tratta di un aspetto di particolare rilevanza, posto che, a seconda della soluzione che ad esso viene data, è suscettibile di atteggiarsi in modo diverso anche il rapporto di forza che si instaura tra il vincolo di protezione penale ed il conseguente, inevitabile, sacrificio del bene della libertà personale. È chiaro, infatti, che se viene sottratto ogni argine di manovra al legislatore, il bene da ultimo indicato dovrebbe sempre risultare soccombente nel giudizio di bilanciamento che normalmente precede le scelte di penalizzazione, aprendo le porte, però, in questo caso, ad uno stridente contrasto con la qualificazione di inviolabilità ad esso attribuita nel testo costituzionale (art. 13, comma 1, Cost.).

La complessità di una simile indagine può trovare un appiglio ai fini della sua risoluzione nella considerazione del concreto atteggiarsi dei rimedi predisposti nell’ordinamento per fronteggiare le ipotesi in cui l’obbligo costituzionale viene disatteso dagli organi preposti alla sua attuazione. In pratica, la quadratura del cerchio per tutti i quesiti in precedenza esposti deve rintracciarsi sul terreno dell’effettività. Perché l’equazione “obbligo-necessità di intervento penale” funzioni, infatti, è necessario che l’ordinamento predisponga adeguati meccanismi di controllo, in grado di monitorarne l’attualizzazione e, soprattutto, di far scattare opportune contromisure – compulsive e/o sanzionatorie – in caso di inerzia del legislatore. Va da sé che, in queste ipotesi, la “cifra” dell’obbligo di tutela si coglie sulla base dei rimedi congegnati dall’ordinamento, affinché non trovi margine alcuno di operatività proprio quella carenza di tutela che la creazione del vincolo intende, appunto, ovviare. L’epilogo fisiologico di tale assunto, dunque, consiste nella valorizzazione della simmetrica corrispondenza che si instaura tra l’obbligo di penalizzazione e la previsione di adeguate forme di reazione, volte a restituire al vincolo consacrato nella Norma fondamentale quell’afflato vitale eventualmente pregiudicato dal suo soffocamento legislativo e/o giudiziale. Partendo da tale constatazione, l’obbligo costituzionale di tutela penale, in altre parole, si dovrebbe qualifica-

<sup>68</sup> D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, cit., p. 497.

re veramente come tale soltanto in funzione della sua coercibilità, cioè della sua idoneità, in caso di inottemperanza, ad essere applicato con la forza o ad implicare, comunque, l'irrogazione di sanzioni in caso di inosservanza<sup>69</sup>.

Mettendo da parte i casi di totale inattuazione delle richieste costituzionali, invero inesistenti, la problematicità degli obblighi di penalizzazione concerne, essenzialmente, i limiti di sindacabilità delle scelte legislative assunte in attuazione delle suddette istanze. Nello specifico, i punti più controversi sono due: a) l'enucleazione del margine di manovra di cui dispone il legislatore nella concretizzazione del mandato costituzionale e, segnatamente, l'individuazione di quel *minimum* di esplicitazione che consente di ritenere l'obbligo soddisfatto; b) la plausibilità dell'eventuale riconsiderazione – da parte del titolare del monopolio normativo penale – delle scelte in un primo momento adottate come svolgimento degli input di tutela, non potendosi, del resto, concepire l'ordinamento come una monade isolata, priva di storicità.

In relazione al primo aspetto, non si può non rilevare come l'obbligo di tutela sottenda, in linea di principio, l'adozione di una determinata regolamentazione normativa, ovvero l'impiego di sanzioni penali. A questo proposito, però, si tratta di verificare se l'indicazione costituzionale allude all'impiego in via esclusiva di tale strumento sul piano attuativo o, se, invece, la richiesta non sia in alcun modo ostativa alla possibilità di utilizzare forme di tutela extrapenale. In taluni casi, il problema è direttamente risolto dalla Natura primaria dell'ordinamento, nel senso che i precetti ivi contenuti lasciano aperta la possibilità di impiegare, in via alternativa, sanzioni penali o amministrative per soddisfare l'esigenza di protezione. Una simile conformazione delle prescrizioni costituzionali, tuttavia, è stata utilizzata da una parte della dottrina per escludere che, in questi casi, a stretto rigore, ci si trovi di fronte ad autentici obblighi di penalizzazione<sup>70</sup>.

Quanto al secondo punto in precedenza delineato, va da sé che, intesi in una accezione rigida, gli obblighi di tutela, una volta attuati, non dovrebbero consentire ulteriori interventi del legislatore; tale divieto, segnatamente, do-

<sup>69</sup> Anche se in relazione all'ambito privatistico, v. E. BETTI, *Dovere giuridico (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 59.

<sup>70</sup> La dottrina, specialmente spagnola, (v., per tutti, J. MUÑOZ LORENTE, *Obligaciones constitucionales de incriminación y derecho penal simbólico*, cit., p. 108; D.M. SANTANA VEGA, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid, 2000, p. 63) ha interpretato in termini restrittivi il concetto di obbligo di tutela penale, escludendone la sussistenza quando viene lasciata al legislatore la possibilità di scegliere tra l'impiego della tutela penale *tout court* e l'utilizzo di sanzioni amministrative.

vrebbe colpire non soltanto quelle modifiche eventualmente indirizzate a dilatare l'ambito del penalmente rilevante, ma, addirittura, anche quegli interventi che si spingono ad abbassare la soglia di tutela penale in precedenza accordata. Se così è da intendere il mandato di criminalizzazione, però, è evidente la frizione con l'istanza di legalità penale e, segnatamente, con il principio della riserva di legge, in quanto la discrezionalità del legislatore, per lo meno in linea teorica, una volta esercitata, risulterebbe del tutto esaurita. La doverosità della tutela sancita nella Costituzione fa, dunque, insorgere l'ulteriore questione dell'estensione dei poteri del legislatore che ne deve assicurare l'adempimento, e, soprattutto, quello della delimitazione dei confini del controllo giudiziale sul suo operato, nel quadro della separazione dei poteri dello Stato. Perché si verifichi il "salto" dalla valutazione "astratta" della meritevolezza di tutela alla dimensione "concreta" del bisogno di pena, in altre parole, è imprescindibile la considerazione della natura e della reale coerenza dei vincoli costituzionali. A questo proposito, occorre rilevare che l'ordinamento sembra accettare una situazione di inattuazione originaria dell'obbligo di tutela; il mancato intervento del legislatore, per dare ad esso concretizzazione, infatti, non è sindacabile davanti alla Corte costituzionale, non sussistendo lo stesso oggetto del giudizio. Ciò vale non soltanto per quegli ordinamenti che, come quello italiano, non conoscono rimedi specifici per fronteggiare le omissioni legislative, ma anche in quegli ordinamenti dove, per esempio, è previsto lo strumento dell'incostituzionalità per omissione (art. 283 della Costituzione portoghese e art. 103, § 2 della Costituzione brasiliana). Ad un attento esame, infatti, neppure tale meccanismo è in grado di operare come una "panacea" per ovviare a quelle lacune di tutela per cui gli stessi obblighi sono pensati, determinando, semplicemente, una forma di pressione politica nei confronti degli organi competenti, in ossequio alla separazione dei poteri dello stato. Se, dunque, paradossalmente, l'ordinamento tollera tale *impasse* nel sistema costituzionale, analogamente, non si può non ritenere salva la libertà del legislatore pure a fronte di obblighi espressi di tutela. Ciò che conta è che la richiesta costituzionale non sia lasciata sguarnita di tutela e che, comunque, la forma di protezione predisposta sia in grado di soddisfare l'obiettivo preso di mira e, soprattutto, che sia coerente con il sistema punitivo nel suo complesso.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, emerge, in modo netto, la divergenza degli asseriti obblighi di tutela penale di derivazione comunitaria, i quali, infatti, rispetto alle clausole espresse di penalizzazione, appaiono indirizzarsi nella prospettiva esattamente opposta, ovvero di dilatazione del margine di intervento del legislatore penale, in funzione della protezione di inte-

ressi “secondari” o comunque “strumentali” alla protezione dei diritti e delle libertà fondamentali. A livello comunitario, dunque, l’allargamento della sfera della penalità viene portata avanti, non in nome di scala gerarchica di valori ben definita, bensì, nella prospettiva della stretta funzionalità all’attuazione della politica comunitaria. Non è un caso che le problematiche di cui si discute siano insorte non con riferimento alla necessità di garantire penalmente la protezione di fondamentali diritti dell’individuo, bensì in settori dove, per la verità, la stessa necessità di impiego di sanzioni penali risulta controversa, primo tra tutti il settore della disciplina d’impresa. Sul piano comunitario, il bisogno di tutela si atteggia, per lo più, quale bisogno di “tutela istituzionale”, collegato, come tale, alla dimensione strutturale e operativa degli organismi comunitari, allo svolgimento in concreto delle pubbliche funzioni, nonché alla protezione delle risorse di natura finanziaria della Comunità stessa. Per converso, però, analogo condizionamento non si realizza in egual misura sul fronte della tutela dei diritti fondamentali<sup>71</sup>. In queste specifiche ipotesi, pertanto, va da sé, che se la selezione dei beni e/o interessi meritevoli di sanzione penale se, in linea di principio, coerente con l’ordinamento comunitario, può, tuttavia, non esserlo in sede interna, là dove, appunto, viene data priorità alla tutela, anche penale, di fondamentali valori inerenti la persona umana. Un adeguamento *tout court* alle indicazioni europee potrebbe dunque ingenerare sperequazioni nell’ordinamento nazionale. Come già anticipato, la politica criminale comunitaria manca di un autentico “coordinamento”, il quale può discendere, come tale, soltanto dalla dialettica delle diverse voci componenti l’ordinamento democratico, che trova la sua massima espressione nell’elezione diretta dell’organo deputato a detenere il monopolio della produzione normativa. Se, dunque, un significato vuole ricondursi agli obblighi comunitari, questo non pare allo stato attuale rintracciabile nel senso della vincolatività. Semmai, rimanendo nel campo delle definizioni giuridiche, più corretta sembra la qualificazione alla stregua di “onere” di tutela, posto che, appunto, l’impiego di tale termine vale ad eliminare ogni possibile fattore di fraintendimento, lasciando intatta la discrezionalità del legislatore. Discrezionalità che allo stato attuale, lo si ripete, concerne non soltanto le modalità di attuazione del vincolo di tutela, in rapporto alle altre scelte adottate in ambito nazionale, ma che vale anche nell’ipotesi di successive modifiche normative, stante l’impraticabilità di rimedi autenticamente coattivi degli obblighi in parola.

<sup>71</sup> P. PATRONO, *Diritto penale dell’impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, 1993, p. 154 ss.

dott. PAOLO PIRAS

Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Sassari

## PRESCRIZIONE DI FARMACI OFF LABEL E RESPONSABILITÀ PENALE

SOMMARIO: 1. La prescrizione off label. – 2. Possibilità e limiti di ammissibilità della prescrizione. – 3. Il titolo soggettivo di responsabilità per il superamento dei limiti. – 4. Reazione avversa al farmaco e malattia. – 5. L'accertamento causale. – 6. Natura cautelare o economica delle recenti disposizioni.

### 1. *La prescrizione off label*

Il diritto penale della medicina vede ampliarsi i suoi orizzonti. Rimane intatto e si rinnova l'interesse per argomenti tradizionali, quali la causalità, la colpa, il consenso informato, l'attività in équipe ecc. Ma nuovi argomenti sbocciano e spesso attingono a più argomenti tradizionali. Basti pensare alla procreazione medicalmente assistita. O all'incriminazione di fattispecie di mera condotta, come è avvenuto con il d. lgs. n. 187/00, per l'esposizione ingiustificata del paziente a radiazioni ionizzanti.

Uno di questi argomenti nuovi è costituito dalle prescrizioni di farmaci fuori etichetta. L'espressione più usata, peraltro assolutamente equivalente, è di lingua inglese: off label. Si parla di prescrizione off label quando il farmaco viene prescritto per un'indicazione terapeutica diversa da quella contenuta nell'autorizzazione ministeriale d'immissione in commercio; indicazione poi trasfusa nel foglietto illustrativo accluso alla confezione (c.d. bugiardino). La prescrizione è ritenuta off label anche quando l'indicazione terapeutica è autorizzata, ma non è autorizzata la via o la modalità di somministrazione prescelta. Ad es., non è autorizzata la somministrazione per via sottocutanea o il numero di dosi supera la posologia autorizzata.

Si tratta di un fenomeno che è dilagato negli ultimi anni. Gli esempi sono a pioggia: il viagra viene utilizzato anche per la cura dei disturbi del circolo polmonare. Farmaci antinfiammatori vengono invece impiegati anche per lenire i dolori neoplastici. La talidomide, farmaco noto ai penalisti per gli effetti teratogeni sulle donne in gravidanza, è nato come sonnifero, è stato poi usato nella lotta contro la lebbra e attualmente se ne è scoperta l'efficacia contro il mieloma multiplo. Antidepressivi adoperati per combattere i disturbi d'ansia.

Colliri usati per curare le perforazioni del timpano.

Il fenomeno non nasce, è chiaro, per pura bizzarria intellettuale del medico prescrivente. Nasce invece perché esperienza e studi specifici segnalano che effettivamente l'impiego alternativo risulta funzionale al trattamento del paziente.

## 2. Possibilità e limiti di ammissibilità della prescrizione

La domanda che sorge spontanea è se la prescrizione off label sia penalmente lecita. In linea generale la risposta è affermativa. Infatti, nel diritto penale della medicina vige il principio di libertà terapeutica del medico. La matrice normativa di questo principio viene individuata nell'art. 33 I co. Cost., per il quale la scienza è libera e nell'art. 9 I co. Cost., per il quale la Repubblica promuove la ricerca scientifica<sup>1</sup>.

Peraltro, il principio di libertà terapeutica non opera incondizionatamente. Vengono eretti argini alla sua operatività, perché è in gioco la salute del paziente, la cui tutela è imposta dall'art. 32 I co. Cost. Ma come individuare, come tracciare questi limiti? Osserviamo come ciò è avvenuto in un recente caso giurisprudenziale<sup>2</sup>. In un centro estetico due modelle vengono sottoposte ad un trattamento anticellulite, consistente nella inoculazione sottocutanea di alcuni farmaci per l'aggressione dei lipidi e in un successivo massaggio meccanico per favorirne l'assorbimento per drenaggio. Dopo alcuni giorni le cosce delle due modelle si gonfiano, diventano dolenti e calde al tatto. Si rivolgono al medico che ha praticato il trattamento. Questi le rassicura, sostenendo che si tratta di effetti normali del trattamento; prescrive l'applicazione di una pomata antibiotica, ulteriori massaggi e l'esposizione a lampada per mascherare gli aloni neri. Ma il corteo sintomatologico si affolla e incede: il dolore è talmente forte da impedire alle donne di sedersi. Una delle due, durante la doccia, nota lo "scoppio" di un rigonfiamento, con fuoriuscita di liquido biancastro frammisto a sangue. Si rivolgono ad altro medico e la sua diagnosi è impietosa: cosce e natiche sono diventate terreno di conquista di numerosi ascessi. Invia le pazienti da un chirurgo, che incide ed evacua gli ascessi. Il bisturi guarisce, ma infligge anche ferite chirurgiche, lasciando ad ognuna delle

<sup>1</sup> GIUNTA, *Il caso Di Bella: libera sperimentazione terapeutica e responsabilità penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 668.

<sup>2</sup> Cass. Sez. IV, ud. 19 giugno 2006, dep. 12 set. 06, n. 30057, imp. Talevi, est. Marzano, in *Ced* 234373.

pazienti circa due dozzine di cicatrici: l'attività di modelle è compromessa. Si procede per lesioni personali colpose contro il medico che ha praticato il trattamento anticellulite. Si accerta, mediante perizia, che gli ascessi non erano di origine infettiva, ma asettica, per l'uso dei farmaci. Fra gli effetti collaterali di quei farmaci vi sono allergia cutanea e lesioni istologiche, che possono provocare appunto ascessi asettici. I profili d'impiego di farmaci off label in questo caso sono diversi: nessuno di essi è autorizzato contro la cellulite, vengono iniettati per via sottocutanea, non autorizzata e con dosaggio che supera quello autorizzato. Off label è anche l'associazione dei farmaci, il c.d. cocktail, la creazione in definitiva di un nuovo farmaco, senza che ne si conoscano gli effetti, se non quello di aumento del rischio istolesivo. Il medico viene condannato dal Tribunale. La condanna è confermata in appello e il suo ricorso per Cassazione viene respinto. La Cassazione ritiene colposa la condotta dell'imputato, per la prevedibilità dell'evento, da asserirsi in base al solito parametro dell'agente modello, dell'*uomo coscienzioso e avveduto nella situazione data e nel concreto ruolo sociale dell'agente*. La sentenza richiama la prevalente dottrina, che, senza mutare la sostanza, usa spesso la corrispondente espressione latina *homo eiusdem professionis et condicionis*. In questo caso i limiti della prescrizione off label sono stati quindi tracciati in base al parametro dell'agente modello.

In un altro recente caso giurisprudenziale, i limiti sono stati tracciati invece facendo riferimento ad un parametro normativo.<sup>3</sup> Una bambina di 12 anni supera abbondantemente il quintale di peso. Una psichiatra, a scopo dimagrante, le prescrive il Topamax (principio attivo: topiramato), farmaco utilizzato per la cura dell'epilessia (c.d. anticomiziale), fra i cui possibili effetti collaterali vi è appunto il dimagrimento (c.d. effetto anoressizzante). Purtroppo l'effetto sperato non si verifica, ma si manifestano altri effetti collaterali: sonnolenza, incubi, emicrania, depressione, irritabilità e un episodio allucinatorio, effetti prolungatisi per oltre quaranta giorni. Il pubblico ministero procede contro la psichiatra per lesioni personali e il giudice la condanna, ritenendo che l'imputata non abbia rispettato i limiti dell'art. 3 II co. della legge n. 94 del 1998 (c.d. legge Di Bella). Si tratta della legge di conversione di un decreto legge approvato per la necessità e l'urgenza di assicurare una procedura di sperimentazione accelerata al multitrattamento Di Bella<sup>4</sup>. La sperimentazione

<sup>3</sup> Trib. Pistoia, ud. 24 novembre 2005, dep. 20 gennaio 2006, n. 440, imp. M.D., est. Buzzégoli, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 1125, con commento di IADECOLA

<sup>4</sup> Per un commento a questa legge, v. MICHELETTI, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 697.

purtroppo non ha dato gli esiti sperati, cosicché hanno perso d'importanza molte disposizioni contenute in questa legge. Ma alcune l'hanno invece mantenuta, essendo suscettibili di applicazione anche a diverse ipotesi di trattamento medico. Fra queste disposizioni vi è appunto l'art. 3 II co., riferibile a qualunque prescrizione off label, la cui liceità è subordinata a tre presupposti: a) l'impossibilità, in base a dati documentabili, di trattare il paziente utilmente in label, cioè con medicinali per i quali sia già stata approvata una certa indicazione terapeutica o una certa via o modalità di somministrazione; b) l'impiego off label deve essere noto e conforme a lavori apparsi su pubblicazioni scientifiche accreditate in campo internazionale; c) la presenza del consenso informato del paziente. S'impone, sia pure brevemente, qualche considerazione in ordine a ciascuno di questi requisiti.

*L'impossibilità di utile trattamento in label.* Ciò può avvenire perché manca, per la malattia interessata, un farmaco già autorizzato. O perché, ipotesi più frequente, il farmaco con l'indicazione autorizzata si è rivelato inefficace su un certo paziente: non tutti i pazienti reagiscono allo stesso modo e purtroppo i farmaci talvolta non producono l'esito sperato. Inoltre vengono talvolta sperimentati, e poi autorizzati, farmaci di poca utilità, per fini esclusivamente economici: le case farmaceutiche investono più in marketing che in ricerca vera e propria. Del resto, e senza giudizi morali, si tratta di imprese commerciali, che rispondono alla legge del massimo profitto.

*La conformità del trattamento off label a pubblicazioni accreditate internazionalmente.* Si tratta, invero, di un'edizione normativa di quell'intramontabile principio mantovaniano, per il quale va praticata la cura che, secondo la migliore scienza ed esperienza, presenta la maggiore idoneità terapeutica<sup>5</sup>. Il riferimento legislativo all'accredito internazionale porta ad escludere che sia sufficiente, ad es., una presentazione o peggio un solo abstract di un congresso, ma il lavoro deve essere inserito in una rivista di indiscusso pregio internazionale (es., Lancet), anche telematica (es., Medscape.com). Ma come regolarci quando sull'impiego off label le opinioni sono difformi nella letteratura specialistica? In linea di principio va suggerita una certa cautela in questa valutazione, perché in letteratura si tende alla pubblicazione dei dati lusinghieri, mentre si tende a tacere gli insuccessi. Chi è che pubblica un articolo nel quale scrive che su cento pazienti, da lui trattati off label, 92 sono morti? Quest'argomento, beninteso, deve indurre solo una certa cautela, ma non è certo sufficiente a porre in crisi una letteratura internazionalmente accreditata. Se

<sup>5</sup> MANTOVANI, *Libertà della cura e responsabilità del medico*, in *Toscana medica*, 3, 9.

quindi vi è una ragionevole speranza terapeutica, non si dovrebbe privarne il paziente, legando le mani al medico solo perché c'è difformità di opinioni specialistiche.

*Il consenso informato del paziente.* Il consenso deve avere ad oggetto il trattamento proposto dal medico e non dal paziente. Se, ad es., la via di somministrazione è quella intramuscolare (come avviene per certi antibiotici), il paziente non può proporre un'altra via, perché ha paura delle iniezioni. È vero che con il consenso informato, si è passati dal paternalismo medico all'alleanza terapeutica, ma questo non significa che il trattamento terapeutico debba costituire oggetto di trattative. Altrimenti si passa dal consenso informato al capriccio informato. In altri termini il medico potrà esaudire i desiderata del paziente solo se ciò non confligga con quanto previsto in letteratura<sup>6</sup>. Su questo punto una certa intransigenza appare d'obbligo: con la prescrizione off label si sta facendo qualcosa al limite del consentito. È vero che la letteratura, anche internazionalmente accreditata, può consentire una certa prescrizione off label. Ma è anche vero che si sta prescrivendo un farmaco per un'indicazione terapeutica non contenuta nell'autorizzazione ministeriale d'immissione in commercio e quindi si tratta di un impiego che non è stato sperimentato secondo la procedura legislativamente prevista e con le connesse garanzie<sup>7</sup>.

*Una vera malattia.* C'è un ulteriore presupposto, normativamente implicito, ma non per questo meno importante: il paziente deve essere davvero malato. In prima battuta l'affermazione può apparire bislacca, ma va posto in rilievo che non è rara l'ipotesi di uso di farmaci off label per curare malattie che tali non sono. Basti pensare all'uso di certi farmaci antipertensivi, che vengono utilizzati contro la calvizie. O ancora a certi farmaci contro l'ipertrofia prostatica benigna, anch'essi utilizzati contro la calvizie. Oppure al testosterone, usato contro "il disturbo sessuale femminile", più brevemente detto "disturbo femminile", caratterizzato dall'inappetenza sessuale della donna e dalla difficoltà di raggiungere l'orgasmo. O si pensi ancora a certi psicofarmaci utilizzati contro "il disturbo motivazionale", l'assenza di stimoli, che a periodi affligge le nostre giornate. Per non parlare poi dell'uso "guascone" di certi farmaci,

<sup>6</sup> D'altra parte, in termini generali, l'art. 13 VI co. cod. deont. med. prevede che: "In nessun caso il medico dovrà accedere a richieste del paziente in contrasto con i principi di scienza e coscienza allo scopo di compiacerlo, sottraendolo alle sperimentate ed efficaci cure disponibili".

<sup>7</sup> In questo senso MASSIMINO, *La prescrizione dei farmaci "off label": adempimenti, obblighi e responsabilità del medico*, in *Diritto e responsabilità*, 2003, 934, che considera il fenomeno, sul piano civilistico, attività pericolosa ex art. 2050 c.c.

come il viagra per garantirsi prestazioni spettacolari o dell'uso "carrieristico", come il viagra rosa, non ancora in commercio, ma che sicuramente verrà utilizzato dalla donna in carriera, che si rifiuta di recuperare ritmi di vita più umani e un dialogo più genuino con il proprio partner. In questi casi e affini si è oltre l'impiego off label del farmaco: si è dinnanzi ad un abuso.

Un terzo ed ultimo approccio giurisprudenziale al tema si è avuto servendosi dell'art. 12 codice di deontologia medica previgente, che peraltro contiene una previsione identica a quella dell'attuale art. 13<sup>8</sup>. Il caso: un medico prescrive l'insulina, a scopo antiabortivo, ad una donna non diabetica, che ha già avuto due aborti spontanei. Secondo l'ipotesi del medico prescrivente, l'insulina, abbassando la glicemia, dovrebbe esercitare un effetto favorevole sull'embrione. La somministrazione del farmaco produce tuttavia un coma ipoglicemico che a sua volta induce lesioni neurologiche. Il Tribunale condanna per lesioni personali dolose, asserendo la liceità, in linea di principio, della prescrizione off label, per la piena autonomia del medico, da intendersi come indipendenza di giudizio e di pensiero e non certo come libertà di azione. I limiti, sono individuati nel doversi ispirare la prescrizione off label ad aggiornate e documentate acquisizioni scientifiche e all'osservanza del rapporto rischio-beneficio<sup>9</sup>.

Quale parametro limitativo scegliere? Dinnanzi ad uno specifico parametro espressamente previsto dalla legge, non pare che ci siano spazi di discussione. Per sostenere l'inapplicabilità della legge Di Bella si potrebbe asserire che si tratta di un fossile normativo e che l'intero testo non è più applicabile, trattandosi di legge eccezionale, emanata per uno scopo ormai raggiunto e cioè la speciale sperimentazione di un certo trattamento. In realtà ciò non appare fondatamente sostenibile, perché di alcune disposizioni della legge Di Bella è stata imposta l'applicazione con leggi successive, come le ultime leggi finanziarie delle quali si dirà qui in proseguito.

D'altra parte, la discrasia fra quanto legislativamente previsto e quanto invece previsto deontologicamente è in fondo modesta, se si riflette che la prescrizione off label deve essere comunque scientificamente documentata<sup>10</sup> e

<sup>8</sup> L'art. 13 III co. cod. deont. med. 2006 reca: "Le prescrizioni e i trattamenti devono essere ispirati ad aggiornate e sperimentate acquisizioni scientifiche tenuto conto dell'uso appropriato delle risorse, sempre perseguendo il beneficio del paziente secondo criteri di equità".

<sup>9</sup> Passo della motivazione di Trib. Milano, Sez. X, 21 luglio 2000, riportato in *Bollettino d'Informazione sui Farmaci*, mag.-giu. 2001, n. 3, 134.

<sup>10</sup> L'art. 13 co. VII del cod. deont. med. dice: "La prescrizione di farmaci, sia per indicazio-

che ciò che richiede in più la legge è l'accredito internazionale.

La discrasia appare invece più profonda fra il parametro posto dalla legge Di Bella e quello dell'agente modello. La letteratura medica, con i caratteri indicati dall'art. 3 della legge Di Bella, soddisfa senz'altro esigenze di determinatezza. L'agente modello, invece, non esiste, non è reale, è una pura astrazione. È caratterizzato da margini incontrollabili d'indeterminatezza. Non può fungere da parametro comportamentale di riferimento per il medico. Purtroppo, vi sono casi di prescrizione off label, nei quali la figura dell'agente modello si presta a soddisfare esigenze di tutela della salute del paziente. Si tratta di quei casi, nei quali i caratteri richiesti dall'art. 3 cit. potrebbero essere traballanti, ma tuttavia si è in presenza del c.d. razionale medico: un ragionamento scientifico, per il quale la somministrazione off label non può non funzionare e ha già funzionato in casi analoghi. Ad es., la proteina C ha, come indicazione terapeutica, la cura della deficienza congenita di tale proteina. Ma viene impiegata anche nei casi di carenza dovuta a circostanze contingenti, quali un grave stato settico, dovuto, ad es., a meningococco. Ancora: la venlafaxina, che ha come indicazione la depressione maggiore, può essere usata anche in pazienti anziani non depressi per il miglioramento dell'emodinamica encefalica, atteso che quel farmaco ha sicuramente questa azione.

La prescrizione off label è quindi un settore nel quale si toccano con mano i rischi della positivizzazione delle regole cautelari. Rischi, com'è ovvio, di non poco conto.

### 3. *Il titolo soggettivo di responsabilità per il superamento dei limiti*

Dolo o colpa? La domanda si pone perchè il superamento dei limiti non significa automaticamente solo ed esclusivamente colpa. I limiti attengono alla liceità della prescrizione, indipendentemente dal parametro d'individuazione. Mantenersi cioè all'interno dei limiti garantisce la non punibilità. Ma se si va al di fuori, s'incappa in una responsabilità penale, il cui titolo soggettivo va accertato secondo i comuni criteri. Non va dimenticato, per quanto ovvio possa apparire, il c.d. elemento negativo della colpa, perché espressamente l'art. 43 alinea III c.p. richiede che l'evento non sia voluto, perché lo stesso possa essere imputato appunto a titolo di colpa. Al riguardo, viene in considerazione, in modo particolare, il criterio dell'accettazione del rischio, prediletto

ni non previste dalla scheda tecnica sia non ancora autorizzati al commercio, è consentita purchè la loro efficacia e tollerabilità sia *scientificamente documentata*" (corsivo nostro).

in giurisprudenza per la distinzione fra colpa con previsione e dolo eventuale. Il medico che quindi oltrepassi i limiti normativi di liceità della prescrizione, accettando il rischio di verificazione dell'evento malattia, risponderà di lesioni personali dolose, a titolo di dolo eventuale. Sempreché ovviamente l'evento malattia si verifichi. Questo è proprio ciò che si è verificato nel caso della bambina obesa: il giudice ha condannato per lesioni personali dolose, sostenendo che l'imputata non aveva monitorato l'andamento della rischiosa terapia avviata, mettendosi quindi nella condizione di non poter poi dire che tutto era sotto controllo e che quindi aveva superato il rischio dell'evento malattia. Si tratta di un ragionamento facilmente controvertibile, per chi quotidianamente respira l'aria delle aule giudiziarie. Invero, se non si è monitorato l'andamento della terapia, significa che si è pensato che non vi fossero rischi per la paziente, che quindi la verificazione dell'evento malattia si è esclusa. Ma questa agevole ribaltabilità del ragionamento altro non è che il prezzo che si paga per l'uso del criterio dell'accettazione del rischio, non a caso qualificato in dottrina, un assegno in bianco potenzialmente spendibile nell'intero spettro della colpa cosciente<sup>11</sup>. E in appello si è derubricato da dolo a colpa<sup>12</sup>, peraltro non perché si sia ritenuto che non si fosse accettato il rischio, ma perché si è asserito che il medico versa in dolo quando in lui vi è la coscienza di volere fare più male che bene, cosa esclusa nel caso di specie, perché il medico era mosso da un fine terapeutico. Sembra quindi introdursi indirettamente il dolo specifico nell'art. 582 c.p.

Vi è tuttavia un elemento, posto in rilievo in dottrina con riferimento all'atto medico in assenza di consenso informato, che può fungere da ausilio nella distinzione fra dolo eventuale e colpa cosciente: la consapevolezza o meno del medico di agire in violazione delle *leges artis*. In ipotesi di tale consapevolezza la rappresentazione dell'evento è pienamente compatibile con la sua accettazione e quindi con il dolo eventuale<sup>13</sup>.

Se poi l'evento della terapia off label non è una malattia, ma la morte del paziente, si passa da un dilemma, dolo o colpa, a un trilemma, perché si prospetta l'ipotesi della preterintenzione. Il problema si pone, in modo particolare, quando manca il consenso informato del paziente, appunto quale requisito

<sup>11</sup> EUSEBI, *Il dolo nel diritto penale*, in *Studium iuris*, 2000, 1077.

<sup>12</sup> Corte d'appello di Firenze, ud. 22 febbraio 2007, dep. 21 marzo 2007, imp. M.D., est. Notaro [inedita].

<sup>13</sup> GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 408.

di liceità della prescrizione off label. Ecco un caso<sup>14</sup>. Una paziente affetta da psoriasi viene trattata off label con ozonoterapia e senza il valido consenso al trattamento, perché espresso in relazione ad altra patologia, un'arteriopatia periferica. Durante la terapia, un embolo gassoso raggiunge il cuore della paziente, provocandone la morte. Si contesta al medico l'omicidio preterintenzionale, ma il giudizio di merito si conclude con la condanna per omicidio colposo, confermata in Cassazione. Il disvalore del fatto viene recuperato in termini di pena: due anni di reclusione.

#### 4. Reazione avversa al farmaco e malattia

Sonnolenza, emicrania, incubi ecc, come nel caso della bambina obesa, sono davvero una malattia penalmente rilevante a titolo di lesioni personali? O sono semplicemente una reazione avversa al farmaco?

Reazione avversa è espressione propria non solo del linguaggio farmacologico, ma anche di quello giuridico. Infatti l'all. 1 d. lgs. 8 aprile 2003 n. 95 definisce reazione avversa la *risposta nociva* ad un farmaco, indipendentemente dall'uso del farmaco, in o off label. Una risposta quindi che genericamente nuoccia, faccia male, arrechi danno, anche poco. Per malattia s'intende invece *qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo, ancorché localizzata e non impegnativa delle condizioni organiche generali*, secondo l'opinione della giurisprudenza tradizionale<sup>15</sup>, che si richiama alla relazione al codice penale. L'alterazione quindi può essere anche solo anatomica o anche solo funzionale e può essere anche minima, con la conseguenza che anche un'ecchimosi può configurare una malattia<sup>16</sup>. Altra opinione richiede invece che necessariamente ci debba essere un'alterazione funzionale e che questa non debba essere minima, ma *apprezzabile*<sup>17</sup>. È quest'ultima, in sostanza, la nozione medico legale della malattia, che certa dottrina<sup>18</sup> ritiene richiamata dall'art.

<sup>14</sup> Cass. Sez. IV, ud. 14 aprile 2005, dep. 10 giugno 2005, n. 22034, Agosta, est. Novarese [inedita].

<sup>15</sup> Cass. Sez. I, ud. 30 novembre 76, dep. 3 giugno 77, n. 7254, imp. Saturno, est. Di Marco, in *Ced* 136118.

<sup>16</sup> Opinione sostenuta anche di recente. V. Cass. Sez. IV, ud. 19 dicembre 2005, dep. 20.1.2006, n. 2433, imp. Brancaccio, est. Novarese, in *Ced* 232882.

<sup>17</sup> Cass. Sez. V, ud. 15 ottobre 98, dep. 19 gennaio 99, imp. Rocca, est. Cognetti, n. 714, in *Ced* 212156; Cass. Sez. IV, ud. 28 ottobre 2004, dep. 2 febbraio 2005, n. 3448, imp. Perna, est. Galbiati, in *Ced* 230896.

<sup>18</sup> IADECOLA, *Sul concetto di malattia all'interno delle fattispecie dei delitti contro l'incolu-*

582 c.p., in quanto: a) il termine malattia va inteso quale elemento normativo, di natura tecnica, della fattispecie penale, per la cui definizione occorre fare riferimento appunto alla scienza medico legale; b) in tal modo si assicura maggiore determinatezza alla fattispecie, che non ritenendo descrittivo quell'elemento e quindi definibile in base all'incerto significato comune; c) nei lavori preparatori al codice vi è una considerazione che deve far propendere per la recezione della nozione medico legale nell'art. 582 c.p., quando si dichiara di aver voluto usare *l'espressione, correttamente scientifica, di malattia*. Si potrebbe aggiungere che il termine, simile, peraltro non identico *infermità*, viene ritenuto attualmente in giurisprudenza elemento normativo nell'ambito della disciplina dell'imputabilità, a seguito della sentenza delle Sezioni Unite<sup>19</sup>. Sulla nozione di malattia, ex art. 582 c.p., il contrasto giurisprudenziale è quindi aperto. L'intervento delle Sezioni Unite, peraltro, è già stato preconizzato<sup>20</sup>.

Nel caso della bambina obesa, il giudice ha optato per l'orientamento minoritario e ha ritenuto che l'alterazione funzionale fosse quantitativamente tale da configurare una malattia rilevante, perché appunto non minima, ma apprezzabile<sup>21</sup>.

### 5. *L'accertamento causale*

La prescrizione off label dà luogo ad un'ipotesi di condotta attiva, sia che si utilizzi un criterio normativo o un criterio naturalistico di distinzione fra ipotesi attiva e omissiva. Secondo un approccio normativo<sup>22</sup>, la condotta è omissiva se la regola violata è un comando, è attiva se la regola è un divieto. Nel caso della prescrizione off label la condotta risulta attiva proprio perché viene violato il divieto di prescrivere un certo farmaco se non in presenza dei presupposti già visti.

*mità individuale*, in *Cass. pen.*, 2006, 483.

<sup>19</sup> Cass. Sez. Un., ud. 25 gennaio, dep. 8 marzo 2005, n. 9163, imp. Raso, est. Marzano, in *Ced* 230317.

<sup>20</sup> IADECOLA, *Sul concetto cit.*, 486.

<sup>21</sup> Nella giurisprudenza di legittimità, l'insonnia e la depressione sono state ritenute rilevanti con riguardo al delitto di abuso dei mezzi di correzione, sul presupposto che la nozione di malattia attinente questo delitto sia più ampia di quella attinente il delitto di lesioni personali: Cass. Sez. VI, ud. 7 febbraio 2005, dep. 3 maggio 2005, n. 16491, imp. Cagliano ed altro, est. Ippolito, in *Ced* 231452.

<sup>22</sup> ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., Milano, 2004, 313. In giurisprudenza: Cass. Sez. IV, ud. 15 novembre 2005, dep. 27 gennaio 2006, n. 3380, imp. Fedele, est. Bianchi, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 2792, con commento di AMARA.

Secondo un approccio naturalistico<sup>23</sup> la condotta è attiva quando il medico pone in essere un fattore che innesca il processo causale che sfocia nell'evento lesivo o che accelera quel processo<sup>24</sup>. Un fattore iatrogeno, come dicono i medici. La condotta è invece omissiva quando il medico non pone in essere un fattore ostacolante il processo causale in atto e capace di produrre autonomamente, di per sé solo, l'evento lesivo, ad es., la mancata aggressione chirurgica di una massa tumorale. La prescrizione off label risulta intuitivamente attiva anche secondo questo criterio, perché è proprio la somministrazione del farmaco a rivelarsi poi dannosa.

Per l'accertamento del rapporto causale fra condotta ed evento è affermazione ormai condivisa quella secondo la quale ci si deve servire del giudizio controfattuale in ipotesi sia di condotta attiva che omissiva. Tuttavia in ipotesi di condotta omissiva l'accertamento risulta, almeno di regola, più problematico, non fosse altro perché è più facile ragionare di qualcosa che è successo, anziché di un qualcosa che non è successo e che quindi è solamente immaginato come reale. È più semplice stabilire che la morte per shock emorragico del paziente è dovuta all'imprudente recisione intraoperatoria dei vasi, che non stabilire che cosa sarebbe successo se la massa tumorale fosse stata chirurgicamente aggredita e fosse stato praticato il trattamento chemioterapico. Davvero il paziente sarebbe stato salvato dalla morte per neoplasia maligna?

Peraltro, anche se più semplice, l'accertamento del nesso causale nell'ipotesi di condotta attiva presenta una sua difficoltà, talvolta misconosciuta: il confronto fra la condotta che si suppone causale, quale ad es. la somministrazione di un farmaco off label e gli altri fattori, che si affacciano e che sono anch'essi potenzialmente idonei a produrre l'evento, ad es., una malattia silente, i cui sintomi allarmanti si possono essere manifestati quando ormai era troppo tardi<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. merito*, 2006, 962. Nella dottrina tedesca, con specifico riguardo all'attività medica, valuta i due approcci ULSENHEIMER, *Arztstrafrecht in der Praxis*, III ed., Heidelberg, 2003, 54. Cass. Sez. IV, ud. 6 novembre 2007, dep. 10 gennaio 2008, n. 849, imp. Brignoli, est. Brusco, [inedita] valuta la somministrazione in iperdosaggio di un antidepressivo sia sotto l'angolo visuale normativo che sotto quello naturalistico, per giungere alla conclusione che si tratta comunque di una condotta attiva, in quanto si viola un comando e si inserisce un fattore di rischio, poi concretizzatosi, nel quadro clinico.

<sup>24</sup> Un limpido esempio di fattore accelerante è offerto da Cass. Sez. IV, imp. Pastorelli, est. Piccialli, ud. 22 gennaio 2007, dep. 5 aprile 2007, n. 14130 [inedita]. Si tratta di un caso di una paziente persa per arresto cardiocircolatorio da scompenso diabetico, nel quale il medico ridusse il trattamento insulinico.

<sup>25</sup> Nella condotta omissiva invece un problema di processi causali alternativi non si pone,

La condotta che si suppone causale e che viene addebitata all'imputato, deve risultare vincente nello scontro diretto con l'altro o gli altri fattori alternativi. E risulta vincente quando gli altri fattori possono essere esclusi al di là di ogni ragionevole dubbio ex art. 533 c.p.<sup>26</sup> È quanto è avvenuto nel caso delle modelle, con la cui sentenza si è cercato di delineare con una certa precisione il criterio per procedere al confronto fra fattori causali alternativi. Si è detto infatti che un'ipotesi solo astrattamente possibile non toglie rilievo ad una concretamente probabile e che quindi la prospettazione di un'ipotesi causale alternativa attinga ad elementi di concreta probabilità. Nel caso di specie sono state poste a confronto due ipotesi causali: l'uso off label del cocktail di farmaci e quella difensiva di un'alterazione chimica originaria dei farmaci. La seconda ipotesi è stata ritenuta solo possibilmente astratta, atteso l'estrema rarità, che poi si sarebbe dovuta manifestare per due volte nello stesso caso, essendo due le pazienti trattate<sup>27</sup>.

L'accertamento del rapporto di causalità, ex art. 40 c.p., si conclude quindi positivamente quando non vi è dubbio ragionevole circa l'operatività di processi causali alternativi.

Altro accertamento, che può essere tenuto separato, è quello relativo a che cosa sarebbe successo se il paziente fosse stato trattato in label, anziché off label, cioè l'accertamento relativo al c.d. comportamento alternativo lecito, inquadrabile questa volta nell'art. 43 alinea III c.p. Lo sdoppiamento di questi due accertamenti è possibile: in un primo momento ci si chiede, ex art. 40 c.p., che cosa sarebbe avvenuto in assenza della somministrazione del farma-

perché, quando si discute dell'efficacia impeditiva della condotta doverosa omissa, si deve essere già accertato il processo causale che ha prodotto l'evento. Sul punto: MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 493.

<sup>26</sup> Sul principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, elaborato proprio in materia di causalità e recepito appunto nell'art. 533 c.p.p., è stato di recente affermato in giurisprudenza che con la novella si è inteso ribadire un principio immanente nel nostro ordinamento, sicché non si è in presenza di un diverso e più rigoroso criterio di valutazione della prova rispetto a quello precedentemente adottato dal codice di rito. Così Cass. Sez. IV, ud. 15 febbraio 2007, dep. 9 marzo 2007, n. 10136, imp. Gastel, est. Novarese [inedita], relativa ad un caso di trombosi venosa profonda non diagnosticata e rivelatasi poi letale.

<sup>27</sup> Un ragionamento analogo è stato seguito da Cass. Sez. IV, ud. 28 maggio 2003, dep. 16 settembre 2003, n. 35603, imp. Palladino, est. Brusco, in Guida al dir., 11 ottobre 2003, 61, relativa alla somministrazione di alcuni farmaci, fra i quali la jodiocaseina, a scopo dimagrante, alla quale somministrazione era seguito un ipertiroidismo, iatrogeno, a sua volta inducente uno scompenso cardiaco mortale. L'ipotesi alternativa, affacciata difensivamente ed esclusa in sentenza, era quella di una progressiva tiroidite subacuta silente. E ancora più di recente dello stesso estensore v. la sentenza Brignoli citata alla nota 22.

co, indipendentemente dalla colposità o meno della condotta, e successivamente ci si chiede, ex art. 43 alinea III c.p., se il rispetto della regola cautelare di non somministrare off label sarebbe valso ad evitare l'evento. Può accadere che sia positivo il primo accertamento: effettivamente l'evento è dovuto alla somministrazione del farmaco. Mentre può essere negativo il secondo accertamento: l'evento si sarebbe verificato ugualmente anche con un trattamento in label. E lo sdoppiamento è possibile perché ci si trova dinnanzi ad un'ipotesi di condotta attiva<sup>28</sup>, come avviene in genere per qualunque somministrazione farmacologica.

Tale duplicità di accertamenti non viene operata nel caso delle modelle, nel quale la sentenza si concentra soprattutto sull'esclusione di ipotesi causali alternative. D'altra parte appare alquanto fuori discussione che se non si fosse somministrato off label non si avrebbero avuti quegli effetti lesivi.

Inoltre ci si può chiedere se effettivamente sia necessario tenere distinti gli accertamenti, spogliando in sostanza la condotta di connotati di colposità, ex art. 40 c.p. e vestendola invece di quei connotati, ex art. 43 alinea III c.p. Anziché chiedersi da subito e in una sola domanda se l'evento sarebbe ugualmente accaduto in assenza della condotta colposa. Tenere separati gli accertamenti ha un senso se per ognuno di essi si utilizza un diverso criterio: certezza il primo, probabilità il secondo. Ma questa diversità non appare auspicabile, perché si viene a creare una manifesta disparità di trattamento con l'ipotesi omissiva<sup>29</sup>, nella quale, non potendo sdoppiare gli accertamenti, ci si serve di criteri di certezza imposti dall'attuale assetto giurisprudenziale della materia della causalità. E l'esperienza insegna che nei processi per reato colposo di evento, la domanda cruciale è proprio quella relativa al che cosa sarebbe successo se la regola cautelare fosse stata rispettata. Quella domanda quindi alla quale sarebbe sufficiente rispondere in termini probabilistici in ipotesi di condotta attiva e in termini di certezza in ipotesi di condotta omissiva.

<sup>28</sup> In ipotesi di condotta omissiva invece lo sdoppiamento non è possibile. Per chiedersi che cosa sarebbe successo in assenza dell'omissione, occorre ipotizzare la presenza dell'azione doverosa, cioè di quell'azione imposta dalla regola cautelare. In sostanza occorre chiedersi se l'evento si sarebbe verificato, qualora la regola cautelare fosse stata rispettata, cioè quel nesso che è richiesto anche dall'art. 43 alinea III c.p. (il c.d. comportamento alternativo lecito). Chiedersi che cosa sarebbe successo in assenza dell'omissione è esattamente la stessa cosa che chiedersi che cosa sarebbe successo se la regola cautelare fosse stata rispettata. Quindi: il giudizio di causalità della condotta (art. 40 c.p.) coincide per intero, si sovrappone perfettamente a quello di causalità della colpa (art. 43 alinea III c.p.).

<sup>29</sup> ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Marinucci*, 2006, 1289.

Nel diritto penale della medicina, se si eccettua un non recente precedente<sup>30</sup>, gli accertamenti in questione di regola vengono in giurisprudenza tenuti uniti e sovrapposti sia nelle ipotesi attive che omissive. Mentre di recente sono stati separati nel diritto penale della circolazione stradale<sup>31</sup>.

### 6. *Natura cautelare o economica delle recenti disposizioni*

Il fenomeno delle prescrizioni off label è diventato talmente massiccio che sul punto è intervenuta la legge finanziaria del 2007 (l. n. 296 del 27.12.06). L'art. 1 co. 796 lett. z di questa legge, vieta le prescrizioni off label, a carico del servizio sanitario, in forma diffusa e sistematica e prevede che le regioni emanino la disciplina di dettaglio. Alcune regioni hanno provveduto. La regione Toscana, ad es., con la delibera n. 148 del 26 feb. 07, ha imposto al medico, in caso di prescrizione off label, l'indicazione nella ricetta di un'apposita menzione "assenza di farmaci autorizzati o farmaco utilizzato al di fuori dell'autorizzazione all'immissione in commercio" e della malattia per la quale la prescrizione avviene. Copia di queste ricette deve pervenire ad una commissione terapeutica, che mensilmente, sulla base della letteratura medica, redige un elenco di farmaci che possono essere prescritti off label con oneri a carico del servizio sanitario e un elenco di farmaci per i quali invece gli oneri della prescrizione off label gravano sul medico prescrivente.

Ancora più rigida si presenta la disciplina posta dall'art. 2 co. 348 della legge finanziaria del 2008 (l. n. 244 del 24.12.07), che pone espressamente il divieto di prescrivere off label se non sono disponibili almeno dati favorevoli di sperimentazione clinica di fase seconda, quando cioè non vi sono più ormai dubbi sugli effetti propri e collaterali del farmaco interessato.

Interessa qui chiedersi quale sia la natura di queste disposizioni, al fine di considerare che cosa rischia penalmente il medico che prescrive off label violando dette disposizioni. In termini ancora più pratici, che cosa rischia il medico che prescrive off label su ricetta rossa (quella a carico del servizio sanitario), anziché su ricetta bianca (quella a carico del paziente)? Rischia una sanzione economica, cioè che i costi della prescrizione siano richiesti a lui e rischia una sanzione disciplinare, secondo quanto prevede l'art. 3 commi IV e

<sup>30</sup> Cass. Sez. IV, ud. 27 settembre 93, dep. 16 novembre 93, n. 10437, imp. Rossello, est. Golia, in *Cass. pen.*, 1995, 291, con nota SIRACUSANO.

<sup>31</sup> Cass. Sez. IV, ud. 6 luglio 2007, dep. 12 ottobre 2007, n. 37606, imp. Rinaldi, est. Blaiotta, in *Ced* 237050.

V della legge Di Bella, richiamato da entrambe le citate leggi finanziarie. Ma sotto il profilo giuridico-penale parrebbe davvero non rischiare nulla, perché quelle disposizioni hanno un fine prettamente economico-finanziario: il fine di non far gravare sul bilancio pubblico sanitario certi costi. La prescrizione off label potrà avvenire su ricetta bianca, perché il principio di libertà terapeutica non è intaccato da quelle disposizioni. È un principio di rilievo costituzionale, che in quanto tale non può che sopportare solo limitazioni reperibili nella Costituzione.

Nessuno desidera che si leghino le mani al medico e che si privi il paziente di una speranza di guarigione.



## **Dalla libreria alla biblioteca, e ritorno**



prof. FAUSTO GIUNTA  
Università di Firenze

RILEGGENDO NORBERTO BOBBIO  
L'ANALOGIA NELLA LOGICA DEL DIRITTO,  
*ristampa a cura di Paolo De Lucia, Milano, Giuffrè, 2006(\*)*

1. Dopo quasi settanta anni torna in libreria, per meritoria iniziativa di Paolo De Lucia che ne ha curato la riedizione, un rinomato studio giovanile di Norberto Bobbio dedicato all'analogia nella logica del diritto, pubblicato per la prima volta nel 1938. Il volume, nella parte finale, estende l'attenzione alla materia penale. Ciò non è casuale. Nel diritto punitivo, infatti, l'analogia registra tradizionalmente il sovvertimento del suo valore: da canone ermeneutico generale (salvo il limite delle leggi eccezionali), essa diventa oggetto di un divieto espresso sia dalla legge ordinaria (art. 1 c.p. e 1, comma 2, l. 698/1981), sia dalla Costituzione (art. 25, comma 2).

Com'è noto, l'applicazione della pena nei soli casi previsti dalla legge discende dal più generale principio "*Nullum crimen nulla poena sine lege*", che nella tradizione degli ordinamenti di *civil law* costituisce, a partire dall'Illuminismo, la pietra angolare dei sistemi penali moderni. Detto altrimenti, il divieto di interpretazione analogica delle norme penali non può isolarsi dal primato della legalità, per il quale: a) il diritto penale è innanzitutto un fenomeno legislativo; b) il vincolo di soggezione del giudice alla legge è più forte che in altri rami dell'ordinamento, per evidenti istanze di garanzia del *favor libertatis*; c) il diritto penale è fisiologicamente discontinuo.

In breve: l'ordinamento giuridico aborre le lacune, ma non il diritto penale che eleva a valore l'incompletezza. I soli fatti assoggettabili a pena rimangono quelli previsti dalla legge, anche quando ciò comporti l'impunità di condotte pregiudizievoli e cariche di disvalore. Mentre il diritto civile conosce l'onnicomprensiva figura dell'illecito aquiliano, il diritto penale moderno sta e cade con la pluralità tassativa degli illeciti, ossia con la frammentarietà dell'intervento punitivo. Un valore, questo, ancora oggi ritenuto, da larga parte della dottrina internazionale, meritevole di prevalere sull'idea stessa di giustizia sostanziale, in quanto soggettivamente e storicamente variabile.

\* È il testo, rivisto e integrato con le citazioni di giurisprudenza, dell'intervento svolto presso l'Università degli Studi di Roma Tre, il 9 novembre 2007, in occasione della Tavola rotonda sul tema "L'analogia e la costruzione del diritto. Teoria, storia, applicazioni positive".

Giuseppe Bettiol ebbe a esprimere in modo plastico ed efficace questo concetto, affermando che il diritto penale è un arcipelago di divieti in un mare di libertà. Ma come si esprime in termini operativi questa frammentarietà del diritto penale? La risposta – si sa – passa per due vincoli: l'uno positivo rivolto alle fonti di produzione del diritto penale e dunque essenzialmente al legislatore (stante il principio della riserva di legge); l'altro negativo rivolto all'interprete. Quanto al primo, la formulazione della legge deve essere precisa nel tracciare il confine tra lecito ed illecito, onde consentire al medesimo parametro contenuto nella norma di operare *ex ante* come regola di condotta rivolta al cittadino ed *ex post* come criterio di giudizio nelle mani dell'autorità giudiziaria. Il vincolo negativo consiste nel precludere all'interprete (essenzialmente al giudice) l'estensione analogica delle scelte di criminalizzazione effettuate dal legislatore. E difatti il divieto di analogia risulta largamente positivizzato nelle legislazioni penali moderne: sia nei sistemi che, come il nostro, trovano in esso la sola regola ermeneutica prevista dal legislatore per il giudice penale, sia negli ordinamenti che, come avviene nel codice penale francese (art. 111-4), prevedono in aggiunta il divieto di interpretazione estensiva della legge penale. Compito dell'interprete, dunque, è applicare la norma nel rispetto del suo tenore letterale e, nell'ambito delle interpretazioni consentite dalle parole della legge, della *ratio* di tutela perseguita. Sotto questo profilo, il divieto di analogia della norma penale, costituendo l'anello di congiunzione tra la teoria delle fonti e la teoria dell'interpretazione, si salda sul piano funzionale con il principio di determinatezza: che senso avrebbe vietare l'analogia se le norme penali fossero indeterminate? Che senso avrebbe imporre la formulazione determinata della legge penale se poi si consentisse al giudice di estenderne l'operatività in via analogica? Se, come è stato osservato, l'indeterminatezza della legge si risolve in un'analogia anticipata, l'analogia equivale alla vanificazione della determinatezza legislativa.

Riprendendo la metafora di Bettiol: l'esistenza di un arcipelago presuppone che le isole siano sufficientemente emerse e distinguibili dal mare circostante. Ammettere l'analogia nel campo penale equivarrebbe a creare ponti tra le isole dell'arcipelago, ossia a trasformare l'arcipelago in continente.

2. Il penalista di oggi, nutritosi di questi insegnamenti, può rimanere sorpreso dal pensiero del giovane Bobbio, che, per un verso, si scaglia contro l'*arbitrium iudicis* che è sotteso alla "cattiva" analogia (colpisce già l'aggettivazione, perché lascia intuire l'esistenza di un ragionamento analogico dalla

valenza positiva), per l'altro e per l'appunto, considera compatibile con il principio di legalità l'estensione interpretativa del diritto penale da parte del giudice, ossia – parrebbe doversi intendere – l'analogia asseritamente “buona”, la quale, comunque, è cosa diversa dall'interpretazione estensiva, oggi largamente ammessa nei limiti del significato massimo consentito dal termine interpretato. In effetti, una più attenta lettura dell'intero ragionamento di Bobbio chiarisce che per l'Autore la “cattiva” analogia consiste nella libera creazione giudiziale del diritto, favorita se non prodotta dalle cattive leggi che difettano di determinatezza o che addirittura si connotano per clausole incriminative appositamente aperte, come tali pensate dal legislatore per essere completate dal giudice (esplicito è il riferimento di Bobbio al diritto penale nazionalsocialista e al coevo codice penale sovietico, entrambi disancorati dalla matrice libertaria della legalità formale). Per converso, la “buona” analogia consiste nell'interpretazione giudiziale che rende completo, anche nel campo penale, l'ordinamento giuridico. In breve: Bobbio, per un verso, sembra precorrere quelle correnti di pensiero che affermano l'identità strutturale tra analogia e interpretazione; per l'altro, considera l'analogia un procedimento meramente logico e avalutativo, che consente al giudice di desumere dall'ordinamento penale null'altro che scelte già presenti nelle pieghe dell'ordito normativo. Non a caso Bobbio fa riferimento alla sola *analogia legis*, non anche all'*analogia iuris* che non assicurerebbe pari neutralità al procedimento ermeneutico, stante il carattere metagiuridico dei principi di diritto.

Riassumendo il pensiero di Bobbio: quando l'analogia ha ad oggetto leggi determinate, l'*arbitrium iudicis* sarebbe scongiurato a tutto vantaggio, anche nel campo penale, della completezza dell'ordinamento. Da questa angolazione, l'analogia, paradossalmente, rafforzerebbe il primato della legge, perché farebbe vibrare, nel giudice e attraverso il giudice, le corde vocali della volontà legislativa.

Com'è fin troppo evidente, Bobbio, da un lato, non riconosce alla lacuna il suo valore libertario, per l'altro nega che l'analogia comporti valutazioni giudiziali inevitabilmente discrezionali, ossia il senso profondo del divieto di analogia nel campo penale. Bobbio – per quel che più interessa – non si limita ad affermare l'esistenza di uno spazio di collaborazione tra norma e interprete; egli ravvisa nell'analogia lo strumento idoneo ad assicurare il legame tra potere legislativo e giurisdizione, lasciando in ombra che nel campo del diritto penale il divieto di analogia è espressione dello stato di diritto fondato sulla netta separazione tra le competenze del legislatore e i compiti della giurisdizione.

3. Il favore di Bobbio nei confronti della “buona” analogia induce a riflettere sull’odierno stato di salute del divieto di analogia e, più in generale, del principio di legalità. Il tema è molto ampio; in questa sede ci si potrà limitare a qualche considerazione rapsodica.

3.1. Quale primo rilievo, non può sottacersi che quando Bobbio scriveva le sue pagine giovanili, il diritto penale era un fenomeno prevalentemente legislativo; il clima culturale dell’epoca era rappresentato dall’egemonia dell’indirizzo tecnico-giuridico patrocinato da Arturo Rocco, che rappresentava il giudice come operatore neutrale. Si trattava – è noto – di una rilettura in chiave autoritaria del principio illuministico del giudice bocca della legge. Anche Bobbio condivideva, come si è visto, l’idea del contenimento della discrezionalità giudiziale; da qui l’apertura nei confronti della “buona” analogia, la quale cessa di essere “buona” nel momento in cui viene a cadere la premessa, condivisa da Bobbio e confutata oggi da larga parte della dottrina penalistica, che l’analogia con comportamenti valutazioni discrezionali del giudice e che non sia conseguentemente un fattore di incertezza del diritto in un settore dove la certezza ha valore assoluto. In breve: l’analogia, proprio per le caratteristiche anzidette, preclude alla norma interpretata di operare come regola di condotta, esaltandone la funzione di regola di giudizio. Questo rilievo aiuta a comprendere la ragione per cui l’interpretazione analogica, mentre è ammessa nel diritto civile, dove è meno avvertita l’esigenza che la norma operi come regola di condotta, è esclusa per le norme incriminatrici, proprio in ragione della loro natura di divieti la cui effettività è affidata alla funzione generalpreventiva della pena.

Ma il pensiero di Bobbio sull’analogia quale fattore di asserita esaltazione della volontà legislativa si infrange sulla tendenza, non immune da qualche enfattizzazione dottrinale, al superamento della legge come fonte privilegiata del diritto penale, cui fa da riscontro la “scoperta” dell’inoggettività dell’interpretazione, con spostamento dell’asse del sistema dal diritto legislativo a quello giurisprudenziale e, in qualche caso, giudiziario *tout court*, perché *praeter legem*.

La conseguenza di tutto ciò, non sempre esplicitata, è che non pare più sufficiente la legittimazione dello *ius dicere* su un piano puramente tecnico. Il giudice, infatti, diventa diretto interprete e gestore del conflitto: la sua attenzione si sposta dall’involucro formale dell’illecito alla sua dimensione sostanziale, fino all’estremo del giudice diretto interprete del sociale senza il filtro della norma. In questo contesto interrogarsi sulla portata del divieto di analo-

gia nel campo penale equivale a spostare l'attenzione su uno dei sintomi della più generale crisi della legalità, in un'epoca in cui il richiamo al valore delle regole è un *refrain* fin troppo ascoltato.

3.2. Secondo rilievo. Il capitolo della legge penale è tradizionalmente pervaso da un sentimento di sospetto nei confronti del giudice: sia chiaro, non della sua persona, ma della sua funzione. L'intero sistema delle garanzie muove da tale preoccupazione. Sotto questo profilo le pagine di Bobbio sul contenimento dell'*arbitrium iudicis* dovrebbero suonare ancora da monito, specie contro l'odierna tendenza a preoccuparsi principalmente del rischio dell'*arbitrium legislatoris*.

Questo spiega l'atteggiamento corrente nei confronti delle (reali o asserite) lacune di tutela penale. Esse tendono a perdere il loro valore positivo di fronte alla crescente richiesta di penalità da parte del corpo sociale e all'insofferenza della giurisprudenza riguardo alle carenze della nostra politica criminale, testimoniata dalle frequenti questioni di legittimità aventi ad oggetto l'area della non punibilità o della minore punibilità. L'elevazione della figura del giudice a tutore della società e delle libertà dei cittadini non è casuale in un'epoca in cui le principali minacce alla libertà vengono avvertite come provenienti non tanto dal diritto penale (anche se applicato analogicamente), quanto dalla criminalità, specie là dove essa assurge ad autentico antistato. L'esercizio e l'invocazione delle garanzie diventano pelosi; sullo sfondo prende corpo l'immagine politicamente corretta, ma priva di volto, del garantismo glabro.

3.3. Terzo rilievo: la cifra del moderno diritto penale risiede nella costante ricerca di una legittimazione democratica più radicata possibile. Da qui, per un verso, il primato della riserva di legge e l'individuazione del Parlamento come scaturigine del diritto penale, per l'altro, l'assoggettamento del giudice alla legge. Ebbene, quanto vi è di vero, fisiologico o ineluttabile nel denunciato allentamento della soggezione del giudice alla legge? Può giustificarsi questo fenomeno con la vetustà e lo scadimento del prodotto legislativo? L'analogia che veicola la creatività del giudice penale non è solo contraria alla Costituzione; talvolta essa raggiunge vette di facezia non si sa se beffarda o inconsapevole.

Gli esempi potrebbero essere tanti. È sufficiente richiamare qui l'attenzione sulla dilatazione che ha subito in via interpretativa la contravvenzione del getto pericoloso di cose, che un tempo, quando i treni non erano ancora finestrati come acquari, serviva a trattenere il viaggiatore dal lancio di oggetti dai

finestrini. Ebbene, l'art. 674 c.p. viene applicato oggi anche ai campi elettromagnetici, pure nei casi in cui essi non superano le soglie precauzionali previste dalla normativa di settore. Come a dire; fatta la legge, trovato l'inganno...dal giudice. Colpisce soprattutto il modo in cui la Corte di cassazione ha da tempo superato l'obiezione testuale che fa perno sulla descrizione della condotta di termini di "getto di cosa mobile" e alla sua difficoltà di adattamento al fenomeno della creazione dei campi elettromagnetici (v. in particolare Cass. pen., Sez. I, 14 ottobre 1999, n. 5626, Cappellieri, in *Cass. pen.*, 2001, p. 145 s.). Qui la creatività non è poca; e, com'è intuibile, nemmeno l'analogia. Stuzzicata sul piano testuale, la Suprema Corte pensa di zittire il lettore a suon di citazioni letterarie e scientifiche: il "verbo 'gettare' [...] non sta solo a indicare l'azione di chi lancia (più popolarmente, butta) qualcosa nello spazio o verso un punto determinato, ma è anche sinonimo di 'mandar fuori, emettere' e, per estensione, come già in Dante Alighieri, di 'produrre, far nascere'". Probabilmente la Corte si riferisce al verso dantesco "Che l'alta terra senza seme gitta" (Purgatorio, Canto XXVIII, 69), riportato da taluni vocabolari (un panorama più completo si può ottenere, altrettanto rapidamente, effettuando una ricerca testuale del verbo "gittar" in una delle edizioni *on line* dell'opera dantesca). Ad ogni modo, non si vede perché il codice penale debba essere riletto come fosse un testo del milleduecento; semmai sono le norme del 1930 (talvolta connotate da espressioni desuete, come "scorrere in armi le campagne o le pubbliche vie", "spaccio aperto al pubblico", "persona travisata", "intelligenze con lo straniero", ecc.), che devono essere attualizzate alla luce del significato che le loro parole assumono nel linguaggio d'oggi.

Quanto all'assimilazione tra "cosa mobile" e campo elettromagnetico (che, sia detto *per incidens*, non può avvalersi della definizione di cui all'art. 624, comma 2, c.p., perché le onde elettromagnetiche non sono energie aventi di per sé valore economico), a risolvere la questione soccorre una citazione nientemeno che di A. Einstein, il quale – ricordano i Supremi Giudici – considerava i campi elettromagnetici "altrettanto reali 'della sedia su cui ci si accomoda'".

In breve: la Corte, analizzando separatamente i termini dell'espressione legislativa "getta [...] cose", ricostruisce liberamente, attraverso erudite citazioni letterarie e scientifiche, il significato delle parole e il senso della loro concatenazione. Come dire: si guardi bene la maestra dal correggere l'alunno che dicesse "papà è stato condannato perché ha gettato un campo elettromagnetico"; ma si guardi bene anche chi, non interpretando analogicamente il *dictum* della Corte, tentasse di sedersi su un campo elettromagnetico.

Eppure non mancano casi in cui la Suprema Corte mostra chiara predile-

zione per il significato restrittivo delle parole della legge. Si pensi a quell'orientamento che, proprio in nome del divieto di analogia, nega l'applicazione dell'art. 633 c.p. alle occupazioni studentesche (Cass. pen., sez. II, 22 febbraio 2000, Faggi, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1639). La Corte osserva che quando gli studenti, entrati legittimamente nell'edificio scolastico, si rifiutano di ottemperare all'intimazione di sgombero del preside o dell'autorità di polizia, essi non "invadono" l'edificio, ma vi si trattengono, con la conseguenza che quest'ultima condotta non può essere assimilata a quella di ingresso arbitrario. L'art. 633 c.p., però, non indica la condotta in termini di "ingresso arbitrario", bensì di "invasione"; e come qualificare il comportamento degli studenti che, essendo entrati legittimamente nelle aule, dopo lo svolgimento delle attività didattiche "estendono" la loro presenza anche nei locali della presidenza, dei custodi ecc.?

4. La rilettura di Bobbio richiama l'attenzione del penalista di oggi anche su un altro profilo, che sarà affrontato a conclusione di queste brevi note. Il riferimento è alle pagine dedicate alla benevolenza nell'interpretazione del diritto penale. Egli contesta, infatti, l'asserto secondo cui nel diritto penale l'interpretazione dovrebbe essere benevola; solo il dubbio deve essere risolto in favore del reo. Dove non ci sono ragioni di dubbio nell'interpretazione della legge, il *favor rei* non ha ragion d'essere.

In linea di principio non si può che essere d'accordo, considerato che il *favor rei* è una regola processuale concernente la valutazione della prova. Non a caso la dottrina prevalente contesta oggi l'obbligatorietà dell'interpretazione restrittiva in campo penale; quest'ultima non è un canone ermeneutico, ma uno degli esiti interpretativi consentiti dal testo, al pari della c.d. interpretazione estensiva. Entrambi gli epiloghi – si osserva – sono legittimi nei limiti della loro compatibilità con il testo. E lo sono anche le interpretazioni restrittive che usano il teleologismo della norma penale e dell'intero ordinamento per contenere l'ambito operativo dell'incriminazione contro il rischio di una letteralità cieca e sorda rispetto agli scopi di tutela. È il caso dell'interpretazione ispirata alla sussidiarietà della tutela penale. Per fare un esempio, e tornando ancora al getto pericoloso di cose: ammesso e non concesso che la lettera della fattispecie consenta di estenderla ai campi elettromagnetici, perché non tener conto, ai fini dell'applicazione della contravvenzione, della scelta ordinamentale, espressa non nell'ambito dell'art. 674 c.p. bensì nella normativa di settore, di sanzionare la creazione di campi elettromagnetici (ma il rilievo vale

anche per l'emissione di gas, vapori o fumi) solo se superano determinate soglie di rilevanza, previste dalla normativa di settore? In tal senso del resto si è espressa la giurisprudenza di legittimità (Cass. pen., Sez. III, 1° febbraio 2006, n. 8299, T.P. e altri, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1653), ancorché tale ragionevole conclusione sia stata ribaltata da successive pronunce (Cass. pen., sez. III, 21 giugno 2007, n. 35489, T., in *Ced Cassazione*, 2008, rv. 237382, in relazione all'emissione di fumi; Trib. Paola, 31 maggio 2006, in *Corriere del merito* 2006, 11, p. 1302, in tema di antenne radiotelevisive).

In breve: il tenore letterale della norma apre un ventaglio di opzioni che, quanto a risultato conseguibile, vanno dall'estensione alla restrizione dell'ambito operativo dell'enunciato normativo. Con una differenza: l'interpretazione estensiva non è agevolmente preventivabile; un inconveniente, questo, che l'accomuna all'analogia. Per fare un esempio anche a questo proposito, non si potrebbe escludere il reato di insolvenza fraudolenta nel caso di colui che, sapendo di essere senza biglietto, prendesse al volo l'ultimo autobus urbano della giornata. La lettera della legge consente di giungere alla punizione del passeggero abusivo, come conferma del resto la giurisprudenza in materia di "scrocco autostradale", la quale ha ravvisato la responsabilità penale dell'automobilista che entra in autostrada pur sapendo di non poter pagare il pedaggio (da ultimo Cass. pen., sez. II, 15 maggio 2003, n. 24300, P., in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2005, p. 402). Ma si potrebbe continuare: il testo dell'art. 314 c.p. consente di accusare di peculato il pubblico ufficiale che si appropri della cosa della pubblica amministrazione, da lui detenuta in qualità di soggetto che deve curarne lo smaltimento come rifiuto (per un precedente, in sede di legittimità, Cass. pen., sez. V I, 15 febbraio 1978, Voltaggio, in *Giust. pen.*, 1978, II, c. 188). E ancora: come sostenuto da una parte della dottrina, potrebbe rispondere di ricettazione il derubato che acquisti dal ladro la cosa che gli è stata sottratta; analogamente, l'interpretazione testuale consente di ravvisare il favoreggiamento o lo sfruttamento della prostituzione nella condotta del produttore e del regista di un film pornografico, rispettivamente per la scritturazione degli attori e la loro direzione sul set. Per non dire dell'acino d'uva, della treccia di capelli dell'amata, del foglio di carta e del vasto repertorio degli altri esempi cari alla nostra manualistica, astrattamente riconducibili al concetto di cosa mobile, quale elemento costitutivo di molti delitti contro il patrimonio.

Né si può enfatizzare la funzione di nomofilachia della Corte di Cassazione; essa, di fatto, non garantisce al cittadino la conoscenza anticipata della portata della norma penale nel diritto vivente. Detto obiettivo, invero, viene

conseguito solo occasionalmente, come dimostrano i tanti casi in cui l'incertezza del diritto penale perdura a livello di legittimità.

Di fronte a questo scenario l'invito alla benevolenza non acquista maggiore fondamento scientifico, ma plausibilità pratica, quale avamposto del divieto di analogia in *malam partem*, la cui effettività è peraltro modesta, perché rimessa pur sempre al giudice. Anche sotto questo profilo divieto di analogia e principio di determinatezza presentano forti affinità. Chi sanziona il giudice che infrange il divieto di analogia? Il sistema processuale prevede correttivi, che sono rimessi ad altri giudici, talché il divieto di analogia appare in definitiva un canone di autoregolamentazione della giurisdizione. Lo stesso deve dirsi per la determinatezza delle norme penali, il cui controllo di costituzionalità viene attivato dal giudice. Se questi si sente di poter gestire la discrezionalità punitiva che gli conferisce l'ordinamento, difficilmente sollevierà la questione di legittimità lamentando l'indeterminatezza della norma.

A ben vedere queste considerazioni valgono per la legalità in generale: il vincolo di assoggettamento dell'interprete alla legge è un canone di autoregolamentazione del potere giudiziario che si regge su un delicato punto di equilibrio tra fedeltà alla scelta politico-ciminale del legislatore e necessità del suo adattamento al sociale. Bobbio riteneva di poter contenere il rischio del "giudice legislatore" attraverso i canoni della buona ermeneutica, al punto da consentire finanche l'analogia. È chiaro, però, che se l'ideale della fedeltà del giudice alla legge, ancora oggi insegnato nelle nostre università, fallisse o risultasse utopistico, si porrebbe la questione della legittimazione del giudice. L'esito favorevole di un concorso pubblico non basterebbe più. Non a caso già oggi la magistratura pone sempre più attenzione al consenso non tanto (o non soltanto) della dottrina, quanto e soprattutto dell'opinione pubblica. È forte l'impressione che in tal modo si intenda rafforzare la legittimazione del diritto penale; un'esigenza, questa, comprensibile, il cui soddisfacimento, però, non può essere lasciato all'iniziativa di singoli attori. Spetta all'ordinamento farsi carico della sua regolamentazione, al fine di assicurare che la giustizia penale non soltanto sia "amministrata in nome del popolo italiano", ma rifletta le scelte del corpo sociale anche quando, e soprattutto quando, l'attività interpretativa è più libera.

Finito di stampare nel mese di aprile 2008  
in Pisa dalle  
EDIZIONI ETS  
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa  
[info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com)  
[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)



Edizioni ETS

www.edizioniets.com - info@edizioniets.com

---

# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

www.edizioniets.com/criminalia

---

*Direttore* Fausto Giunta

*Comitato scientifico*

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

Periodicità annuale, costo singolo numero € 40,00 - abbonamento: € 35,00  
Abbonamento per l'estero: € 50,00

Da rispedire a: Edizioni ETS, Piazza Carrara, 16-19 I-56126 PISA  
tel. (+39) 050-29544-503868 - fax. (+39) 050-20158

- Desidero sottoscrivere un abbonamento alla rivista  
*Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*

Il pagamento sarà effettuato:

- Contrassegno  
 Versamento sul Conto Corrente Postale n. 14721567 intestato a  
Edizioni ETS, Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa  
 Bonifico bancario sul CC IBAN: IT96A0620014011000000359148  
Cassa di Risparmio di Lucca-Pisa-Livorno, P.zza Dante 1  
 Carta di credito:  EuroCard  Master Card  VISA  
Carta n. ....  
Data di scadenza .....

I volumi devono essere inviati a:

Nome e Cognome .....

Indirizzo .....

Eventuale fattura da intestare a: .....

cod. fisc. ....

Data .....

Firma .....

---

L'Editore garantisce la massima **riservatezza dei dati forniti** dagli abbonati  
e la possibilità di chiederne gratuitamente la modifica o la cancellazione. (D.Lgs. n. 196/2003)

## **Ricordo di Federico Stella**

GABRIO FORTI *L'acqua e la sfera*

## **Primo piano**

GIUSEPPE DI CHIARA *Prova dichiarativa e diagnostica della verità* – GIOVANNI FIANDACA *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione* – GLAUCO GIOSTRA *Processo penale e mass media*

## **Dibattito:** *La soggezione del giudice alla legge: un principio ancora attuale?*

WINFRIED HASSEMER *Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria* – GÜNTER HIRSCH *Verso uno stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico* – BERND RÜTHERS *Vincolo della legge o libera scelta del metodo? Ipotesi per una discussione*

## **Passato e presente:** *Il pensiero di Giuseppe Bettiol*

FERRANDO MANTOVANI *Il personalismo e la personalità del reo nel pensiero di Giuseppe Bettiol* – MAURO RONCO *L'attualità di Giuseppe Bettiol nel 100° anniversario della nascita e nel 25° anniversario della morte*

## **Il punto su...** *I recenti progetti di codificazione*

GIOVANNI CANZIO *Il progetto "Riccio" di legge delega per il nuovo codice di procedura penale* – LUCIANO EUSEBI *Appunti minimi di politica criminale in rapporto alla riforma delle sanzioni penali*

## **Opinioni a confronto**

*L'appellabilità delle sentenze di proscioglimento.* Nota introduttiva di Renzo Orlandi. *Ne dibattono:* FRANCESCO CAPRIOLI-GIORGIO SPANGHER – *Norme penali di favore e controllo di costituzionalità.* Nota introduttiva di Cristina de Maglie. *Ne dibattono:* OMBRETTA DI GIOVINE-PAOLO VENEZIANI – *Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità.* Nota introduttiva di Fausto Giunta. *Ne dibattono:* SEBASTIANO ARDITA-MASSIMO PAVARINI

## **Antologia**

FRANCESCO ANGIONI *Il nuovo codice di deontologia medica* – COSTANZA BERNASCONI *Recidiva reiterata e bilanciamento di circostanze: la duplice presa di posizione della Corte costituzionale* – PAOLO CAPPELLINI *Francesco Carrara e il problema della codificazione del diritto* – GIANFRANCO MARTIELLO *La responsabilità penale del medico tra punti (quasi) fermi, questioni aperte e nuove frontiere* – LORENZO MORILLAS CUEVA *Violenza nello sport e diritto penale* – CATERINA PAONESSA *La discrezionalità del legislatore nazionale nella cornice dei vincoli comunitari di tutela* – PAOLO PIRAS *Prescrizione di farmaci off label e responsabilità penale*

## **Dalla libreria alla biblioteca, e ritorno**

FAUSTO GIUNTA *Rileggendo Norberto Bobbio. "L'analogia nella logica del diritto"*

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

€ 40,00

ISBN 978-884672047-4



9 788846 720474