



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Riflessioni sulla giustizia penale

Studi in onore di Domenico Pulitanò



G. Giappichelli Editore – Torino



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Direttore:

Loredana Garlati

Comitato editoriale:

Maurizio Arcari

Chiara Buzzacchi

Paolo Casella

Adolfo Ceretti

Diana Cerini

Giovanni Chiodi

Filippo Danovi

Monica Delsignore

Giovanni Guglielmetti

Costanza Honorati

Giovanni Iorio

Gioacchino La Rocca

Natascia Marchei

Alfredo Marra

Claudio Martinelli

Oliviero Mazza

Stefania Ninatti

Claudia Pecorella

Andrea Rossetti

Carlo Ruga Riva

Nicola Sartori

Franco Scarpelli

Antonello Tancredi

Giulio Vigevani

Riflessioni sulla giustizia penale

Studi in onore di Domenico Pulitanò



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2022 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-4469-9

ISBN/EAN 978-88-921-7839-7 (ebook - pdf)

Questo volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Premessa</i>	VII

STORIA E POLITICA DELLA GIUSTIZIA PENALE

LOREDANA GARLATI, <i>Il delitto per causa d'onore. Le istanze abolizioniste nel processo di formazione del Codice penale del 1930</i>	3
GIOVANNI CHIODI, <i>Filippo Vassalli penalista: spunti critici sul delitto di bigamia alle soglie del Codice Rocco</i>	21
GIANDOMENICO DODARO, <i>Aldo Moro e l'insegnamento del diritto penale come "pedagogia democratica"</i>	33
EDMONDO BRUTI LIBERATI, <i>Giustizia e politica nell'Italia repubblicana. Circoli virtuosi, intersezioni e conflitti</i>	55
GIOVANNI FIANDACA, <i>Il giurista (penalista) tra interpretazione, scienza e politica. Un confronto con Domenico Pulitanò</i>	77
LUCIA RISICATO, <i>La "leale e dialettica collaborazione" tra Corte costituzionale e Parlamento: un romanzo distopico</i>	95
LUCIANO VIOLANTE, <i>Democrazie deboli e tirannie elettive</i>	113

LA GIUSTIZIA PENALE E I SUOI PRINCIPI

FEDERICO BACCO, <i>Cura della verità e diritti aletici</i>	127
MARCELLO GALLO, <i>Due, tre cose sulla riserva di legge</i>	145
GABRIO FORTI, <i>«Niente nel mondo è un oggetto in sé». Il "senso" della norma penale tra legalità, offensività e sussidiarietà</i>	167
CARLO RUGA RIVA, <i>L'ambiente in Costituzione. Cambia qualcosa per il penalista?</i>	185
ROBERTO BARTOLI, <i>Il sindacato di costituzionalità sulla pena tra ragionevolezza, rieducazione e proporzionalità</i>	199
PAOLO FERRUA, <i>Fantasmagoria dell'improcedibilità: la disgregazione del sistema nella riforma "Cartabia"</i>	225

LA GIUSTIZIA PENALE ALLA PROVA DEI FATTI

CLAUDIA PECORELLA-MASSIMILIANO DOVA, <i>Quale giustizia per le donne Rom?</i>	245
MARCO PELISSERO, <i>Diversità e identità negli spazi della pena</i>	261
MELISSA MIEDICO, <i>Disuguaglianza e immigrazione</i>	277
SILVIA BUZZELLI, <i>Il negazionismo come distorsione metodologica</i>	291
FRANCESCO VIGANÒ, <i>Diritti fondamentali e diritto penale al congedo dalla vita: esperienze italiane e straniere a confronto</i>	305
PATRIZIA BORSELLINO, <i>Aiuto a morire, paternalismo penale e laicità. Un dialogo a distanza con Domenico Pulitanò</i>	349
MARTA BERTOLINO, <i>Il giudice di fronte alla prova scientifica</i>	369
RENZO ORLANDI, <i>Nuova legalità penale, diritto giurisprudenziale e funzioni attuali della Corte di cassazione</i>	387

UN'IDEA DIVERSA DI GIUSTIZIA PENALE

MASSIMO DONINI, <i>Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE. La basi di un nuovo programma legislativo per la giustizia penale</i>	407
FRANCESCO PALAZZO, <i>Plaidoyer per la giustizia riparativa</i>	433
GAETANO INSOLERA, <i>Sulla giustizia riparativa</i>	449

PREMESSA

La cessazione dell'insegnamento di ruolo per Mimmo Pulitanò, nel 2012, ha rappresentato una fase decisiva della carriera accademica, ma non ha interrotto, né minimamente intaccato, il suo impegno scientifico e didattico, che è proseguito e prosegue tutt'ora con costante vivacità. Per amici e colleghi, che bene lo conoscono, non sarebbe potuto andare diversamente, considerata la cura e l'impegno con cui ha sempre osservato e analizzato i problemi del penale nel contesto della realtà sociale e politica.

Così, più che celebrare, secondo una consueta ritualità accademica, il collocamento a riposo, abbiamo preferito rendergli omaggio, festeggiando assieme il suo ottantesimo compleanno, che è caduto lo scorso 15 agosto.

La pubblicazione di questi scritti nella Collana del Dipartimento di Giurisprudenza, testimonia la stima e l'affetto di cui Pulitanò continua a godere presso i colleghi dell'Università Bicocca di Milano e la comunità dei penalisti.

Rivolgiamo un sentito ringraziamento a quanti hanno aderito con entusiasmo a questo omaggio. La nostra gratitudine va, altresì, ai nostri giovani collaboratori, che hanno contribuito alla revisione dei testi, senza i quali l'opera non avrebbe visto la luce: Niccolò Baldelli, Noemi Maria Cardinale, Anna Castelli, Matthias Da Rold, Serena Furone, Andrea Pinna, Anna Scaccia, Selena Vitti.

Giandomenico Dodaro, Massimiliano Dova,
Claudia Pecorella, Carlo Ruga Riva

Milano, novembre 2022

STORIA E POLITICA
DELLA GIUSTIZIA PENALE

IL DELITTO PER CAUSA D'ONORE. LE ISTANZE ABOLIZIONISTE NEL PROCESSO DI FORMAZIONE DEL CODICE PENALE DEL 1930

Loredana Garlati

SOMMARIO: 1. La fine di una storia. – 2. Il progetto preliminare del c.p. del 1930 tra rispetto della tradizione e proposte radicali. – 3. Le soluzioni definitive.

1. *La fine di una storia*

Questa è una storia che inizia dalla fine.

Era il 5 agosto 1981 quando la legge n. 442 sanciva l'abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore. Con pochi tratti di penna gli articoli 544, relativo al cosiddetto matrimonio riparatore, 587, riguardante il delitto e la lesione per causa d'onore, e 592, che disciplinava l'abbandono di neonato, venivano cancellati dal panorama normativo, mentre subiva una rilevante modifica l'art. 578, relativo all'infanticidio¹: alla vecchia fattispecie si sostituiva quella dell'infanticidio commesso in condizioni di abbandono materiale e morale.

Si poneva fine così, drasticamente, a secoli di storia giuridica permeati dalla cultura dell'onore. Si trattava di una svolta non solo per il diritto, ma per la società che aveva fino a quel momento concepito l'onore come causa giustificativa del gesto più estremo: l'uccisione. Quella legge eliminava norme espressione di una sempre più anacronistica sopravvalutazione dell'onore sessuale e familiare e consacrazione del privilegio del maschio sugli altri membri femminili della famiglia, o, come ricordato da Domenico Pulitanò, «specchio di un'etica maschilista e familista d'altri tempi»². Eppure quella disposizione «non venne percepita

¹Per una ricostruzione storica di sintesi in tema di infanticidio mi sia consentito rinviare a L. GARLATI, *La fine dell'innocenza. L'infanticidio nella disciplina dell'Italia postunitaria*, in *Corte Ass.*, 2, 2012, pp. 17-74; L. GARLATI, *Honour and Guilt. A Comparative Study on Regulations on Infanticide Between the Nineteenth and Twentieth Century*, in M.G. DI RENZO VILLATA (ed.), *Family Law and Society in Europe from Middle Ages to the Contemporary Era*, Springer, Switzerland, 2016, pp. 257-281.

²D. PULITANÒ, *L'omicidio*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale. Tutela penale della persona*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2014, p. 63.

come il grande passo avanti che invece essa ha rappresentato», come sottolineato da Romana Bianchi, a differenza, ad esempio, della legge sull'aborto o alla conversione avvenuta nel 1996 della violenza sessuale da delitto contro la morale a delitto contro la persona.

In un'intervista la Bianchi, deputata del Partito Comunista Italiano all'epoca dell'approvazione della legge 442, attribuiva un simile mancato riconoscimento al fatto che

«gli uomini, questa legge, l'hanno *subita*. È sempre sbagliato generalizzare dicendo "gli uomini" ma è innegabile che questa sia stata una delle leggi che hanno digerito peggio, che hanno dovuto *accettare* [...]. Il delitto d'onore era considerato una faccenda intima fra coniugi, permaneva la cultura dei diritti delle donne subordinati a quelli maschili e si reputava che la violenza *in famiglia* andasse risolta in famiglia, senza che altri ci mettessero il naso. In Parlamento qualcuno avanzò l'obiezione che togliere il delitto d'onore significava immischiarsi tra moglie e marito»,

favorendo il deterioramento dei costumi e gli adulteri³.

In un paese che stava cambiando pelle, dove le donne rivendicavano autonomia, spazi pubblici, possibilità di far sentire la propria voce, le norme contenute nel codice penale del 1930 risultavano superate da una nuova coscienza sociale. Eppure, sebbene importanti segnali di cambiamento stavano attraversando la nazione, il percorso per giungere all'abolizione della causa d'onore non fu privo di ostacoli.

I primi passi furono mossi dalla Corte costituzionale che alla fine degli anni Sessanta intervenne sugli artt. 559 e 560 del c.p. che contemplavano una disparità di trattamento tra l'adulterio della moglie e del marito. La Corte, con la sentenza 19 dicembre 1968, n. 126⁴ dichiarava costituzionalmente illegittima la disposizione che prevedeva la reclusione fino a un anno della moglie fedifraga (pena estesa a due anni nel caso di relazione adulterina)⁵. La successiva sentenza del 3 dicembre

³D. ATTANASIO, *L'abolizione del delitto d'onore compie 40 anni, il ricordo delle parlamentari che lottarono per noi*, in *www.marieclair.it*, 16 giugno 2021.

⁴Il tema era già stato affrontato con sentenza del 23 novembre 1961, n. 64. Allora la Corte aveva dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 559, 1° comma, del c.p. in riferimento agli art. 3 e 29 della Costituzione.

⁵Nella sentenza la Corte rilevava una mutata coscienza collettiva rispetto agli anni precedenti. Riteneva che l'acquisizione di diritti da parte delle donne e la partecipazione alla vita economica e sociale avevano finito con l'attribuire loro una posizione di piena parità con l'uomo. Tuttavia la sentenza, più che sul richiamo all'eguaglianza giuridica e morale tra i coniugi, sancita dall'art. 29 della Costituzione, si fondava sulla non violazione del principio di unità familiare. Pertanto, pur continuando ad essere il marito per taluni aspetti il punto di convergenza di tale unità, la discriminazione operante in tema di adulterio, anziché utile al raggiungimento di tale fine, risultava essere di grave nocimento. (Corte cost. 19 dicembre 1968, n. 126). La dichiarazione di illegittimità costituzionale riguardava il 1° e il 2° comma, mentre lasciava sopravvivere il 3° comma, ritenendo che la relazione adulterina non potesse essere intesa come circostanza aggravante speciale o come particolare ipotesi di continuazione del semplice adulterio, bensì come delitto con propria, autonoma configurazione.

1969, n. 147, riguardava l'art. 560⁶, il quale contemplava un intervento punitivo nei confronti del marito nel solo caso di concubinato. La pena prevista era identica a quella stabilita per la moglie adultera solo quando il marito teneva la concubina nella casa coniugale o notoriamente altrove. In entrambi i casi, alle medesime pene erano soggetti il correo, *ex art. 559*, e la concubina, *ex art. 560*.

Era dal codice napoleonico che si perpetuava una simile distinzione, rilevante sia a fini civili (per la richiesta di divorzio per il codice francese⁷ e di separazione per quelli unitari italiani⁸) che penali⁹. Sebbene su entrambi i coniugi gra-

⁶In realtà l'eccezione di illegittimità riguardava anche il sopravvissuto 3° comma dell'art. 559. La Corte precisava che tale comma «poiché punisce la moglie anche per fatti che se commessi dal marito sono penalmente irrilevanti, è costituzionalmente illegittimo. Ma la dichiarazione di illegittimità deve colpire altresì il primo comma dell'art. 560, sia perché è il concorso di entrambe le norme penali che dà vita, a causa dell'eterogeneità delle fattispecie delittuose in esse contemplate, ad una non consentita disparità di trattamento fra moglie e marito, sia perché, ove fosse annullata la sola previsione della relazione adulterina della moglie, l'ordinamento verrebbe a dar rilevanza unicamente, nei limiti dell'art. 560, alla infedeltà coniugale del marito, con conseguente identica violazione del principio di eguaglianza» (Corte cost. 3 dicembre 1969, n. 147). Anche in questo caso, come nella sentenza precedente, fu rigettata l'idea di violazione dell'art. 3 della Costituzione e si ritornò sul tema dell'unità familiare richiamato dall'art. 29 della Costituzione.

⁷Il codice civile francese del 1804 contemplava l'adulterio tra le cause di divorzio, ma mentre per l'art. 229 il marito poteva chiedere il divorzio a seguito del tradimento della donna, l'art. 230 riteneva possibile la presentazione dell'istanza da parte della moglie solo se il marito avesse tenuto la concubina nella casa comune, offrendo il fianco alla giurisprudenza per numerosi interventi esplicativi sul concetto di casa comune (Cass. Parigi 21 dicembre 1813, in G. B. SIREY, *Codice civile annotato della legislazione e della giurisprudenza francese*, I, Luigi Marotta, Napoli, 1823, p. 361). Ciò comportava che relazioni accidentali o passeggiere non fossero sufficienti a integrare tale ipotesi anche quando fossero state consumate nella casa comune: occorreva «uno di quei vergognosi legami che abbandonano la moglie alla più insultante rivalità» (C. DEMOLOMBE, *Corso del codice civile*, II, Domenico Capasso, Napoli, 1848, p. 427).

⁸Nel codice civile del 1865, l'art. 150 annoverava l'adulterio tra le cause di separazione, prevedendo tuttavia che la moglie potesse agire nei confronti del marito nella sola ipotesi in cui egli mantenesse la concubina in casa o notoriamente in altro luogo, oppure ricorressero circostanze tali da far ritenere il tradimento un'ingiuria grave perpetrata nei confronti della moglie. La giurisprudenza e la dottrina ritennero integrata quest'ultima ipotesi qualora il marito, pur non mantenendo una concubina, conducesse abitualmente in casa donne di mala fama (F. BIANCHI, *Corso elementare di codice civile italiano*, II, Tipografia di Pietro Grazioli, Parma, 1870, p. 789), oppure mantenesse la concubina in un appartamento separato, ma facente parte della casa coniugale e il fatto fosse a conoscenza della moglie e di altri eventuali inquilini (Cass. Torino 15 aprile 1874, in *Annali giur. it.*, VIII, 1874, 1, p. 268). La semplice relazione del marito dava diritto alla moglie alla separazione per ingiuria grave se accompagnata da scandalo o pubblicità qualora il rapporto *extra* coniugale fosse consumato con una domestica convivente con la famiglia (Cass. Torino 24 febbraio 1875, in *Annali giur. it.*, IX, 1, 1875, p. 227). Si precisò inoltre che la concubina era la donna con la quale il marito era legato da intimità continue e permanenti, mentre alla moglie era impedito di agire in caso di infedeltà passeggiere e fugaci, anche se molteplici. Efficace la sintesi di chi riteneva che, mancando gli estremi richiesti dalla legge, la donna «deve bere l'amaro calice, e convivere con chi la tradisce, la oltraggia, la invilisce» (F. VOLTOLINA, *Commento al codice civile del Regno d'Italia*, Graziano Longo, Venezia, 1873, p. 210).

⁹Nel codice penale francese del 1810 (che a differenza di quello rivoluzionario del 1791, silen-

vasse l'obbligo di fedeltà, la violazione dello stesso conduceva a esiti diversi. Se il male morale era identico, non lo era quello sociale. L'adulterio della donna appariva più grave perché gravido di conseguenze: il rischio era infatti quello di introdurre nella famiglia legittima un figlio che non apparteneva a colui che agli occhi della legge si presupponeva padre.

Non solo. Il diverso trattamento poggiava sulla concezione imperante che la donna infedele fosse maggiormente colpevole, perché «dovendo essere più ritenuta dallo stesso pudore del suo sesso l'adulterio suppone in lei maggiore depravazione», recando offesa all'onore del marito¹⁰.

Superare una simile concezione, come si è detto, fu un'operazione lenta che in Italia la Corte costituzionale realizzò come si è anticipato, solo alla fine degli anni Sessanta, ma un altro decennio sarebbe occorso prima di giungere all'abolizione del delitto d'onore. Eppure, nello stesso torno d'anni in cui la Corte costituzionale si esprimeva, il repubblicano Oronzo Reale, ministro di grazia e giustizia nei tre governi Moro, il 6 febbraio 1968 presentava alla Camera dei deputati un disegno di legge che comprendeva, tra l'altro, l'abrogazione dell'art. 587 c.p.: un obiettivo che egli perseguiva a partire già dal 1966¹¹.

Strutturata in 13 articoli, la proposta di cancellazione dell'art. 587 era chiamata a realizzare

«una esigenza vivamente avvertita dalla coscienza sociale [...]. La pena irrisoria prevista per l'omicidio, in particolare, lungi dallo scoraggiare un fenomeno deprecabile, ha favorito in modo non indifferente il diffondersi del delitto [...]. Fra la tesi di una semplice revisione dell'articolo in esame mediante l'inasprimento delle pene, e quella dell'abrogazione totale, si è preferita la soluzione radicale».

La soppressione della norma avrebbe abolito «certe spinte psicologiche», introducendo da un lato freni morali, dall'altro affidando alla legislazione un'opera educatrice «rispetto a certi sentimenti, a certe residue abitudini mentali, a certi

te sul punto, qualificava l'adulterio come reato) l'art. 337 puniva la moglie adultera con il carcere da tre mesi a due anni, a meno che il marito non decidesse di riprendere con sé la donna. Per il marito che avesse mantenuto la concubina presso la casa coniugale era previsto il semplice pagamento di un'ammenda per un importo variabile da cento a duemila franchi *ex art.* 339. Per una ricostruzione della nascita di questi articoli cfr. A. CHAUVEAU-F. HÉLIE, *Teorica del codice penale*, III, Domenico Capasso, Napoli, 1856, pp. 531-538.

¹⁰ C. DEMOLOMBE, *Corso del codice civile*, cit., p. 427.

¹¹ Si vedano in questo senso alcuni articoli pubblicati sul quotidiano *La Stampa* il 4, 5 e 6 gennaio del 1966: cfr. V. CALABRÒ, *Storia di un contrastato tramonto. La legge abrogativa della causa d'onore e del matrimonio riparatore*, in M.A. COCCHIARA (a cura di), *Violenza di genere, politica e istituzione*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 304, nt. 90 e A. DE JACO, *Il delitto d'onore verrà abolito dal codice penale: il progetto di legge del Ministro Reale*, in *L'Unità*, mercoledì 20 luglio 1966, p. 3. Sul punto G. ROVERA, *Delitto d'onore*, ERI Edizioni RAI, Torino, 1984, p. 95.

cosiddetti valori che sopravvivono nel paese e che non debbono arrestare (come invece si sostiene da alcuni) il legislatore in una specie di timore riverenziale»¹².

Le altalenanti vicende politiche impedirono di portare a termine il percorso intrapreso. Fu la senatrice della sinistra indipendente, Tullia Romagnoli Caretoni a riproporre il tema. Nel marzo del 1976 la Romagnoli presentò un disegno di legge di ampio respiro: *Norme per la tutela dell'uguaglianza tra i sessi e istituzione di una Commissione parlamentare di indagine sulla condizione femminile in Italia*¹³. L'obiettivo era quello di intervenire sulle diverse disposizioni, in ambito civile e penale, che ancora rispondevano alla presunta superiorità maschile nei rapporti familiari e lavorativi: si trattava di un programma volto a cancellare tutte le forme «di discriminazione diretta o indiretta ai danni della donna»¹⁴ per giungere a una vera uguaglianza di genere, nel rispetto anche dei principi costituzionali¹⁵. Il disegno di legge giunse alla discussione in Senato modificato nel titolo (*Abolizione della rilevanza penale della causa d'onore*) e ridimensionato nel contenuto e qui fu approvato il 14 dicembre 1977, nonostante l'iniziale ostilità mostrata sia durante il dibattito in Commissione giustizia che nello stesso Senato. Approdata a Montecitorio il 19 dicembre 1977, la legge si arenò nel passaggio dal III al IV governo

¹² Camera dei Deputati, IV Legislatura, seduta del 6 febbraio 1968, *Disegno di legge presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia (Reale Oronzo), Modificazioni al Codice penale*, p. 10. Fino alla fine degli anni Settanta la sopravvivenza dell'articolo 587 venne assicurata «praticamente senza voci dissenzienti, ed, anzi, con ricorrenti giaculatorie dirette a richiamare i grandi pregi e l'indiscutibile virtù di una disposizione tanto provvida e saggia», a riprova, da parte della dottrina, «di dogmatismo acritico e di ottusità politico-criminale, divisa fra il panegirico reazionario e l'acribia esegetica». La legge n. 442 del 1981 fu quindi più il risultato di «un'insofferenza civile che si espresse sulle pagine dei giornali piuttosto che nei dibattiti della dottrina» (T. PADOVANI, *I delitti nelle relazioni private*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 12. La criminalità*, Einaudi, Torino, 1977, pp. 238-239 e p. 241).

¹³ Senato della Repubblica, VI Legislatura, *Disegno di legge (n. 2458) d'iniziativa del senatore Romagnoli Caretoni Tullia, comunicato alla presidenza l'8 marzo 1976*: «Il disegno di legge, che ho l'onore di sottoporre al Senato [...] parte da due constatazioni di fatto: la prima: che esistano nel nostro ordinamento norme in contrasto con il citato articolo 3 della Costituzione e oramai anche con la più recente legislazione (per esempio diritto di famiglia) che vanno rapidamente abrogate; la seconda: che esiste un'ampia materia che riguarda: la legislazione del lavoro, segnatamente per quanto riguarda il collocamento; il campo dell'educazione con particolare riguardo ai rapporti fra formazione e sbocchi professionali; la tutela della dignità femminile nel settore della informazione pubblicitaria, che abbisogna di accurata indagine per eliminarne gli ancor pesanti fattori discriminatori» (p. 2).

¹⁴ Cfr. Senato della Repubblica, VII Legislatura, 214^a *seduta pubblica (pomeridiana), Assemblea, Resoconto stenografico*, 14 dicembre 1977, intervento di Bonifacio, p. 9359.

¹⁵ «Il presente disegno di legge si configura come un contributo al raggiungimento pieno della parità non solo formale ma sostanziale da parte della donna: si colloca, cioè, sulla linea voluta dalla Costituzione e perseguita, pur con i noti ritardi e contraddizioni, dalla legislazione repubblicana; per questo motivo la proponente confida sull'apporto di arricchimento e — ove necessario — di correzione della discussione e sul consenso del Senato»: così la Romagnoli Caretoni (d.d.l. 8 marzo 1976, n. 2458, p. 4).

Andreotti e lo scioglimento anticipato delle camere, che avrebbe condotto alle elezioni del 3 giugno 1979, ne decretò il momentaneo abbandono.

I tempi erano però ormai maturi per una soluzione decisiva. Infatti, poco dopo l'insediamento del nuovo governo Andreotti, la giornalista Carla Ravaioli ed altre senatrici esponenti del mondo di sinistra presentavano un disegno di legge che in pratica ricalcava quello già approvato dal Senato anni prima. La discussione si accese non tanto sulla necessità di abrogare gli artt. 544, 587 e 592 (ormai accettata) ma sulla formulazione del reato di infanticidio, che già aveva suscitato clamore al tempo della proposta Romagnoli: l'idea di ricondurre l'attenuazione della pena prevista per la madre ad un'alterazione dello stato psichico determinato dal parto non sembrava rispondere alle logiche complessive del diritto penale¹⁶. Si procedette quindi alla sua riformulazione e spettò all'esponente della Democrazia Cristiana, Maria Pia Garavaglia, divenire relatrice della legge. Anche in questo caso l'*iter* non fu privo di ostacoli, ma finalmente, sotto la guida del Presidente del Consiglio Giovanni Spadolini, si giunse all'agognata abrogazione di norme dall'evidente sapore arcaico¹⁷. Indubbio che si debba alla tenacia e alla volontà di donne, esponenti di partiti diversi, ma accomunate da una identità di intenti che andava al di là dell'appartenenza politica, l'abbattimento di un muro culturale e giuridico secolare.

Cadeva così «l'ultimo sigillo del patriarcato»¹⁸.

Eppure, la richiesta di abrogazione del delitto d'onore non costituiva una novità. Essa fu avanzata, neppure troppo timidamente, da autorevoli giuristi già durante la gestazione del codice penale Rocco. È a questo profilo che in estrema sintesi è dedicato questo saggio: un frammento di storia giuridica, in parte trascurato dalla storiografia, ricostruito attraverso l'analisi dei lavori preparatori. Sarà così possibile cogliere le discrepanze intercorrenti tra progetto preliminare e redazione definitiva del testo e le ragioni delle diverse opzioni prospettate. Emergerà come all'interno delle commissioni cui fu affidata la stesura della norma dedicata al delitto d'onore e tra le diverse istituzioni chiamate a pronunciarsi sulla sua formulazione esistesse una vivace dialettica: il consenso sul tema in oggetto fu meno granitico di quanto si potrebbe immaginare, tanto che lo stesso Rocco definirà le fasi di elaborazione del codice «talvolta aspre e tormentose»¹⁹.

¹⁶ Senato della Repubblica, VIII Legislatura, *Relazione della 2° Commissione permanente (Giustizia) comunicata alla Presidenza il 9 maggio 1980 sul disegno di legge Abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore*, n. 112-A, intervento del relatore Gozzini, p. 3.

¹⁷ Per una ricostruzione dell'*iter* abrogativo cfr. M. DE NIGRIS SINISCALCHI, *Ultime applicazioni di una norma abrogata. L'art. 587 c.p. sull'omicidio e la lesione a causa d'onore*, in *Cass. pen. mass.*, nn. 8-9, 1981, pp. 1231-1234; G. ROVERA, *Delitto d'onore*, cit., pp. 95-100; V. CALABRÒ, *Storia di un contrastato tramonto*, cit., pp. 309-326.

¹⁸ M. CAVINA, *Nozze di sangue. Storia della violenza coniugale*, Laterza, Roma-Bari, 2011, p. 194.

¹⁹ La citazione è tratta dalla prefazione di Alfredo Rocco a C. SALTELLI-E. ROMANO DI FALCO,

Non è un caso che il ministro in persona, come si vedrà, rivendicherà e si assumerà la responsabilità delle modifiche apportate in sede definitiva, spesso in contrasto con i pareri volta per volta espressi sui profili più fortemente oggetto di critica²⁰. La promulgazione del codice non tacitò il dissenso di chi aveva sollevato obiezioni e perplessità o proposto rettifiche in sede di progettazione: una presa di distanza, coerente con le tesi a suo tempo sostenute, che continuò ad essere manifestata nella produzione scientifica degli anni a venire. Non vi furono solo, come la storiografia ha già illustrato, elementi di continuità/discontinuità con il primo codice penale dell'Italia unita (quel codice Zanardelli del 1889 che sembrava proporsi come il prototipo di un codice liberale), ma anche rivendicazioni (forse solo apparentemente) sorprendenti in un clima socio-politico che di liberale aveva perso ogni ricordo.

2. *Il progetto preliminare del c.p. del 1930 tra rispetto della tradizione e proposte radicali*

L'onore, bene immateriale, racchiude in sé una duplice nozione: in senso soggettivo è inteso come il sentimento che ciascuno ha della propria dignità morale; in senso oggettivo si identifica con il patrimonio morale che deriva dall'altrui considerazione (la reputazione sociale). Da un punto di vista giuridico, esso non va inteso come

«complesso delle qualità moralmente e socialmente positive di cui una persona è dotata» (queste rappresentano un bene intangibile non soggetto a tutela penale), ma piuttosto come «riflesso oggettivo (stima goduta nell'ambiente di vita) e soggettivo (sentimento del proprio valore) di tali qualità»²¹.

Dalla prospettiva statale, l'onore per lungo tempo è stato un movente degno d'indulgenza, un elemento morale diminuyente e un valore socialmente rilevante di cui si doveva tener conto anche a fini giuridici, ma soprattutto, da sempre,

Commentario teorico-pratico del nuovo codice penale, vol. I, parte I (art. 1-84), Tipografia delle Mantellate, Roma, 1930, senza numero di pagina.

²⁰ Il ruolo giocato da Rocco nella redazione finale è bene evidenziato da Saltelli e Romano Di Falco, che nel ricostruire la nascita del codice penale ricordano che «il Guardasigilli attese personalmente a un'intensa opera di revisione del Progetto, apportandovi numerosissime modificazioni sostanziali e migliorandone notevolmente anche la forma letteraria» (C. SALTELLI-E. ROMANO DI FALCO, *Commentario*, cit., vol. I, cit., p. 10). Si tratta di una testimonianza diretta di due protagonisti che, come ricordato dallo stesso Rocco nella sua prefazione al *Commentario*, avevano «collaborato attivamente [...] alla formazione delle nuove leggi penali, Nessun momento del processo interiore di questa formazione è stato ignorato dai due scrittori, a ciascuna delle successive fasi di elaborazione del codice [...] essi hanno personalmente partecipato».

²¹ I. CARACCIOLI, voce *Causa di onore*, in *Enc. Dir.*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1960, p. 584.

l'onore è stato concetto strettamente connesso con la morale sessuale: se è vero che esso si fondava sulla virtù femminile (castità ed onestà), lo era altrettanto il fatto che a difenderlo erano chiamati i maschi di famiglia²². Depositarie dell'onore erano dunque le donne, responsabili della sua violazione, ma il ripristino della dignità offesa spettava per lo più agli uomini, come se solo attraverso l'eliminazione fisica di chi aveva provocato scandalo si ripristinasse la virtù pubblica, si riacquistasse la credibilità persa, si lavasse l'onta subita e si placasse il dolore personale vissuto.

Era ancora questo il *background* culturale imperante alla vigilia della promulgazione del codice penale del 1930 e fu certamente anche questo un elemento che giocò a favore della scelta definitiva operata da Rocco di mantenere, nonostante voci contrarie, l'onore a fondamento della riduzione sanzionatoria in caso di omicidio.

Significative in questo senso le parole pronunciate dal Guardasigilli nella relazione al II libro del progetto definitivo del codice penale. Egli giustificava il mantenimento della disposizione ricollegandola a una «consolidata tradizione legislativa», ma tuttavia rassicurava quanti temevano che vi fosse «un ritorno a forme barbariche, di esercizio di un preteso diritto di uccidere attribuito al marito oltraggiato o al padre offeso» sostenendo che «il Progetto non legittima, comunque, tali violenze, sebbene valuta la sensibile efficacia scusante dello stato di provocazione, determinato da una grave offesa al sentimento dell'onore»²³.

Nella stessa Relazione Rocco non mancava di evidenziare le differenze non solo rispetto al codice previgente, ma anche con riferimento al progetto preliminare: il testo dell'allora art. 588²⁴, dedicato per l'appunto al delitto d'onore, aveva suscitato più di una perplessità. In particolare si contestava la 'nuova' modalità di attuazione del reato: si era infatti soppresso il richiamo alla sorpresa

²² «Considerato nella sua natura l'onore sessuale si divide in onore delle donne ed in onore degli uomini, e costituisce d'ambe le parti uno *spirito di corpo* bene inteso. Dei due il primo è molto più importante perché nella vita della donna il rapporto sessuale è l'affare principale. Così dunque l'onore femminile è, quando si parla di una ragazza, l'opinione generale che ella non si sia data all'uomo, e, per la donna maritata, che ella si sia data a quello solo cui è unita in matrimonio» (A. SCHOPENHAUER, *Aforismi per una vita saggia*, Aonia edizioni, Raleigh, 2019, p. 79).

²³ *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo Codice penale con la Relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, parte II, *Relazione sui libri II e III del Progetto*, Tipografia delle Mantellate, Roma, 1929, p. 386.

²⁴ *Progetto preliminare di un nuovo codice penale*, Tipografia delle Mantellate, Roma, 1927, p. 228. Il progetto, terminato nell'ottobre del 1927, fu redatto da tredici giuristi sotto la direzione di Arturo Rocco, a sua volta sottoposto alla stretta vigilanza del fratello. Si trattava di docenti e magistrati, i due 'corpi' attraverso i quali il codice sarebbe dovuto 'scorrere', gli uni garantendo l'insegnamento teorico, gli altri l'applicazione pratica. Non solo ci si avvaleva della loro competenza, ma anche della loro 'collaborazione' nel creare un clima di consenso favorevole alla retorica della propaganda fascista, capace, nell'alba di una nuova era, di dare vita a un riformato assetto codicistico in ogni ambito giuridico.

in flagranza di reato, che nel passato aveva determinato oscillazioni tra interpretazioni restrittive di chi la intendeva come sorpresa *in ispis rebus venereis* e chi invece estendeva la nozione in modo eccessivo superando, oltre ogni limite, il significato letterale e concettuale dell'espressione²⁵.

La disposizione stabiliva infatti che la pena, quantificata in un *range* temporale da tre a dieci anni, rispetto ai ventuno previsti per l'omicidio *ex art. 575* (fatte salve le circostanze aggravanti che potevano condurre fino all'ergastolo o alla pena di morte), era applicata qualora l'omicidio fosse stato commesso «per causa d'onore e nello stato d'ira, determinato da adulterio o da illegittima relazione carnale, sulla persona del coniuge o della figlia o della sorella, o sulla persona con essa in relazione adulterina o carnale».

Quando nell'ottobre del 1927 il progetto preliminare venne distribuito alle ventidue Corti d'appello, alle facoltà giuridiche e agli ordini forensi, i commenti non si fecero attendere. Vi era sì concordanza sulla necessità di un intervento sanzionatorio, «poiché la civiltà moderna non può consentire il *ius vitae ac necis* in caso di tradimento coniugale o di riprovevole condotta di persone familiari»²⁶, ma al tempo stesso vi era la quasi unanime richiesta²⁷ di mantenere la sorpresa in flagrante come condizione per diminuire la pena o addirittura come criterio per un'ulteriore riduzione sanzionatoria rispetto alla già mite previsione²⁸, dal momento che non si poteva negare «la diversa situazione psicologica di chi agisca per aver saputo o avere intuito, da chi agisca per aver veduto e nel momento in cui vede»²⁹: più che l'onore, era la modalità di scoperta del disonore ad essere invocata per diversificare la punizione.

²⁵ L'art. 377 del codice penale del 1889 prevedeva la riduzione di pena a meno di un sesto rispetto a quanto contemplato in tema di omicidio qualora coniuge, ascendente, fratello o sorella sopprimestero la vita del coniuge, della discendente, della sorella o del correo o di entrambi nell'atto in cui fossero stati sorpresi in flagrante adulterio o illegittimo concubito. Rocco precisava come tale dizione avesse sollevato questioni sulla determinazione degli estremi della sorpresa in flagranza, ondegianti tra rigidità teoriche ed eccessiva benignità (*Lavori preparatori*, cit., vol. V, cit., p. 387).

²⁶ Corte d'appello e Università di Napoli, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. III, *Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo codice penale*, parte IV, *articoli 519-768*, Tipografia delle Mantellate, Roma, 1928, p. 190 e p. 194.

²⁷ Faceva eccezione la Commissione Reale degli avvocati di Palermo, che dichiarava di condidare pienamente la modifica apportata all'art. 377 (*ivi*, p. 194).

²⁸ La Corte d'appello e l'Università di Napoli (che avevano il medesimo estensore in Arturo Del Giudice, consigliere di Corte d'appello e incaricato dalla Facoltà di Giurisprudenza napoletana di redigere la relazione al progetto del c.p.) chiedevano che della «sorpresa in flagranza di illegittimo concubito» si facesse «una speciale ipotesi, con abbassamento ulteriore e più notevole di pena» (*ivi*, p. 190 e p. 194). Sulla figura di Del Giudice v. I. BIROCCHI-E. FABBRICATORE-M.N. MILETTI, *sub voce*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)* (d'ora in poi *DBI*), vol. I, il Mulino, Bologna, 2013, pp. 735-736.

²⁹ Sindacato Avvocati e Procuratori di Catania, *ivi*, p. 192. In generale cfr. pp. 190-194.

Tra tante voci concordi armoniche una si levava audace e stonata (e come tale destinata a rimanere inascoltata): la Commissione Reale Avvocati di Rovereto considerava la norma in esame anacronistica rispetto ai progressi di civiltà compiuti dalle donne, alle quali erano stati nel tempo riconosciuti sempre maggiori diritti. Qualora si fosse comunque ritenuto necessario mantenere la disposizione, si imponeva, a detta della Commissione, l'introduzione di un doveroso correttivo: chiedere, per la concessione del beneficio al colpevole, che la figlia e la sorella vittime del reato fossero minorenni, in omaggio al principio della libertà sessuale femminile³⁰.

Faceva timidamente capolino, quasi in modo indiretto, il suggerimento di abrogare una norma superflua e dal vago sapore rétro. E fu questo il tema al centro del dibattito della Commissione ministeriale, composta da autorevoli esponenti della magistratura, del mondo forense e accademico³¹, chiamati ad esprimersi sul progetto preliminare. La proposta di sopprimere la previsione normativa fu sostenuta da voci autorevoli, quali gli avvocati Vincenzo Morello³² e Giuseppe Gregoraci³³, nonché da Vincenzo Manzini, che mantenne tale atteggiamento critico anche nella produzione scientifica successiva alla promulgazione del codice. Se Morello riteneva «gravissima questa disposizione», presentando la causa d'onore quale frutto di un pregiudizio basato sull'orgoglio e sull'amor proprio maschile, nonché un errore logico, sostanziosamente l'onore in un bene individuale non trasferibile³⁴, Gregoraci la definiva inutile, se non addirittura controproducente, dal momento che se l'articolo in questione non intendeva favorire gli autori di tale reato, ma di ottenerne la punizione, allora il tutto risultava illusorio, poiché i colpevoli avrebbero sempre potuto contare sulla

³⁰ *Ivi*, p. 194.

³¹ La Commissione ministeriale, presieduta dal procuratore generale della Corte di Cassazione Giovanni Appiani, vantava anche in questo caso nomi illustri. Una testimonianza del tempo sulla composizione del comitato incaricato di redigere il progetto e della Commissione ministeriale è offerta da D. GRANDI, *Bonifica umana. Decennale delle leggi penali e della riforma penitenziaria*, vol. I, Ministero di Grazie e Giustizia, Roma, 1941, p. 25.

³² Cfr. R. D'ANNA, voce *Morello, Vincenzo*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 76, 2012.

³³ «A torto taluni (Morello e Gregoraci) nella Commissione ministeriale proposero la soppressione di questo articolo, preoccupati che esso quasi sanzionasse il diritto di vita e di morte nel marito o padre o fratello offeso»: così Gennaro Marciano, avvocato e senatore del Regno da marzo 1923 a gennaio 1944 nonché membro della Commissione ministeriale. Per l'autore, al contrario, l'art. 587 rispondeva a criteri di «equanimità e moralità»: in fondo si trattava di un reato «che turba così poco la pubblica coscienza che, fino ad ora, i colpevoli sono stati quasi sempre assolti dalla Corte di Assise in mezzo al plauso del pubblico» (G. MARCIANO, *Il nuovo codice penale (innovazioni)*, Jovene, Napoli, 1932, p. 390).

³⁴ *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV, *Atti della Commissione ministeriale incaricata di dare un parere sul progetto preliminare di un nuovo codice penale*, parte IV, *Verbalì delle sedute della Commissione e Relazione riassuntiva dei lavori della Commissione*, Tipografia delle Mantellate, Roma, 1929, verbale n. 65 di venerdì 27 luglio 1928, p. 74.

comprensione dei giudici e dei giurati, pronti a riconoscerne addirittura la non imputabilità, intravedendo nel turbamento psichico la possibilità di configurare una parziale incapacità di intendere e volere.

L'inutilità invocata da Gregoraci si fondava anche su alcune considerazioni generiche, ossia che i casi di omicidio per onore fossero pochi in Italia e che la norma avrebbe favorito quei padri incapaci di seguire l'educazione delle proprie figlie: una sorta di responsabilità educativa attribuita a quanti non avevano saputo impartire ed inculcare quei valori morali (in particolare di contegno e di decenza sessuale) in grado di preservare la virtù femminile³⁵.

A queste considerazioni obiettava un accalorato Manzini, il quale, pur aderendo all'istanza di soppressione dell'art. 588, cercava di fondare le proprie ragioni su argomentazioni di carattere tecnico.

Rifiutando la tesi che si trattasse di casi isolati, consumati per lo più nelle classi meno abbienti prive di cultura, Manzini riteneva che nessuna scusa dovesse essere concessa a chi commetteva un omicidio all'interno del proprio *clan* familiare. Una diminuzione della pena poteva essere ammessa qualora i soggetti contemplati della norma agissero nei confronti dei seduttori. Non le figlie, le mogli o le sorelle avrebbero dovuto cadere per mano dei propri congiunti, ma i veri corruttori di costumi, quegli «estranei che vengono a turbare le norme della convivenza familiare e che sanno di dover correre i rischi inerenti a ciò che fanno, violando il più delle volte anche i doveri dell'amicizia o della ospitalità»³⁶. Una valutazione che valeva nello specifico per il fratello che uccideva la sorella: «non si vede perché egli debba essere benevolmente considerato dal legislatore: se si tratta di un infermo di mente, vi sono apposite disposizioni», negli altri casi avrebbe dovuto reagire verso il seduttore e non verso la donna³⁷.

L'argomento non incontrava il favore di Eduardo Massari, per il quale l'idea di punire il solo seduttore comportava un'inversione logica dell'articolo. L'azione del coniuge che tradiva la fede coniugale rappresentava un'indubbia provocazione nei confronti del proprio *partner*. Al coniuge era imputabile la violazione dei propri doveri e pertanto la provocazione che derivava dal suo comportamento appariva più grave di quella del terzo³⁸. Inoltre «il prof. Manzini mostra, con la sua proposta, una prevenzione contro i seduttori: ma bisognerebbe vedere se sia proprio il terzo sempre a sedurre, e non la donna ad adescare»³⁹, sovvertendo la concezione tradizionale di una donna imbecille e passiva in balia dei desideri altrui.

³⁵ *Ivi*, pp. 74-75.

³⁶ *Ivi*, p. 75.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ «Quando la moglie tradisce la fede coniugale, la violazione de' suoi doveri crea una situazione provocatoria che rispetto a lei è anche più grave di quella imputabile al terzo» (*ivi*, p. 76).

³⁹ *Ibidem*.

Non va sottaciuto che l'onore, invocato come elemento costitutivo, configurando una fattispecie autonoma di reato permetteva di trascurare completamente le aggravanti previste dall'art. 577 del progetto preliminare, il quale introduceva l'ergastolo qualora l'omicidio fosse stato commesso contro la persona del discendente. Nel caso dell'art. 588 il vincolo di sangue anziché aumentare la soglia punitiva motivava la reazione violenta del padre, per quel disonore che una singola componente faceva ricadere sulla famiglia intera con un comportamento disinibito e immorale, attestazione, come in fondo ventilava Gregoraci, dell'incapacità paterna di trasmettere valori solidi: un fallimento pedagogico cui si cercava di rimediare estirpando definitivamente, come mala pianta, quella figlia che aveva deviato dai consolidati binari dell'etica sessuale.

Manzini inoltre non si limitava a esaminare i rapporti tra discendenti e collaterali, ma considerava superflua la previsione normativa anche per il marito, immeritevole di una diminuzione di pena in quanto ciò che si millantava di difendere era in realtà un costrutto concettuale dietro il quale celare motivi meno nobili: gelosia, egoismo, vanità, amor proprio. Efficace la sintesi del suo pensiero: «l'adulterio non ha mai disonorato alcuno all'infuori di chi lo commette: per il marito si tratta di pregiudizio cui conviene resistere»⁴⁰. Egli riteneva che tanto la legge civile quanto lo stesso progetto in esame mettessero già a disposizione del marito mezzi sufficienti per difendersi dall'oltraggio subito in caso di adulterio. Nel primo caso l'uomo avrebbe potuto chiedere la separazione dal momento che il codice civile del 1865, ancora in vigore, contemplava tra le cause di separazione il tradimento della donna. E non solo alla separazione rimandava Manzini, ma, quasi sorprendentemente, in un inciso, auspicava per il futuro soluzioni più estreme, ossia il divorzio verso il quale il giurista udinese, «giurista di regime, ma sempre intellettualmente libero»⁴¹, mostrava il proprio favore, considerandolo rimedio efficace contro gli uxoricidi, suscitando sul punto lo scetticismo di Silvio Longhi⁴².

Dal punto di vista penale, secondo Manzini, il delitto d'onore non aveva diritto di cittadinanza all'interno del codice dal momento che la riduzione di pena era già garantita dalle previste attenuanti generiche. Si trattava di una soluzione cui conduceva la stessa formulazione dell'art. 588, laddove introduceva, in sostituzione della flagranza, lo stato d'ira e la causa d'onore, riproducendo quando già indicato dall'art. 64 n. 1 e 2 del progetto preliminare. La norma, infatti, dedicata alle circostanze attenuanti comuni, includeva tra le altre «l'aver agito per causa d'onore o per altri motivi di particolare valore morale e sociale; l'aver

⁴⁰ *Ivi*, p. 75.

⁴¹ A. BERARDI, voce *Manzini, Vincenzo*, in *DBI*, cit., vol. II, p. 1264.

⁴² «In Francia, nonostante il divorzio, non mancano numerosi uxoricidi. Egli è che essi sono dovuti al sentimento della gelosia, che la semplice separazione o il più ridicolo provvedimento del divorzio non sempre bastano a sopire» (*ivi*, p. 76).

agito in stato d'ira, determinato dal fatto ingiusto altrui, o l'aver commesso il reato in stato di intensa emozione, determinato da grave sventura»⁴³. Ovviamente l'applicazione operava nel caso in cui quelle circostanze non rappresentassero elementi costitutivi o attenuanti speciali ed era proprio questo il nodo da sciogliere: era preferibile che l'onore agisse come circostanza attenuante o come elemento costitutivo? Per Manzini la risposta era insita già nel progetto e rispondeva a logiche di coerenza tecnica interna al codice: inutile una duplicazione attribuendo all'onore una 'funzione' volta per volta diversa.

La tesi era sostenuta anche da Vincenzo Morello, per il quale sarebbe stato più opportuno abolire l'articolo e operare il passaggio del contenuto della norma nelle categorie delle attenuanti «di modo che la legge, costituendo un attenuante [*sic*] della causa d'onore, obbedisca sia pure ad un pregiudizio sociale, ma non trasferisca il diritto di punire dallo Stato al cittadino»⁴⁴.

Si trattava tuttavia di posizioni di minoranza contrastate da chi, come Silvio Longhi, riteneva opportuno mantenere la fattispecie del delitto per causa d'onore così come formulata nel progetto⁴⁵. Lo stesso valeva per Eduardo Massari, per il quale la soppressione dell'art. 588 avrebbe comportato l'immediata applicazione della pena dell'ergastolo per le ragioni esposte: una pena che difficilmente giudici e giurati avrebbero applicato, vanificando in questo modo l'idea di reprimere un omicidio, sia pure con una graduazione di pena⁴⁶.

3. Le soluzioni definitive

Era quindi inevitabile, con tali premesse, che il codice nella sua stesura definitiva mantenesse la fattispecie del delitto d'onore, anche per evitare «che i colpevoli di delitti passionali restassero, il più delle volte, impuniti o giudicati con estrema mitezza»⁴⁷, ma ciò non impedì a Manzini di riproporre le proprie posizioni in sede di commento al codice stesso, ribadendo che l'art. 587, chiamato a disciplinare nella redazione finale la fattispecie in oggetto, non facesse onore «alla nostra civiltà», giocando sull'ambivalenza del termine. Confermava, inoltre, coerentemente a quanto sostenuto in fase di progettazione, che per le situazioni contemplate nella norma sarebbero state sufficienti le attenuanti comuni di cui all'art. 62, n. 1 e 2: «che le leggi straniere contengano o non contengano disposizioni simili, è questione che non interessa, perché noi dobbiamo pensare

⁴³ Progetto preliminare di un nuovo codice penale, cit., p. 30.

⁴⁴ Lavori preparatori, cit., vol. IV, cit., p. 74.

⁴⁵ *Ivi*, pp. 75-76.

⁴⁶ *Ivi*, p. 76.

⁴⁷ V. CALABRÒ, *Storia di un contrastato tramonto*, cit., p. 300.

col nostro cervello e non con quello degli altri», in una sorta di rivendicazione nazionalistica e autarchica della legislazione⁴⁸.

Come illustrato da Rocco nella sua Relazione, invece, il delitto d'onore, in continuità con il progetto preliminare, non solo veniva mantenuto, ma costituiva un'autonoma fattispecie di reato⁴⁹, per risolvere i dubbi interpretativi e le controversie giurisprudenziali generatesi sotto il previgente codice, riguardanti l'estensione del trattamento sanzionatorio mitigato ai concorrenti estranei⁵⁰.

Si trattava della novità più rilevante voluta e difesa dal guardasigilli, insieme alla mantenuta soppressione della flagranza di reato, sostituita dalla scoperta di un'illegittima relazione carnale e dallo stato d'ira determinato dall'offesa all'onore proprio o della famiglia⁵¹.

⁴⁸ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano. Delitti contro la persona*, vol. VIII, UTET, Torino, 1951, p.121. Di diverso avviso Marciano, per il quale la creazione di un'autonoma fattispecie di reato garantiva la possibilità di applicare una pena minore «più rispondente al sentimento della coscienza pubblica» di quella consentita con il mero ricorso alle circostanze attenuanti (G. MARCIANO, *Il nuovo codice penale*, cit., p. 390). La duplicazione in una fattispecie specifica di reato di situazioni già contemplate quali circostanze attenuanti poneva l'interrogativo se le stesse fossero applicabili nell'ipotesi del delitto d'onore, dividendo la dottrina tra chi, nei decenni successivi, non ne esclude il richiamo, come ad esempio Caraccioli, rivendicando, a sostegno della tesi, l'eliminazione nell'art. 587 dell'espresso divieto, contenuto invece nell'art. 588 del progetto preliminare, di far riferimento alle circostanze aggravanti o attenuanti comuni *ex artt.* 62-64 (I. CARACCIOLI, voce *Causa di onore*, cit., pp. 582-583), e chi ne considerava l'applicazione irrazionale (V. MANZINI, *Trattato*, cit., p. 134; C. SALTELLI-E. ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, vol. II, parte II (art. 499-734), Tipografia delle Mantellate, Roma, 1930, p. 930).

⁴⁹ Sottolineava il guardasigilli che l'articolo 588 del progetto preliminare «poteva far dubitare che le ipotesi ivi previste costituissero forme circostanziate dei delitti di omicidio e lesioni; dal nuovo testo risulta, nel modo più chiaro, che esse costituiscono invece figure speciali e autonome» (*Lavori preparatori*, cit., vol. V, cit., pp. 386-387).

⁵⁰ La posizione dei terzi concorrenti estranei trovava la propria soluzione nell'art. 117, che li chiamava a rispondere del medesimo titolo di reato per cui erano condannati gli agenti principali, pur senza possederne le qualità. Secondo Manzini, tuttavia, le controversie sarebbero state risolte nel modo meno conveniente (V. MANZINI, *Trattato*, cit., p. 121, nt. 2). Egli considerava infatti preferibile la scelta compiuta dal codice previgente, il quale prevedeva «più opportunamente, una semplice attenuante dell'omicidio e non un distinto titolo di reato (*ivi*, p. 118, concetto ribadito a più riprese, come si vede a p. 119). Per l'autore era quanto meno discutibile la scelta compiuta dal legislatore di estendere a soggetti estranei concorrenti con il soggetto attivo essenziale i benefici concessi dalla legge. Scrive infatti che tale previsione «non può approvarsi, perché crea dannose complicazioni, ed è politicamente inopportuna, non essendovi alcuna seria ragione di trattare l'estraneo, che concorse nel delitto, commesso dal prossimo congiunto, alla stregua di questo, il quale è il solo che agisce nelle condizioni psichiche richieste dall'art. 587» (*ivi*, p. 121). A dissentire dall'opinione concordemente ammessa di considerare applicabile l'art. 117 fu R. PANNAIN, voce *Omicidio*, in *N.D.I.*, IX, UTET, Torino, 1939, p. 51.

⁵¹ Come si è evidenziato, già in fase di progettazione vi era stata la pressante richiesta di mantenere la dizione precedente, senza esito. Di nuovo Manzini sul punto si dissociava dalle soluzioni codicistiche, ritenendole confuse e sostenendo che la flagranza rimanesse «il modo più certo e ti-

Il paradigma cambiava radicalmente, invocando, a giustificazione della riduzione di pena, lo stato di alterazione psichica dell'agente indotto dalla conoscenza di una relazione carnale illegittima⁵², senza più distinzione tra rapporti sessuali adulterini e rapporti consumati in assenza di matrimonio. L'offesa all'onore rappresentava il movente della reazione del soggetto agente: integrava una provocazione capace di suscitare sdegno misto a collera. Causa d'onore e ira erano intrecciati tra loro in un rapporto di dipendenza l'uno dall'altro.

Il codice rinunciava sì alla simultaneità, ma non all'immediatezza della reazione⁵³. Per quanto riguarda il primo profilo, per Rocco vi erano situazioni meritevoli di attenuazione di pena al pari della sorpresa in flagranza. Così, in via esemplificativa, il ministro elencava la «cinica e brutale confessione della illegittima relazione, ovvero la scoperta di essa attraverso corrispondenze amorose, ove spesso sono lubrificamente rievocati gli amplessi»: si trattava di situazioni capaci di generare

pico di scoprire la illegittima relazione carnale (V. MANZINI, *Trattato*, cit., p. 124). Si veda per una estrema sintesi E. DE CRISTOFARO, *The crime of honor: an Italian story*, in *Historia et ius*, 14, 2018, pp. 3-4; M. G. BETTIGA-BOUKERBOUT, "Crimes of honour" in the Italian penal code: an analysis of history and reform, in L. WELCHMAN-S. HOSSAIN (eds), *Honour: crimes, paradigms and violence against women*, Zed Books, London-New York, 2005, pp. 230-244.

⁵²Ognuno dei termini utilizzati dal legislatore meriterebbe un approfondimento maggiore di quanto sia consentito in questo contesto. L'espressione "relazione" consentiva di ricomprendervi tanto un legame abituale quanto un fatto singolo, considerando che l'offesa e lo stato d'ira potevano indifferentemente essere suscitati da un legame abituale o da un incontro occasionale. Così, l'illegittimità non richiama necessariamente la commissione di un reato. Era sufficiente che il rapporto sessuale fosse riprovato o dalla legge o dal buon costume o dalla morale sociale: «così la copula della nubile o della vedova anche maggiorenne, l'adulterio del marito non costituente concubinato, l'incesto anche senza scandalo ecc. sono sempre relazioni carnali illegittime, quantunque non siano delittuose» (V. MANZINI, *Trattato*, cit., pp. 127-128). Se per Manzini però era infedeltà la congiunzione carnale, escludendo che gli altri atti di libidine potessero integrare gli estremi richiesti dall'art. 587, non rappresentando un'offesa all'onore giustificativo di uno stato d'ira, di parere opposto era Marciano. Per Manzini si doveva tenere conto solo dei fatti più gravi, per evitare che anche un semplice bacio potesse legittimare una sproporzionata reazione violenta, ma ammetteva che gli atti di libidine potessero avere valore di indizi, sufficienti per provare la tresca amorosa quando si ritenesse fossero immediatamente preparatori o successivi al coito. Anche questa era un'occasione per Manzini di criticare la formula legislativa «nella quale, per la smania di innovare anche dove non occorre, si è usata una espressione vaga e generatrice di incertezza» (V. MANZINI, *Trattato*, cit., p. 126). Per Marciano, invece, non vi era ragione di ricorrere ad un'interpretazione restrittiva e rigorosa, dal momento che un padre il quale, ad esempio, sorprenda la figlia in «raffinate lascivie (es. la *fellatio*)» si troverebbe «nella stessa, e forse più angosciata, condizione d'animo di chi scopra un illecito concubito» (G. MARCIANO, *Il nuovo codice penale*, cit., p. 392). La tesi era condivisa da R. PANNAIN, voce *Omicidio*, cit., p. 51.

⁵³«È scolpita la necessità di un rapporto temporale d'immediatezza tra la scoperta dell'illegittimo legame e la uccisione o il fermento» (*Lavori preparatori*, cit., vol. V, cit., p. 387). Cfr. C. SALTELLI-E. ROMANO DI FALCO, *Commento*, cit., vol. II, cit., p. 929).

«nel coniuge oltraggiato nella sua dignità, ovvero nel padre e nel fratello offesi nei loro più vivi sentimenti dell'onore familiare, una intensa emozione, uno stato di angoscia e di dolore, suscitando un impeto di collera che, ove tragga alla consumazione di atti violenti, non può non attenuare la gravità del fatto e rivelare nel colpevole uno sciagurato più che un pericoloso»⁵⁴.

Tuttavia tra la scoperta (espressione che nelle intenzioni del legislatore significava che fino a quel momento l'autore del delitto aveva ignorato l'esistenza della relazione adulterina o illegittima⁵⁵) e la risposta violenta vi doveva essere un ragionevole rapporto di reazione immediata. Il codice infatti richiedeva che l'uccisione avvenisse *nell'atto* in cui si *scopra* l'illecita relazione, una condizione non contemplata nell'art. 588 del progetto preliminare: l'art. 587 non era quindi applicabile «se il tempo trascorso, sia pur breve, risulti sufficiente ad attenuare l'emozione, così da consentire il risorgere dei motivi inibitori»⁵⁶.

Soprattutto, il codice del 1930, a differenza dello Zanardelli, introduceva e menzionava espressamente la causa d'onore, assente nella formulazione dell'art. 377: si cercava, anche in questo modo, di fissare con chiarezza le condizioni di operatività della norma, tanto da indurre ad affermare che «a dispetto delle precedenti previsioni normative per certi versi simili ed in cui l'onore ha svolto un ruolo preponderante, questo sia il vero e proprio atto di nascita del *delitto d'onore*»⁵⁷.

«La frase “causa d'onore” non va qui intesa con riferimento alla possibilità di una vendetta, come una forma di soddisfazione che sia concessa al coniuge, padre o fratello oltraggiato: essa vuol stabilire, sotto un riflesso puramente soggettivo, che lo stato d'animo dell'agente deve essere valutato con riguardo al turbamento del senso personale dell'onore».

Il conseguente stato d'ira doveva trovare la propria motivazione «nell'offesa al sentimento della dignità personale del colpevole»⁵⁸. *A contrario*, risultavano

⁵⁴ *Lavori preparatori*, cit., vol. V, cit., p. 387.

⁵⁵ Il concetto di scoperta coincideva con quello di acquisizione di certezza del fatto. Occorreva cioè il soggetto non avesse agito sulla base di sospetti non accertati, come evidenziato nella Relazione ministeriale.

⁵⁶ V. MANZINI, *Trattato*, cit., p. 128. L'originaria formulazione dell'art. 588 incontrava il disfavore di Marcano, per il quale una norma così concepita avrebbe dato diritto di godere del beneficio anche a chi «avendo avuto la certezza del disonore, avesse lasciato correre de' mesi e poi, per una circostanza qualsiasi, ridestando il ricordo della patita offesa, esasperato ed indignato, si fosse spinto al delitto» (G. MARCANO, *Il nuovo codice penale*, cit., p. 391).

⁵⁷ E. MUSUMECI, *Emozioni, crimine, giustizia. Un'indagine storico-giuridica tra Otto e Novecento*, Franco Angeli, Milano, 2015, p. 168. Per una rapsodica rassegna delle disposizioni codicistiche ottocentesche sul delitto d'onore cfr. M. CAVINA, *Nozze di sangue*, cit., pp. 197-199.

⁵⁸ *Lavori preparatori*, cit., vol. V, cit., p. 388.

puniti secondo le regole ordinarie previste per l'omicidio quanti non erano nella condizione di percepire l'onta arrecata al proprio onore dal comportamento del congiunto, come accadeva a chi avesse personalmente agevolato o consentito la relazione illegittima, dimostrando così «di aver fatto gettito del proprio onore, di essere insensibile all'appello di questo sentimento»⁵⁹.

Persisteva invece, al pari dell'art. 377 del 1889, la declinazione al femminile delle vittime del reato. Fatta eccezione per l'espressione *coniuge*, astrattamente neutra⁶⁰, erano la figlia e la sorella i soggetti passivi chiaramente indicati dalla norma: come premesso, solo la loro immoralità sessuale provocava disdoro alla famiglia. Quanto al riferimento al coniuge, la parificazione tra la posizione del marito e quella della moglie era sì rilevante a livello formale, ma bastava poi scorrere la dottrina del tempo per verificare come la donna 'omicida per causa d'onore' fosse considerata una pericolosa sanguinaria⁶¹. Con il suo gesto negava

⁵⁹C. SALTELLI-E. ROMANO DI FALCO, *Commento*, cit., vol. II, cit., p. 928. Pertanto il marito che avesse avviato la moglie alla prostituzione o l'avesse indotta all'adulterio non poteva reclamare il beneficio di legge e lo stesso valeva per il fratello e il padre (G. MARCIANO, *Il nuovo codice penale*, cit., p. 394).

⁶⁰Rocco si attribuiva il merito di aver usato per la prima volta l'espressione 'coniuge' estendendo così l'applicabilità della norma alla moglie. Dal momento che «il fondamento della norma è poggiato esclusivamente sulla valutazione subbiettiva dello stato d'animo del coniuge offeso, indipendentemente dal fatto se la illegittima relazione costituisca o no reato [...], non deve disconoscersi come anche la donna possa vivamente sentire l'oltraggio recato al suo onore ed ai suoi sentimenti di affetto» (*Lavori preparatori*, cit., vol. V, cit., p. 388). Si trattava di un'affermazione rafforzata dalla dottrina (cfr. ad esempio C. SALTELLI-E. ROMANO DI FALCO, *Commento*, cit., vol. II, cit., p. 927). In realtà, come si è potuto constatare, anche il codice Zanardelli aveva contemplato con la dizione generica coniuge la possibilità anche per la moglie di rivendicare l'applicazione dell'art. 377 e la relativa attenuazione di pena. Già Carrara aveva rilevato con riferimento all'adulterio che non vi era ragione di distinguere tra marito e moglie, visto che si trattava soltanto di valutare «lo stato d'animo di chi fu trascinato a versare il sangue altrui per un oltraggio recato nel tempo stesso al suo onore ed alle affezioni del cuor suo [...] sentimenti comuni all'uomo e alla donna» ed essendo «ugualmente giusta la ragione di commuoversi» e «ugualmente violenta [...] la commozione io non veggio ragione alcuna di distinguere tra sesso e sesso» (F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte Speciale*, vol. I, Lucca, Tipografia di G. Canovetti, 1891, §1326, p. 577). La medesima motivazione è riproposta con riferimento al codice del Trenta, ritenendo che fondandosi la disposizione unicamente sulla valutazione soggettiva dello stato d'animo del coniuge offeso, «anche la donna può vivamente sentire l'onta recata ai suoi affetti di sposa» dal tradimento del consorte (C. SALTELLI-E. ROMANO DI FALCO, *Commento*, cit., vol. II, cit., p. 928).

⁶¹Marciano, oltre a rilevare l'equivoco in cui era caduto il Guardasigilli sostenendo la novità dell'estensione al coniuge del beneficio di legge, presente già nel codice Zanardelli come si è detto, esprimeva la sua contrarietà a questa previsione «giacché l'infedeltà del marito ne offende la dignità e il sentimento di affetto ma non l'onore che resta, invece, calpestato dall'adulterio della moglie [...]. In genere non avrei concesso alla donna [...] questo beneficio [...] perché la donna sanguinaria, insorgendo contro i delicati istinti della femminilità, si rivela pericolosa» (G. MARCIANO, *Il nuovo codice penale*, cit., p. 400). Per un'immagine plastica della diversità con cui la pubblica opinione concepiva l'infedeltà maschile e femminile cfr. L. F. PALETTI, *Arringhe di processi celebri*, Morano, Napoli, 1932, p. 340, dove si legge: «Il tradimento di un uomo potrebbe

la natura angelica e materna: un'etichetta stereotipata che serviva a strumentalizzare supposte virtù a danno delle donne stesse. Alle donne era attribuito «un vincolo di destinazione sessuale estraneo ai maschi»⁶², ma anche una concezione sessuale ancora frutto di un archetipo che considerava illegittimo ogni rapporto consumato al di fuori del matrimonio. Alle nubili era richiesta illibatezza per non perdere la reputazione personale⁶³, ed era pertanto considerato ingiusto, secondo la morale e il diritto, e quasi capace di integrare un atto di ribellione contro il sentire comune e contro l'autorità maschile, ogni atto di sottrazione della disposizione del proprio corpo al controllo familiare: era in atto un vero e proprio sistema repressivo dell'attività e della libertà sessuale femminile.

Quel tratto di penna risalente al 1981 ha sì cancellato un reato, ma non una mentalità incistata nella nostra cultura come una sorta di DNA inscalfibile, visto che ancora oggi i femmicidi da parte di uomini preda della cultura del possesso costituiscono un fatto drammatico cui urge dare risposte. Questo frammento di storia giuridica costituisce solo una tessera di un complesso mosaico che può forse aiutare a comprendere un fenomeno ancora tragicamente attuale, alla luce di un retroterra culturale e di concezioni etico-morali respirate per secoli. Da storica del diritto il mio auspicio è di poterne scrivere in futuro come un reperto di antiquariato su cui si sia finalmente stesa la polvere del tempo.

disturbare la pace e l'ordine delle famiglie [...] ma l'adulterio della donna apre le porte dell'inferno e l'abisso della dannazione». Ottorino Vannini mostrava perplessità sulla possibilità per la donna di vedersi riconosciuta la causa d'onore, poiché volta per volta il giudice avrebbe dovuto valutare l'effettiva capacità del tradimento del marito di ingenerare nella donna una situazione simile a quella presente, a parti invertite, nel marito (O. VANNINI, *Il delitto di omicidio. Commento agli articoli 575, 576, 577, 579, 580, 584, 585, 586, 587, 588, 589 del Codice penale*, Milano, Società Editrice Libreria, 1935, p. 105).

⁶²T. PADOVANI, *I delitti*, cit., p. 240.

⁶³Per una rassegna giurisprudenziale riferita ai due codici penali unitari e precedente le riforme degli anni Sessanta cfr. M.C. CELORIA-G. PETRELLA, *L'etica familiare*, in *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, Laterza, Bari, 1970, pp. 127-164.

FILIPPO VASSALLI PENALISTA:
SPUNTI CRITICI SUL DELITTO DI BIGAMIA
ALLE SOGLIE DEL CODICE ROCCO

Giovanni Chiodi

SOMMARIO: 1. Uno scritto paradigmatico sui rapporti tra azione civile e azione penale in caso di bigamia. – 2. Vassalli contro Carrara. – 3. «Inutili disarmonie tra il sistema civile e quello penale»: notazioni conclusive su un'esperienza di lettura.

1. *Uno scritto paradigmatico sui rapporti tra azione civile e azione penale in caso di bigamia*

Nel 1926 Filippo Vassalli pubblicò un corso di lezioni sul diritto matrimoniale, tenuto all'Università di Torino, nella quale ricopriva la cattedra di Diritto civile. Il testo è noto, anche perché riporta in appendice un notevole progetto di riforma del titolo del matrimonio del codice civile, che sarebbe stato successivamente discusso dalla Commissione reale, di cui egli faceva parte, giocando un ruolo decisivo nella costruzione del libro primo¹.

Quel corso, tuttavia, presenta un'altra singolarità: nel discutere della nullità per bigamia, Vassalli avanzò critiche e precise proposte di riforma anche del codice penale Zanardelli.

La cosa non stupisce: se c'è una caratteristica tipica dello stile di Vassalli questa è proprio l'attenzione costante per le riforme del diritto vigente, che connota tanto le sue lezioni universitarie, quanto altri scritti, come le note a sentenza o i saggi comunque orientati alla discussione di un caso pratico, spesso ispirati a cause da lui discusse². Secondo un metodo sempre scrupolosamente

¹R. Università di Torino, *Del matrimonio, parte II. Corso di diritto civile tenuto dal prof. F. Vassalli*, Torino, 1926. Il progetto è pubblicato alle pp. 155-207.

²Sulla figura di Vassalli, oggetto negli ultimi anni di molti lavori che ne hanno rivisitato l'opera e l'impegno, cfr. P. GROSSI, *Il disagio di un 'legislatore' (Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico)*, in *Quad. fior.*, 26, 1997, pp. 377-405, anche in ID., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 415-444; G. CHIODI, *Filippo Vassalli*, in *Il contributo italiano*

osservato, tale impulso riformistico nasceva dalla conoscenza del diritto positivo e quindi dall'interpretazione del dato normativo, che ne avesse messo in rilievo eventuali punti controversi³. Vi è però da notare, nel caso di specie, la particolarità della riflessione, che cade direttamente sul codice penale e in particolare sulla definizione di bigamia, travalicando gli angusti limiti disciplinari.

Salvo approfondire tra breve le argomentazioni usate per giungere a tale conclusione, merita osservare che Vassalli si faceva paladino di una diversa concezione del delitto di bigamia, che superava quella fatta propria dal codice penale Zanardelli, il quale individuava la fattispecie del reato nel contrarre un altro matrimonio da parte di persona già validamente coniugata con altra persona non coniugata oppure da parte di una persona libera con persona già validamente coniugata. Secondo questa impostazione, si aveva bigamia solo se il precedente matrimonio fosse stato valido: non si poteva essere puniti se il primo matrimonio non fosse valido e non occorreva che l'invalidità fosse stata dichiarata prima della celebrazione del secondo matrimonio.

Si poneva così il problema, molto dibattuto, della competenza a decidere sull'eccezione pregiudiziale di nullità, eventualmente sollevata dall'imputato: se fosse il giudice civile oppure quello penale a dover risolvere la questione. Ma soprattutto si introduceva il tema del rapporto tra azione civile e azione penale. Era chiaro infatti a Vassalli, che la disciplina civilistica, la quale stabiliva precisi limiti all'esercizio delle azioni di nullità secondo una minuta casistica, poteva non essere rispettata dal giudice penale, creando una disarmonia di sistema. Da qui la proposta di riformare il codice penale, stabilendo che il reato di bigamia si verificava qualora si contraesse un secondo matrimonio in costanza di un precedente matrimonio, senza distinguere se questo fosse valido o meno.

Ma non fu solo un'esigenza di coerenza tra regime civilistico e penalistico a guidare Vassalli. Ai suoi occhi, il bene giuridico tutelato dalla norma penale, come in altre legislazioni da lui preferite, avrebbe dovuto essere il matrimonio in sé, in quanto esistente, a prescindere dalla sua validità. Questa proposta *de iure condendo* dovette sembrargli così importante da suggerirgli l'idea di farne l'oggetto di uno specifico articolo, pubblicato sulla rivista *La Scuola Positiva* di

alla storia del pensiero. VIII Appendice. Diritto, Roma, 2012, pp. 563-567; E. MURA, *Vassalli, Filippo*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, 98, 2020, pp. 401-405; G. CHIOLDI, *Costruire una nuova legalità: il diritto delle obbligazioni nel dibattito degli anni Trenta*, in I. BIROCCHI-G. CHIOLDI-M. GRONDONA (a cura di), *La costruzione della "legalità" fascista negli anni Trenta*, Roma, 2020, pp. 216-226; I. BIROCCHI, *Emilio Betti: il percorso intellettuale e il tema dell'interpretazione*, in A. BANFI-M. BRUTTI-E. STOLFI (a cura di), *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, Roma, 2020, pp. 26-30; ID., *L'integrazione dell'Università nello Stato totalitario: la politica e il diritto nelle Facoltà di Giurisprudenza*, in I. BIROCCHI-G. CHIOLDI-M. GRONDONA (a cura di), *La costruzione della "legalità" fascista negli anni Trenta*, cit., pp. 80-85.

³F. VASSALLI, *Il matrimonio dell'assente e dello scomparso (Contributo agli studi di riforma del codice civile)* in *Arch. giur.*, 96, 1926, pp. 3-24, anche in ID., *Studi giuridici*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 51-71.

Ferri e Florian, che risulta essere l'esatta riproduzione di alcune pagine dal corso di diritto matrimoniale, estrapolate fuori dalla sede appartata di una dispensa universitaria e diffuse su un periodico di larga circolazione⁴.

Il voto di Filippo Vassalli come noto fu realizzato da Rocco nel nuovo codice penale, che incardinò la definizione della bigamia sulla violazione in sé di un precedente vincolo matrimoniale. Meno conosciuta è la genesi di questa soluzione. Il destino volle che Giuliano Vassalli si occupasse di bigamia, in un ampio saggio del 1972 in cui rilevò più che non avessero fatto altri che la scelta del legislatore era stata orientata dal padre⁵, come del resto lo stesso Filippo aveva già rivendicato⁶. Queste note, dedicate all'illustre collega e carissimo amico Domenico Pulitanò, sfruttano pertanto una curiosa coincidenza, e intendono delineare brevemente la storia di questo "suggerimento", in cui il Vassalli riformatore civilista tesse la mano al penalista, intercettando una competenza che sarebbe stata più avanti nel tempo il campo specifico coltivato dal figlio Giuliano. D'altra parte, l'interesse di Filippo Vassalli per il diritto penale ebbe modo di manifestarsi anche in altre occasioni, che in questa sede è opportuno almeno segnalare⁷.

2. Vassalli contro Carrara

Passiamo ora a qualche considerazione più sostanziale sul modo in cui Vassalli argomenta la sua conclusione, che è originale in dottrina. Non risultano infatti voci critiche o dissenzienti rispetto alla tesi secondo la quale il delitto di bi-

⁴F. VASSALLI, *Sulla definizione del delitto di bigamia e sui rapporti fra l'azione di nullità del matrimonio e l'azione penale*, in *Scuola pos.*, n.s., 6, 1926, pp. 113-124, anche in ID., *Studi giuridici*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 35-49, da confrontare con ID., *Del matrimonio*, II, cit., § 3, limitatamente ai nn. 96-103, pp. 8-26.

⁵G. VASSALLI, *Sulla giurisprudenza in materia di bigamia*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, vol. VI, Napoli, 1972, pp. 955-1041, anche in ID., *Scritti giuridici*, vol. II, *La parte speciale del diritto penale. Il diritto penale del tempo di guerra*, Milano, 1997, p. 415 nt. 14.

⁶F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Riv. it. sc. giur.*, n.s., 1, 1947, pp. 76 ss., in ID., *Studi giuridici*, vol. III.2, Giuffrè, Milano, 1960, p. 629 nt. 1.

⁷Si tratta di F. VASSALLI, *Le pene della bancarotta agli amministratori di società commerciali*, in *Riv. dir. comm.*, 25, 1927, I, pp. 327-332, anche in ID., *Studi giuridici*, vol. II, Milano, 1960, pp. 199-206, e ID., *L'abandon de famille et ses sanctions en Italie*, in *Société de Législation comparée, Rapports préparatoires à la Semaine internationale de droit*, vol. I, *L'abandon de famille et ses sanctions*, pp. 107-128. Merita altresì di essere citato il volume che raccoglie le scritture forensi in difesa dei senatori decaduti dalla carica, ove pure si discorre di problemi penalistici: F. VASSALLI, *La decadenza dei senatori dalla carica. Una pagina di diritto costituzionale e di diritto giudiziario*, Zanichelli, Bologna, 1949. A questo punto giova rendere noto, che le carte del fondo Vassalli, custodite fino al 2009 dal prof. Giuliano Vassalli, sono state generosamente donate dalla famiglia all'Università di Milano-Bicocca, che le conserva nel Polo di Archivio Storico dell'Università, Archivio Filippo Vassalli. Proprio in relazione alle allegazioni processuali tale fondo si presenta particolarmente ricco e fonte preziosa per ulteriori ricerche.

gamia non sussiste qualora il primo matrimonio sia invalido, anche se non sia stato ancora impugnato e dichiarato tale. Essa è accolta dal codice Zanardelli⁸ il quale, come ben rileva Vassalli, ha il suo più importante ascendente scientifico in Francesco Carrara.

La contraria visione secondo cui, viceversa, la bigamia presuppone semplicemente un matrimonio esistente, ancorché suscettibile di essere dichiarato invalido, ispira altre codificazioni e non è quindi nuova a livello legislativo. Vassalli stesso ritiene di dover citare come esempi di questo orientamento il codice penale francese, l'austriaco, il toscano, il sardo-piemontese, il codice imperiale tedesco e, infine, il *codex iuris canonici*. Anche da questo punto di vista, il rilievo è esatto e si presta a qualche riflessione.

Osserviamo innanzitutto come, dal punto di vista comparatistico, l'indagine di Vassalli sia più accurata di quella compiuta da altri giuristi. Bernardino Alimena, ad esempio, si era limitato ad osservare che tutti i codici penali prevedevano il delitto di bigamia e soprattutto che non si riscontravano «rilevanti discordanze di nozioni» tra essi: il che non è conforme a verità⁹.

L'unico termine di paragone sostenibile è la rassegna di Alfredo Pozzolini, che però a ben guardare è diversa da quella vassalliana, poiché se è vero che egli isola il codice germanico dagli altri, in quanto esso ritiene sufficiente per configurare il reato la mera esistenza di un nuovo matrimonio «prima che il precedente sia stato sciolto, dichiarato inesistente o nullo», egli distingue poi tra codici che richiedono espressamente il requisito della validità, come quello ungherese e zurighese, e codici che non lo contemplano esplicitamente, come il codice francese, belga, austriaco (ticinese, olandese, spagnolo e bernese: l'elenco è più completo)¹⁰: codici che viceversa Vassalli, proprio per la loro genericità, aveva ritenuto espressione di un unitario e comune modello di punibilità, fondato sulla semplice esistenza di un precedente matrimonio; anche se dobbiamo precisare che il requisito della validità era stato aggiunto da dottrina e giurisprudenza come, ad esempio, in Francia, in Piemonte e in Toscana¹¹.

L'argomento comparatistico è dunque usato da Vassalli con molta cura ed anche con sottigliezza. Si noti, ad esempio, che nella sua formulazione letterale il

⁸ Art. 359 c.p. 1889: «Chiunque, essendo legato da valido matrimonio, ne contrae un altro, e chiunque, essendo libero, contrae matrimonio con persona validamente coniugata, è punito con la reclusione o con la detenzione da uno a tre anni».

⁹ B. ALIMENA, *Principii di diritto penale*, vol. II, Piero, Napoli, 1912, p. 664.

¹⁰ A. POZZOLINI, *Dei delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie*, in ZARBOGLIO-FLORIAN-POZZOLINI-VIAZZI-PUGLIA-SIGHELE, *Trattato di diritto penale*, Vallardi, Milano, s.d., pp. 331-332.

¹¹ *Ex multis*: P. TUOZZI, *Intorno al delitto di bigamia (Articoli 359-360)*, in *Supplemento alla Rivista penale. Studi illustrativi del codice penale italiano pubblicati sotto la direzione di Luigi Lucchini*, vol. II-fasc. II, Utet, Torino, 1893, p. 67; B. ALIMENA, *Principii*, cit., p. 665, il quale rileva la peculiarità della dottrina francese.

code pénal era diverso da quello italiano: ed infatti il requisito del matrimonio valido era stato introdotto dalla dottrina, nel silenzio del codice. Anche la lettura che Vassalli propone del codice penale sardo contiene un elemento interpretativo: questo codice puniva infatti «chiunque, essendo unito in matrimonio legittimo, ne contrae un secondo, non ancora disciolto il primo [...]». Come sottolineava l'autore, non comparivano riferimenti alla necessaria validità del primo matrimonio e l'aggettivo «legittimo», contrariamente all'opinione autorevole di Enrico Pessina¹², non poteva certo considerarsi sinonimo di «valido».

Il codice più prossimo al modello che Vassalli aveva in mente era quello germanico, il cui § 171 richiedeva che per parlarsi di bigamia bastasse un nuovo matrimonio, contratto prima che il precedente fosse stato sciolto, dichiarato inesistente o nullo. L'unico punto di disaccordo era manifestato in relazione all'inesistenza del matrimonio: secondo Vassalli, infatti, qualora il precedente matrimonio fosse stato inesistente, il delitto di bigamia non sussisteva. Per molti dei sostenitori della codificazione penale italiana, viceversa, quella tedesca era il frutto di «un concetto erroneo»¹³. Del tutto coincidente con la sua, viceversa, era l'impostazione del *codex iuris canonici*, can. 1019, che la dichiarava esplicitamente: «*Quamvis prius matrimonium sit irritum aut solutum qualibet ex causa, non ideo licet aliud contrahere, antequam de prioris nullitate aut solutione legitime et certo constiterit*».

A questo punto, la vicenda che stiamo analizzando può dirsi significativa anche in merito alle tendenze di politica del diritto professate da Vassalli in materia matrimoniale: il riferimento è al complessivo avvicinamento tra diritto civile e canonico, di cui il regime del matrimonio concordatario sancito nel 1929 può considerarsi la massima espressione, come lo stesso autore stesso non mancò di osservare in alcuni interventi¹⁴.

L'argomento comparatistico, tuttavia, sarebbe stato di per sé insufficiente ad operare un cambiamento della legislazione vigente. Occorreva, evidentemente, mettere in luce altri elementi a sostegno. Vassalli, pertanto, decide di avviare direttamente il suo scritto con un'analisi della disciplina della nullità del matrimo-

¹² E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, vol. II, Marghieri, Napoli, 1883, p. 324, con riferimento al codice penale italiano. Vassalli avrebbe potuto utilmente citare anche F. CARRARA, *Pensieri sul progetto di codice penale italiano del 1874*, cap. VII, Art. 354, *Bigamia*, Firenze, 1874, pp. 124 e 127.

¹³ Così infatti E. PESSINA, *Elementi*, vol. II, cit., p. 324. Cfr. anche ID., *Manuale del diritto penale italiano*, III ed., vol. II, *Norme speciali sui delitti*, Marghieri, Napoli, 1906, p. 285, laddove afferma, con riferimento al codice penale italiano, che «la nullità intrinseca e radicale del precedente matrimonio esclude parimente la bigamia, sia stata o non pronunciata questa nullità nel momento in cui si contrae il secondo matrimonio».

¹⁴ Cfr. in particolare F. VASSALLI, *Il matrimonio nel regime del Concordato fra l'Italia e la Santa Sede* [discorso tenuto il 23 febbraio 1929 al Circolo di cultura giuridica di Genova], ora in ID., *Studi giuridici*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 73-91.

nio per bigamia, racchiusa nell'art. 113 del codice civile, che lo porta ai seguenti risultati.

L'articolo stabilisce che alla domanda di nullità del matrimonio, il coniuge presunto bigamo possa "opporre" l'invalidità del precedente matrimonio, che dovrà essere preventivamente giudicata, a mente dell'articolo citato. Secondo Vassalli, la disposizione si riferisce all'annullabilità e non all'inesistenza del precedente matrimonio. In tale ipotesi, spetta alla parte interessata di opporre davanti al giudice civile l'annullabilità del precedente matrimonio. Trattandosi viceversa di inesistenza, essa dovrà essere dichiarata d'ufficio dal giudice civile, anche senza domanda di parte: questo perché l'esistenza di un precedente matrimonio è elemento costitutivo della nozione di bigamia.

Un altro problema di natura civilistica, che Vassalli risolve, è quello relativo ai soggetti autorizzati ad "opporre" la nullità del primo matrimonio nel giudizio civile. La legge lascia aperta la questione se possano essere il coniuge, entrambi i coniugi convenuti o anche altri interessati.

Dal primo punto di vista, Vassalli sostiene che si debbano rispettare le disposizioni del codice civile in tema di nullità matrimoniale, che restringono ad uno soltanto dei coniugi (ad esempio la vittima dell'errore o della violenza, il coniuge dell'impotente) la facoltà di proporre domanda di nullità e quindi che, a seconda dei casi, l'opposizione potrà provenire solo da uno di essi ed entro i tassativi limiti temporali previsti dal codice civile.

Nella seconda ipotesi, Vassalli ritiene che l'art. 113 c.c., per come è letteralmente formulato, consenta di estendere la facoltà di opposizione della nullità del precedente matrimonio a tutti gli eventuali soggetti interessati, oltre ai coniugi convenuti in un giudizio civile di bigamia; a condizione, beninteso, che si versi in una delle ipotesi di nullità rilevabili anche da soggetti diversi dai coniugi stessi (matrimonio contratto senza consenso dell'ascendente, senza l'età prescritta o in stato di interdizione). Questo perché la legge usa il termine «opposizione» che è più ampio di "eccezione": quest'ultima sarebbe effettivamente riservata alle sole parti convenute in giudizio, mentre usando il termine opposizione il legislatore ha inteso consentire l'intervento in causa di altri soggetti interessati a far valere la nullità del precedente matrimonio.

L'interpretazione di Vassalli è molto significativa: «ciò mi pare del tutto conforme alla legge costituita e, d'altronde, perfettamente giustificato e conveniente da un punto di vista morale e politico». Sotto il primo punto di vista, è la legge stessa, cioè il codice civile, a non aver voluto «abbandonare al libero giuoco della volontà delle parti contendenti un interesse che trascende quello delle parti stesse»¹⁵.

Perché ci siamo intrattenuti su questi rilievi, che sembrano di mera natura civilistica? La ragione risiede nel fatto che Vassalli trasforma questa densa argo-

¹⁵ F. VASSALLI, *Sulla definizione del delitto di bigamia*, cit., p. 38.

mentazione nel fulcro del suo dissenso rispetto alla punibilità della bigamia, come determinata dal codice penale Zanardelli sulle orme di Carrara.

Nell'esigere infatti, oltre all'esistenza di un anteriore matrimonio, la sua validità, il codice penale, secondo Vassalli, si è spinto troppo oltre. Il fatto punibile nel delitto di bigamia è, o dovrebbe essere, semplicemente la celebrazione di un secondo matrimonio da parte di una persona che è già legata da un altro precedente matrimonio, senza distinguere tra validità e invalidità dello stesso. Ciò accade perché, finché un matrimonio esiste e non è impugnato, l'ordinamento giuridico lo deve tutelare. Questo ragionamento di Vassalli è corroborato dall'argomentazione comparatistica che si è riferita sopra: tra i vari modelli, è preferibile quello che punisce la bigamia in quanto si è contratto un secondo matrimonio dopo il primo, purché esso esista e non sia sciolto o dichiarato nullo.

L'argomentazione civilistica, invece, serve a Vassalli per negare il ragionamento con il quale Francesco Carrara aveva sostenuto l'idea, poi accolta nel codice Zanardelli e fatta propria anche dalla dottrina penalistica francese, secondo cui il delitto di bigamia, dal punto di vista razionale, si potesse punire solo se il primo matrimonio, oltre che esistere, non fosse anche invalido. Non si poteva punire una persona per aver contratto un secondo matrimonio, se il primo non era valido¹⁶. Con parole ancor più icastiche e perentorie, in altra sede, Carrara aveva scritto: «è assurdo che un primo matrimonio sostanzialmente nullo renda nullo un secondo matrimonio che nacque legittimo in tutte le sue forme»¹⁷.

Il ragionamento di Carrara, obiettava Vassalli, sarebbe stato convincente e inoppugnabile in un sistema come quello romano o canonico, in cui la nullità del matrimonio operava *ipso iure*. Viceversa, in un sistema come quello del codice civile italiano nel quale, come si è visto, la nullità aveva un regime differenziato e comunque non operava *ipso iure*, esso era difettoso e rendeva debole il discorso. Con parole nette, Vassalli afferma che «l'art. 359 poggia su una dottrina la quale non possedeva ben nitidamente la distinzione fra cause di nullità e cause di inesistenza del matrimonio nei suoi termini di diritto positivo italiano»¹⁸.

Questa obiezione diretta a Carrara è originale e non risulta essere stata mossa da altri giuristi prima di Vassalli. Cosa ancora più significativa, si tratta della stessa critica che egli aveva rivolto a Vincenzo Manzini, forse il più stimato tra tutti i penalisti da lui citati. Eppure anche la sua opinione veniva messa in dubbio poiché, volendo dare una giustificazione al codice Zanardelli, egli aveva affermato la natura meramente sanzionatoria della legge penale rispetto al diritto

¹⁶ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa, Parte speciale ossia esposizione dei delitti in specie, con aggiunta di note per uso della pratica forense*, III ed., vol. III, Giusti, Lucca, 1873, § 1937, pp. 473-475. A questa *sedes materiae* si deve aggiungere ID., *Pensieri*, cit., specialmente pp. 126-129.

¹⁷ F. CARRARA, *Pensieri*, cit., p. 127.

¹⁸ F. VASSALLI, *Sulla definizione del delitto di bigamia*, cit., p. 45.

civile e che per questo motivo non poteva «rendere punibile un matrimonio che per la legge civile è valido»¹⁹, dando cioè per scontato che l'invalidità del primo matrimonio si potesse sempre far valere, mentre invece essa era soggetta ai limiti che si sono visti sopra.

C'è poi un ulteriore argomento che Vassalli introduce a sostegno della sua opzione: il fatto che il codice penale non richiedesse per la punizione dell'adulterio l'esistenza di un matrimonio valido. Come aveva di conseguenza sostenuto Manzini, sconfessando Carrara: «sinché pertanto codesto matrimonio non venga impugnato e definitivamente annullato, esso produce tutti gli effetti del matrimonio pienamente valido, costituisce quell'ordine giuridico che la legge tutela, e però rende possibile il delitto d'adulterio»²⁰. Sono parole che Vassalli avrebbe voluto sentir pronunciare anche riguardo alla bigamia. La soluzione giusta, a suo dire, era già sotto gli occhi della dottrina. E c'è di più. Tutti i penalisti erano concordi nel ritenere punibile la bigamia, indipendentemente dal fatto che il secondo matrimonio fosse valido o meno. La soluzione è esatta, secondo Vassalli, poiché la legge non distingueva e si basava solo sull'avvenuta celebrazione del secondo matrimonio e quindi sulla sua mera esistenza. Questa ulteriore disciplina interna al sistema, come nel caso precedente, avrebbe dovuto convincere la penalistica a dubitare della tesi punitiva accolta dal codice Zanardelli in materia di bigamia.

La conseguenza di questo modo di ragionare era quindi la seguente: se era vero che l'imputato nel giudizio penale poteva sollevare eccezione di invalidità del precedente matrimonio, non era altrettanto vero che il giudizio di invalidità procedesse secondo i binari del diritto civile.

A parte il fatto che, come già anticipato, si discuteva se il giudice penale potesse risolvere autonomamente la questione pregiudiziale di invalidità o non dovesse piuttosto sospendere la causa e rinviare al giudice civile la decisione della stessa²¹, la legge penale non tronca altri eventuali problemi. A prescindere da ciò, infatti, Vassalli si domandava se in sede penale l'imputato potesse sollevare eccezione di invalidità nei casi in cui secondo la legge civile, in conformità a quanto già osservato, non gli sarebbe stato più possibile. Poteva il giudice penale procedere in maniera indipendente? O, addirittura, poteva lo stesso giudice penale, secondo quanto suggerito, a detta di Vassalli improvvidamente, da alcuni giuristi sollevare lui la questione di nullità del matrimonio, decidendola da sé o rinviandola al giudice civile? Era tutto un sistema di risoluzione della nullità

¹⁹ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VI, Bocca, Milano-Torino-Roma, 1915, n. 2351, p. 49.

²⁰ *Ivi*, p. 701.

²¹ Questione affrontata da tutti i commentatori del codice penale. Per un esempio *ex multis*: C. CIVOLI, *Trattato di diritto penale*, vol. III, *Parte speciale, Delitti direttamente lesivi d'interessi sociali*, Pirola, Milano, 1913, p. 410 nt. 1, espressamente citato da Vassalli.

matrimoniale, quello implicito nel dettato del codice penale, che poteva condurre ad un regime differente da quello civilistico: il che Vassalli considerava inammissibile.

Se in base alla prima argomentazione (comparatistica) egli poté dunque arrivare alla conclusione che un sistema che consentisse di escludere il delitto di bigamia di fronte ad un primo matrimonio esistente ma non ancora dichiarato invalido era da definirsi «assurdo e mostruoso»²² (non sarebbe reo di bigamia, esemplificava Vassalli, chi sposasse la moglie di un impotente, la fanciulla precedentemente coniugata prima dei quindici anni di età, o chi avesse precedentemente contratto nozze incestuose: tutte ipotesi di nozze suscettibili di annullamento e non ancora annullate), la seconda argomentazione (civilistica) gli permetteva di mettere in luce un'anomalia di sistema: in sede penale sarebbe stato possibile superare i cancelli dell'azione civile di nullità.

Molto più coerente, dunque, la sua proposta *de iure condendo*: dichiarare punibile del delitto di bigamia chi contraesse un secondo matrimonio preesistendo un primo matrimonio (essenziale era che precedesse un matrimonio qualificabile come "esistente") e stabilire che il fatto non sarebbe stato punibile qualora il primo matrimonio fosse stato dichiarato nullo: in tal caso, nessuna disarmonia con il diritto civile sarebbe stata più possibile.

Siamo alle soglie del codice Rocco e della soluzione normata nell'art. 556, che capovolge la logica del codice Zanardelli²³. La dottrina e la giurisprudenza hanno da tempo preso atto del cambiamento. Tra i molti, si possono richiamare Manzini²⁴, Pisapia²⁵ e il saggio di Giuliano Vassalli, citato in apertura, che conserva un indubbio legame con l'opera del padre²⁶.

²² F. VASSALLI, *Sulla definizione del delitto di bigamia*, cit., p. 42.

²³ Art. 556 c.p. 1930: «Chiunque, essendo legato da matrimonio avente effetti civili, ne contrae un altro, pur avente effetti civili, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Alla stessa pena soggiace chi, non essendo coniugato, contrae matrimonio con persona legata da matrimonio avente effetti civili». Il terzo comma introduce una causa di estinzione del reato così concepita: «Se il matrimonio, contratto precedentemente dal bigamo, è dichiarato nullo, ovvero è annullato il secondo matrimonio per causa diversa dalla bigamia, il reato è estinto, anche rispetto a coloro che sono concorsi nel reato, e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali».

²⁴ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed. aggiornata dai professori P. NUVOLO-NE-G.D. PISAPIA, vol. VII (a cura del prof. G.D. PISAPIA), Utet, Torino, 1984, p. 444.

²⁵ G.D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Utet, Torino, 1953, pp. 444, 448, che parla di matrimonio «formalmente valido, cioè celebrato con le norme prescritte dalla legge, anche se nullo o annullabile»; ID., *Bigamia (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 364. In queste opere si segnalano anche le aporie del legislatore, anche sulla base della Relazione ministeriale.

²⁶ G. VASSALLI, *Sulla giurisprudenza in materia di bigamia*, cit., pp. 415-416, dove, con riferimento alle critiche rivolte alla formulazione dell'articolo conclude: «e perfino si potrà pensare preferibile un sistema penale che, in correlazione con il principio civilistico e canonistico dell'efficacia *ex tunc* delle cause di invalidità del matrimonio, consideri inesistente e non già soltanto estinto il reato di bigamia una volta che la causa d'invalidità sia stata accertata e dichiarata».

3. «Inutili disarmonie tra il sistema civile e quello penale»: notazioni conclusive su un'esperienza di lettura

Può essere utile, in conclusione di questo percorso di rilettura di un saggio che svela aspetti della personalità del suo autore che collimano bene con ciò che sappiamo del suo impegno riformistico sul versante del diritto matrimoniale, rievocare un altro problema trattato nelle sue pagine finali, laddove Vassalli compie un'interpretazione suggestiva dell'art. 113 del codice civile, che tratta della sospensione dell'azione civile di nullità del matrimonio contratto dal coniuge di un assente per tutto il tempo in cui dura l'assenza.

Secondo l'autore, la *ratio* della norma, indubbiamente eccezionale, è quella di sospendere l'esercizio dell'azione di annullamento a causa dell'incertezza sulla vita del primo coniuge. In ossequio al filo conduttore di tutto lo scritto, Vassalli si chiede se anche l'azione penale resti sospesa fino al momento in cui l'assente non ritorni e fornisce un'interessante risposta che lega, ancora una volta, il sistema civilistico a quello penalistico, evitando tra i due «inutili disarmonie»²⁷. L'azione penale deve ritenersi non proponibile per la stessa ragione secondo la quale non è esercitabile quella civile: l'incertezza non tanto sulla validità, quanto sull'esistenza del vincolo matrimoniale, finché perdura l'assenza; e siccome l'esistenza del primo matrimonio è uno dei requisiti dell'azione penale, è logico che l'art. 113 del codice civile si estende anche ad essa.

Questa soluzione sarà attaccata nel 1928 da Giacomo Delitala il quale, in una nota a sentenza, osserverà che a suo avviso l'art. 113 non preclude l'esercizio dell'azione in sede penale: solo che, una volta esercitata l'azione penale, risulta impossibile la condanna per bigamia, dal momento che manca un elemento costitutivo del reato. In altri termini, Delitala trasferisce sul piano sostanziale quello che Vassalli aveva proposto sul piano processuale: l'azione penale si può esercitare, e tuttavia mancherà un elemento oggettivo della fattispecie. Sarebbe in definitiva un problema di insufficienza o mancanza di prova, più che di improcedibilità dell'azione²⁸.

Così ragionando, tuttavia, osserva un altro penalista che si esprime molti anni dopo nella vigenza del codice penale Rocco, si verrebbero a creare «inutili disarmonie tra il sistema civile e quello penale»: la prima non ammettendo la so-

ma non si potrà in nessun modo negare che la volontà della legge penale vigente sia quella di trascurare ogni causa di invalidità dell'uno come dell'altro matrimonio agli effetti dell'esistenza del reato, contentandosi invece, per detta esistenza, di un duplice requisito, comune ad entrambi i matrimoni: la loro giuridica esistenza, secondo i principii generali sopra accennati; e la loro efficacia nell'ordinamento dello Stato italiano». L'analisi di dottrina e giurisprudenza, in questo scritto, è come sempre meticolosa e precisa, e ad essa pertanto si rimanda.

²⁷ Espressione usata da G. VASSALLI, *Sulla giurisprudenza in materia di bigamia*, cit., p. 424.

²⁸ G. DELITALA, *In tema di bigamia: un preteso caso di dipendenza dell'azione penale dall'azione civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 5, 1928, II, pp. 239-243.

sensione del procedimento penale, la seconda suggerendo l'assoluzione per insufficienza di prova in vita dell'assente prima della dichiarazione di morte presunta prevista dal codice civile.

Il giurista in questione è Giuliano Vassalli, che prende in mano la penna per difendere la soluzione a suo tempo proposta dal padre, quasi a rinsaldare non tanto un legame filiale, quanto scientifico: quelle delle buone e convincenti argomentazioni giuridiche²⁹.

²⁹ G. VASSALLI, *Sulla giurisprudenza in materia di bigamia*, cit., p. 424.

ALDO MORO E L'INSEGNAMENTO DEL DIRITTO PENALE COME "PEDAGOGIA DEMOCRATICA"*

Giandomenico Dodaro

SOMMARIO: 1. *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*. Un saggio di filosofia del diritto penale. – 2. L'umanesimo penale di Aldo Moro. – 3. La teoria della soggettivazione della norma penale: l'originaria valenza garantistica e la strumentalizzazione in chiave autoritaria da parte del fascismo. – 4. Diritto, legge, Stato nel pensiero gius-filosofico moroteo. – 5. La subiettivazione della norma penale primaria. – 6. La subiettivazione della norma penale secondaria. – 7. L'elaborazione nelle *Lezioni di Istituzioni* di una teoria "costituzionalmente orientata" della subiettivazione della norma penale. – 8. Aldo Moro giurista-filosofo: conservatore o riformatore?

1. Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale. *Un saggio di filosofia del diritto penale*

Il volume *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale* raccoglie le lezioni tenute da Aldo Moro alla Facoltà di Scienze politiche della Sapienza Università di Roma nell'anno accademico 1975-1976.

Il libro è simile nell'impostazione più a un corso che a un manuale di diritto penale, contenendo una selezione di alcuni dei più importanti temi di parte generale, corrispondenti largamente a quelli che furono oggetto delle prime opere monografiche di Moro (*La capacità giuridica penale*, Cedam, Padova, 1939; *La subiettivazione della norma penale*, Bari, 1942¹ e *L'antigiuridicità penale*, Priulla, Palermo, 1947), e cui si aggiungono pochi altri argomenti. Rimangono fuori dal programma dell'insegnamento alcuni importanti istituti, maggiormente legati alla

* Il presente lavoro costituisce una versione ridotta e in parte differente nei contenuti del saggio introduttivo a A. MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, destinato alla pubblicazione nella *Edizione Nazionale delle Opere di Aldo Moro* (site.unibo.it/edizione-nazionale-moro/it).

¹ Le prime due sono ora pubblicate in A. MORO, *Edizione Nazionale delle Opere di Aldo Moro*, Sezione II, *Opere Giuridiche*, vol. 1, *Le prime monografie (1939-1942)*, a cura di L. EUSEBI, edizione e nota storico-critica di C. IAGNEMMA, Università di Bologna, Bologna, 2021.

dimensione pratico-applicativa del diritto penale, e giudicati forse di minore interesse per gli studenti di Scienze politiche, tra cui il concorso di reati, che fu oggetto della monografia *Unità e pluralità di reati. Principi*, Cedam, Padova, 1951.

Lo stile delle *Lezioni* è didascalico ma non convenzionale. Il loro oggetto non è costituito dalle norme di legge, che solo saltuariamente vengono citate. Il suo scopo non è la conoscenza del contenuto normativo del diritto positivo attraverso l'esegesi dottrinale e giurisprudenziale o il rigore ordinatorio della dogmatica degli istituti penalistici.

L'opera, nella quale è preponderante il dato teoretico, può essere considerata un saggio di filosofia del diritto penale o, se si preferisce, un saggio di teoria generale del diritto² di matrice filosofico-morale, mirante a spiegare questioni fondamentali relative alla giustificazione etica e ai limiti giuridici del punire, sviluppando un'analisi illuminata «da una concezione profonda della vita e del destino dell'uomo»³.

L'analisi dei contenuti delle *Lezioni* evidenzia quanto la trattazione di molti argomenti porti chiaramente impressi i segni del *milieu* culturale dell'epoca, in cui Moro iniziò a elaborare e maturare il proprio pensiero giusfilosofico e penalistico, cui rimase evidentemente molto legato. Ne sono un esempio la riproposizione di posizioni dogmatiche rimaste o divenute minoritarie (ad es. la concezione unitaria del reato; la pubblicizzazione degli oggetti di tutela; l'estraneità della capacità giuridico-penale al piano della colpevolezza) e la fedeltà a un impianto concettuale e metodologico, che negli anni Settanta poteva essere considerato ormai superato dall'evoluzione dello studio dottrinale del diritto penale.

Solo per fare un esempio tra i tanti, si pensi alla teoria della subiettivazione della norma penale, ossia a quella teorizzazione, sorta nella fase della dogmatica unitaria, incline a costruire il diritto penale sui concetti della teoria generale del diritto civile, la quale aveva da tempo ormai perso d'interesse, in quanto rivelatasi incapace di produrre conseguenze apprezzabili sul piano dello studio del reato e della pena⁴. Basti dare uno sguardo alla manualistica, tra la fine degli anni Quaranta e la fine degli anni Settanta: il tema conserva un rilievo significativo solo nelle opere degli autori nati nel secolo precedente⁵, mentre, generalmente, o ha uno spazio marginale⁶ e viene rievocato quale retaggio culturale del

² M. GALLO, *Relazione di sintesi*, in F.S. FORTUNA-F. TRITTO (a cura di), *Crisi o collasso del sistema penale?*, Università di Cassino, Cassino, 2002, p. 168.

³ L. VIOLANTE, *Il diritto e il processo penale nelle «Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale» di Aldo Moro*, in A. FILIPPONIO-A. REGINA (a cura di), *In ricordo di Aldo Moro (Atti del convegno)*. Bari, 20 giugno 2008, *Facoltà di Giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 117.

⁴ F. ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale*, in *Scritti di Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1955, pp. 155 e ss.

⁵ F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1952, pp. 275 e ss.

⁶ R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, I, Parte generale, Utet, Torino, 1967; S. RANIERI, *Ma-*

passato⁷, o è del tutto assente, specie nelle opere delle generazioni più giovani di studiosi⁸.

Al netto di una didattica che già all'epoca poteva considerarsi datata, le *Lezioni* conservano, all'interno dell'opera penalistica di Moro, una propria cifra caratteristica, che le rende meritevoli di approfondimento per meglio comprendere l'originalità della proposta teorica morotea.

Il loro valore va ben oltre il fatto, di per sé assai rilevante, di aver reso noto e accessibile il pensiero penalistico di Moro con maggiore completezza e organicità, colmando una lacuna nella sua costruzione scientifica con riguardo al pensiero sul problema della pena⁹, di cui era possibile cogliere nelle *Lezioni filosofiche*¹⁰ e nelle sue opere penalistiche solo alcuni tratti essenziali¹¹.

Il motivo d'interesse delle *Lezioni penalistiche* deriva non solo dalla fascinazione esercitata da un'opera che rappresenta una definitiva *summa* organica del pensiero giusfilosofico e penalistico dell'Autore. Esso risiede pure nell'impegno dell'Autore per un aggiornamento dell'analisi di alcune categorie astratte come, ad esempio, la subiettivazione della norma penale, la cui concezione, vivificata da una riflessione congiunta sulle ragioni del punire di matrice essenzialmente etico-retributiva, viene riproposta in chiave moderna, come sintesi concettuale, costituzionalmente orientata, dei limiti giuridici della potestà punitiva.

Su questa tematica si indirizza il *focus* del saggio, il quale mira a far emergere ciò che di innovativo è possibile cogliere, in chiave storiografica, nella trattazione dell'argomento all'interno delle *Lezioni penalistiche*.

Prima di procedere nell'analisi si ritiene opportuno mettere a fuoco gli elementi caratterizzanti della concezione del diritto penale secondo Moro.

nuale di diritto penale, I, Parte generale, Cedam, Padova, 1968, p. 39; G. BETTIOL, *Diritto penale*, Parte generale, Cedam, Padova, 1976, pp. 180 ss.

⁷ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1947, pp. 21 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*. Parte generale, Giuffrè, Milano, 1972, p. 219.

⁸ M. BOSCARELLI, *Compendio di diritto penale*. Parte generale, Giuffrè, Milano, 1968; P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Cedam, Padova, 1975; G.D. PISAPIA, *Istituzioni di diritto penale*. Parte generale e parte speciale, Cedam, Padova, 1975; F. MANTOVANI, *Diritto penale*. Parte generale, Cedam, Padova, 1979.

⁹ È questa la lettura che ne hanno dato, sino ad ora, alcuni Autori: G. VASSALLI, *Presentazione*, in A. MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale tenute nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Roma*, a cura di F. TRITTO, Bari, 2005, p. 34; F.S. FORTUNA, *Aldo Moro: la vita, le opere. Il dovere della memoria*, in *In ricordo di Aldo Moro*, cit., p. 53.

¹⁰ A. MORO, *Il diritto, 1944-1945: lezioni di filosofia del diritto tenute presso l'Università di Bari; Lo Stato, 1946-1947: appunti sull'esperienza giuridica*, Cacucci, Bari, 1978; opera ripubblicata con il titolo: *Lo Stato. Il Diritto*, Cacucci, Bari, 2006, cui si riferiscono le citazioni del presente saggio.

¹¹ G. CONTENUTO, *Il volto umano del diritto penale nel pensiero di Aldo Moro*, in *Convegno di studi in memoria di Aldo Moro nel ventennale della sua scomparsa*, Servizio editoriale Universitario, Bari, 2001, p. 36.

2. L'umanesimo penale di Aldo Moro

L'opera penalistica morotea conserva per lo studioso contemporaneo un interesse, che non è solo storiografico, legato cioè all'originalità del contributo dato alla costruzione teorica di alcuni fondamentali istituti di parte generale. Specialmente nelle *Lezioni penalistiche*, si rivela di stimolo a una riflessione sul modo di intendere il diritto penale come istituzione e sulla legittimazione della punizione statale, in ragione delle suggestioni di fondo derivanti dalle premesse umanistiche – anticipatrici di sensibilità e valori che saranno fatti propri dalla Costituzione¹² – della sua speculazione¹³ e della sua metodologia d'indagine. La sua opera può essere considerata una sintesi “eretica”¹⁴, sin dalla sua origine in quello scorcio della storia del pensiero penalistico dominato dal normativismo rocchiano, tra il metodo propriamente tecnico-giuridico ed il metodo filosofico, mirante a cogliere i nessi invisibili che avvincono la realtà formale delle astrazioni giuridiche (norma, soggetto, reato, pena) alla dimensione etica dell'empirica consistenza della persona umana e della società in storica incessante evoluzione¹⁵.

Per questa urgenza di recuperare il metafisico nel diritto, Moro può essere incluso nella stretta cerchia di penalisti del calibro di Antolisei e, soprattutto, di Bettiol, come lui giurista-filosofo, che, tra gli anni Trenta e Quaranta, si dimostrarono maggiormente inclini a porsi assillanti problemi epistemologici¹⁶.

La proposta giusfilosofica di Moro non può essere intesa propriamente come una inedita opzione dogmatica. Costituisce, piuttosto, «la difesa, sul terreno del diritto penale, di una concezione “etica” del diritto», basata sull'assoluta convinzione che tutta «la vita sociale non può che essere costruita, se non partendo dal valore autonomo della persona»¹⁷, cui il diritto si rivolge, coerentemente alla concezione cristiana della vita e della filosofia razionalista kantiana¹⁸, quale soggetto e fine del rapporto giuridico, e che porta – come emergerà nel proseguito di questo lavoro – non solo a riconoscere la doverosità di un agire sociale respon-

¹² L. EUSEBI, *Persona, diritto, Stato nelle prime due monografie penalistiche di Aldo Moro*, in A. MORO, *Edizione Nazionale*, cit., e in *discrimen.it*, 17 gennaio 2022, p. 1.

¹³ Conf. G. PECORELLA, *Intervento*, in *Il diritto penale nel pensiero di Aldo Moro*, Camera dei Deputati, Roma, 2008, p. 44 e S. LORUSSO, voce *Moro, Aldo*, in *DBGI*, a cura di I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONI, M.N. MILETTI, I, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 1380.

¹⁴ L. VIOLANTE, *Aldo Moro penalista, l'eretico*, in *Dem. dir.*, 2011, 1-2, p. 344.

¹⁵ A. MORO, *L'antigiuridicità penale*, Priulla, Palermo, 1947, p. 51.

¹⁶ Sull'originalità del contributo di Antolisei e Bettiol alla riflessione sul metodo giuridico-penale, si veda P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano, pp. 256 ss.

¹⁷ G. CONTENTO, *Il volto umano*, cit., p. 36.

¹⁸ N. BOBBIO, *Il giovane Aldo Moro*, in ID., *Dal fascismo alla democrazia. I regimi, le ideologie, le figure e le culture politiche*, a cura di M. BOVERO, Baldini&Castoldi, Milano, 2014, p. 294.

sabile verso gli altri, ma anche a considerare la fragilità connessa alla dimensione esistenziale dell'essere umano.

A tal fine è sufficiente ricordare che, secondo Moro, la stessa peculiarità del diritto penale risiederebbe proprio nell'ancorare, più di quanto accada in altri ambiti del diritto, le categorie generali del diritto e della responsabilità alle categorie fondamentali della vita morale, da cui discende, per necessità morale, sociale e giuridica, che quel «fenomeno complesso e passionale»¹⁹, che è la pena, non possa essere concepita primariamente, anche se non esclusivamente, in funzione etico-retributiva.

Sviluppando in maniera coerente posizioni già da lui assunte su fondamentali questioni filosofiche relative al problema del male, dell'illecito e della sanzione, Moro afferma, nelle *Lezioni penalistiche*, che, se è possibile predicare l'eticità del diritto, considerato non in sé ma quale modalità attuativa attraverso cui si dispiega l'eticità della vita, rendendo in atto, libera e garantita nei suoi sviluppi, la persona morale, la pena non può essere solo il mezzo per cancellare idealmente il male sociale commesso, riaffermare il bene dei valori della vita sociale²⁰ e confermare la perdurante validità dell'ordinamento giuridico²¹. La sanzione penale trova la propria necessità giustificatrice nel costituire

«il modo sacrificale di rispondere della società di fronte ad un atto di ribellione, ad un atto di disordine, ad un momento nel quale il soggetto è uscito dalle regole, dalle essenziali regole sociali, seguendo la sollecitazione del suo egoismo, del suo vantaggio individuale e provocando con ciò un forte turbamento nella vita sociale»,

che lo Stato cerca di placare, appunto, attraverso l'inflizione di un castigo, canalizzato nei limiti garantistici della risposta razionale pubblica, che non vuole essere un terrificante strumento di lotta contro la criminalità, ma strumento di stabilizzazione sociale e mezzo con cui «esprimere la riprovazione della coscienza sociale»²².

Reato e pena sono avvinti da un doppio legame, morale e giuridico, ancorato a quella intuizione fondamentale della realtà morale, sociale e giuridica che è la libertà, intesa come «capacità di merito della persona», e che giustifica e rende doverosa la punizione inflitta dallo Stato come qualcosa di meritato dal reo in vista di un obiettivo essenziale, la stabilità sociale, in ragione di una scelta qualificata come un disvalore dalla legge²³.

¹⁹ A. MORO, *Lezioni di Istituzioni*, cit., p. 100.

²⁰ *Ivi*, pp. 100 e s.

²¹ *Ivi*, p. 125.

²² *Ivi*, p. 118.

²³ *Ivi*, p. 106.

La costruzione del sistema penale attorno all'idea della libertà di scelta dell'essere umano non implica un aggancio a una concezione giusnaturalista del diritto, inteso come presidio di fondamentali valori trascendenti la realtà. «Non nego – dirà Moro – che si possa scegliere diversamente, che si possa anche concepire il diritto come espressione di un meccanismo sociale, di un meccanismo storico dominato dal principio di necessità».

È una forte presa di posizione etica sul ruolo dell'uomo e «del diritto di fronte ai grandi problemi dell'umanità». L'uomo non è inserito in un meccanismo della storia senza capacità personali di scelta, senza merito, ma tutt'al contrario «l'uomo agisce, l'uomo sceglie, l'uomo determina, l'uomo è responsabile, l'uomo merita il premio come merita la condanna, il rimprovero, la pena»²⁴.

In definitiva, la proposta giusfilosofica di Moro si sostanzia nella proclamazione della necessaria umanizzazione del diritto penale secondo una prospettiva retribuzionistica,

«tanto più strenua ed accorata, quanto più, proprio nell'ambito del settore penale, il rischio dell'asservimento di fatto del sistema giuridico, a finalità di mera prevenzione generale mediante l'impiego come strumento di brutale repressione, era [e continua a riproporsi come] estremamente grave»²⁵.

3. *La teoria della soggettivazione della norma penale: l'originaria valenza garantistica e la strumentalizzazone in chiave autoritaria da parte del fascismo*

Passando ora ad analizzare l'argomento al centro di questo saggio, è utile ricordare, per una migliore comprensione dell'itinerario scientifico di Moro, che la questione della subiettivazione della norma concerneva lo studio, attraverso l'estensione al diritto pubblico di concetti di teoria generale del diritto, delle situazioni che derivano ai soggetti, Stato e individuo, dalla norma giuridica, nonché del particolare rapporto giuridico penale che si instaura fra i suddetti soggetti, avendo riguardo al momento anteriore alla posizione della norma o a quello precedente o posteriore alla sua violazione.

La teoria della subiettivazione della norma, elaborata in Germania da Karl Binding²⁶, e di cui in Italia fu interprete l'indirizzo tecnico-giuridico attraverso l'opera precorritrice di Arturo Rocco, rappresentò il tentativo di costruire il rapporto penale coerentemente alla teoria dei diritti pubblici soggettivi, con cui condivideva un significato garantistico.

²⁴ *Ivi*, p. 107.

²⁵ G. CONTENTO, *Il volto umano*, cit., p. 36.

²⁶ K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, I, Duncker & Humblot, Leipzig, 1885, pp. 218 e ss.

La teoria dei diritti pubblici soggettivi s'iscriveva storicamente in quella prospettiva della giuspubblicistica del secolo XIX che, vuoi attraverso la teoria dello Stato di diritto, vuoi attraverso la teoria dello Stato-persona, aveva cercato di rafforzare la posizione giuridica del cittadino di fronte allo Stato²⁷. Entrambi questi indirizzi avevano come minimo comun denominatore, l'idea dello Stato come Stato legale, nonché l'idea dello Stato come fonte e garante dei diritti individuali, intesi come strumento di realizzazione di interessi personali²⁸.

Nel campo del diritto penale la teoria della subiettivazione della norma ebbe, in definitiva, il compito di fissare i limiti della potestà punitiva dello Stato attraverso la costruzione di rapporti giuridico-penali coerenti a una concezione liberale del principio di legalità.

Come ha rilevato l'analisi storiografica, la suddetta teoria si rivelò, suo malgrado, inadatta a realizzare concretamente quella funzione di freno al potere statale che ambiva a esercitare. Nello sforzo di estendere al diritto penale nozioni fondamentali di teoria generale del diritto, aveva imboccato la via di un formalismo, idoneo a soddisfare esigenze di armonie sistematiche, ma incapace di porre con efficacia al centro del discorso penale le ragioni del garantismo o, tanto meno, il problema contenutistico della legalità sostanziale²⁹.

Ridotta a una neutralità puramente metodologica, anche il fascismo poté servirsene. Alfredo Rocco, grande costruttore delle strutture istituzionali del regime e ispiratore della politica del diritto fascista³⁰, riprese, infatti, proprio dagli studi del fratello Arturo un complesso di idee, già allora largamente dominanti nella scienza penalistica, relative al potere punitivo dello Stato: l'idea della titolarità del diritto soggettivo di punire in capo allo Stato-amministratore, ossia al governo; la concezione del pubblico ministero come funzionario dello Stato, dipendente dal potere esecutivo e perciò chiamato a giocare nel processo il ruolo di parte sostanziale in rappresentanza degli interessi particolaristici del governo, sotto la direzione del ministro della giustizia; infine, la tesi della natura amministrativa del potere punitivo³¹.

Un simile patrimonio di concetti e linguaggi, depurato da ogni componente

²⁷ G. LEONE, *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, in *Arch. pen.*, I, 1945, 1, p. 24.

²⁸ F. COLAO, *L'idea di nazione nei giuristi italiani tra Ottocento e Novecento*, in *Quad. fior.*, 2001, 1, p. 303.

²⁹ M. PIFFERI, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le 'zone grigie' della legalità penale tra Otto e Novecento*, in *Quad. fior.*, 2007, 1, p. 748.

³⁰ M. SBRICCOLI, voce *Alfredo Rocco*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, II, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 993 e ss.; P. COSTA, voce *Rocco, Alfredo*, in *DBGI*, a cura di I. BIROCCHI, E. CORTESI, A. MATTONE, M.N. MILETTI, II, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 1701 e ss.

³¹ Le teorie di Arturo Rocco sono esposte in *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari e in Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, in ID., *Opere Giuridiche*, vol. II e III, Soc. ed. Foro Italiano, Roma, 1933.

assiologico-individualistica, offrì al fascismo le basi teoriche su cui fondare, coerentemente alle proprie finalità politiche autoritarie, l'assetto dei rapporti tra potere giudiziario e potere esecutivo e, in particolare, la posizione di dipendenza del pubblico ministero dal ministro della giustizia.

Sul piano della speculazione scientifica la teoria della subiettivazione della norma penale, dopo aver perso momentaneamente d'interesse, anche per le critiche che da più parti venivano mosse alla nozione di diritto soggettivo dello stato di punire, divenne, con il consolidamento del fascismo al potere, nuovamente *à la page* e fu tra gli argomenti che maggiormente appassionò gli studiosi, soprattutto i più giovani.

Non pochi, tra coloro che ambivano alla cattedra universitaria, lo coltivarono assiduamente.

La scelta metodologica della generazione della "civilistica penale"³² di collegare il diritto penale alla teoria generale del diritto sembrava tracciare rispetto al vecchio bagaglio concettuale della scienza penalistica un indirizzo più congruo ai fini della ricostruzione sistematica e più consono alle caratteristiche fondamentali della scienza giuridica in generale³³.

A richiamare l'attenzione dei giovani studiosi era anche la cifra politica che il problema teorico andava assumendo proprio alla luce delle importanti trasformazioni, che si erano verificate nella struttura dello Stato sotto il fascismo e nelle ideologie che informavano l'ordinamento giuridico³⁴.

Esisteva uno stimolo particolare, soprattutto, ad analizzare con maggior profondità il rapporto punitivo, ossia quella speciale e delicatissima relazione che si instaura tra Stato e reo dopo la violazione della norma incriminatrice, e conseguentemente a riesaminare l'incerta posizione del pubblico ministero, conteso tra il potere esecutivo e quello giudiziario³⁵.

Attorno alla questione dell'inquadramento teorico del potere punitivo si sviluppò un ampio dibattito, che vide come protagonisti i giovani penalisti della scuola di Petrocelli e di quella di Delitala.

La scuola di Petrocelli si mosse lungo una prospettiva d'analisi tradizionale, non priva di qualche moderata innovazione. Gli allievi, Luigi Scarano (*I rapporti di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1942) e Aldo Moro (*La subiettivazione della norma penale*, Casa Editrice dott. Luigi Macrì, Bari-Città di Castello, 1942), continuarono, pur nella diversità delle soluzioni dogmatiche proposte, a individuare, prevalentemente, nel diritto soggettivo di punire lo schema più corretto a rappresentare la modalità di subiettivazione della norma penale dal lato attivo

³² L'espressione è stata coniata, com'è noto, da Mario Sbriccoli, in *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in ID., *Storia del diritto*, cit., I, p. 582.

³³ G. VASSALLI, *L'opera penalistica di Aldo Moro*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2009, 1, p. 146.

³⁴ Così, nella ricostruzione di F. ANTOLISEI, *Il giudice penale e la legge*, in ID., *Scritti*, cit., p. 43.

³⁵ G. VASSALLI, *op. ult. cit.*, pp. 149 e s.

dello Stato. La scuola di Delitala, al contrario, con Giuliano Vassalli (*La potestà punitiva*, Utet, Torino, 1942) preferì rinnegare la formula giuridica del diritto soggettivo e, uscendo dagli schemi civilistici, propose della potestà punitiva una costruzione alternativa nei termini di una manifestazione del potere sovrano³⁶.

4. Diritto, legge, Stato nel pensiero gius-filosofico moroteo

Prima di analizzare la raffinata sistemazione teorica della subiettivazione nella versione aggiornata proposta nelle *Lezioni penalistiche*, cominciamo con il rilevare che la speculazione sul tema, sin dalla monografia giovanile del 1942, scritta probabilmente tra Bari e Roma, appare con evidenza influenzata dalle teorizzazioni rocchiane. Ciò si spiega per varie ragioni: il dominio culturale che tali teorizzazioni esercitavano all'epoca nella comunità dei penalisti; la collaborazione accademica che Moro ebbe dal 1939 con Rocco dopo il suo trasferimento nella capitale; infine, la condivisione da parte di entrambi i penalisti della concezione dello Stato-persona.

Dentro l'orizzonte liberale di questa teoria costituzionale si colloca la nozione della legge secondo Moro. La legge è l'atto attraverso il quale lo Stato sovrano, nel suo ruolo *super partes*, definisce, in forma certa e razionale, la volontà della società sovrana, conformando il mondo dei fatti «all'intuizione di giustizia caratteristica dell'ordinamento giuridico»³⁷, nell'esercizio di un'attività, libera nei fini, vincolata solamente nei modi e nelle forme del processo legislativo³⁸.

Si ritrova in questa nozione l'eco della concezione storicistica della legge (e del diritto) come atto di razionalizzazione di quel che è radicato nell'ordine profondo della collettività³⁹. È un'idea, come è stato riconosciuto, liberal-conservatrice⁴⁰, che, però, a differenza delle posizioni autoritarie assunte da Petrocelli

³⁶ Per una rivisitazione critica del dibattito scientifico sia consentito rinviare a G. DODARO, *Giuliano Vassalli tra fascismo e democrazia. Biografia di un penalista partigiano (1915-1948)*, Giuffrè, Milano, in corso di pubblicazione.

³⁷ A. MORO, *La subiettivazione della norma penale*, Casa Editrice dott. Luigi Macrì, Bari-Città di Castello, 1942, pp. 17, 56, 99 e 110, ove l'autore precisa che: «è nell'intrinseca razionalità del comando che esso tuteli interessi che appartengono a soggetti diversi da quello che il comando pone, collocati fuori dalla sfera della sovranità, la quale si mette, per così dire, al loro servizio, in un certo senso assumendoli tutti come suoi, ma in realtà lasciandoli tutti al di fuori, perché, per la sua stessa natura, l'Ente sovrano non può essere qualificato parte in causa».

³⁸ *Ivi*, pp. 94 e ss.

³⁹ Cfr. F. COLAO, *L'idea di nazione*, cit., p. 303. Si veda, specificatamente, A. MORO, *op. ult. cit.*, pp. 130-132.

⁴⁰ G. AZZARITI, *Il liberalismo autoritario e la costruzione dello Stato unitario italiano*. Vittorio Emanuele Orlando, un liberale al servizio dello Stato, in M. D'AMICO-B. RANDAZZO (a cura di), *Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 45 e ss.

in quegli anni sulla funzione della legalità, che viene rappresentata come «l'unico mezzo possibile di manifestarsi dell'autorità» e «una delle basi più solide del regime autoritario»⁴¹, si mantiene fedele alla concezione della legge come garanzia nei confronti dello Stato (sovrano e amministratore)⁴². È significativo, peraltro, che Moro senta forte l'esigenza di emanciparsi dal Maestro, precisando che: «Evidentemente difficoltà in questo senso non possono esistere nel nostro ordine di idee» in merito alla «limitabilità dello Stato come ente sovrano a opera del diritto»⁴³.

La concezione del diritto segna un autentico spartiacque tra Moro e Petrocelli. Il normativismo non esaurisce l'orizzonte culturale e teorico di Moro, il quale non è né un giurista positivista puro⁴⁴, né uno statalista puro⁴⁵.

Nella nozione morotea di legge c'è, in quel riferimento alla giustizia, un aggancio forte a una concezione etica del diritto, che non ha però – come è stato rilevato da Bobbio – una matrice giusnaturalistica⁴⁶. Nelle *Lezioni filosofiche* Moro spiegherà che il diritto è diritto positivo sino a che risponde alle esigenze profonde della giustizia, sentite come prioritarie a livello sociale, al cui fine l'ordinamento giuridico è destinato⁴⁷. Nelle *Lezioni penalistiche* Moro si domanderà retoricamente, in una delle stagioni più “calde” della storia del Paese:

«che cos'è l'emanazione di una legge da parte di una società disordinata e lacerata da conflitti di interesse, se non *un momento di responsabilità*, nel quale momento la comunità astrae dai suoi interessi passionalmente perseguiti, per dare una norma di oggettiva validità alla coesione dei soggetti?»⁴⁸.

Il porre in primo piano la centralità della persona e della sua dignità sembra avere anche il valore della reazione morale, prima che politica, al fenomeno della «spersonalizzazione» dello Stato e del diritto, che era, quando il professore insegnava a Bari nella prima metà del secolo scorso, uno dei tratti più caratteristici dello Stato totalitario⁴⁹.

⁴¹ B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, p. 22.

⁴² A. MORO, *op. ult. cit.*, pp. 130-132.

⁴³ *Ivi*, pp. 99 e s. Riecheggia nelle parole di Moro il pensiero liberale di Francesco B. Cicala (*Il rapporto giuridico*, Casa Editrice Poligrafica Universitaria, Firenze, 1935), che molta parte sembra aver avuto nell'elaborazione della sua concezione del rapporto giuridico-penale.

⁴⁴ L. VIOLANTE, *Aldo Moro*, cit., p. 342.

⁴⁵ N. BOBBIO, *Il giovane Aldo Moro*, cit., p. 298.

⁴⁶ G. VASSALLI, *Intervento*, in *Aldo Moro. Commemorazione per i venticinque anni dalla scomparsa*, Camera dei Deputati, Roma, 2003, p. 14.

⁴⁷ A. MORO, *Lo Stato. Il Diritto. Lezioni di filosofia del diritto (Università di Bari, 1944-1947)*, Cacucci, Bari, 2006, p. 300.

⁴⁸ A. MORO, *Lezioni di Istituzioni*, cit., p. 206.

⁴⁹ N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, p. 294.

Si affaccia nella definizione di legge il tema fondamentale della concezione dello Stato, che Moro svilgerà, ancora, nelle *Lezioni filosofiche* in chiave antiautoritaria⁵⁰. Lo Stato non è concepito come un'entità estranea alla persona o come una possibile minaccia per i suoi diritti o interessi. È un ente *super partes*, che non solo «non esaurisce tutta intera l'esperienza sociale»⁵¹, ma è uno strumento propulsivo di ogni processo di sviluppo della vita morale degli individui e dei gruppi, non avendo una propria etica da imporre⁵², come invece avviene nello Stato etico, proprio dell'idealismo assoluto degli stati totalitari.

Non è il caso di entrare nei particolari del pensiero filosofico di Moro. È interessante rilevare con quale ferma convinzione egli avesse abbozzato «una concezione pluralistica della società»⁵³, che poneva al centro la dignità della «persona nella sua singolarità, principio e fine dell'esperienza giuridica»⁵⁴, la quale non solo si poneva in aperta antitesi con la visione collettivistica gentiliana⁵⁵, ma anche si distingueva dall'ottica classica dell'individualismo liberale, ispirandosi kantianamente al «principio del rispetto reciproco» tra persone⁵⁶. Una concezione di ispirazione personalistica e comunitaria, che, con l'avvento della Repubblica, entrerà a far parte integrante della Costituzione, anche per opera dello stesso Moro.

Su queste basi circa il modo di intendere Stato e diritto, si innesta la riflessione penalistica di Moro sul potere statale di punire. Non è pensabile né sarebbe utile in questa sede ricostruire nel dettaglio l'ardua e articolata sistemazione dogmatica dei rapporti giuridici che derivano nei vari momenti della soggettivazione della norma penale.

È sufficiente richiamare il pensiero moroteo con riguardo alla subiettivazione della norma-incriminazione o precetto penale primario e della norma-sanzione o precetto penale secondario, avendo cura di precisare, che per Moro vi è una duplice posizione dello Stato nel problema penale in tutte le sue fasi: coesistono un momento di sovranità e un momento di autonomia, il primo proprio dello Stato in quanto potere sovrano, il secondo proprio dello Stato in quanto amministrazione.

⁵⁰ G. VASSALLI, *La scelta*, in *Aldo Moro: il diritto e la storia*, in *Nomos*, 2002, 1, p. 23.

⁵¹ A. MORO, *Lo Stato*, cit., p. 145.

⁵² *Ivi*, pp. 126 e s.

⁵³ N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, p. 304.

⁵⁴ A. MORO, *op. ult. cit.*, p. 310.

⁵⁵ P. TRONCONE, *Il diritto penale nel pensiero di Aldo Moro in occasione del centenario della nascita*, in *Dir. e relig.*, 2016, 2, pp. 36 e s. e 40 e ss.

⁵⁶ A. MORO, *La persona umana e l'esperienza giuridica*, in *Umanesimo e mondo contemporaneo*, Editrice Studium Christi, Roma, 1954, p. 52.

5. La subiettivazione della norma penale primaria

Con riguardo alla subiettivazione della norma-incriminazione, afferma Moro che, una volta che lo Stato sovrano, con la sua attività legislativa, ha posto la norma penale, questa si soggettivizza, nel lato attivo del rapporto giuridico penale, nei confronti dello Stato-amministratore, il quale assume un diritto soggettivo all'omissione del reato, posto a garanzia del bene giuridico protetto, nel lato passivo nei confronti dell'individuo, che viene investito dal ruolo di «collaboratore nelle forme dell'obbligo» di astenersi dal commettere fatti costituenti reato⁵⁷.

Centro d'imputazione della subiettivazione della norma nel lato passivo non è la persona, ma il soggetto di diritto, dotato di capacità giuridica penale, in quanto maturo e sano di mente⁵⁸. La norma penale – preciserà nelle *Lezioni penalistiche* –, per poter esercitare nelle concrete situazioni la funzione di orientamento, per potere effettivamente operare come «un'energia motrice che si sprigiona ed opera nell'ambito della vita sociale»⁵⁹, quale «espressione dei giudizi di valore e delle volontà dei soggetti che compongono la società»⁶⁰, deve poter passare nella coscienza dei soggetti sotto forma di «vincolo della volontà» di natura morale⁶¹. E questo vuol dire che il diritto penale chiede ai soggetti

«una collaborazione: chiede che essi liberamente si lascino motivare, si lascino indirizzare, si lascino determinare nella giusta direzione, nella direzione dell'armonia, della compatibilità sociale, rinunciando a comportamenti che sono *fisicamente possibili*, ma sono *giuridicamente inammissibili*».

Una volta che si è configurato il rapporto giuridico tra Stato e individuo, «il diritto penale comincia la sua esperienza con un grande appello al senso di responsabilità, con un appello alla volontà razionalmente determinabile del soggetto»⁶².

C'è in questi passaggi – possiamo dire con Bobbio – il rifiuto, ricco di suggestioni capograssiane, dell'imperatività del diritto intesa come volontà dello Stato che, come comando, si impone dall'esterno alla volontà dei singoli e l'affermazione del concetto del diritto come agire eticamente orientato⁶³.

Traspare, altresì, in maniera evidente l'adesione a una concezione normativa della colpevolezza che, nel quadro di una visione tipicamente personalistica del

⁵⁷ A. MORO, *Lezioni di Istituzioni*, cit., pp. 111 e s. e 126.

⁵⁸ A. MORO, *La capacità giuridica penale*, Cedam, Padova, 1939, p. 139.

⁵⁹ A. MORO, *Lezioni di Istituzioni*, cit., p. 175.

⁶⁰ *Ivi*, p. 177.

⁶¹ *Ivi*, p. 178.

⁶² *Ivi*, p. 179.

⁶³ N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, p. 294.

rapporto penale, «valorizza l'attitudine *motivazionale* delle disposizioni penali, concependole come rivolte a un *soggetto capace*» e, associata ad essa, la convinzione della inaccettabilità del far leva, per fini di prevenzione generale, su profili di coazione intimidativa o di esemplarità sanzionatoria⁶⁴ e della priorità del puntare sulla «capacità del diritto penale di ottenere, anche attraverso le sanzioni, un'adesione per *scelta personale* da parte di coloro che sono destinatari dei suoi precetti»⁶⁵.

Se la soggettività morale della persona è presupposto della subiettivazione della norma penale nei suoi confronti, appaiono a Moro contrarie alla «realtà delle cose» e ispirate a un eccessivo rigore la disciplina codicistica degli stati emotivi e passionali e quella dell'ubriachezza volontaria, che nega ad essa rilievo ai fini dell'esclusione o dell'attenuazione dell'imputabilità⁶⁶.

6. La subiettivazione della norma penale secondaria

Con riguardo alla subiettivazione della norma-sanzione, afferma Moro che, una volta che la norma incriminatrice è stata violata, è compito dello Stato sovrano (non dello Stato-amministratore, perché altrimenti si tratterebbe di una forma di giustizia realizzata dalla parte offesa, da parte dello Stato che si fa giustizia da sé), nei cui confronti la norma si soggettivizza nel lato attivo del rapporto giuridico penale, soddisfare, in funzione dei bisogni dell'intera collettività che egli impersona, l'interesse sociale alla vita, di cui è portatore, ovviamente alle condizioni e nel rispetto dei limiti stabiliti dal potere sovrano, per il tramite di un'attività di ricerca della verità e di applicazione del diritto che deve possedere gli attributi tipici della giurisdizione (efficienza, ineluttabilità, obiettività e imparzialità). Ciò egli fa nell'esercizio di un potere giuridico, di giudicare e di punire, più precisamente di una *potestà* che è manifestazione della sovranità statale, e che non può essere ricondotto entro lo schema del diritto soggettivo per mancanza di quella autonomia individuale, di cui è al contrario tipica espressione⁶⁷.

Nell'accentuare nel potere di punire la dimensione della sovranità Moro esprime una visione della punizione statale intesa non come «la pressione del più forte», come sembrano implicitamente far intendere alcuni tra coloro che la riconducono sotto la categoria del diritto soggettivo, ma come «l'espressione dell'organo sovrano regolatore della vita collettiva»⁶⁸.

⁶⁴ L. EUSEBI, *Persona, diritto*, cit., p. 3.

⁶⁵ L. EUSEBI, *Prevenzione e garanzie: promesse mancate del diritto penale o paradigmi di una riforma penale «umanizzatrice»*, in *Crim.*, 2016, p. 289.

⁶⁶ A. MORO, *op. ult. cit.*, pp. 389 e ss. e pp. 396 e ss.

⁶⁷ A. MORO, *La subiettivazione*, cit., pp. 137 e s.

⁶⁸ A. MORO, *Lezioni di Istituzioni*, cit., p. 237.

Rigettata la teoria del diritto soggettivo, il lato passivo del rapporto giuridico penale si esprime, non in un obbligo di subire la pena, ma in una mera soggezione al potere punitivo⁶⁹.

Concludiamo l'esposizione della teoria morotea, ricordando che, se la realizzazione pubblica della giustizia nella vita sociale è affidata allo Stato sovrano, è allo Stato-Amministratore, invece, in quanto titolare degli interessi comuni violati, che spetta il diritto soggettivo alla punizione, ossia di chiedere allo Stato sovrano di mettere in moto i meccanismi per accertare processualmente la responsabilità e per applicare la pena. È il pubblico ministero, in qualità di rappresentante dell'amministrazione dello Stato che attraverso l'esercizio dell'azione penale «tende con la sua attività processuale ad attuare il diritto dello Stato alla punizione, soddisfacendo, nei limiti della giustizia, il concreto interesse che ne sta a base».

«Se insomma c'è un interesse pubblico dello Stato Amministrazione, che costituisce oggetto della tutela giuridica penale, è opportuno ritenere che l'organo del P.M. sia parte in senso proprio e non operi invece nell'ambito dell'attività sovvrana giurisdizionale»⁷⁰.

In caso di condanna del reo, infine, la dichiarazione da parte dello Stato sovrano per via degli organi della giurisdizione del diritto alla punizione fa sorgere in capo allo Stato-Amministratore il diritto soggettivo all'esecuzione della pena per un'ideale reintegrazione dell'interesse offeso dalla commissione del reato; dal lato passivo, invece, la subiettivazione si avrebbe come soggezione giuridica del reo e non come obbligo giuridico di subire la pena.

Come ebbe modo di osservare Bettiol nella recensione al volume sulla *Subiettivazione della norma penale*, merito di Moro fu di aver ricondotto dentro un piano giuridico più realistico una questione che, se male intesa, «può determinare uno scivolone sul terreno politico ove il concetto della potestà punitiva può assumere la figura di una *Strafgewalt* che non conosce limiti né freni»⁷¹, convertendosi in uno strumento di prepotenza diretta contro la dignità della persona umana. L'introduzione nel dibattito penalistico di istanze antiautoritarie, in una moderata polemica con la teoria dello Stato fascista, lascia intravedere con sufficiente chiarezza, anche alla luce della successiva monografia su *L'antigiuridicità*

⁶⁹ A. MORO, *La subiettivazione*, cit., pp. 143-149.

⁷⁰ Ivi, p. 185 ss. Moro conferma nelle *Lezioni penalistiche* la validità dell'inquadramento dato al pubblico ministero, pur riconoscendo la tendenza della legislazione vigente ad attrarre tale organo nella sfera del potere giurisdizionale, con la funzione di collaborare dialetticamente alla ricerca della verità processuale, A. MORO, *Lezioni di Istituzioni*, cit., p. 247.

⁷¹ G. BETTIOL, *Recensione ad Aldo Moro, La subiettivazione della norma penale* (Pubblicazioni dell'Istituto di diritto penale della R. Università di Bari), Ed. Dott. Luigi Macrì, Bari-Città di Castello, 1942, un vol. di 218 pagg., in *Riv. it. dir. pen.*, 1942, p. 402.

penale, la personale concezione morotea di un diritto penale dal volto umano, che nelle opere giovanili traspare solo *in nuce* e che verrà sviluppata anni dopo nelle *Lezioni penalistiche*.

7. *L'elaborazione nelle Lezioni di Istituzioni di una teoria "costituzionalmente orientata" della subiettivazione della norma penale*

Nelle *Lezioni penalistiche* vengono enunciati, in maniera più compiuta, i limiti giuridici che il potere punitivo dello Stato incontra, secondo una prospettiva costituzionalmente orientata, nel momento della irrogazione e della esecuzione della pena⁷².

Secondo Moro, la pena è un fenomeno sociale e legale complesso, avente contenuto coercitivo, capace di attingere «l'essenza della persona nella sua dignità e libertà», e afflittivo, comportando per il reo un «dolore» associato alla «diminuzione del suo *status* sociale»⁷³. La pena, tuttavia, non può essere considerata una forma di crudeltà nei confronti del reo, traendo la sua umanità dal doveroso rispetto dei limiti che derivano dalla morale e dal diritto. Tali limiti servono ad evitare che la punizione, che pur possiede «qualche somiglianza esteriore con la vendetta», tragga «la sua ragione d'essere, la sua misura, senza misura proprio dalla passionalità di colui che reagisce ad un'attività illecita»⁷⁴.

«Se la pena è, inevitabilmente, una sofferenza, bisogna che sia una sofferenza rigorosamente delimitata [...] e rigorosamente finalizzata. Non una sofferenza inflitta con sadica soddisfazione dal potere sociale, che non deve gioire, ma soffrire esso nel momento nel quale la pena viene inflitta»⁷⁵.

Limiti positivi al potere punitivo discendono, innanzitutto, dall'idea etico-retributiva, che connota la pena in relazione al suo "dover essere", dal punto di vista funzionale e quantitativo, giustificandola come una reazione a un atto colpevole, orientata alla riaffermazione del bene, e proporzionata alla gravità del male commesso.

Limiti negativi, di natura qualitativa, sono posti – riconosce Moro – dalla stessa Costituzione della Repubblica. Dopo aver riscontrato la costituzionalizza-

⁷² Si trova nelle *Lezioni penalistiche* l'eco delle posizioni assunte da Moro in seno all'Assemblea costituente in merito ai principi costituzionali del diritto penale. Per una ricostruzione del ruolo di Moro alla Costituente e in particolare dei suoi interventi su materie penalistiche, cfr. P. PISICCHIO, *Pluralismo e personalismo nella Costituzione italiana. Il contributo di Aldo Moro*, Cacucci, Bari, 2012, in particolare pp. 160 e ss.

⁷³ A. MORO, *Lezioni di Istituzioni*, cit., p. 110.

⁷⁴ *Ivi*, p. 115.

⁷⁵ *Ivi*, p. 121.

zione del principio di colpevolezza, causa dell'illegittimità delle residue ipotesi di responsabilità oggettiva del Codice penale (ignoranza della legge penale; concorso anomalo di persone; disciplina delle circostanze del reato)⁷⁶, l'analisi si concentra sul contenuto dell'art. 27, comma 3, Cost., portando la riflessione sulla problematica costituzionalità sia di alcune tipologie sanzionatorie sia della fisionomia concretamente assunta dalle pratiche punitive in carcere.

Secondo Moro l'attribuzione di rilievo costituzionale al principio di umanizzazione della pena deve indurre lo Stato a una profonda riconsiderazione critica di tutte quelle modalità di trattamento, che di fatto sono contrarie al rispetto della dignità della persona *in vinculis*. A venire in rilievo sono non solamente «atteggiamenti e interventi» del potere pubblico sul detenuto, che «vadano al di là della necessità di limitare [...] la libertà umana»⁷⁷, ma anche alcune forme tipiche di punizione o di modalità di esecuzione come «le pene a carattere corporale o l'isolamento del soggetto protratto nel tempo», la pena di morte («una vergogna inimmaginabile in un regime di democrazia sociale e politica»⁷⁸) e l'ergastolo.

Proprio nei confronti della pena perpetua Moro esprime un netto «giudizio negativo»⁷⁹. Se il diritto è «umano ordinamento di una vita che conosce il lacerante conflitto di esigenze diverse», e se, conseguentemente, il legislatore, nel definire la configurazione di precetti e sanzioni, non può non «tener conto dell'umana debolezza», ossia del fatto che nell'esperienza storica, generalmente, «mancano le risorse degli eroismi sublimi che l'etica conosce», i quali «non possono essere punti di riferimento per comandi sociali rivolti alla media degli uomini»⁸⁰, la pena a vita è «psicologicamente crudele» e contraria al principio di umanità, «priva com'è di qualsiasi speranza, di qualunque prospettiva, di qualsiasi sollecitazione al pentimento ed al rinnovamento del soggetto»⁸¹.

L'interpretazione dell'art. 27, comma 3, Cost. è anche l'occasione per Moro di esporre la propria posizione sul finalismo della punizione. Se la pena, nell'odierno momento storico, non è, a date condizioni, un atto di crudeltà, ma è la risposta umana a un atto di libertà del soggetto, è vero però che, comportando una serie di gravi limitazioni alla personalità dell'uomo, comunque «pone una serie di problemi relativi al modo di essere» in sé⁸² e alla sua idoneità a realizzare nella concreta realtà, in maniera coordinata, le molteplici finalità, repressive e preventive, che l'esperienza sociale suggerisce di prendere in considera-

⁷⁶ *Ivi*, pp. 411 e 562.

⁷⁷ *Ivi*, p. 113.

⁷⁸ *Ivi*, pp. 114 e s.

⁷⁹ *Ivi*, p. 115.

⁸⁰ Così A. MORO, *L'antigiuridicità*, cit., pp. 148-150.

⁸¹ A. MORO, *Lezioni di Istituzioni*, cit., p. 116.

⁸² *Ivi*, p. 113.

zione; criticità che si acquiscono soprattutto in relazione alla possibilità di dare piena attuazione all'idea della rieducazione del reo attraverso l'emenda morale, che rischia di rimanere sacrificata dalle modalità pratiche di esecuzione della pena detentiva e da una visione "carcerocentrica" della risposta al reato⁸³.

Il finalismo rieducativo di cui all'art. 27, comma 3, Cost., la cui formulazione fu proposta proprio da Moro in Assemblea costituente⁸⁴, risponde a «una esigenza politica fondamentale», ossia al reinserimento del soggetto nell'ambito della vita sociale quale strumento di «sicurezza sociale», dal momento che «i soggetti rieducati attraverso la pena non costituiscono più, in linea di principio, una ragione di pericolo per la coscienza sociale»⁸⁵, e induce ripensare, riformare, le strategie della punizione. Se è vero che la vita carceraria può avere effetti criminogeni sul detenuto, è vero anche che questo risultato, «a parte la resistenza che possono opporre talune personalità, [...] è il frutto proprio di una cattiva applicazione della pena, di un sistema punitivo non ben congegnato, non bene ispirato, non bene animato». «Se davvero la pena è, nella sua concreta attuazione, conforme a questa finalità, le prigioni si dovrebbero dischiudere a uomini *diversi* da quelli che erano quando sono entrati nelle prigioni»⁸⁶.

Impellenti esigenze di riforma sono avvertite, in particolare, nel campo della giustizia minorile, sia a favore dell'infra-diciottenne che del giovane adulto. La loro diversità rispetto alla persona che da tempo ha ormai superato la soglia della maggiore età

«non può che rendere attento l'ordinamento giuridico nel predisporre delle misure che esaltino la capacità correttiva della pena e, quindi, diano opera per quel recupero del delinquente, che se è una necessità per qualsiasi età, è una necessità impellente e colorita di una certa fiducia soprattutto per l'età giovanile»⁸⁷.

⁸³ *Ivi*, p. 120 ss.

Moro respinge espressamente l'idea di una classificazione delle finalità, primarie (retribuzione) e secondarie (prevenzione), della pena, segnando in questo modo la distanza da posizioni alla Bettiol (G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 43), e aprendo, invece, la considerazione degli scopi della sanzione penale, al di là della sua fondamentale ispirazione etico-retributiva, a una "concezione polifunzionale" lungo il solco delle elaborazioni concettuali di F. ANTOLISEI, *Teoria e realtà della pena*, in ID., *Scritti*, cit., pp. 191 ss. e G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Scritti giuridici*, vol. I, t. I, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 1361 ss.

Alla medesima conclusione perviene G. VASSALLI, *Le funzioni della pena nel pensiero di Aldo Moro*, in M. MARTINAZZOLI-F. TRITTO-G. VASSALLI-G. BETTIOL, *Aldo Moro e il problema della pena*, Mulino, Bologna, 1982, p. 65.

⁸⁴ Come ha ricordato U. DE SIERVO, *Il contributo alla Costituente*, pubblicato dapprima con il titolo *Il contributo di Aldo Moro alla formazione della Costituzione repubblicana*, in *Il pol.*, 1979, 2, pp. 193 e ss., e successivamente in *Cultura e politica*, cit., p. 99.

⁸⁵ A. MORO, *Lezioni di Istituzioni*, cit., pp. 122 e s.

⁸⁶ *Ivi*, p. 123.

⁸⁷ *Ivi*, p. 372.

Anticipando importanti prese di posizione della giurisprudenza costituzionale, che saranno successivamente poste alla base dell'imponente riforma del processo penale a carico di imputati minorenni (d.p.r. 22 settembre 1998, n. 448), Moro afferma che, considerata la specifica condizione evolutiva del minore, «la finalità rieducativa dovrebbe far premio sulla finalità repressiva»⁸⁸, anche nel caso del minore ultra-quattordicenne, maturo e socialmente pericoloso ed orientare verso una pena unica (con abolizione delle misure di sicurezza)

«*medicinale*; una pena curativa; una pena indirizzata più che verso il passato verso l'*avvenire*; cioè una pena nella quale siano ridotti al minimo, e pressoché annullati, gli aspetti che mortificano, con finalità repressive, la personalità umana, per dare spazio, invece, a quelle finalità rieducatrici e liberatorie che rispondono all'imperativo contenuto nella Carta costituzionale»⁸⁹.

8. Aldo Moro giurista-filosofo: conservatore o riformatore?

I Uno studioso, molto sensibile alla dimensione storica del diritto, ha rilevato, commentando le *Lezioni penalistiche*, una certa difficoltà di Moro-docente a entrare in contatto con il diritto positivo e con le questioni politico-criminali dibattute in quegli anni, finendo per proiettare il suo umanesimo «nell'*aura* di una *visione* idealistica, che segue, "dall'altro", il divenire finalistico dell'esperienza giuridica», che appare come sorretta da una «acritica fiducia nel fondamento morale del sistema punitivo»⁹⁰. Più ruvido è – sorprendentemente – il giudizio dell'amico Giuliano Vassalli con riguardo alla posizione di Moro rispetto al tema della riforma del Codice penale:

«Moro appare dalle lezioni come un conservatore: pieno di afflato umanitario e di fede nei destini migliori dell'uomo, ma conservatore. Direi che non sente molto il bisogno di riformare il codice Rocco, una volta depurato delle norme caratteristicamente politiche e della pena di morte, direi che lo trova nel complesso adattabile alla società del tempo»⁹¹.

Personalmente non saprei qualificare l'umanesimo penalistico di Moro come conservatore o innovatore. L'indirizzarsi della sua proposta riformatrice, emergente dalle lezioni universitarie, principalmente verso circoscritte correzioni su

⁸⁸ *Ivi*, p. 373.

⁸⁹ *Ivi*, p. 374.

⁹⁰ A. GARGANI, *Diritto penale e verità morale. Una teologia della 'vita sociale' (a proposito delle Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale di Aldo Moro)*, in *Quad. fior.*, 2006, 2, p. 1009, cui si rimanda per una trattazione analitica dei contenuti delle *Lezioni*.

⁹¹ G. VASSALLI, *Presentazione*, cit., p. 44.

punti essenziali (es. *ignorantia legis*, trattamento penale dell'assuntore di sostanze, ergastolo, non computabilità del tempo trascorso in manicomio in caso di infermità psichica sopravvenuta), così come la mancata presa di posizione sulla questione, controversa nel dibattito scientifico, della legittimità o dell'opportunità delle misure di sicurezza, non appaiono, di per sé, indici univoci al punto da delineare in maniera convincente l'immagine del penalista.

Una possibile chiave di lettura del profilo politico di Moro è offerta da chi lo ha seguito da vicino, come alcuni compagni di partito, i quali ricordano come «non c'è mai stato un momento della sua esistenza in cui la dimensione di uomo non fosse intimamente legata alla sua dimensione di studioso, di uomo di cultura, e al suo impegno politico»⁹². Questa concezione unitaria della vita, profondamente cristiana, si espande evidentemente anche all'insegnamento universitario, influenzandone il metodo.

L'insegnamento del diritto penale per principi e l'astensione dalla proclamazione di un "programma di riforme" sembra pensata per favorire la costruzione di un rapporto docente-discente più dialogico e umano⁹³ ed appare anche maggiormente rispettosa della libertà e dell'intelligenza dello studente di maturare un proprio pensiero critico sul diritto vigente, senza i condizionamenti che potrebbero derivare dall'autorevolezza e dal carisma dell'insegnante.

Colpisce nelle *Lezioni*, come è già stato rilevato, il rispetto per le opinioni differenti degli altri studiosi, che «spinge alla condanna degli assiomi e alla ricerca della verità attraverso il confronto»⁹⁴, concependo «l'insegnamento non tanto come trasmissione di una conoscenza specialistica, ma come comunicazione di valori e di chiavi interpretative della realtà»⁹⁵.

Non esiterei a considerare una simile scelta didattica come connessa a quella "pedagogia democratica", che Moro ambiva ad esercitare dentro e fuori le aule uni-

⁹² T. ANSELMI, *L'unità di una vita*, in A. ALFONSI-L. D'ANDREA, *Aldo Moro: un percorso interpretativo*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2018, p. 33.

⁹³ «L'Università va umanizzata, rendone il rapporto d'insegnamento, ufficiale e non ufficiale, un rapporto umano, vorrei dire di amicizia nel senso più alto e nobile della parola», in A. MORO, *I problemi dell'Università* (1942), in G. CAMPANINI (a cura di), *Al di là della politica e altri scritti. «Studium» 1942-1952*, Edizioni Studium, Roma, 1982, p. 166.

⁹⁴ L. VIOLANTE, *Il diritto*, cit., p. 120.

⁹⁵ L. VIOLANTE, *Aldo Moro*, cit., p. 342. Dirà Moro in una severa critica dei mali dell'insegnamento universitario che: «Ora quel che l'Università insegna è il più delle volte soltanto scienza del particolare [...], cui manca il riferimento a quei fondamentali problemi umani che rendono viva la scienza e ce la fanno sentire nostra», in A. MORO, *I problemi*, cit., p. 165; conf. A. MORO, *Problemi dell'Università italiana* (*Rassegna*, 3 agosto 1944), in ID., *Scritti e discorsi*, Volume Primo: 1940-1947, a cura di G. ROSSINI, Edizioni Cinque Lune, Roma, 1982, p. 47. Per una riflessione sul ruolo del docente secondo Moro, cfr. F. MASTROBERTI, *Aldo Moro e la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari nella transizione dal regime fascista alla Repubblica*, in A. MASSAFRA-L. MONZALI-F. IMPERATO (a cura di), *Aldo Moro e l'Università di Bari tra storia e memoria*, Cacucci, Bari, 2016, pp. 57 ss.

versitarie al fine di creare le condizioni necessarie alla possibile e tanto auspicata partecipazione delle masse, anche giovanili, alla vita politica e sociale del paese⁹⁶.

Moro, giurista-politico, non fu forse un precursore, capace di intraleggere nella Carta costituzionale uno specifico programma di riforme giuridiche e ordinamentali⁹⁷, almeno non se ne trova traccia nei suoi scritti. Probabilmente fu un cauto innovatore⁹⁸, «più del contesto politico che delle strutture istituzionali»⁹⁹, il quale si dimostrò, però, in quegli anni capace, come molti riconobbero, di cogliere in tempo reale il significato, la complessità e la direzione dei processi profondi e delle trasformazioni che stavano avvenendo nella vita politica e sociale, senza abbandonarsi mai all'illusione regolatoria, all'idea cioè che l'ordine dipenda solo dalle regole¹⁰⁰.

Nella scelta di non affrontare il tema delle riforme sarei più propenso a ravvisare il senso di Moro della storia, la consapevolezza del carattere contingente della decisione politica, esposta al mutamento della vita degli uomini e di una società in movimento, che rendeva difficoltosa, in quello scorcio di secolo, la cristallizzazione di soluzioni normative e doverosa l'attesa paziente della maturazione di tempi in grado di accogliere il cambiamento.

Nel fare i conti con le *Lezioni penalistiche* non si può, peraltro, trascurare di considerare il fatto che esse furono tenute in un anno accademico nel quale il professore era il Presidente del Consiglio dei ministri della Repubblica italiana e che, pertanto, le sue dichiarazioni pubbliche, anche in un'aula universitaria, non potevano che ispirarsi al più cauto riserbo, specie su tematiche al centro di un incandescente dibattito giuridico e politico.

Tutto ciò premesso, la concretezza della azione politica di Moro sul campo della riforma penale non può, tuttavia, essere messa in dubbio¹⁰¹ e dà conferma non solo della sua perdurante inquietudine rispetto alla questione criminale, ma anche della sua capacità di scendere, quando il momento era propizio, dalle complesse e tormentate elaborazioni dogmatiche giovanili alla creazione di norme, legislative e costituzionali, adeguate al grande movimento dei diritti umani e sociali del Secondo Dopoguerra. Basti considerare che la prima impor-

⁹⁶ L'importanza dell'impegno culturale e politico di Moro per la "educazione del popolo" italiano alla sovranità è sottolineata anche da G. LAMADDALENA, *Aldo Moro. Una vita al servizio della Verità*, Università degli Studi di Bari, Bari, 1998, pp. 5 e 16.

⁹⁷ L. ELIA, *Intervento*, in *Aldo Moro. Commemorazione*, cit., p. 34.

⁹⁸ N. MANCINO, *Intervento*, in *Il diritto penale nel pensiero di Aldo Moro*, cit., p. 17.

⁹⁹ L. VIOLANTE, *Relazione* all'Inaugurazione dell'Anno accademico 2015-2016 nel ricordo di Aldo Moro, in V. MARZI-A.F. URICCHIO (a cura di), *Aldo Moro e i Rettori della sua Università*, Mario Adda Editore, Bari, 2016, p. 190.

¹⁰⁰ *Ivi*, pp. 190 ss.

¹⁰¹ L. LAMA, *La concretezza di Aldo Moro* e M.S. GIANNINI, *L'epoca delle grandi riforme*, in A. ALFONSI-L. D'ANDREA, *Aldo Moro*, cit., rispettivamente da pp. 61 ss. e 273 ss.

tante riforma del Tribunale per i minorenni, operata dalla legge 25 luglio 1956, n. 888, venne adottata quando Moro era Ministro della giustizia, e che la novella dell'ordinamento penitenziario del 1975, la quale sino ad allora rappresentava senz'altro la più significativa innovazione in materia penale, venne approvata sotto il IV Governo Moro con il suo allievo Renato dell'Andro Sottosegretario al Ministero di Grazia e Giustizia.

Interessante sarebbe, piuttosto, domandarsi se il modo personale con cui Moro declinava l'idea dell'umanità del diritto penale¹⁰², visto come una funzione, un'estrinsecazione della persona, come una manifestazione della sua dignità, sia dotato di una carica innovativa e riformista, diversa o persino superiore, di quella di analoghe declinazioni del penale¹⁰³; un impegnativo programma di ricerca, estraneo alle finalità di questo saggio, ma suscettibile di fornire indicazioni utili per una fondazione del diritto penale in senso fortemente umanistico.

¹⁰² Sulla polisemia dell'espressione "umanizzazione del diritto" e sull'uso ideologico dell'etichetta di "diritto penale umano", si veda G. BETTIOL, *Sull'umanizzazione del diritto penale*, in ID., *Scritti giuridici*, II, Cedam, Padova, 1966, p. 739 e in *Aspetti politici del diritto penale contemporaneo*, Priulla, Palermo, 1953, pp. 20 ss.

¹⁰³ La concezione morotea del diritto penale esprimerebbe «ancora oggi caratteri per certi versi rivoluzionari» secondo C. IAGNEMMA, "La capacità giuridica penale" e "La subiettivazione della norma penale"; i primi due volumi penalistici di Aldo Moro, in A. MORO, *Edizione Nazionale*, cit., e in *discrimen.it*, 22 gennaio 2020, pp. 9 ss.

GIUSTIZIA E POLITICA NELL'ITALIA REPUBBLICANA. CIRCOLI VIRTUOSI, INTERSEZIONI E CONFLITTI

Edmondo Bruti Liberati

SOMMARIO: 1. Dalla circolare Arangio Ruiz del 1944 alle “porte girevoli”. – 2. Il potere giudiziario nel sistema costituzionale. – 3. La Costituzione inapplicata e la magistratura. – 4. L’istituzione del Csm e la controversa vicenda del sistema elettorale. – 5. “Supplenza” della magistratura e “delega” alla magistratura. – 6. Mani pulite: il “peccato originale”. – 7. Responsabilità politica e responsabilità penale. – 8. Il pubblico ministero. – 9. Magistratura e politica: un impegno comune per il “servizio giustizia”.

1. *Dalla circolare Arangio Ruiz del 1944 alle “porte girevoli”*

Il tema del rapporto tra giustizia e politica, nel recente dibattito in Parlamento e nell’opinione pubblica, è stato banalizzato con l’immagine delle “porte girevoli”¹.

La rigorosa disciplina per gli incarichi nelle amministrazioni locali risponde ad una esigenza per troppo tempo elusa dal legislatore nonostante le ripetute sollecitazioni da parte del Csm e della Associazione Nazionale Magistrati.

La drastica disposizione che preclude ai magistrati ogni possibilità di tornare ad esercitare funzioni giudiziarie al termine del mandato elettivo risponde anch’essa ad una esigenza oggi largamente sentita. Alla crisi dei partiti politici si somma l’attuale sistema elettorale in base al quale i singoli parlamentari in larga misura sono “nominati” dalle segreterie dei partiti.

Negli ultimi tempi la presenza di magistrati in Parlamento si è drasticamente ridotta e in futuro è probabile che sia limitata a magistrati a fine carriera o già in pensione². Non mancheranno tra i legislatori esperti di diritto, avvocati e pro-

¹La materia è ora disciplinata negli articoli da 15 a 20 della legge 17 giugno 2022, n. 71.

²Nelle ultime legislature il numero di magistrati eletti in Parlamento è andato diminuendo da diciotto a nove e quindi a tre nella legislatura del 2018. Alle elezioni legislative indette per il 25 settembre 2022 sono candidati sette magistrati, di cui sei in pensione e uno già in aspettativa come parlamentare uscente. Sono risultati eletti quattro ex magistrati, mentre non è stato rieletto l’unico, Cosimo Ferri, in aspettativa come parlamentare uscente. Con la formazione del Governo

fessori, ma non vi sarà l'esperienza dell'esercizio concreto della giurisdizione. Occorrerà trovare altre strade perché il legislatore non si privi di questa esperienza: un più costante esercizio da parte del Csm della facoltà di esprimere pareri e di avanzare proposte e una interlocuzione non episodica del Ministro di Giustizia con l'Anm.

Rimane il messaggio lanciato oggi dal legislatore: l'esercizio della politica, anche al più alto livello del Parlamento nazionale (o europeo), è una "macchia indelebile" che preclude per sempre l'esercizio dell'imparzialità nella funzione giudiziaria.

Appena caduto il fascismo e prima ancora della Liberazione, il ministro della Giustizia del secondo governo Badoglio, il liberale Vincenzo Arangio Ruiz, con la circolare 6 giugno 1944, n. 285 rimuove il divieto di attività politica per i magistrati e anche di iscrizione ai partiti politici «perché dentro o fuori di questi, il giudice non potrebbe non avere le sue opinioni e relazioni tanto più efficaci quanto più nascoste»³.

Chiuse le "porte girevoli", è aperta la questione del rapporto giustizia-politica. Un autorevole commentatore politico da ultimo propone

«l'esigenza di riflettere su una delle maggiori contraddizioni della nostra convivenza civile: lo squilibrio tra una politica sempre più debole, in un sistema di partiti in buona misura liquefatti, e una magistratura che negli anni ha accentuato il suo potere e ha invaso nuovi spazi, anche in modo improprio, finendo per supplire alle carenze della politica»⁴.

Sembra utile risalire dalla attualità più recente all'impianto costituzionale sul rapporto tra poteri e ad alcuni passaggi salienti nella complessa attuazione di quei principi: processi evolutivi compiuti, questioni superate e problemi aperti.

Meloni la parola d'ordine "fuori i magistrati dalla politica" sembra essere stata abbandonata: pochi, per ora, magistrati ma con incarichi di grandissimo rilievo. A un ex magistrato, Carlo Nordio, è stato affidato il Ministero della Giustizia e per due magistrati in servizio il governo ha ottenuto la collocazione in fuori ruolo. Alfredo Mantovano, magistrato in Cassazione, già per lunghi anni fuori ruolo per mandato parlamentare e incarichi ministeriali, è stato nominato sottosegretario alla Presidenza del Consiglio, un ruolo tradizionalmente assegnato a Consiglieri di Stato. Giusi Bartolozzi, parlamentare uscente non ricandidata, è stata nominata dal ministro Nordio vice capo gabinetto al Ministero della Giustizia.

³ Tale indirizzo è ribadito dal Guardasigilli Togliatti con la circolare 18 agosto 1945, n. 1941 poiché «la partecipazione alla vita politica rientra tra i doveri civici in senso ampio».

⁴ S. FOLLI, *Premessa a L. VIOLANTE, Senza vendette. Ricostruire la fiducia tra magistrati, politici e cittadini. Dialoghi con Stefano Folli*, Il Mulino, Bologna, 2022, p. 7.

2. Il potere giudiziario nel sistema costituzionale

Il ruolo del potere giudiziario nel sistema è definito in poche disposizioni della Costituzione: art. 104, comma 1, 101, comma 2, 105 e 110 Cost.

Magistratura ordine o potere? La formulazione dell'art. 104 Cost. ha dato luogo ad ampia discussione in dottrina e il riferimento alla nozione di "ordine" è stato spesso utilizzato in funzione polemica nella denuncia delle "esorbitanze" della magistratura. L'utilizzo del termine "ordine" piuttosto che "potere" potrebbe «sembrare un espediente di pura forma utile ad evitare ripetizioni», ma «resta, però, incontestabile che l'ordine giudiziario, considerato unitariamente, è uno dei tre fondamentali poteri dello Stato, e la sua complessiva posizione all'interno dell'architettura costituzionale contribuisce a qualificare la stessa forma di Stato»⁵. Decisiva, inoltre, la considerazione che la magistratura, anche se, per la sua diversa legittimazione, non è un potere come quelli politici, è considerata "potere dello Stato" in relazione alla norma (art. 134 Cost.) sui «conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato».

La novità, la "rivoluzione"⁶ è rappresentata dal Consiglio superiore della magistratura, il quale, per la composizione e le attribuzioni, è posto come garante non solo della indipendenza esterna, ma anche dell'indipendenza interna.

Il carattere della magistratura come "potere diffuso" è ribadito dall'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1:

«La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica, rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso del giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata è rimessa alla Corte Costituzionale per la sua decisione».

L'attenzione dei commentatori si è appuntata sulla scelta del sistema incidentale

«avvenuta, come noto, a Costituzione già entrata in vigore, alle 22.05 del 31 gennaio 1948, e cioè nelle ultime ore dell'ultimo giorno di vita di un'Assemblea costituente ormai stanca, sulla base di un frettoloso compromesso raggiunto dal relatore Costantino Mortati con il governo De Gasperi. La legge costituzionale n. 1 del 1948, infatti, affida solo ai giudici la chiave per aprire le porte del giudizio davanti alla Corte costituzionale, escludendo gli altri organi che fino a quel momento erano stati proposti, quali singoli cittadini e la minoranza parlamentare»⁷.

⁵ N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, V ed., Bologna, 2019, pp. 23 e 24.

⁶ Il concetto di "rivoluzione" è utilizzato a questo riguardo da G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 76 e 139.

⁷ E. LAMARQUE, *Corte Costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, pp. 14-15.

Scarsa attenzione è stata dedicata al fatto di aver attribuito “la chiave del giudizio” di costituzionalità a tutti i giudici e non averla riservata alle magistrature superiori, come pure sarebbe stato possibile e coerente con l’idea, peraltro allora ancora largamente diffusa, della continuità con la organizzazione gerarchica tradizionale. Eppure:

«Se non fosse stato per i giudici delle giurisdizioni di merito, ed in particolare delle giurisdizioni di primo grado, la Corte costituzionale avrebbe avuto ben poco da fare! Alcuni dati statistici possono chiarire questo punto: [...]. Le percentuali delle questioni rimesse nel primo quindicennio di funzionamento della Corte costituzionale sono così distribuite: 49% preture, 35% Tribunali e Corti di assise, 8% Corti di appello, 2% Cassazione»⁸.

La prima sentenza della Corte costituzionale, la n. 1 del 1956, si pronuncia su trenta eccezioni proposte essenzialmente da giudici di primo grado sparsi su tutto il territorio nazionale, pretori in prevalenza (diciotto), tribunali (otto) e corti di assise (una). Vi sono anche tre eccezioni proposte da una Corte d’appello, quella di Milano, una sede dove già in quegli anni erano molto attivi magistrati giovani progressisti; non stupisce che la Corte di cassazione sia assente.

Due dati: Csm come garante non solo dell’indipendenza esterna, ma anche dell’indipendenza interna, ribadita dall’art. 107, comma 3, Cost. «I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni»; attribuzione a ciascun giudice della facoltà di sollevare l’eccezione di costituzionalità segneranno il ruolo effettivo svolto dal giudiziario e il rapporto con la politica.

La sottovalutazione del Csm come garante dell’indipendenza interna ha condotto ad un radicale fraintendimento l’analisi di un autore il quale, dopo aver dato atto che il modello italiano è stato il principale ispiratore di quello che egli chiama *Judicial Council Euro-Model*, conclude che quel modello non può essere trapiantato nelle democrazie in transizione dei paesi dell’Europa Centrale e dell’Est perché non protegge l’indipendenza interna rispetto ai vertici della gerarchia giudiziaria⁹. Sarebbe bastata una lettura attenta di testi sul Csm italiano, pure citati in bibliografia, per comprendere come la piena attuazione del modello costituzionale italiano sia passata proprio attraverso l’attuazione, nonostante resistenze e ritardi, della indipendenza interna.

Ritornando al nostro Csm, si deve rilevare che i Costituenti sottovalutano, invece, il rilievo dei profili organizzativi del sistema giudiziario, tanto che la stringata formulazione dell’art. 110 Cost. induce parte della dottrina a parlare di meri “compiti residui” del Ministro della giustizia, anche se non manca chi non

⁸ M. CAPURSO, *I giudici della Repubblica*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, p. 53.

⁹ Così D. KOSAR, *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017 in particolare p. 130 e pp. 398-399.

condivide questa interpretazione restrittiva¹⁰. Il legislatore ordinario già con la legge istitutiva del Csm si pone il problema di quella che anni dopo la Corte costituzionale avrebbe definito “leale collaborazione”. Informatizzazione dei servizi giudiziari, giustizia predittiva e intelligenza artificiale pongono problemi nuovi sui quali si dovrà ritornare.

È osservazione diffusa nella dottrina italiana che il modello costituzionale del Csm «abbia subito, nel corso degli anni, uno sviluppo diverso da quello immaginato dai Costituenti»¹¹. Questo “diverso sviluppo” si è verificato per diversi istituti previsti nella Costituzione, come gli “organi ausiliari del Governo”: Consiglio Nazionale dell’Economia e del Lavoro (art. 99), Consiglio di Stato e Corte dei conti (art. 100). L’ordine degli articoli nel titolo III sezione III sembrerebbe riflettere un ordine di priorità tra questi organi di rilevanza costituzionale: le cose, come sappiamo, sono andate diversamente.

Se si considera il nucleo essenziale delle attribuzioni del Csm, vi è da chiedersi se l’evoluzione intervenuta non abbia costituito piuttosto il pieno sviluppo del “modello” scritto in Costituzione, che non si può ridurre a quello di «direttore collegiale del personale»¹². Anche la fortunata definizione di Alessandro Pizzorusso del Csm come vertice della “amministrazione della giurisdizione” forse non coglie più la complessità dei compiti che al Csm sono attribuiti oggi, non dalla volontà di espansione dello stesso, ma dalla evoluzione del sistema di giustizia e delle correlative esigenze di *governance*.

Il sistema giudiziario si misura con la profonda evoluzione della società italiana a partire dagli anni ’50 del secolo scorso, poi con il terrorismo e la criminalità mafiosa; il rapporto giudice/legge si ridefinisce nella “età della decodificazione”. Sul Csm si riflette inevitabilmente il dibattito che, con tensioni e polemiche, investe il ruolo della giustizia nella società e il rapporto tra giustizia e politica.

Gli ultimi decenni del Novecento, per il concorrere di una serie di circostanze, si caratterizzano, in tutte le democrazie, per un accresciuto ruolo del giudiziario. Nel 1995 nell’introduzione al volume dal titolo *The global expansion of judicial power* i curatori C. Neal Tate e Torbjorn Vallinder sostengono che il «fenomeno della *judicialization of politics* nel bene e nel male sembra essere o avviarsi a divenire una delle tendenze più significative delle istituzioni tra la fine del XX e l’inizio del XXI secolo. Essa merita attenta descrizione, analisi e valutazione»¹³.

¹⁰ S. BARTOLE, *La ripartizione delle competenze fra ministro e Consiglio superiore*, pubblicato nel capitolo intitolato *I compiti ‘residui’ del Ministero di Grazia e giustizia* in A. PIZZORUSSO (a cura di), *L’ordinamento giudiziario*, Il Mulino, Bologna, 1974, pp. 323-327.

¹¹ Così si apre la relazione introduttiva F. BIONDI, *Sessant’anni ed oltre di governo autonomo della magistratura: un bilancio*, in *Forum quad. cost. Rass.*, 2020, 4.

¹² Il concetto di “direttore collegiale del personale” è proposto da S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Laterza, Bari-Roma, 2022, p. 57.

¹³ C.N. TATE-T. VALLINDER, *The global expansion of judicial power: the judicialization of poli-*

3. *La Costituzione inapplicata e la magistratura*

Il primo decennio della nostra democrazia, in un quadro di mutati equilibri politici interni e di tensioni nella situazione internazionale, è segnato dall'ina-dempimento costituzionale in conseguenza di quello che Calamandrei definì come "ostruzionismo della maggioranza".

Calamandrei si riferisce ad una valutazione espressa «ai primi del 1953 da un'eminente costituzionalista non certo sospettabile di preconcetta ostilità all'attuale governo, il professor Balladore Pallieri dell'università Cattolica di Milano» sulla «spaventosa carenza istituzionale»¹⁴. Balladore Pallieri muove da un'analisi del quadro politico per concludere:

«Carenza del legislatore che non ha dato leggi necessarie perché la Costituzione fosse attuata, carenza degli organi di governo che non hanno preso gli opportuni provvedimenti affinché gli organi legislativi funzionassero a dovere, e affinché nei limiti dei loro poteri la Costituzione fosse realmente osservata; carenza della magistratura che ha adottato un atteggiamento retrivo cercando ogni pretesto per non applicare le nuove norme e che ha continuato nella vecchia abitudine contratta durante il fascismo dimostrarsi troppo prona ai desideri del governo»¹⁵.

La magistratura uscita dal fascismo non è oggetto di una significativa epurazione e tutta l'alta gerarchia giudiziaria continua ad essere reclutata tra i magistrati che hanno svolto gli anni centrali della loro carriera durante il fascismo¹⁶. Il clima di continuità porta la magistratura nel suo insieme ad essere, per formazione e per cultura del ruolo, spontaneamente e naturalmente in sintonia rispetto al governo in carica. La magistratura costituisce un fattore di rilievo nella linea di sterilizzazione della Costituzione, che incide sia sulle prospettive più innovative aperte nel rapporto Stato-cittadino, in tema di diritti di libertà, sia sulla questione della riforma dell'ordinamento giudiziario.

In un ruolo di primo piano è quella Corte di cassazione, che nel 1940 il guardasigilli Grandi aveva definito lo «Stato maggiore della magistratura [...] ristrettissimo semenzaio di menti elette e di fervidi ingegni»¹⁷.

tics, in C.N. TATE-T. VALLINDER (a cura di), *The global expansion of judicial power*, N.Y. University Press, New York, 1995, p. 5. Traduzione nostra.

¹⁴P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in AA.VV., *Dieci anni dopo. 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Laterza, Bari, 1955, pp. 211-212.

¹⁵G. BALLADORE PALLIERI, *La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, in *Foro pad.*, IV, 1, 1954, c. 62.

¹⁶Sulla mancata epurazione nella magistratura e sulle "brillanti carriere" di magistrati che avevano ricoperto ruoli di rilievo durante il fascismo o fatto parte del Tribunale della razza mi permetto di rinviare a E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Laterza, Bari-Roma, 2018, p. 27 ss.

¹⁷*La nuova legge sull'ordinamento giudiziario. Relazione del Guardasigilli al Duce, 1 marzo 1940* citata da A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 193.

Ernesto Eula, che era stato dal 1941 al 1943 componente dell'Ufficio studi e legislazione del Direttorio del Partito Nazionale Fascista, nel 1956 nella qualità di presidente della Cassazione esprime apprezzamento per il fatto che la magistratura abbia adottato:

«un procedimento di *gradualità* nell'attuazione della Costituzione, in parallelo col procedere della organizzazione statale e con la formazione, necessariamente di più graduale maturazione, del sentimento collettivo e della coscienza democratica [...] Soprattutto la giurisdizione doveva avere vivo e costante quel senso dello Stato e della continuità delle sue istituzioni, pur nel mutare degli eventi e delle leggi, che è conforme alle nobili tradizioni dell'Ordine giudiziario»¹⁸.

Il presidente della Cassazione, al vertice di una magistratura che proclama costantemente apoliticità, plaude alla scelta, tutta politica, della *gradualità* (il corsivo è nel testo) e, sobriamente, definisce «mutare degli eventi e delle leggi» la Liberazione dal fascismo e la Costituzione democratica; è la stessa persona che quindici anni prima, in toni un po' meno sobri, aveva plaudito alla «rivoluzione mussoliniana e della romanità».

Per tutti gli anni '50 la magistratura tradizionalista, in una organizzazione ancora fortemente gerarchizzata, detiene saldamente tutte le leve del potere interno: domina la Cassazione e attraverso questa indirizza e controlla la giurisprudenza, occupa gli incarichi direttivi ed attraverso il sistema di carriera esercita un potere forte di conformazione.

Fra questa magistratura e

«le forze politiche di governo si crea quasi subito un rapporto di buona collaborazione. [...] La magistratura, ed in particolare la corte di Cassazione, si mostra abbastanza sensibile all'evolversi della situazione politica e quindi anche al fatto che, dopo il 1948, al governo si consolida un partito di orientamento moderato come la DC»¹⁹.

Di questi anni è una vicenda emblematica del rapporto tra giustizia e politica. Antonio Azara, qualificato come presidente di sezione della Corte di cassazione, nel primo numero del 1939, figura come componente del "Comitato scientifico" della rivista *Il diritto razzista*²⁰; nella I legislatura 1948-1953 repubblicana viene eletto senatore per la Democrazia Cristiana e riconfermato ininterrottamente nelle successive II, III e IV legislatura, pur continuando ad esercitare le funzioni giudiziarie, come consentito dalla normativa allora vigente. La carriera di Azara procede verso i vertici della magistratura come Procuratore gene-

¹⁸ E. EULA, *Magistratura e Costituzione*, in *Riv. pen.*, 1956, pp. 337-338.

¹⁹ C. GUARNIERI, *Magistratura e politica. Pesi senza contrappesi*, Il Mulino, Bologna, 1992, p. 94.

²⁰ Vedi C. BRUSCO, *La rivista "Il diritto razzista"*, in *Storia e memoria*, XXIV, 2015, 1, p. 161.

rale della Corte di cassazione, dal 15 febbraio 1951 all'11 novembre 1952, e poi come Primo Presidente della stessa Corte, dal 12 novembre 1952 al 17 gennaio 1953, data della messa a riposo per limiti di età; prosegue come Ministro della giustizia del governo Pella dal 17 agosto 1953 al 12 agosto 1954.

4. *L'istituzione del Csm e la controversa vicenda del sistema elettorale*

La legge 24 marzo 1958, n. 195, che finalmente istituisce il Csm, tradisce l'impianto della Costituzione su due temi fondamentali. L'attribuzione al Ministro della iniziativa per le deliberazioni del Csm, che avrebbe potuto di fatto paralizzarne l'attività, è così palesemente contraria all'assetto previsto dalla Costituzione che viene abbastanza presto travolta dalla Corte costituzionale²¹.

La salvaguardia dell'assetto gerarchico, a dispetto del principio della indipendenza interna, si traduce nel sistema elettorale per i togati, che nella legge del 1958 è strutturato sul voto separato per categorie ed assicura, nella ripartizione dei seggi, una nettissima prevalenza all'alta magistratura. Il sistema elettorale rimarrà per molti anni il terreno sul quale i settori di maggioranza delle forze politiche cercano di recuperare momenti di influenza sull'organo di autogoverno.

«Il sistema elettorale dei togati è stato oggetto di un riformismo frenetico: segno, indubbiamente, della costante volontà politica di incidere – oltre che sugli equilibri della componente politica e di quella giudiziaria – sulla definizione stessa dell'identità della magistratura. Non a caso, il periodico riemergere del tema della riforma elettorale è strettamente legato al più ampio progetto di riforma degli equilibri generali dell'ordinamento giudiziario»²².

Nella fase iniziale questa tendenza si collega con le pretese di predominio della Cassazione. Successivamente i sistemi elettorali si misureranno con l'emergere allo scoperto del pluralismo all'interno della magistratura attraverso la formazione delle "correnti" dell'Anm.

È la ipocrita "scoperta" da parte della politica della "politicizzazione" della magistratura. Impietosa l'analisi proposta qualche anno dopo da Giuliano Vassalli.

«Piuttosto si deve rilevare che allo scandalo si è cominciato a gridare solo da quando sono comparsi negli ultimi anni dei giudici progressisti o di un colore politico prima poco consueto. Fino a quando, dichiarati o non dichiarati, i giudici erano prevalentemente conservatori e spesso reazionari, qualunque decisione veniva accettata

²¹ Corte cost. 23 dicembre 1963, n. 168.

²² D. PIANA-A. VAUCHEZ, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 90.

da coloro che adesso menano tanto scalpore, come perfetta espressione del sistema. E della “politicità” del giudice sembrava che fossimo in pochi ad accorgerci»²³.

La legge elettorale per il Csm del 1975, come reazione a quanto si era verificato nelle elezioni del 1972 con una legge maggioritaria che aveva consentito alla corrente di Magistratura Indipendente di assicurarsi tredici seggi su quattordici con circa il 40% dei voti, introduce un sistema proporzionale²⁴.

I riflessi della riforma sul ruolo della magistratura in un sistema democratico sono colti immediatamente da Domenico Pulitanò.

«Il pluralismo, introdotto come criterio di formazione dell'organo di autogoverno della magistratura, ne sottolinea vieppiù il legame con il sistema globale della democrazia rappresentativa e quindi il significato politico. Nello stesso tempo viene dato rilievo – e quindi legittimazione istituzionale – alle forme di aggregazioni ideale (politica) tra i magistrati, come base naturale di scelte programmatiche (oltre che personali) per il complessivo indirizzo dell'ordine giudiziario»²⁵.

Il sistema elettorale del Csm è stato nel corso degli anni, il terreno sul quale il sistema politico, dietro la bandiera del contrasto al “correntismo”, ha perseguito in realtà l'obbiettivo di recuperare momenti di influenza sull'organo di governo autonomo.

«Il Csm ha svolto un ruolo assolutamente centrale e decisivo per la realizzazione del modello italiano di ordinamento giudiziario e per la formazione di una magistratura autonoma e indipendente, specie dalla politica. Per questo negli anni abbiamo assistito a ripetuti attacchi verso il Csm da parte del potere politico, fino a realizzare una chiara contrapposizione ed una situazione di patologico conflitto. Per fortuna finora i diversi tentativi di depotenziare il Csm non sono riusciti nel loro intento a tutto vantaggio della tutela dei diritti dei cittadini»²⁶.

I sistemi elettorali, in generale, sono materia tecnicamente complessa e talora producono risultati perversi ovvero del tutto opposti a quelli che il malaccorto legislatore si proponeva, come è avvenuto con il sistema elettorale del Csm in vigore negli ultimi anni fino alla recente riforma adottata con l. 17 giugno 2022,

²³ G. VASSALLI, *Né inanimato, né fazioso*, in *Il Giorno*, 20 settembre 1973, p. 3.

²⁴ Per un dettagliato resoconto dell'iter parlamentare della legge vedi E. BRUTI LIBERATI, *Note sulla composizione e sul sistema elettorale del Consiglio superiore della magistratura*, in *Quest. giust.*, 1984, 4, pp. 801 ss.

²⁵ D. PULITANÒ, *Verso un nuovo modello di giustizia*. Comunicazione al XVI Congresso dell'Associazione nazionale magistrati, Bari, 30 Aprile-3 maggio 1976, ora in D. PULITANÒ, *Giudice negli anni '70. Un'esperienza di magistratura democratica*, De Donato, Bari, 1977, pp. 151-152.

²⁶ R. ROMBOLI, *Quale legge elettorale per quale Csm: i principi costituzionali, la loro attuazione e le proposte di riforma*, in *Quest. giust.*, 25 maggio 2020, p. 25.

n. 71. Il pluralismo culturale e professionale caratterizza la magistratura, come qualunque altro gruppo professionale. Nonostante le degenerazioni questo pluralismo è insieme un valore positivo e una realtà che nessuna alchimia elettorale può eliminare. Ovunque vi è una elezione libera si confrontano diverse opinioni e si formano aggregazioni.

Un tema che merita attenzione è quello del ruolo effettivamente svolto dai componenti laici del Csm, che la Costituzione prevede per un terzo del numero complessivo dei componenti dell'organo, eletti dal Parlamento in seduta comune tra professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati dopo quindici anni di esercizio. La legge ordinaria (art. 22, l. 24 marzo 1958, n. 195) ha richiesto per la elezione maggioranze qualificate (per i primi due scrutini la maggioranza dei tre quinti dei componenti l'assemblea, per gli scrutini successivi la maggioranza dei tre quinti dei votanti). La presenza nel Csm di laici, in proporzione ridotta rispetto ai togati, ma con particolare qualificazione professionale e con l'attribuzione della funzione di Vicepresidente, è prevista come temperamento del rischio di chiusura corporativa, come scambio di esperienze tra le professioni legali e anche come collegamento con la politica. Le maggioranze qualificate necessarie per la elezione impongono un accordo tra maggioranza e opposizione, accordo che in non poche occasioni ha operato come scambio al ribasso per "piazzare" al Csm politici in fine carriera o "fedelissimi" alle linee di partito. Non è mancata neppure una vicenda in cui il Parlamento in seduta comune il 15 settembre 2014 ha eletto un "ineleggibile", per mancanza dei requisiti previsti ed è stato costretto a riconvocarsi per procedere ad una nuova elezione. Numerose e luminose sono state le eccezioni, con componenti laici e Vicepresidenti che hanno svolto con autorevolezza e spirito di indipendenza il ruolo che il Costituente aveva prospettato. Ma la situazione più frequente è diversa, come rilevato da un autore che è stato componente laico del Csm.

«Allo stato attuale della normativa, tuttavia, nulla può impedire che la designazione dei membri "laici", anziché indirizzarsi su personalità di prestigio nel campo accademico professionale, segua rigide logiche di schieramento o di collateralismo alla politica: ciò che rischia di provocare, nel concreto funzionamento del *plenum*, fenomeni non meno dannosi della spesso lamentata divisione in correnti dei componenti provenienti dalla magistratura»²⁷.

5. "Supplenza" della magistratura e "delega" alla magistratura

Per la società civile i primi anni '70 dello scorso secolo sono gli anni di una straordinaria vivacità e di una nuova attenzione dell'opinione pubblica al fun-

²⁷ N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., p. 33.

zionamento di tutti gli apparati e specialmente della giustizia. A livello istituzionale è la stagione di una serie di riforme, che sanzionano i cambiamenti profondi della società e attribuiscono sempre nuovi compiti alla magistratura, la quale peraltro, in non pochi casi con nuove interpretazioni e nuove prassi, ha aperto la via al legislatore.

I gruppi maggioritari nell'Anm si attardano sul mito del “giudice bocca della legge”, ma è sotto gli occhi di tutti una nuova fase di mutamento del ruolo del giudice. Si assiste ad

«uno straordinario attivismo dei magistrati, che, probabilmente per la prima volta nella storia d'Italia, hanno cominciato ad esercitare la parte dei protagonisti in molte vicende la cui importanza trascende considerevolmente la loro rilevanza giudiziaria»²⁸.

Al centro del dibattito nella magistratura si pone a lungo una questione “teorica”: il metodo dell'interpretazione; ma il segno della disputa è tutt'altro che meramente teorico.

«Certezza del diritto ed imparzialità, apoliticità e formalismo erano i proclamati punti di riferimento ad indirizzi giurisprudenziali peggio che opinabili, imposti da vertici giudiziari il cui monopolio interpretativo era garantito dal controllo che essi avevano anche (tramite concorsi per titoli) sulla carriera di tutti i magistrati»²⁹.

Così Domenico Pulitanò, il quale peraltro già nel 1977 proponeva «il superamento della centralità del problema dell'interpretazione, che ha segnato e spesso continua impropriamente a segnare il nodo appariscente (e apparente) del conflitto tra giuristi progressisti e conservatori»³⁰ e «il recupero della (tendenziale) certezza del diritto»³¹.

Si parla di “supplenza” giudiziaria; ma la categoria della supplenza non è sufficiente per l'analisi di un fenomeno destinato a segnare per il futuro l'assetto del giudiziario³².

La nozione di supplenza è invece abbastanza adeguata a definire il ruolo svolto dal Csm, con particolare accentuazione a partire da quegli anni, attraverso

²⁸ A. PIZZORUSSO, *Introduzione a L'ordinamento giudiziario*, cit., p. 36. Lo scritto è del 1974.

²⁹ D. PULITANÒ, *Associazionismo tra magistrati e funzione giudiziaria*, in *Dem. dir.*, 1978, 4, p. 615.

³⁰ D. PULITANÒ, *Giudice negli anni '70*, cit., Prefazione, p. 31. Vedi ora anche D. PULITANÒ, *Il giudice e la legge penale*, in *Quest. giust.*, 2017, 2.

³¹ D. PULITANÒ, *Giudice negli anni '70*, cit., p. 34; il tema è ripreso qualche anno dopo da V. ZAGREBELSKY, *Dalla varietà della giurisprudenza alla unità della giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1576.

³² Vedi D. PULITANÒ, *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quad. cost.*, 1983, 1, pp. 93 ss.

so l'attività cosiddetta paranormativa, che si concreta in circolari e delibere di carattere generale volte a colmare le lacune derivanti dalla mancata organica riforma dell'ordinamento giudiziario. Forse sarebbe più corretto parlare di supplenza-delega da parte del legislatore; ma questo meritorio, e necessitato, ruolo svolto dal Consiglio, è stato più volte nel corso degli anni oggetto di roventi polemiche.

Nonostante la diversa opinione della Cassazione e le oscillazioni della Corte costituzionale, il Csm, già a partire dalla fine degli anni '60, si indirizza verso una attuazione rigorosa del principio del giudice naturale preconstituito per legge (art. 25, comma 1, Cost.), riferendolo non solo all'organo giudiziario, ma anche alle persone fisiche dei giudici.

Il Csm costruisce progressivamente il "sistema tabellare" con le circolari per la formazione delle tabelle di composizione degli uffici giudiziari ed i criteri di assegnazione degli affari³³. Con la legge 6 agosto 1982, n. 532, istitutiva del Tribunale della libertà, viene prevista per la prima volta la precostituzione del giudice, non solo come ufficio, ma anche come persona fisica, con un esplicito riferimento alla formazione delle tabelle da parte del Csm. In questa materia si è istituito tra Csm e Parlamento un "circolo virtuoso".

Nell'analisi del ruolo svolto dalla magistratura di fronte al terrorismo non di "supplenza", ma piuttosto di "delega" si deve parlare. Per il terrorismo rosso vi è un'ampia delega alla magistratura da parte del potere politico, che provvede ad adeguare mezzi e strutture giudiziarie a sostegno delle indagini in corso e ad apprestare gruppi specializzati nelle polizie; tutto ciò, grazie anche all'impegno di tanti magistrati, produce risultati indiscutibili in termini di efficacia dell'intervento penale.

Di segno sostanzialmente contrario la posizione del potere politico rispetto alle indagini sul versante del terrorismo nero e stragista; le intersezioni con le deviazioni, vecchie e recenti, dei servizi segreti e con le trame della P-2 fanno sì che preoccupazione principale del potere politico di governo sembra essere stata quella di occultare le deviazioni (e i pezzi di sistema politico che le hanno promosse o coperte) piuttosto che far funzionare la repressione. Nessuna delega quindi, né predisposizione di mezzi per l'organizzazione giudiziaria, ma anzi pervicace opposizione del segreto di stato e reiterazione di interventi di depistaggio a copertura delle precedenti deviazioni. Gli effetti di questo atteggiamento, nonostante gli importanti risultati delle indagini svolte in molte sedi da Firenze a Padova, Brescia, Milano e Bologna, impediscono ancora oggi di fare piena luce su quelle pagine oscure e tragiche della storia repubblicana.

³³ Vedi R. ROMBOLI, *Teoria e prassi del principio di precostituzione del giudice*, in *Il principio di precostituzione del giudice*, in *Quaderni del Consiglio superiore della magistratura*, 66, Roma, 1993, pp. 28 ss.

6. *Mani pulite: il “peccato originale”*

Secondo una interpretazione diffusa all'origine dello “squilibrio nel rapporto tra politica e magistratura” starebbe il “peccato originale” di Mani Pulite.

Ma in una diversa analisi l'arresto di Mario Chiesa, che apre la vicenda, è proposto come

«lo sparo di Sarajevo che dà il via alla Grande Guerra che porterà all'estinzione degli imperi centrali della Prima Repubblica – l'impero austro-ungarico democristiano, con le sue correnti balcaniche, le sue mille nazionalità e il regno del Kaiser socialista, esperto nelle guerre lampo [...]»³⁴.

Altri hanno sottolineato il contesto politico internazionale e nazionale.

«Due eventi internazionali hanno marcato la rottura sistemica del 1992-1994, la fine della guerra fredda e il trattato di Maastricht. [...] La fine del dualismo mondiale segnava una soluzione di continuità così forte da squassare il sistema politico italiano, figlio della guerra fredda, che improvvisamente si ritrovava senza l'asse portante di un equilibrio di mezzo secolo imperniato sui due maggiori partiti. Cadeva il pilastro comunista e inevitabilmente si frantumava anche quello democristiano, anch'esso segnato da vistose crepe al suo interno»³⁵.

La crisi del sistema politico era già evidente alla fine degli anni '80 e le inchieste della magistratura sulla corruzione avevano messo in luce alcuni degli aspetti che l'indagine Mani pulite poi accerterà come sistema diffuso e pervasivo. Il rilievo assunto dalle indagini giudiziarie non si limita all'Italia.

«Senza negare, ma senza esagerare il maggior tasso corruttivo della classe politica italiana, va però chiarito che lo scontro in Italia tra potere giudiziario e potere politico si sviluppava anche negli altri paesi della Cee in questi stessi anni»³⁶.

Vi furono, certo, taluni eccessi (in particolare nell'uso della custodia cautelare in carcere), errori, protagonismi, vi furono dolorose e tragiche vicende personali. Ma la storia di Mani pulite non è una storia di eccessi e di errori, è, al contrario, la storia del doveroso intervento repressivo penale di fronte ad un vero e proprio sistema di corruzione, ad una devastazione della legalità.

³⁴ M. DAMILANO, *Eutanasia di un potere. Storia politica d'Italia da Tangentopoli alla Seconda Repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 14.

³⁵ S. COLARIZI-M. GERVASONI, *La tela di Penelope. Storia della seconda repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. VIII e p. 13.

³⁶ S. COLARIZI, *Passatopresente. Alle origini dell'oggi 1989-1994*, Laterza, Bari-Roma, 2022, p. 18.

La “celebrazione” del trentennale di Mani Pulite, tralasciando la faziosità di alcune posizioni “militanti” nell’uno e nell’altro senso, ha visto in genere analisi equilibrate ed attente. Colpisce peraltro il rilancio del tema “due pesi, due misure”.

Una delle “accuse” mosse al pool di Mani pulite è quella di aver indagato in modo selettivo sul mondo politico ed in particolare di avere risparmiato il Pci/Pds. I fatti di corruzione riguardanti il sistema milanese, dalla metropolitana alla sanità, dove operava un sistema di tangenti versate dalle imprese ai partiti secondo percentuali tra questi ultimi concordate, coinvolgono tutti i partiti, nessuno escluso, compresa la Lega nord ultima arrivata e i partiti minori come il Pri. In questo contesto numerosi esponenti del Pci/Pds, così come della Dc, del Psi e di altri partiti, sono stati indagati, diversi arrestati e infine in giudizio, come è fisiologico, taluni condannati definitivamente, altri assolti. Il vertice nazionale del Psi, nella persona dell’on. Craxi è stato coinvolto perché a Milano aveva la sua base operativa, nel lecito e nell’illecito.

La indagine sui vertici nazionali del Pci/Pds condotta a Venezia, a partire dagli spunti investigativi riguardanti il sistema delle cooperative trasmessi dalla Procura di Milano, dal Pm Carlo Nordio non approda a nulla. Nella richiesta di archiviazione il Pm veneziano si dilunga ad elencare tutta una serie di indizi a carico di Occhetto e D’Alema per concludere che vi è carenza di prova idonea a sostenere il giudizio e pertanto, dopo ben quattro anni di indagine, l’11 novembre 1998, chiede l’archiviazione. Ma il Gip di Venezia il 13 luglio 2000 dichiara la incompetenza di Venezia. Dopo un ulteriore ritardo gli atti sono infine trasmessi alla Procura di Roma che richiederà nuovamente la archiviazione. L’indagine veneziana sui vertici del Pci/Pds non soltanto non è approdata a nulla, ma è stata a lungo trattenuta, nonostante la evidente incompetenza territoriale.

Il “piccolo dettaglio” di una indagine condotta per anni, con ampio *battage* sulla stampa, in violazione di una precisa regola procedurale è sostanzialmente ignorato ora da una autorevole studiosa, molto attenta in generale al rispetto delle regole e delle garanzie³⁷, che invece a più riprese rilancia il tema del risalente collateralismo della magistratura politicizzata con il Pci e poi Pds sino a proporre «la elementare constatazione di quale fosse stato l’orientamento prevalente filocomunista dei magistrati»³⁸. Sorprende questa reiterazione di accuse, prive di qualunque puntuale riscontro fattuale, in questo lavoro recente che, per il resto, si segnala per la accurata selezione delle fonti e le motivate analisi.

³⁷ *Ivi*, pp. 185-186.

³⁸ *Ivi*, p. 187, ma vedi anche pp. 17-18, 20, 23-24, 122.

7. Responsabilità politica e responsabilità penale

Vigente la disciplina prevista dall'art. 68 Cost. il Parlamento respinge costantemente la richiesta di autorizzazione a procedere, non solo per reati di "opinione", ma anche in casi di reati comuni che meritano indagini approfondite³⁹. Il 9 luglio 1992 l'autorizzazione viene concessa nei confronti di cinque parlamentari coinvolti nella indagine Mani pulite⁴⁰. Le statistiche sulle richieste di autorizzazione a procedere mostrano una impennata nella XI legislatura, quella iniziata il 23 aprile 1992, in conseguenza delle richieste avanzate dalla Procura di Milano.

«L'attivismo della magistratura nella XI legislatura più che a una volontà persecutoria, o di rivincita, o di vendetta dei magistrati nei confronti dei politici andrebbe attribuito a una sorta di effetto tecnico. Avendo per anni ostacolato o impedito le indagini, oggi i politici si trovano a dover fare i conti non solo con il loro presente, ma anche con il loro passato: quel che ai più esagitati tra gli inquisiti appare una persecuzione è forse, molto più semplicemente, lavoro arretrato»⁴¹.

L'osservazione, proposta sul filo del paradosso, coglie un dato reale. La magistratura di norma apre le indagini quando ha notizia di fatti che si sono verificati poco o tanto tempo prima. Nel maggio 1990 il Senato aveva respinto la richiesta di autorizzazione a procedere nei confronti del Senatore Antonio Natali per una tangente che avrebbe ricevuto quando era presidente della Metropolitana Milanese. Natali muore il 22 maggio del 1991; l'anno successivo verrà pienamente in luce il "Lodo Natali" che operava da anni per la divisione delle tangenti Mm tra i partiti milanesi.

Sull'onda delle polemiche seguite al rigetto, il 29 aprile 1993, della richiesta di autorizzazione a procedere nei confronti dell'on. Craxi l'iter parlamentare per la modifica dell'istituto subisce una accelerazione e il 29 ottobre 1993 viene approvata la legge costituzionale 29 ottobre 1993, n. 3, che modifica l'art. 68 Cost.: l'autorizzazione a procedere ora è richiesta solo per l'arresto, le perquisizioni e le intercettazioni.

Nelle polemiche che investono indagini su parlamentari viene ricorrentemente proposto il ripristino dell'autorizzazione a procedere, spesso richiamando la disciplina di altri paesi che mantengono questo istituto. Si omette però di ricordare che altrove la prassi era ed è quella di concedere l'autorizzazione, salvo rarissime eccezioni. Il concetto di *fumus persecutionis*, come motivo per respingere

³⁹F. CAZZOLA-M. MORISI, *La mutua diffidenza. Il reciproco controllo tra magistrati e politici nella prima Repubblica*, Feltrinelli, Milano, 1996.

⁴⁰Vedi *Tangentopoli l'ora degli onorevoli*, in *Corriere della Sera*, 10 luglio 1992, p. 3.

⁴¹L. RICOLFI, *L'ultimo Parlamento. Sulla fine della prima Repubblica*, La Nuova Italia Scientifica, Roma 1993, p. 38. Vedi anche G. BIANCONI, *Tangentopoli in Parlamento*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia, Annali n. 17. Il Parlamento*, Einaudi, Torino, 2001.

la richiesta di autorizzazione, si presta ad un intervento deciso nel merito dell'indagine, con ampi spazi aperti alle logiche di schieramento politico⁴².

Si continua ad eludere la questione di fondo: sta al sistema politico misurarsi con una responsabilità politica distinta dalla responsabilità penale.

Nel 1993 Guido Neppi Modona, tra i primi, pone in evidenza la esigenza di «una netta distinzione tra responsabilità politica e responsabilità penale, attivando le regole e le sanzioni della prima senza attendere gli esiti della seconda»⁴³ aggiungendo che «il corretto e tempestivo ricorso alla responsabilità politica costituirebbe un rimedio all'attuale sovra esposizione della magistratura ed un correttivo del ruolo politico di cui è stata accreditata»⁴⁴ e formula un auspicio che peraltro andrà deluso.

«Al nuovo ceto politico che verrà chiamato a governare dopo le elezioni del 1994 si deve dunque chiedere in via prioritaria di riattivare i circuiti della responsabilità politica e delle relative sanzioni, prima ed indipendentemente dagli esiti del processo penale; dalla magistratura ci si attende che si riappropri della cultura della giurisdizione, ridando alla pubblica opinione la sensazione che la giustizia non è fatta solo di informazioni di garanzia, di ordini di custodia cautelare in carcere e di confessioni, ma anche e soprattutto di scrupoloso e sofferto accertamento della responsabilità o dell'innocenza degli imputati nel pubblico contraddittorio dibattimentale tra accusa e difesa»⁴⁵.

In uno scritto sulle derive del populismo penale, Domenico Pulitanò ripropone efficacemente la questione.

⁴² Forse alla categoria di una variante anomala dell'istituto della autorizzazione a procedere potrebbe ricondursi la stagione leggi *ad personam* che caratterizza il periodo dei governi Berlusconi II e III: riforma del falso in bilancio, leggi su rogatorie, legittimo sospetto, prescrizione e "Lodo Schifani" sulla sospensione dei procedimenti per le alte cariche dello Stato. Il legislatore *ad personam* si rivela anche tecnicamente maldestro e la interpretazione data dai giudici alle nuove norme supera gli ostacoli formalistici che si volevano frapporre. Non poche di queste leggi sono dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale, ma nel frattempo l'obbiettivo di ostacolare i processi ed avvicinare la prescrizione è comunque raggiunto. Proseguiranno e, se possibile, in crescendo, le leggi *ad personam* nel crepuscolo del governo Berlusconi IV della XVI legislatura: processo breve, legittimo impedimento, Lodo Alfano, in un conflitto che coinvolgerà anche la Corte costituzionale. Si assiste ad uno stravolgimento di ogni limite istituzionale, con avvocati/parlamentari che in aula di udienza preannunciano iniziative di leggi destinate ad incidere su quel processo, fino al Senato della Repubblica che con la mozione approvata il 5 dicembre 2001 censura provvedimenti giudiziari pronunciati in processi in corso che vedono come imputato il presidente del Consiglio, senza che il presidente del Senato, sen. Marcello Pera abbia osservato alcunché sulla stessa ammissibilità del testo (riportato in *Quest. giust.*, 2002, 2, pp. 395-398).

⁴³ G. NEPPI MODONA, *Ruolo della giustizia e crisi del potere politico*, in *Quad. soc.*, XXXVII, 1993, 5, p. 26.

⁴⁴ *Ivi*, p. 29.

⁴⁵ *Ivi*, p. 30.

«La riduzione dei problemi di *accountability* alla sola dimensione penalistica produce effetti distortivi. [...] In una sorta di circolo vizioso, il deficit di etica e di *accountability* produce un eccesso di penale, che ponendosi come unico criterio di responsabilizzazione tende ulteriormente a ridurre lo spazio proprio di un autonomo giudizio etico e/o politico»⁴⁶.

Il giudizio della politica oggi tende ad assumere la categoria del “garantismo” laddove non sia intervenuta sentenza definitiva di condanna, in questo modo eludendo puntualmente l’assunzione di un «autonomo giudizio etico e/o politico» evocato da Pulitanò. Un giudizio che dovrebbe prescindere dalla dimensione penalistica. Già prima di una sentenza definitiva di condanna, e anche laddove il rilievo penalistico sia incerto o in radice possa apparire escluso, sta alla politica emettere una “sentenza di condanna” fondata su ragioni di etica della politica. E vale anche l’opposto per una “assoluzione politica” anche a fronte di fatti di rilievo penale, che non si ritengano sufficienti ad una condanna sotto il profilo dell’etica politica.

In altri paesi, prima e a prescindere dall’accertamento di una responsabilità penale, opera la responsabilità politica.

Karl-Theodor zu Guttenberg, già segretario generale del partito Csu, Ministro tedesco della difesa, il 1 marzo 2011 si dimette da ogni incarico dopo che sulla stampa è stato segnalato il plagio di numerosi brani nella sua tesi di dottorato in diritto internazionale del 2006. Sebastian Kurz, leader del Partito Popolare Austriaco, per due volte Cancelliere federale, nel 2021 si dimette dal cancellierato e annuncia il ritiro dalla vita politica a seguito dell’accusa di aver usato fondi pubblici a fini di partito, tra il 2016 e il 2018, quando era Ministro degli Esteri. Christian Wulff, già presidente del partito Cdu, è Presidente della Repubblica Federale Tedesca dal 30 giugno 2010. Il 16 febbraio 2012 la procura di Hannover chiede la revoca dell’immunità prevista per il capo dello Stato in relazione ad una indagine per un finanziamento di 500.000 euro con un mutuo a tasso agevolato del 4%, che Wulff avrebbe ottenuto da un amico imprenditore, per la realizzazione di un appartamento in Bassa Sassonia, in cambio di favori. Il giorno dopo si dimette. Il 27 febbraio 2014 è stato assolto dal Tribunale di Hannover dall’accusa di corruzione. Helmut Kohl, presidente onorario del partito Cdu, artefice della riunificazione tedesca, quando nel 2000 emergono cospicui finanziamenti che aveva ricevuto in nero per la sua carriera politica si dimette da ogni incarico.

Dominique Strauss-Kahn, esponente di spicco del Partito Socialista, già ministro in dicasteri economici, dal 1° novembre 2007 direttore generale del Fondo monetario internazionale, nonché potenziale candidato alle elezioni presi-

⁴⁶D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Crim.*, 2013, p. 145.

denziali francesi, il 14 maggio 2011 è arrestato a New York con l'accusa di tentata violenza sessuale ai danni di una cameriera di un albergo; quattro giorni dopo rassegna le sue dimissioni dalla carica di Direttore del Fmi. La procura di New York successivamente archivia il caso.

8. *Il pubblico ministero*

Un recente saggio aspramente critico sulla “dilatazione del ruolo dei giudici” in Italia viene così presentato.

«In questo contesto le procure hanno acquisito un posto particolare tanto che molti esperti parlano di una “Repubblica dei PM” divenuti un potere a parte, con mezzi propri, che si indirizzano direttamente all'opinione pubblica, avvalendosi della “favola” dell'obbligatorietà dell'azione penale, utilizzando la cronaca giudiziaria come mezzo di lotta politica e trasformando l'Italia in una “Repubblica giudiziaria”»⁴⁷.

Vengono in rilievo tre questioni cruciali sul tema del rapporto giustiziale-politica: il ruolo del pubblico ministero, il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale e la separazione delle carriere.

Uno. Il ruolo assunto dalle Procure: una peculiarità del caso italiano?

«Vi sono stati tempi e luoghi nei quali i protagonisti centrali della giustizia penale, responsabili della correttezza e dell'effettività del sistema penale, sono stati i giudici. [...] Oggi le figure centrali (*pivotal*) nei sistemi di giustizia penale nella maggior parte del mondo appaiono essere sempre più i pubblici ministeri [...]»⁴⁸.

Sono le prime righe dell'introduzione dei curatori di uno studio sulla figura del *prosecutor* nelle democrazie: Stati Uniti, Europa continentale, Regno Unito, ed anche Giappone, Taiwan e Latino America. Si aggiunge che ciò avviene anche se «[I] *prosecutors* non hanno lo stesso ruolo in tutti questi paesi e in molti casi le differenze nei poteri e nelle funzioni loro attribuite sono sostanziali»⁴⁹.

Due. Obbligatorietà dell'azione penale: una favola?

Prescrivendo l'obbligatorietà dell'azione il Costituente ha voluto “soltanto” fissare un principio: l'eguaglianza di tutti davanti alla legge sancita dall'art. 3 Cost. esige che nell'applicazione della legge penale il primo attore, il Pm, sia sottratto ad ogni influenza dell'esecutivo. Era allora viva la esperienza dell'inge-

⁴⁷ Risvolto di copertina di S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, cit.

⁴⁸ M. LANGER-D.A. SKLANSKY (eds.), *Prosecutors and Democracy. A Cross-National Study*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 1. Traduzione nostra.

⁴⁹ *Ibidem*.

renza del regime fascista sull'attività del pubblico ministero, al quale, per di più, il codice Rocco consentiva l'archiviazione diretta senza alcun controllo del giudice istruttore. Obbligatorietà dell'azione penale: non una "favola", ma un principio di garanzia e insieme un problema aperto.

Difendere il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale per la sua valenza di garanzia impone però affrontare il tema delle ineluttabili scelte discrezionali del Pm⁵⁰. La giaculatoria dell'"atto dovuto" non giova. Il Pm nella attività di indagine, sin dal momento iniziale, deve fare delle scelte. Se, come e quando adottare atti e provvedimenti comporta decisioni da adottare caso per caso: iscrizione nel registro delle notizie di reato, informazione di garanzia, perquisizioni e sequestri. Infine, a conclusione delle indagini, il Pm deve vagliare con rigore la sostenibilità della accusa in giudizio, resistendo alle pressioni di parti offese e denuncianti particolarmente motivati, per non dire di campagne di stampa colpevoliste. La correttezza o meno di queste scelte del Pm sarà valutata solo ex post, dal giudice.

Eludere l'assunzione di responsabilità del Pm per le scelte man mano adottate è vano, ma neppure è utile invocare come soluzione salvifica le direttive sulle priorità. La norma approvata con la riforma Cartabia prevede che il procuratore della Repubblica con il progetto organizzativo dell'ufficio, determini

«i criteri di priorità finalizzati a selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre e definiti, nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge, tenendo conto del numero degli affari da trattare, della specifica realtà criminale e territoriale e dell'utilizzo efficiente delle risorse tecnologiche, umane e finanziarie disponibili»⁵¹.

Una formulazione infelice; più correttamente si dovrebbe fare riferimento non a "criteri di priorità" ma agli indirizzi di politica criminale adottati dal Parlamento su proposta del Governo. La politica criminale si concreta nelle scelte organizzative sull'impiego delle risorse materiali e tecnologiche e nella distribuzione del personale di magistratura e delle forze di polizia e infine nell'adeguamento della normativa penale processuale e sostanziale.

Spetta alla politica dettare le linee della "politica criminale", ma è la magistratura, in prima linea il pubblico ministero, che deve attuarle nell'ambito locale applicando le norme penali in spirito di "leale collaborazione". Ritorniamo alla grande responsabilità in capo al pubblico ministero, che esige cultura professionale, capacità organizzative, rigoroso rispetto delle garanzie e forte impegno deontologico.

⁵⁰Per una più ampia trattazione vedi E. BRUTI LIBERATI, *Le scelte del pubblico ministero: obbligatorietà dell'azione penale, strategie di indagine e deontologia*, in *Quest. giust.*, 2018, 1, p. 14 ss.

⁵¹L. 17 giugno 2022, n. 71, art. 13, comma 1.

Ma tutto è reso vano quando irrompono le logiche del populismo penale. Pensiamo al reato di immigrazione clandestina, che all'ultimo la politica non ebbe il "coraggio" di depenalizzare pur nella consapevolezza sia della assoluta inutilità rispetto allo scopo proclamato di contrastare il fenomeno sia dei danni concreti che l'accumulo di procedimenti determina sulla efficienza della macchina della giustizia penale.

Tre. Separazione delle carriere: vogliamo un Pm all'americana?

Già oggi i passaggi giudice/Pm e viceversa sono pochissimi, ma sono ricorrenti le proposte di separare del tutto le carriere. Quale garanzia per i diritti di difesa sarebbe abbandonare la figura di Pm tenuto a ricercare anche gli elementi di prova a favore dell'accusato? E meglio avere un Pm "avvocato della polizia", vicino alla "mentalità di polizia" piuttosto che alla "cultura del giudice"? A parte il rischio di riportare sotto la direzione del governo questo Pm con carriera del tutto separata da quella del giudice, che rimane sullo sfondo, ma non può essere ignorato.

Vi è da noi chi ritiene di poter dedurre lo statuto del Pm dal sistema processuale. Nella realtà degli ordinamenti non si trovano mai incarnati modelli puri inquisitorio o accusatorio. Tra il sistema accusatorio USA (nel sistema federale e in quelli statali) e quello UK c'è di mezzo, appunto, un oceano. Ma soprattutto lo vorremmo davvero un Pm "avvocato della polizia" all'americana? Sappiamo che il processo *adversary* americano si regge sul fatto che solo il 3% dei casi va a dibattimento, mentre il restante 97% è definito con il *plea bargain* che è un patteggiamento, in base ad una amplissima concezione della discrezionalità dell'azione penale da parte del Pm, non solo sulla pena, ma anche sul titolo del reato. Per di più è osservazione corrente che la larga prevalenza del patteggiamento è sostenuta anche attraverso il disincentivo della c.d. *trial tax* (prassi di applicazione di una pena "aggiuntiva" per chi non ha ritenuto di accedere al rito alternativo e ha chiesto il processo dichiarandosi non colpevole).

Anche chi ritiene che le procure siano già «un corpo separato nella magistratura con proprie logiche e propri strumenti» sente il dovere di avvertire.

«Accentuando la separazione si accentua lo strapotere delle procure. Significa creare una sorta di super-polizia indipendente da tutto e da tutti, con il potere di incidere sulle libertà e sui diritti molto maggiore rispetto a quelli attuali di polizia: di fatto, uno strapotere. [...] In tutte le professioni si ritiene che una qualificazione significativa si abbia abbracciando via via i diversi aspetti del mestiere. Non comprendo perché per la magistratura questo aspetto non debba essere considerato. Peraltro i tempi sono cambiati. In altre stagioni i passaggi da pubblico ministero a il giudice e viceversa erano abbastanza frequenti. Ma oggi non è più così. È molto difficile e non lo fa quasi più nessun magistrato, anche perché esistono sbarramenti che scoraggiano il passaggio. Oggi chi comincia la carriera di procuratore, tende a rimanere in questo ambito per tutta la vita. Idem il giudice»⁵².

⁵² L. VIOLANTE, *Senza vendette. Ricostruire la fiducia tra magistrati, politici e cittadini. Dialogo con Stefano Folli*, Il Mulino, Bologna 2022, p. 64 e pp. 65-66.

9. Magistratura e politica: un impegno comune per il “servizio giustizia”

L'efficienza del sistema giudiziario è al centro delle iniziative del PNRR e delle riforme adottate o in cantiere. Le criticità dell'organizzazione giudiziaria e l'inadeguatezza del servizio giustizia sono sotto gli occhi di tutti. Peraltro si riconosce che negli anni più recenti vi sono stati notevoli miglioramenti, anche se con forti difformità⁵³. Al programma europeo *Best Practices* hanno partecipato attivamente molti uffici giudiziari grandi e piccoli e il Csm ha svolto un ruolo significativo di propulsione, raccolta di esperienze locali e iniziative di coordinamento.

È diffusa l'opinione che le inefficienze del sistema giustizia, in particolare nel civile, penalizzino e ostacolino lo sviluppo del tessuto imprenditoriale e produttivo del Paese. È significativo, peraltro, che nel segnalare le criticità il Rapporto *The European House – Ambrosetti* presentato al Forum del settembre 2020 dia atto, in più passaggi e con accenti di apprezzamento, delle iniziative poste in essere dal Csm e tuttora in evoluzione. In non poche sedi, tra queste Milano Tribunale e Procura, nel periodo pre-Covid i tempi di indagine e processi erano ormai allineati agli standard europei.

Non si riparte dal nulla, le impostazioni catastrofiche non rispecchiano la realtà e non aiutano, ma il percorso da intraprendere è impegnativo e di lungo respiro.

Nessuno oggi nel riferirsi alle attribuzioni riservate dall'art. 110 Cost. al Ministero della giustizia potrebbe parlare di “poteri residui”. Informazione dei servizi, intelligenza artificiale, giustizia predittiva esigono una stretta cooperazione tra Csm e Ministero a sostegno e stimolo per l'operare quotidiano della magistratura.

L'impegno per il servizio giustizia dovrebbe essere al centro delle iniziative della politica, piuttosto che “riforme epocali” su temi come separazione delle carriere, obbligatorietà dell'azione penale, responsabilità civile diretta insieme fortemente controversi e di nessun impatto sulla efficienza del servizio.

⁵³ Si veda in particolare D. PIANA, *Uguale per tutti? Giustizia e cittadini in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2016.

IL GIURISTA (PENALISTA) TRA INTERPRETAZIONE, SCIENZA E POLITICA. UN CONFRONTO CON DOMENICO PULITANÒ

Giovanni Fiandaca

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Accenni a interventi culturalmente “indiziati” di Pulitanò giovane giudice. – 3. Politica e interpretazione penale. – 4. Politica e scienza penalistica.

1. *Premessa*

Le considerazioni che qui propongo toccano profili non strettamente tecnici, ma non per questo meno rilevanti, dell’attività del giurista-penalista (latamente inteso) che hanno costituito oggetto di costante attenzione da parte di Domenico Pulitanò: lo spiccato interesse cioè per le dimensioni e implicazioni politiche del diritto e della giurisdizione penale, oltre ad emergere nella ricca e variegata produzione di Pulitanò studioso accademico, è testimoniato da precedenti interventi dei primi anni ’70 dello scorso secolo, che lo stesso Pulitanò ebbe occasione di svolgere nel ruolo di giovane magistrato culturalmente aderente al gruppo associativo di *Magistratura democratica*. Riservandomi di accennarvi (*infra*, § 2), quel che sin da ora mi preme porre in risalto è – ritengo – l’esistenza di una sostanziale linea di continuità nel modo in cui egli è andato lungo molti anni affrontando, pur nel mutare dei ruoli professionali e del progressivo evolvere (o involvere!) della legislazione penale, gli aspetti di politicità connessi al magistero punitivo.

In estrema e approssimativa sintesi, anticiperei che questa prospettiva di continuità si è fundamentalmente manifestata, da un lato, nel riconoscere con onestà e lucidità intellettuale i risvolti politici implicati nell’attività giudiziale e nello stesso lavoro scientifico; e però, da un altro lato, nel *problematizzarli* con acume nell’orizzonte della democrazia liberale (o ‘costituzionale’, che dir si voglia) e del principio della distinzione dei poteri. Inoltre, ravviserei un aggiuntivo elemento di continuità nella insistita tendenza di Pulitanò a richiamare l’attenzione sulle questioni sostanziali e sui problemi reali sottostanti ai modelli di disciplina legislativa e all’attività interpretativo-ricostruttiva, mettendo di conseguenza in

guardia dall'enfatizzare le valenze conoscitive della cosiddetta dogmatica e dal sopravvalutare la rilevanza delle contrapposte concezioni sistematiche del reato.

2. *Accenni a interventi culturalmente "indizianti" di Pulitanò giovane giudice*

Indizi embrionali e al tempo stesso emblematici dello stile di pensiero di Pulitanò sono, a mio avviso, già individuabili in qualche suo risalente intervento tenuto da giovane giudice. Ad esempio, in un breve contributo concepito nel contesto del celebre incontro di studio catanese del 1972 sul cosiddetto uso alternativo (da "sinistra") del diritto¹, egli si preoccupava di illustrare la posizione di *Magistratura democratica* sulla giurisprudenza alternativa ponendo l'accento, più che sugli aspetti astrattamente teorici e metodologici (a suo giudizio, meno decisivi), sul profilo ritenuto politicamente essenziale, cioè quello del confronto tra i rispettivi contenuti concreti delle decisioni dei magistrati democratici e dei provvedimenti dei magistrati tradizionalisti. Ciò a cominciare dalla individuazione dei valori di riferimento delle scelte interpretative, da ricercare nella cornice costituzionale piuttosto che nel diritto positivo preesistente e da porre alla base di percorsi argomentativi trasparenti e quanto più possibile controllabili. Ma, nell'additare un orientamento ermeneutico costituzionalmente orientato – ecco un punto che merita di essere sottolineato – Pulitanò tendeva, nel contempo, a fugare il sospetto di voler proporre un modello di ermeneutica soggettivista e antilegalitaria (come paventato da alcuni critici delle posizioni di MD): manifestando in proposito la convinzione che *un uso alternativo in chiave progressista del diritto borghese* non fosse legittimamente praticabile sempre, ma soltanto nei casi in cui gli spazi lasciati aperti dal legislatore consentissero interpretazioni innovative non incompatibili con i dati testuali. Un orientamento fondamentale analogo è rinvenibile anche in scritti successivi, in cui sempre da giudice impegnato nel dibattito interno a MD egli sottolineava l'esigenza che la stessa giurisprudenza ispirata a un garantismo progressista risultasse ancorata a basi oggettive di riferimento, sotto il duplice profilo normativo e valutativo².

Così opinando, Pulitanò mostrava di rifiutare l'ideologismo estremista presente nelle ali politicamente più radicali e più ingenuamente marxisteggianti sia di *Magistratura democratica*, sia più in generale dei professori teorizzanti l'uso

¹D. PULITANÒ, *Le deformazioni autoritarie della giurisprudenza dominante e la lotta di Magistratura democratica per l'attuazione dei valori democratici*, in P. BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, Bari, 1973, pp. 61 ss.

²Si fa riferimento a scritti raccolti nel volume di D. PULITANÒ, *Giudice negli anni '70*, De Donato, Bari, 1977.

alternativo del diritto³. Piuttosto, privilegiando un orizzonte ideale e politico tutt'altro che indifferente ai vincoli di una legalità penale di matrice illuministica, egli condivideva la tendenza ad una reinterpretazione in chiave costituzionale – fin dove possibile – delle parti più vetuste e autoritarie della legislazione penale ereditata dal passato, insieme all'aspirazione a riformare in una ottica modernizzatrice e liberale il codice Rocco.

Dopo aver esposto la sua interpretazione dell'impegno politico dei magistrati democratici, Pulitanò ribadiva di considerare secondario, ma non inutile un approfondimento della discussione sui presupposti teorici e metodologici di un approccio giudiziario innovativo rispetto a quello tradizionale; ma, non essendo i magistrati tenuti a trasformarsi in filosofi del diritto, sarebbe spettato ai teorici di professione il compito di venir loro in aiuto⁴.

Nel suo itinerario evolutivo, parallelo e successivo al passaggio dalla magistratura all'insegnamento universitario e poi anche al ruolo di avvocato⁵, il Nostro ha peraltro dato prova di sapersi anche in prima persona ben misurare con la speculazione teorica di alto profilo, come è testimoniato da una ricca e articolata produzione di scritti via via vertenti su pressoché tutte le questioni di fondo più impegnative della materia penale (dalle dottrine generali del reato ai modelli di scienza penalistica, dalle teorie della pena alle esigenze di riforma del sistema penale) e, altresì, su importanti nodi problematici attinenti all'interpretazione-applicazione delle leggi penali in sede giudiziaria. Non a caso, in tutta questa messe di lavori l'interesse per la dimensione politica risulta esplicito e costante, sino al punto di trasparire talvolta dalle stesse intitolazioni dei saggi.

³ Per un buon quadro d'insieme dei diversi indirizzi rinvenibili tra gli studiosi propugnatori dell'uso alternativo del diritto, nonché delle reazioni critiche sollevate cfr. M. COSSUTTA, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2011, pp. 15 ss.

⁴ D. PULITANÒ, *Le deformazioni autoritarie*, cit., 63.

⁵ In proposito, lo stesso Pulitanò ha rilevato: «Il rivestire toghe diverse – quella dell'accademico e quella del professionista forense – è un'esperienza che, a confronto con quella dell'accademico puro, può essere più ricca, più informata sugli sfondi pratici delle interpretazioni giuridiche, e può trarre proprio dalla maggiore attenzione agli interessi in gioco la materia di riflessioni rilevanti sul piano delle ragioni del diritto. Il professore avvocato ha la responsabilità di portare l'una e l'altra toga come richiedono le rispettive funzioni e rispettive etiche. La difesa penale può essere una stimolante occasione d'impegno scientifico ed etico *dalla parte dell'individuo e delle sue libertà*». (D. PULITANÒ, *Il giudice e la legge penale*, in *Quest. giust.*, 2017, 2, p. 152). Per altro verso, è tuttavia da rilevare che la fondatezza o persuasività delle tesi dottrinali avanzate nel processo dal professore-avvocato possono essere inficiate dal sospetto, da parte dell'organo giudicante o inquirente, di una loro pregiudiziale strumentalizzazione a interessi di parte in chiave difensiva.

3. *Politica e interpretazione penale*

Il tema dell'interpretazione penale, tra politica e diritto, rientra certamente tra quelli che sono stati con maggiore continuità al centro dell'attenzione speculativa di Mimmo Pulitanò. Sin dagli anni più giovanili, la sua prevalente preoccupazione mi sembra sia in proposito consistita nel cercare di rendere compatibile il modello di legalità penale legislativa tipico di un ordinamento di *civil law* come il nostro con la piena consapevolezza degli ampi spazi di discrezionalità ermeneutica, anche "politicamente" condizionata, di cui inevitabilmente dispongono gli stessi interpreti giudiziali. Come conciliare, in campo penale, riserva di legge, tassatività e "creatività" giudiziale (salvo specificare che cosa davvero significhi)?

3.1. Dal canto suo, Pulitanò tende ad affrontare il problema del rapporto giudice-legge prospettando in via preliminare una distinzione di piani, rispettivamente concernenti: da un lato, la questione ordinamentale dei rapporti tra legislazione e giurisdizione nel sistema delle fonti; e, dall'altro, gli aspetti problematici più direttamente inerenti all'attività interpretativa⁶. È suo fermo convincimento, infatti, che nessuna teoria dell'interpretazione radicata nella moderna ermeneutica filosofica possa stravolgere il principio del primato della legge generale e astratta e il connesso principio costituzionale del vincolo di soggezione del giudice alla legge, quale che sia il livello di creatività che sul piano della riflessione teorica siamo oggi disposti a riconoscere all'interprete. In termini molto chiari: «lo statuto della giurisprudenza nel sistema delle fonti non lo stabilisce la teoria dell'interpretazione, ma dipende da scelte (di politica del diritto) relative alla struttura dell'ordinamento»⁷. Insomma, nessuna teorizzazione può delegittimare una opzione politica di fondo relativa ai poteri del giudice nel quadro costituzionale: una cosa è la decisione politica, altra cosa la teoria. Torneremo sul punto.

3.2. Pienamente condivisa dunque la ormai nota pronuncia n. 230/2012 con la quale la Consulta ha inequivocabilmente ribadito il modello di legalità fondato sulla riserva di legge, Pulitanò deve però fare i conti col versante – divenuto sempre più problematico e sfuggente anche in ambito penalistico – delle questioni interne all'interpretazione. Fino a che punto il rivendicato e ribadito primato costituzionale della legge scritta è in grado oggi di mantenere, nella prassi concreta, le sue promesse democratico-liberali di ascendenza illuministica? O, piuttosto, esso degrada a vecchio mito ideologico smentito – di fatto – da quello che i giudici effettivamente fanno in sede interpretativo-applicativa?

⁶ D. PULITANÒ, *Il giudice e la legge*, cit., pp. 149 ss.; ID., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, 2, pp. 1 ss.

⁷ D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità*, cit., p. 5.

Ancorché in linea teorica non pregiudizialmente chiuso agli apporti delle più aggiornate teorie ermeneutiche, che pongono in primo piano la centralità del momento interpretativo e ne sottolineano il contributo irrinunciabile in vista della attribuzione di significato normativo alle disposizioni testuali (per cui l'interprete finisce con l'assumere un ruolo co-protagonistico accanto al legislatore nel conferire alle norme la maggiore compiutezza possibile), il Nostro – com'è intuibile – si guarda bene dall'avallare il rischio per così dire di un libertinaggio ermeneutico: da qui un tendenziale sfavore, una pregiudiziale diffidenza (forse emotiva, prima ancora che di principio) verso lo stesso concetto di "creatività" giurisprudenziale, che affiorano anche in forma implicita da una pluralità di scritti di diversa collocazione temporale e che richiamano, per sostanziale consonanza, il rifiuto del "creazionismo giudiziario" manifestato sul piano giusfilosofico da Luigi Ferrajoli⁸. Sfavore e diffidenza che, tuttavia, non fanno chiudere gli occhi sulla importanza, impellenza e complessità delle scelte di orientamento da compiere:

«Con riguardo ai problemi dell'interpretazione del diritto, per tutta la vita di studioso e di professionista (prima giudice, e poi avvocato) mi sono sentito partecipe di una difficile navigazione fra le sirene del soggettivismo e i gorgghi di un positivismo acritico. Impegnato, di volta in volta, su un duplice fronte: contro vecchie versioni ingenuo o maliziose del mito dell'interpretazione letterale, e contro moderne, ben intenzionate ideologie»⁹.

Ma come individuare, in questa difficoltosa traversata intellettuale, il punto di equidistanza dai due avversati estremi? Sulla base di precisi ancoraggi teorici, o secondo un approccio ermeneutico sganciato da predeterminate opzioni metodologiche e sorretto dalla preoccupazione di rendere, di volta in volta, il più possibili compatibili enunciati normativi e ipotesi interpretative riferite ai casi possibile oggetto del processo di sussunzione?

In realtà, anche in proposito Pulitanò manifesta la sua tendenziale riluttanza a far propria in maniera dogmatica e totalizzante una specifica teoria dell'interpretazione tra quelle, più tradizionali o più nuove, compresenti nello scenario dottrinale. Piuttosto, egli sembra implicitamente propendere per un certo eclettismo mediatore. Incuriosito e stimolato dalla penetrazione dell'ermeneutica filosofica e dei suoi assunti interpretativi nella penalistica degli ultimi anni, tende a recepirne soltanto quegli apporti che a suo giudizio non mettono radicalmente in discussione la possibilità di mantenere fermo il principio penalistico della riserva di legge e la tendenziale autonomia di significato normativo delle fattispe-

⁸L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena, 2018.

⁹D. PULITANÒ, *Il giudice e la legge*, cit., p. 154; ID., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, pp. 29 ss.

cie astratte rispetto ai condizionamenti ermeneutici derivanti dalla peculiarità dei casi concreti: così ad esempio, mentre ritiene che possa ritenersi acquisita – anche fuori dalla cerchia degli studiosi di fede ermeneutica – la distinzione fra disposizione (il testo da interpretare) e norma (il testo interpretato), non sarebbe invece vero in linea generale che il diritto non sia conoscibile senza il riferimento ai casi candidati alla sussunzione¹⁰. Ma ciò non equivale a disconoscere che, secondo il meccanismo del circolo ermeneutico tra fatto e diritto, profili peculiari delle vicende fattuali possono, talvolta, mostrare «buone ragioni per pensare e ripensare interpretazioni normative, per chiarire il senso di elementi di fattispecie alla luce dei casi della vita»¹¹.

Quanto ai singoli criteri d'interpretazione, a giudizio di Pulitanò i maggiori disaccordi riguardano soprattutto le loro concrete modalità di applicazione e le soluzioni interpretative che ne derivano nei singoli casi. Ciò è abbastanza plausibile. Nessuno contesta infatti, neppure oggi, che il procedimento interpretativo debba prendere le mosse dal tenore testuale dell'enunciato legislativo e che il criterio letterale, da solo spesso insufficiente, debba essere integrato dal criterio sistematico e dal criterio teleologico (solo che – come sappiamo – non esiste un criterio vincolante di priorità, un meta-principio in grado di orientare preventivamente l'interprete sulla prevalenza da accordare a uno dei criteri ermeneutici in concorrenza). Ed è vero che il criterio sistematico è andato assumendo un ruolo sempre più rilevante per la esigenza via via accresciuta di ricostruire la portata dei precetti legali in base ai principi costituzionali interni e alle fonti normative europee¹². Per altro verso, Pulitanò forse non sempre evidenzia col dovuto risalto – così come, del resto, non sempre fa la dottrina penalistica maggioritaria – un punto problematico: l'ancoraggio ai principi e valori costituzionali, specie quando si tratta di principi e valori indeterminati o ad amplissimo spettro e pregni di contenuto filosofico-politico o morale (come ad esempio, libertà, uguaglianza, dignità umana *et similia*), difficilmente assicura quel fondamento “oggettivo” idoneo a porre l'interpretazione del tutto al riparo da precomprensioni e preferenze assiologiche (anche in termini di bilanciamento tra valori concorrenti) influenzate dal previo orientamento politico-ideologico e dalla sensibilità personale degli interpreti di turno¹³. Un esempio macroscopico,

¹⁰ D. PULITANÒ, *Il giudice e la legge*, cit., p. 154.

¹¹ D. PULITANÒ, *Riferimenti a valori nel lavoro del giurista*, in A. CAVALIERE-C. LONGOBARDO, V. MASSARONE-F. SCHIAFFO-A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, p. 221.

¹² D. PULITANÒ, *Il giudice e la legge penale*, cit., pp. 154 s.

¹³ Rinvio anche per ulteriori rilievi a G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 52 ss. e ivi richiami di letteratura giusfilosofica pertinente. In verità, non mancano nella stessa produzione di Pulitanò punti in cui si fa riferimento a un modo pluralistico di intendere gli stessi principi e valori costituzionali, come ad esempio comprovato dai rilievi seguenti: «Le precomprensioni leggibili nelle interpretazioni del diritto penale rispecchiano

che è forse superfluo esplicitare, è costituito dai conflitti interpretativi che sullo stesso terreno costituzionale emergono nell'ambito dei temi cosiddetti eticamente sensibili (aborto, vita pre-natale, questioni di fine-vita, tutela dell'identità sessuale e di genere ecc.), e che pongono in contrapposizione studiosi e interpreti di rispettivo orientamento religioso o laico¹⁴. Certo, l'esistenza di conflitti siffatti è ben lungi dallo sfuggire a Pulitanò, il quale in più di una sede mostra piena consapevolezza della problematicità, per un interprete vincolato al principio di legalità, della inevitabile incidenza del pluralismo assiologico sul modo di ricostruire e bilanciare gli stessi valori costituzionali. In un suo scritto degli ultimi anni, incentrato esplicitamente sul ruolo dei valori nel lavoro del giurista, riaffiora – e non potrebbe essere diversamente – la preoccupazione di evitare che i valori personali dell'interprete irrompano nel processo ermeneutico determinandone come tali l'esito: «il principio di legalità esclude riduzioni soggettivistiche del riferimento a valori, pone l'esigenza di neutralizzazione di consapevoli diversità relative a valori»¹⁵; nondimeno, proprio «l'apertura al pluralismo trae con sé il rischio di soggettivismo, di consapevole o inconsapevole politicizzazione»¹⁶. A parte la considerazione che un simile rischio si è più volte tradotto in realtà nella pluridecennale storia dell'Italia repubblicana, incombe a questo punto un prevedibile interrogativo: come prevenire (o ridurre) soggettivismo e politicizzazione, come conciliare legalità e pluralismo assiologico? Consapevole della oggettiva difficoltà di prospettare soluzioni agevoli, Pulitanò suggerisce un approccio che fa appello a un pluralismo “ragionevole”, il più possibile comprensivo – disposto cioè a misurarsi con tutte le diverse ideologie, culture ed etiche compresenti in una società pluralista¹⁷. Sostanzialmente riecheggianti la nota prospettiva filosofico-politica rawlsiana facente leva sul “consenso per intersezione”, questa strada di un pluralismo ragionevole fino a che punto è di fatto credibilmente percorribile, sul piano politico-legislativo e giurisdizionale, in una democrazia culturalmente impoverita, iper-conflittuale e frammentata come è sempre più diventata la nostra, nella quale la “razionalità discorsiva” tende a essere soppiantata (persino, e non di rado, nell'ambito del confronto politico-culturale interno allo stesso potere giudiziario) da una prosaica strumentalizzazione, a fini di potere e consenso politico di parte, delle differenti concezioni

tensioni fra i due poli del garantismo liberale e della finalità di tutela 'autoritaria'. Poggiano su *precomprensioni* differenti degli stessi principi costituzionali, relativamente a funzioni e limiti del penale. Sta qui la radice di significative *discrasie* che attraversano dottrina e giurisprudenza» (D. PULITANÒ, *Riferimenti a valori*, cit., p. 219).

¹⁴ In proposito, rinvio per i necessari svolgimenti a G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, pp. 1383 ss.

¹⁵ D. PULITANÒ, *Riferimenti a valori*, cit., p. 218.

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ *Ibidem.*

ideali in campo? E la stessa ricercata “inclusiva” ragionevolezza assiologica fino a che punto è emancipabile da manipolazioni in chiave soggettivistica o da strumentali opportunismi? Induce a essere alquanto scettici in proposito, in questo frangente che stiamo vivendo, ad esempio la situazione di grave stallo politico-decisionale, condizionata anche da scarsa sensibilità etico-politica per il tema, in cui versa la discussione parlamentare relativa alla nuova disciplina in tema di suicidio assistito.

Ma il pluralismo valoriale non caratterizza soltanto i temi più divisivi dal punto di vista ideologico o morale. Come ben mette in evidenza da tempo lo stesso Pulitanò, ribadendolo anche di recente, quel che in generale «fa problema è il retroterra culturale delle ermeneutiche sia del fatto che del diritto»¹⁸. Non c'è bisogno, allora, di essere fedeli e rigorosi seguaci delle concezioni di matrice ermeneutica per riconoscere che la cultura di fondo dell'interprete e il suo orientamento *lato sensu* politico (anche in chiave di politica giudiziaria) – per lo più occultati dietro argomentazioni di un tecnicismo apparentemente neutrale – fungono da fattori pre-comprensionali determinanti in vista della soluzione interpretativa da privilegiare: ciò è tanto più vero nei casi, divenuti sempre più frequenti anche a causa del progressivo scadimento qualitativo della legiferazione, in cui rimane invincibile il dubbio su quale sia la migliore interpretazione prospettabile.

D'altra parte, il soggettivismo interpretativo è non poco incoraggiato dalla forte rivendicazione di una libertà ermeneutica percepita oggi, da molti magistrati, come un incontestabile riflesso del pluralismo politico-culturale quale principio basilare del nostro modello di democrazia: ciò anche a costo di finire col determinare una pluralità e frammentazione di indirizzi ermeneutici così accentuate, da rasentare il caos o l'anarchia giurisprudenziali¹⁹. Un simile atteggiamento rivendicatorio, diffuso nella cultura giudiziale in atto dominante, fino a che punto è consonante con il modello di legalità penale recepito nel nostro sistema costituzionale e col principio della prevedibilità delle decisioni giudiziarie quale aggiuntivo presidio garantistico di fonte europea?

3.3. L'accresciuta consapevolezza che l'interprete giudiziale non può ridursi a meccanico e passivo esecutore della volontà legislativa è andata emergendo anche nelle prese di posizione ufficiali della giurisprudenza. La esplicitazione di questa consapevolezza è stata anche favorita dalla crescente influenza esercitata dalla giurisprudenza della Corte Edu, che dal canto suo ha contribuito a porre in risalto l'apporto essenziale che il formante giurisprudenziale reca all'interpretazione delle stesse norme penali. È forse superfluo richiamare in proposito la

¹⁸ D. PULITANÒ, *Il giudice e la legge penale*, cit., p. 153.

¹⁹ G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008.

notissima sentenza a sezioni unite penali Beschi (Cass. n. 18288/2010), in cui la Corte regolatrice è giunta ad affermare:

«(...) il processo di conoscenza di una norma presuppone, per così dire, ‘una relazione di tipo concorrenziale’ tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniughi tale dato con l’atteggiarsi della relativa prassi applicativa. Il giudice riveste un ruolo fondamentale nella precisazione dell’esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l’interpretazione che ne viene data. La struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall’attività ‘concretizzatrice’ della giurisprudenza».

Ma è pur vero che, se si guarda al versante della prassi giudiziaria nel suo insieme, ci si accorge che non mancano a tutt’oggi pronunce che inclinano a riproporre una concezione dell’interpretazione di tradizionale ascendenza positivista. Ad esempio, nella sentenza a sezioni unite civili n. 38596/2021 si sostiene che la funzione assolta dalla giurisprudenza è di natura “dichiarativa”, come tale volta a perseguire l’interpretazione più corretta dell’enunciato normativo in rigorosa applicazione dei criteri di cui all’art. 12 delle preleggi, per cui “il giudice non crea diritto, ma opera secondo i criteri ermeneutici noti e dentro i limiti del diritto positivo”. Confesso che la lettura di affermazioni siffatte mi suscita l’impressione di avere a che fare, più che con la veritiera rappresentazione di quel che i magistrati effettivamente fanno in sede interpretativa, con la insistita difesa “ideologica” di un modello di giudice il più possibile rispettoso del testo di legge. Beninteso, non è che sia criticabile la tendenza a ribadire la persistente importanza dell’approccio letterale quale base di partenza fondamentale del procedimento ermeneutico, pur se la moderna filosofia del linguaggio ci avverte che la nozione stessa di significato letterale è molto più complessa e problematica di quanto a prima vista non sembri. Piuttosto, tra le cause non secondarie che contribuiscono a rendere, oltre che complicato e ideologicamente conflittuale, anche confuso il persistente dibattito sulla interpretazione cosiddetta creativa, rientra verosimilmente la circostanza che il concetto di *creatività* viene spesso utilizzato senza che però chi interviene nella discussione si preoccupi di chiarire in quale senso lo impieghi: da qui una serie di possibili equivoci e fraintendimenti, che rischiano di far sembrare in disaccordo persino autori che invece nella sostanza pensano in realtà le stesse cose! Anche perché non risulta neppure chiaro se parlando di “creatività” si intenda prospettare una tesi empirica circa quel che i giudici fanno, o una tesi normativa intorno a ciò che i giudici è bene o male che facciano²⁰. Inoltre, occorrerebbe appunto distinguere tra approccio descrittivo e approccio valutativo. Nel senso che alcuni di coloro che sostengo-

²⁰R. GUASTINI, *Creazionismo giudiziario?*, in *Rag. prat.*, 2020, 2, p. 391.

no (compreso peraltro, per quello che può valere, anche chi scrive), sul piano analitico, che la giurisprudenza di fatto esercita una funzione creativa, non per questo condividono e avallano una eccessiva discrezionalità giudiziale: è significativo al riguardo l'esempio dei giusrealisti della "scuola di Genova" che, pur da convinti assertori del ruolo creativo del giudice sul piano di ciò che i giudici effettivamente fanno, dal punto di vista ideologico la criticano e si chiedono se siano escogitabili rimedi per circoscriverla. D'altra parte, non sembra alla fine neppure troppo malizioso questo sospetto: «Non sarà, allora, una malcelata ideologia anche la tesi di chi nega, in punto di fatto, la creatività della giurisprudenza?»²¹.

Sono pertanto benvenuti i tentativi di chiarimento, innanzitutto sul piano giusfilosofico e di teoria generale dell'interpretazione, dei possibili (e più ragionevoli) significati attribuibili al concetto in questione in una fase storica come la nostra. Ora, nell'ambito dei tentativi più recenti volti a rendere meno indeterminato e ambiguo il concetto di cui discutiamo, va segnalato quello di Giorgio Pino, il quale, nella parte finale di un pregevole libro dedicato all'interpretazione nel diritto, cerca di rendere meno generico e ambiguo il concetto di cui discutiamo, distinguendo tra: *creatività semantica* (a sua volta, differenziabile quanto a gradi di intensità: debolissima, debole, forte) quale attività interpretativa consistente in una attribuzione di significato ad una disposizione normativa, e "creativa" per definizione perché diretta ad individuare qualcosa (la norma) che prima dell'interpretazione non c'era); e *creatività pragmatica* o in senso produttivo quale attività interpretativa che determina effetti davvero innovativi per l'ordinamento, e rispetto alla quale si pongono i più complessi e scivolosi problemi di confine tra giurisdizione e (para-)legislazione²². Ma vi è anche chi, come ad esempio Riccardo Guastini, preferisce evitare il suggestivo ma divisivo termine "creatività", e opta per la distinzione tra interpretazione in senso stretto (quale ascrizione di un significato a un enunciato normativo, scelto nella cornice dei significati plausibili), e *costruzione giuridica* come enucleazione di nuove norme non riconducibili ad un testo normativo preesistente e che si pretendono in qualche modo implicite nell'ordinamento, oppure – più in generale – come individuazione e applicazione di principi generali, essendo la relativa concretizzazione un procedimento intellettuale che presenta innumerevoli varianti²³.

È appena il caso di rilevare che non sono poche le esemplificazioni possibili di "creatività pragmatica" (nel senso di Pino) o di "costruzione giuridica" nel senso di Guastini) rinvenibili nell'ambito dello stesso diritto penale. Basti il solo esempio emblematico della teorica costituzionalmente orientata del reato, concepita in origine da Franco Bricola, e successivamente recepita anche nella giu-

²¹ *Ivi*, p. 392.

²² G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli, Torino, pp. 333 ss.

²³ R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, pp. 394 ss.

risprudenza costituzionale: tale teoria costituisce l'indubbio prodotto di una impresa intellettuale che ha costruttivamente elaborato e sviluppato anche principi privi di riconoscimento espresso nel testo costituzionale, come il cosiddetto principio di offensività.

A questo punto, al di là di preconcette simpatie o antipatie ideologiche per la "creatività" giurisprudenziale, riterrei che la cosa più importante, in termini di analisi teorica, sia verificare se si sia o no tendenzialmente concordi nel diagnosticare soprattutto la sostanza dei fenomeni che si prestano a essere ricondotti a una dimensione cosiddetta creativa (o costruttiva) dell'interpretazione. Come già un quarantennio fa ha ben rilevato Giovanni Tarello: «Entro certi limiti, un'attività integratrice e manipolatrice è connaturale all'interpretare (...) il discorso legislativo»²⁴. Se si condivide questa realistica presa d'atto, si sarà verosimilmente disposti – come chi scrive, che ormai da tempo sostiene punti di vista analoghi – queste recenti parole del giusfilosofo Giorgio Pino:

«L'interpretazione giuridica richiede che l'interprete compia molteplici scelte, valutazioni, prese di posizione, spesso non chiaramente esplicitate; scelte che possono talvolta, o anche spesso, apparire semplicemente come questioni 'tecniche', da trattare con gli strumenti propri di un sapere specialistico, persino ereditati da una tradizione plurimillennaria, ma che sono in larga parte, in ultima analisi, di natura etico-politica»²⁵.

Mimmo Pulitanò sottoscriverebbe? Forse, egli avrebbe persistenti (e comprensibili) scrupoli legalistici a far propria, sino in fondo, una simile convinzione. Ma, come anticipato, la sottolineatura dell'accentuata "politicalità" del momento interpretativo non comporta, come implicazione necessaria, l'avallo (etico-politico) del – per dir così – libertinaggio ermeneutico; anzi, si può dal punto di vista politico-valutativo auspicare, nel contempo, una cultura giudiziale orientata al contenimento della discrezionalità, impegnandosi nella ricerca di strumenti idonei a tale scopo²⁶.

²⁴ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 37.

²⁵ G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit., 2. Tra i penalisti, per la tesi che l'attività interpretativa abbia un carattere più "politico" che scientifico cfr. M. DONINI, *La politica dell'interpretazione. Una rilettura di Bricola*, in corso di pubblicazione nella rivista *Lo Stato*.

²⁶ Più diffusamente, da ultimo, G. FIANDACA, *Ancora sul diritto penale giurisprudenziale e sul ruolo della Cassazione*, in V. PLANTAMURA-G. SALCUNI (a cura di), *Liber amicorum Adelmo Manna*, University Press, Pisa, 2020, pp. 253 ss.

4. *Politica e scienza penalistica*

Oltre che al tema dell'interpretazione, Pulitanò ha ripetutamente rivolto il suo interesse speculativo al modo di concepire il lavoro del giurista teorico e, prima ancora, la stessa scienza penalistica, considerata anche nelle sue possibili dimensioni di politicità latamente intesa. Al riguardo, il Nostro esplicita invero una premessa, significativa anche sul piano del vissuto personale: «Fa parte dell'orizzonte di cultura nel quale si è formata la mia generazione l'idea (o ideale) di una scienza *wertfrei*, che punta a conoscenze non dipendenti da premesse di valore»; ciò nel solco di indirizzi neopositivistici di stampo analitico che, in aderenza alla cosiddetta legge di Hume, considerano necessario mantenere rigorosamente ferma la distinzione tra essere e dover essere, fatti e valori, realtà empirica e sfera normativa²⁷. Ma come mantenere fede a questo ideale di scienza "avalutativa" anche nell'ambito della scienza giuridica, cioè una scienza che ha ad oggetto una entità come il diritto, di per sé intrinsecamente e inevitabilmente ricca di elementi politico-valutativi? In effetti, la oggettiva difficoltà di tenere separati l'aspetto conoscitivo da quello valutativo – già emersa nella precedente parte di questo contributo dedicata al tema dell'interpretazione – riaffiora, e non a caso, nell'ambito delle riflessioni che nel corso degli anni Pulitanò ha dedicato alla scienza penalistica.

In sintesi, direi che permane sempre nel Nostro l'aspirazione a ritagliare uno spazio nel quale la scienza giuridica e la stessa scienza penalistica possano sviluppare una attività teorica neutrale, di tipo rigorosamente concettuale e finalisticamente orientata a scopi soprattutto conoscitivi: questo spazio viene individuato – nella scia di Norberto Bobbio e Uberto Scarpelli – nella costruzione di un linguaggio scientifico specifico e di un apparato rigoroso di concetti, che risultino funzionali ai peculiari interessi di conoscenza relativi al mondo del diritto²⁸. Alla stregua di un tale indirizzo, radicato nella filosofia analitica, il livello più elevato di astrazione teorica è attinto da una scienza giuridica che tende ad elaborare le categorie concettuali fondamentali della sfera normativa (come dovere, illecito, permesso, ecc.), suscettibili di essere utilizzate nell'ambito di ogni ordinamento, perché depurate da elementi contenutistici o aspetti teleologici relativi ad ordinamenti specifici. Corrispondentemente, la teoria del reato risulta tanto più generale, quanto più si prepone di elaborare concetti e definizioni di portata tendenzialmente universale (potenzialmente riferibili cioè ad ogni diritto penale storico), ma in quanto tali necessariamente di natura "formale" (si pensi, ad esempio, alla definizione generalissima di reato come "fatto punibile" o al

²⁷ D. PULITANÒ, 'Dommatica' e giurisprudenza, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4282.

²⁸ *Ivi*, pp. 4277 s.; in precedenza, ID., *Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pp. 108 ss.; ID., *La scienza penale tra fatti e valori*, in *Crim.*, 2010, pp. 239 ss.

concetto di anti-giuridicità come contrasto tra fatto e norma, ecc.). Invece, ad un livello di ben minore generalizzazione si colloca quell'attività teorica che, secondo una consolidata tradizione, suole essere definita *dogmatica*: la quale infatti si preoccupa di concettualizzare anche gli aspetti contenutistici e teleologici della dimensione giuridica, e perciò presenta un volto più particolaristico, dal momento che risente delle peculiarità di ciascun diritto positivo²⁹.

Un punto non va, però, trascurato: in coerenza col suo *habitus* intellettuale, Pulitanò ha sempre manifestato una certa antipatia e diffidenza nei confronti del termine “dogmatica”, e non ha mancato di esplicitare questa sua avversione in diversi suoi scritti, più o meno recenti:

«*Dogmatica* è una parola carica di storia, estranea al linguaggio della scienza e della filosofia moderna. Sembra dare maggiore dignità a modelli concettuali o a principi normativi ritenuti fondamentali. Rischia di trasformare questioni di linguaggio in questioni verità (appunto, *dogmi*) e di suscitare falsi problemi».

Mentre il contributo scientifico dello studioso di diritto penale dovrebbe, in primo luogo, consistere nella costruzione di

«un linguaggio *rigoroso e ricco*, idoneo a tematizzare la complessità del reale, a far emergere i problemi della tecnologia penalistica, ad essere utilizzato in chiave critica (...). Un linguaggio antiretorico, non edulcorato, idoneo a parlare di ordinamenti buoni o cattivi, dando conto di come sono fatti, idoneo a rispecchiare le tensioni fra contrapposte esigenze o valori, fra diritto e giustizia»³⁰.

Personalmente, tenderei a condividere questa mancanza di simpatia per la “dogmatica”, parola e concetto carichi di risonanze difficilmente compatibili con le tendenze culturali del nostro tempo. E mi piacerebbe, piuttosto, far mia la concezione del lavoro del giurista teorico racchiusa nel passo di Pulitanò da ultimo riportato: passo da cui affiora una ribadita esigenza non solo di evitare di elevare alla dignità di scienza cavillose diatribe nominalistiche, o di scambiare per verità teoriche scelte contingenti di politica legislativa, ma altresì di estendere l'interesse del penalista-scienziato ai problemi di sostanza sottostanti alla disciplina penalistica, considerati anche nelle loro dimensioni sia empiriche che politico-valutative³¹. Ma la domanda che si ripropone, è appunto questa: un approccio scientifico così concepito può ancora ambire alla “avalutatività”?

Lo stesso Pulitanò ha, in proposito, riconosciuto:

²⁹ Si vedano i lavori citati nella nota precedente.

³⁰ Le parti riportate tra virgolette sono tratte da D. PULITANÒ, *Il penale tra teoria e politica*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2020, 4, p. 9.

³¹ Questo ampio orizzonte visuale è delineato, ad esempio, in D. PULITANÒ, *'Dogmatica' e giurisprudenza*, cit., pp. 4278 s.; ma in senso analogo cfr. altri scritti citati *supra*, nota 28.

«L'avalutatività della scienza è un assunto impegnativo, che va incontro a particolari difficoltà in un contesto (come quello del lavoro dei giuristi) tutto impregnato di riferimenti a valori. Opportuna dunque la messa in guardia contro la *voce illiberale* di una *opzione dommatico-tecnicistica* la quale si opponga alla introduzione di argomenti di tipo assiologico. Proprio per questo è importante aver chiara e ferma la distinzione fra scienza *wertfrei* e politica del diritto. *Distinzione*, non separazione. Per distinzioni procede la scienza. La distinzione fra la politica e la scienza del diritto è irrinunciabile sia per la politica che per la scienza, ed è parallela a quella fra il diritto e altre sfere 'normative', come la morale o la politica: *distinzione non come mancanza di connessioni, ma al contrario come premessa perché il problema delle connessioni possa essere tematizzato*»³².

E ancora:

«Proprio l'apertura 'politica' dell'orizzonte del giurista, nel rivendicare campi d'interesse che vanno oltre gli interessi di mera avalutativa conoscenza, esige che *problemi di conoscenza*, pur non esaurienti l'intero orizzonte, restino al centro dell'impresa 'scientifica', e che le soluzioni siano sottoposte ai *criteri di accettazione propri della scienza* (in termini di verità o di falsità). Questo, non altro, è la *Wertfreiheit* dell'impresa scientifica: non già chiusura ai problemi di relazione con fini e valori (il mondo del diritto è tutto intessuto di questi problemi), ma aspirazione a produrre apporti di conoscenza che in tanto possono pretendere validità scientifica, in quanto possono essere misurati secondo criteri di accettazione o rifiuto non dipendenti da scelte soggettive di valore»³³.

4.1. Dopo aver fin qui riassunto, sia pure per grandi linee, la concezione di scienza penalistica proposta (e via via affinata) da Mimmo Pulitanò, ad una impressione di fondo credo non ci si possa sottrarre: ci troviamo di fronte ad una concezione complessa ma al tempo stesso alquanto tormentata, non priva di una certa ambiguità. Una concezione che, per un verso, esibisce l'influenza di matrici neopositivistiche (dominanti nel periodo della prima formazione culturale del Nostro) inclini a rivendicare l'avalutatività della stessa scienza giuridica; ma che, per altro verso, non può – specie nella realtà contemporanea – ignorare il dato di realtà che il giurista (anche quello accademico) manovra oggetti profondamente intrisi di politica e di elementi valutativi in varie direzioni. Da qui, allora, lo sforzo di distinguere quando un giurista pur aperto alla politica del diritto e alla sfera dei valori continua, nonostante tutto, a fare *scienza*, e quando invece fa politica o compie comunque prestazioni intellettuali prive del crisma della scientificità. Orbene, Pulitanò riesce a essere davvero convincente nel proporre quella che dovrebbe peraltro essere, a suo giudizio, una *distinzione*, più che una vera

³² D. PULITANÒ, *'Dommatica' e giurisprudenza*, cit., pp. 4284 s.

³³ *Ivi*, p. 4285.

e propria “separazione” di piani? O si tratta di una distinzione così sottile e sfuggente, da risultare più teorizzabile in astratto che compiutamente verificabile in concreto?

Collocandocisi nella scia del suo pensiero, la dimensione di una scientificità tendenzialmente avalutativa dovrebbe ad esempio prevalere nel momento in cui si tratta di comprendere e analizzare l'intero campo dei problemi di fondo sottostanti alla tecnica penalistica di tutela in sé considerata (a prescindere dallo specifico riferimento a concreti ordinamenti penali già esistenti o da costruire): problemi che hanno a che fare – prima ancora che con aspetti di pura tecnica normativa – con l'analisi dei presupposti empirico-criminologici e, in ogni caso, dei “vincoli di realtà” che sotto vari profili condizionano la disciplina giuridica dei delitti e delle pene. Ma è possibile rendere del tutto “neutrali” sotto il profilo politico-valutativo la comprensione e l'analisi dei suddetti problemi di fondo? Com'è probabile, la lettura che di tali problemi potrà ad esempio fare uno studioso “di sinistra”, ideologicamente orientato a valorizzare una criminologia “critica” di matrice marxiana, sarà sensibilmente diversa da quella di uno studioso di orientamento conservatore legato invece a un sapere criminologico di fatto “giustificazionista” di un diritto penale socialmente discriminatorio o di classe.

In linea di principio, ci si dovrebbe analogamente muovere in uno spazio di tendenziale avalutativa scientificità nei casi in cui in cui il giurista non si limita a interpretare documenti normativi, ma affronta questioni complesse sul piano applicativo che affondano le radici nella realtà naturalistica o socio-culturale e rientrano, perciò, nella concorrente competenza di scienze extragiuridiche: ad esempio, si pensi ai problemi di definizione di concetti come capacità di intendere o di volere, coscienza e volontà della condotta, causalità *et similia*. Beninteso, anche in questi casi il penalista non potrà limitarsi a confrontarsi con i saperi delle scienze empirico-sociali, ma dovrà nel contempo gestire la complessa interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giuridica: dando pur sempre rilievo alle finalità specifiche del diritto penale e, pertanto, alle componenti normative e assiologiche comunque implicate sia nel processo di ascrizione della responsabilità, sia nelle risposte sanzionatorie al commesso reato. E la stessa scelta degli approcci teorici da adottare al fine di dar conto dei presupposti empirico-naturalistici delle questioni problematiche sul tappeto non potrà, a sua volta, non essere previamente condizionata da preoccupazioni *lato sensu* politiche e da opzioni valutative che hanno, appunto, a che fare con la logica dell'imputazione penalistica nella ineliminabile tensione tra efficacia preventivo-repressiva e garanzie individuali (nel senso che, se la prevalenza in termini di bilanciamento è attribuita a ritenute esigenze punitive, si tenderanno a prescegliere ad esempio modelli scientifici di causalità a base probabilistica anche non particolarmente elevata, mentre si opterà per modelli contrari se prevalgono preoccupazioni di tipo individualgarantistico). Se è così, sarà possibile distinguere ogni volta con precisione, nel lavoro del giurista, tra ciò che appartiene al

dominio della *scienza* e ciò che invece rientra nel dominio della politica del diritto o nella sfera delle prese di posizione normative in senso lato?

Ancora più problematico mi parrebbe – per continuare con qualche esemplificazione – definire “scientifica” una innovativa, e per certi versi rivoluzionaria, impresa come quella realizzata in origine da Franco Bricola nel porre la teoria del reato su basi costituzionale (impresa successivamente sviluppata secondo varie versioni da autori di generazioni anche successive e, altresì, proseguita con contingenti adattamenti o indebolimenti – e, talvolta, persino tradimenti! – ad opera della giurisprudenza costituzionale ed ordinaria). A ben vedere, l’approccio bricoliano al testo costituzionale, in apparenza ancora esegetico-positivistico quanto al tentativo scrupoloso di rinvenire in un insieme di singole disposizioni costituzionali (ulteriori rispetto alle poche espressamente riferite alla materia penale) l’ancoraggio normativo del “volto costituzionale” del reato, era in realtà frutto di un creazionismo interpretativo finalizzato a obiettivi di politica del diritto in prospettiva riformistica³⁴: ed era proprio questa finalità politica di ampio respiro che induceva a far dire alle disposizioni costituzionali coinvolte qualcosa di più e anche di diverso rispetto a quanto in sé stesse dicessero. Così procedendo, si fa però meno scienza e più politica dell’interpretazione costruttiva (o ricostruttiva): si creano, più che nuovi criteri di scientificità, nuovi criteri di legittimazione su fondamento costituzionale del diritto penale³⁵.

4.2. Per quello che può valere, credo di essere tendenzialmente più scettico del valorosissimo collega e amico Mimmo Pulitanò rispetto alla possibilità di riservare a noi penalisti (e, più in generale, ai giuristi di qualsiasi settore) spazi di lavoro scientifico in senso forte, svincolati da preoccupazioni *lato sensu* politiche o da propensioni valutative in diversi sensi. Se come penalisti ambiamo ancora a poterci definire “scienziati del diritto”, dovremmo essere consapevoli di essere portatori di una scienza *sui generis* e, in ogni caso, alquanto debole. Come ho più volte rilevato, nel nostro lavoro tendiamo ad intrecciare e assemblare – in maniera per lo più confusa – formalizzazione concettuale, interpretazione di disposizioni scritte (attività in sé eminentemente etico-politica o politica *tout court!*), elaborazione di principi, prese di posizioni valoriali di varia fonte e natura, nonché osservazioni empiriche; tutto ciò combinando insieme analisi concettuale, ermeneutica, approccio costituzionale, razionalità assiologica, razionalità strumentale, concezioni politiche e convinzioni morali (ancorché spesso non esplicitate)³⁶. Sempre più spesso, anche per effetto del progressivo invecchia-

³⁴ Lo rilevavo già, ad esempio, nel mio libretto *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, Roma-Bari, pp. 59 ss.

³⁵ In senso analogo, più di recente, M. DONINI, *La politica dell’interpretazione*, cit.

³⁶ G. FIANDACA, *Spunti problematici di riflessione sull’attuale ruolo della scienza penalistica*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bolo-

mento del nostro sistema penale, ci siamo impegnati e continuiamo a impegnarci in riflessioni *de iure condendo* e nella progettazione di proposte di riforma. Ma non è soltanto quando immaginiamo un auspicabile diritto penale del futuro che svolgiamo un ruolo politico: facciamo a modo nostro politica, politica del diritto (beninteso, in una accezione lata e autonoma, ulteriore o diversa da quella di competenza della politica ufficiale, a meno di non entrare a far parte di commissioni ministeriali di riforma) anche quando leggiamo in una certa ottica di bilanciamento piuttosto che in un'altra i principi informatori del diritto penale vigente (privilegiando l'efficienza repressiva o viceversa il potenziamento delle garanzie, oppure cercando equilibrati compromessi tra i due poli in conflitto), diamo risposta a questioni dogmatiche controverse di notevole impatto pragmatico, o scegliamo il significato da attribuire a disposizioni incriminatrici aperte a più interpretazioni. E, pur facendo politica a modo nostro in questi vari modi, tendiamo ancor oggi a non esplicitare, bensì ad occultare o rimuovere le dimensioni di politicità nelle quali ci imbattiamo come studiosi. Penso che prendere più chiara coscienza di queste dimensioni, rendendole esplicite nelle nostre argomentazioni, segnerebbe un progresso – questo sì – scientifico. Nei termini cioè di una scienza “descrittiva” di come effettivamente stanno le cose, di quello che veramente facciamo come giuristi; e, perciò, di una scienza che ci aiuti a comprendere che non poche divergenze di orientamento teorico, di opinioni, di punti di vista dottrinali non sono in verità divergenze scientifiche vere e proprie, ma divergenze in primo luogo politiche.

Siamo in grado di accettare e gestire con atteggiamento costruttivo questa consapevolezza? O preferiamo – non senza ipocrisia – continuare a trincerarci dietro il più comodo e rassicurante ruolo “purista” di giuristi-scienziati, che poi è quello che tradizionalmente connota la nostra immagine esterna (sia pure in progressivo calo di reputazione sociale) e rafforza nel contempo, agli occhi del pubblico, la nostra competenza e affidabilità professionale nell'eventuale ruolo ulteriore di avvocati o consulenti giuridici?

gna, 2005, pp. 41 ss.; ID., *Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, in *Crim.*, 2010, pp. 179 ss.; ID., *Nodi problematici del diritto penale di scopo, tra ieri e oggi*, in A. BONDI-G. FIANDACA-G. FLETCHER-G. MARRA-A.M. STILE-C. ROXIN-K. VOLK (a cura di), *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino University Press, 2020, pp. 471 ss.; ID., *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in *Sist. pen.*, 28 novembre 2020, pp. 1 ss.

LA “LEALE E DIALETTICA COLLABORAZIONE” TRA CORTE COSTITUZIONALE E PARLAMENTO: UN ROMANZO DISTOPICO

Lucia Risicato

SOMMARIO: 1. L'autunno del patriarca: un codice penale obsolecente e un Parlamento in “arresto cardiaco”. – 2. Gli ultimi vent'anni: la legislazione penale confessionale. – 3. Segue: la fase della legislazione penale compulsiva e il diritto penale della diseguaglianza. – 4. Segue: l'era della passione punitiva e le sue degenerazioni. – 5. Il ruolo mutante della Corte costituzionale: le sentenze monito. – 6. L'aiuto al suicidio dopo la sentenza costituzionale n. 242/2019. – 7. L'ergastolo ostativo tra diritti del reo e norme-manifesto. – 8. Quale futuro? Un assordante silenzio.

1. *L'autunno del patriarca: un codice penale obsolecente e un Parlamento in “arresto cardiaco”*

L'attuale volto del nostro ultranovantenne codice penale è molto diverso da quello originario, ma non per questo più presentabile. Accade così che un codice di matrice autoritaria ma formalmente ispirato ai principi di ispirazione liberale ottocentesca riveli non comuni capacità di sopravvivenza, a dispetto dell'obsolescenza di alcuni contenuti essenziali. Gli interventi di riforma, settoriali e confusi, hanno risentito del non felice *milieu* politico criminale degli ultimi decenni, nel contesto di un Parlamento sempre più diviso¹, debole e sollecitato – inutilmente – dalla Corte costituzionale (si pensi ai territori emblematici dell'aiuto al suicidio² e dell'ergastolo

¹La suggestiva immagine del Parlamento in “arresto cardiaco” è di A. PUGIOTTO, *Il principio di leale collaborazione in materia referendaria (preso sul serio)*, in G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, Atti del seminario, Ferrara, 26 novembre 2021, in *Forum quad. cost. Rass.*, 2022, 1, p. 179.

²Per tutti, nella copiosissima letteratura sul tema, D. PULITANÒ, *L'aiuto al suicidio fra vincoli costituzionali e politica del diritto*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, p. 277. V. meglio *infra*, § 6.

ostativo³). Certo, anche la Consulta è a sua volta costretta ad interventi manipolativi “mirati” e privi di organicità, nell’inerzia di un legislatore non disponibile – o, paradossalmente non ancora pronto – ad una rivisitazione strutturale e coerente della materia penale.

In attesa di risolvere questo circolo vizioso, è opportuno ripercorrere, seppure in via rapsodica, i punti dolenti delle riforme attuate e di quelle mancate, non certo per cogliere una linea unitaria di intenti ma per valutare il rapporto, anch’esso mutante, tra Parlamento e Giudice delle leggi. Ad un lungo periodo in cui la Corte ha gradualmente espunto norme dichiaratamente incostituzionali è subentrata la diversa fase delle sentenze monito, in cui l’annuncio di incostituzionalità dovrebbe sollecitare il legislatore ad intervenire entro il termine assegnato dalla Consulta. Finora il Parlamento non ha mai rispettato l’invito della Corte, e le declaratorie di incostituzionalità legate alle pronunzie monito hanno dettato legge in assenza di legge.

Leitmotiv di questa sintetica rassegna sono le lucide riflessioni del Maestro che onoriamo, a cui questo scritto è dedicato con affetto.

2. *Gli ultimi vent’anni: la legislazione penale confessionale*

L’inizio del XXI secolo è stato caratterizzato da una deriva post-secolare⁴, con degenerazioni che hanno toccato precipuamente il mondo del biodiritto. Il pensiero corre immediatamente alla legge sulla *procreazione* (lemma teologico, non scientifico) medicalmente assistita. Come ampiamente dimostrato, *ex post*, dagli interventi correttivi della Corte costituzionale, la legge 19 febbraio 2004, n. 40 ha tentato un impossibile parallelismo tra procreazione “naturale” e “assistita”, trasformando la seconda in un mostruoso surrogato della prima e creando una vistosa asimmetria tra tutela dell’embrione e tutela del nascituro. Nell’impianto originario, finalmente smantellato, della legge n. 40, la fecondazione assistita era alternativa residuale e gravosa ai casi di sterilità o infertilità inspiegabili e documentati, che escludeva dai suoi destinatari – in un’imbarazzante confusione tra terapie mediche e pratiche eugenetiche – anche le coppie portatrici di malattie genetiche.

Ingiustificabile sotto ogni profilo, costituzionale e scientifico, una serie di di-

³ Sia tollerato il rinvio a L. RISICATO, *L’incostituzionalità riluttante dell’ergastolo ostativo: alcune note a margine di Corte cost., ordinanza n. 97/2021*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 653 ss., e agli Autori *ivi* citati. V. meglio *infra*, § 7.

⁴ Il termine “società post-secolare” è stato coniato dal sociologo tedesco K. EDER, *Integration durch Kultur? Überlegungen zur Suche nach einer europäischen Identität*, in *Teoria soc.*, 1994, 2, p. 123 ss. Il concetto è stato approfondito, a livello filosofico, da J. HABERMAS, *I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale*, in *Humanitas*, 2004, 2, p. 239 ss., e, diffusamente, J. HABERMAS, *Tra scienza e fede*, Laterza, Bari, 2006, spec. p. 42 ss.

vieti così mortificante si traduceva in una limitazione *etica* travisata da precetto giuridico anche penale⁵: un cattivo esempio di legislazione "confessionale", in patente violazione di quel canone di laicità definito giustamente un *carattere* del nostro sistema giuridico⁶.

La giurisprudenza costituzionale, com'è noto, ha smantellato l'impianto originario della legge 40 nei suoi nuclei cruciali (produzione di embrioni e trasferimento di embrioni in utero, divieto di fecondazione eterologa, divieto di accesso ai portatori di malattie genetiche, divieto di diagnosi pre-impianto)⁷. La normativa, in questo momento, sopravvive a sé stessa attraverso poche norme obsolete, che tuttavia contribuiscono a renderla ancora una delle più restrittive d'Europa⁸.

Sopravvive stancamente, con l'avallo della Corte costituzionale, l'art. 5⁹, che vieta l'accesso alla PMA ai *single* e alle coppie omosessuali, oggi esclusi (anche nella legge sulle unioni civili) da un diritto fondamentale che proprio la Consulta in tempi recenti ha esteso ben oltre la nozione convenzionale di famiglia e certo ben oltre la discendenza genetica.

Sopravvive soffertamente il divieto di utilizzo e di sperimentazione sugli em-

⁵ Eloquenti le riflessioni di E. DOLCINI, *Embrione, pre-embione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita* (l. 19 febbraio 2004, n. 40), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2004, p. 448, secondo cui sullo sfondo dell'*Embryonenschutzgesetz* italiana si scorge la dura condanna pronunciata già nel 1949 da Pio XII contro la fecondazione artificiale eterologa, bollata come immorale. Più di recente, A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 105, sottolinea come il divieto di fecondazione eterologa costituisca un laboratorio particolarmente attrezzato per testare la vocazione discriminatoria dei divieti di accesso sanciti dalla l. 19 febbraio 2004, n. 40, così come la loro propensione a inverare specifiche etiche familiari.

⁶ Parla della laicità come *carattere* ineludibile (e non *principio autonomo*) del diritto penale S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 166. Il principio di laicità è definito "principio supremo" e "profilo" della nostra forma di Stato da Corte cost. 11 aprile 1989, n. 203. Secondo la sentenza *de qua*, «il principio di laicità, quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale».

⁷ V., in particolare, Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151; Corte cost. 10 giugno 2014, n. 162; Corte cost. 5 giugno 2015, n. 96; Corte cost. 11 novembre 2015, n. 229.

⁸ Per un rapido ma esauriente panorama della legislazione europea in materia v. ancora E. DOLCINI, *Il punto sulla fecondazione assistita "eterologa" rileggendo Carlo Flamigni*, in M. MORI (a cura di), *Carlo Flamigni. Medicina, impegno civile, bioetica, letteratura*, Le Lettere, Firenze, 2013, p. 130 ss.

⁹ Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, che ha dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 5 e 12, commi 2, 9 e 10 l. 19 febbraio 2004, n. 40, nella parte in cui negano alle coppie omosessuali (nel caso di specie, di sesso femminile) l'accesso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita sulla base di una serie di argomentazioni pilatesche che chiamano in causa la ragionevolezza delle scelte politiche del legislatore.

brioni soprannumerari a fini di ricerca (artt. 13, commi 3 e 4)¹⁰, insieme a uno statuto punitivo formidabile quanto inutile, spropositato nella struttura, nella *ratio* e nel trattamento sanzionatorio¹¹: un apparato punitivo fantasma che presidia da pericoli inesistenti, nel puro stile del diritto penale simbolico.

La legge n. 40 si è progressivamente erosa, depotenziata, sgranata sotto la scure della Corte costituzionale: una conferma del fatto che si è trattato di una normativa *contro* la fecondazione medicalmente assistita¹², vista come male necessario da arginare per contenere entro il minimo “eticamente tollerabile” la manipolazione scientifica di quel fatto meraviglioso e terribile che è la generazione umana.

Sul diverso versante del c.d. diritto di morire, l’interferenza tra biodiritto, religione e politica ha prodotto una formidabile renitenza, tuttora in atto, a regolamentare forme e modi dell’aiuto a morire, nonostante l’intervento della Corte costituzionale¹³.

3. *Segue: la fase della legislazione penale compulsiva e il diritto penale della diseguaglianza*

Al di là del biodiritto, il quadro emergente dagli interventi normativi delle ultime due decadi «non è quello di un diritto penale classicamente e compatteamente autoritario, da destra tradizionale, ma un quadro composito» in cui – a spezzoni crescenti – lo schema del diritto penale “del nemico” si è affiancato a quello “dell’amico”¹⁴, in cui l’uso congiunturale dello *ius terribile* si è prestatato,

¹⁰ V., a riguardo, Corte cost. 13 aprile 2016, n. 84, dove la Consulta, pur dichiarando inammissibile la questione, ha invocato – invano – l’intervento del legislatore.

¹¹ Per una disamina più accurata delle norme penali contenute nella l. 19 febbraio 2004, n. 40 v., volendo, L. RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 687, e soprattutto A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito*, cit. Da ultimo, v. l’interessante contributo critico di V. TIGANO, *I limiti dell’intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Giappichelli, Torino, 2019.

¹² P. SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, 3/4, p. 379.

¹³ *Infra*, § 6.

¹⁴ L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Laterza, Bari, 2011: «L’Italia ... sta diventando un paese avvelenato dalla paura, dall’odio per i diversi e dal disprezzo per i deboli. Paura e razzismo, sospetto e diffidenza per i diversi, insicurezza e aggressività sociale sono stati, in questi anni, potentemente alimentati dalla demagogia securitaria delle destre, cui le sinistre sono state largamente subalterne. La paura è sempre stata una risorsa del potere politico: il quale può fare esso stesso paura, come nei regimi apertamente autoritari, o far leva sulla paura, assecondandola o alimentandola onde trarne consenso e legittimazione, come nelle campagne populiste a sostegno di misure penali tanto duramente repressive quanto inutili e inefficaci».

incontrastato, a fungere da risposta illusoria al sentimento dell'insicurezza trascurando la criminalità economica e quella di grosso calibro¹⁵.

Sul fronte dell'autotutela individuale, la sicurezza¹⁶ è divenuta il paradosso in nome del quale si è realizzata un'eterogenesi dei fini sul versante della difesa legittima: lo Stato ora concede al cittadino di andare ben oltre l'autotutela privata *necessaria*, coniando un'autotutela *preventiva* e una, per dir così, *emotiva*, con conseguente contaminazione tra la dimensione *oggettiva* e quella *soggettiva* dell'istituto, tra quella *reale* e quella *potenziale*. Queste logiche, beninteso, erano già presenti nella novella della legittima difesa realizzata dalla l. 13 febbraio 2006, n. 59¹⁷, ma la l. 26 aprile 2019, n. 36 ha ampliato a dismisura i confini della scriminante, grazie al rilievo grandguignolesco dato dai *media* a rapine in villa e assalti a benzinai o a tabaccherie, e diffondendo un messaggio *politico* ingannevole: quello di uno Stato forte, pronto a porsi al fianco del cittadino aggredito – sterilizzando la prova dei requisiti della scriminante – senza imporgli la farraginosa sottoposizione a processi volti a verificare la legittimità della sua condotta. Ne è derivata una sconcertante sovrapposizione tra la legittima difesa reale e un immaginario diritto di difesa, sganciato da tutti gli elementi strutturali del paradigma "classico" per approdare a un territorio in cui l'autore di un'aggressione diventa vittima – anche eccedendo dai limiti della scriminante per "grave turbamento" – e la vittima carnefice¹⁸.

Le novelle che hanno interessato, in vario modo, la parte speciale ci riportano per lo più alla logica del diritto penale "del nemico" o della "passione punitiva"¹⁹, focalizzandosi su tipi d'autore (sospetti pedofili, usurai, mafiosi, sospetti terroristi) trattati all'insegna del rigore più assoluto sul piano del trattamento sanzionatorio a fronte di una severità punitiva "discendente" sul diverso versante del diritto penale dei colletti bianchi.

¹⁵D. PULITANÒ, *Lo sfaldamento del sistema penale e l'ottica amico-nemico*, in *Quest. Giust.*, 2006, p. 746 e, più di recente, L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Per una risposta razionale ai problemi della sicurezza e del terrorismo*, in A. CAVALIERE-C. LONGOBARDO-V. MASARONE-F. SCHIAFFO-A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, p. 141.

¹⁶V., da ultimo, l'approfondito studio di F. FORZATI, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

¹⁷Sulla prima configurazione della legittima difesa domiciliare v., tra gli altri, E. DOLCINI, *La riforma della legittima difesa: leggi "sacrosante" e sacro valore della vita umana*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 4, p. 431 ss.; C.E. PALIERO, *La legittima difesa territoriale (ovvero, un paradigma orientato sulla sproporzione)*, in *Legisl. pen.*, 2006, 4, p. 569 ss.

¹⁸Per un adeguato approfondimento dei problematici requisiti strutturali della "nuova" legittima difesa domiciliare si fa rinvio agli studi monografici di D. NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa tra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Giappichelli, Torino, 2020, e F. MACRÌ, *Effettività e limiti costituzionali della legittima difesa: dal Far West al Fair Risk*, Giappichelli, Torino, 2020.

¹⁹*Infra*, § 4.

Il vero diritto penale della disuguaglianza è stato però determinato dalla criminalizzazione della clandestinità come *male in sé*²⁰. È proprio l'immigrato, più che lo straniero, l'“altro” *tout court*, a costituire l'archetipo della minaccia alla sicurezza: “nemico interno” che

«oggi viene e domani rimane [...] viandante potenziale che, pur non avendo continuato a spostarsi, non ha superato del tutto l'assenza di legami dell'andare e del venire», come tale ancor più minaccioso del *bárbaros*, straniero esterno, lontano, e dello *xénos*, con cui, ospite o nemico che sia, la relazione è chiaramente “modellizzata”; ambiguo («dissimile e assimilato»), “pericolosamente visibile”, da un lato «“mostra” una mancanza: non appartiene al Noi fin dall'inizio», ma dall'altro porta dentro il Noi «semi d'estraneità, princìpi d'infezione, preludi di disordine» che sollecitano il nostro atavico «disgusto proiettivo»²¹.

La creazione di un regime penale *diseguale* tra clandestino – *persona illegale*²² – e cittadino si deve al d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (c.d. decreto sicurezza), convertito con emendamenti dalla l. 24 luglio 2008, n. 125, che aveva introdotto tra le aggravanti comuni «l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale» (art. 61, n. 11 *bis* c.p.)²³: norma dichiarata totalmente illegittima – per contrasto con gli artt. 3 e 25, comma 2 Cost. – dalla sentenza costituzionale 8 luglio 2010, n. 249²⁴.

La legge 15 luglio 2009, n. 94, ha successivamente introdotto nel *corpus* del Testo Unico sull'immigrazione la discussa contravvenzione di «ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato» (art. 10-*bis* d.lg. 25 luglio 1998, n. 286), già depennata dal quadro normativo del pregresso “pacchetto” sicurezza per le motivatissime riserve allora formulate dal Segretario del Pontificio Consiglio per i migranti e dall'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani. An-

²⁰ Sulla disuguaglianza come discriminazione di *status* v., per tutti, L. FERRAJOLI, *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, II ed., Editoriale scientifica, Napoli, 2017, p. 193.

²¹ A. VISCONTI, *Memoria e comprensione dell'altro' tra difesa sociale e garanzie individuali: la prospettiva giusletteraria per un diritto penale democratico*, in *Jus*, 2017, 1, p. 63, che cita a sua volta rispettivamente G. SIMMEL, *Excursus sullo straniero*, in *Sociologia*, Edizioni di Comunità, Milano, 1989, p. 580, e M. NUSSBAUM, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Carocci, Roma, 2007, p. 135 ss.

²² L'espressione, di L. FERRAJOLI in *La criminalizzazione degli immigrati. (Note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 13 (e in *Poteri selvaggi*, cit., p. 45), è citata da A. VISCONTI, *Memoria e comprensione dell'altro' tra difesa sociale e garanzie individuali: la prospettiva giusletteraria per un diritto penale democratico*, cit., p. 51 ss. Da un diverso angolo prospettico, v. P. PAROLARI, *Migrazioni, interlegalità, pluralismo giuridico. Prospettive giusfilosofiche*, in *Riv. fil. dir.*, 2018, 1, p. 33 ss.

²³ Sull'aggravante di cui all'art. 61, n. 11 *bis* c.p. v. per tutti le profondissime considerazioni di D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 547 ss.

²⁴ Corte cost. 8 luglio 2010, n. 249.

che tale fattispecie è stata peraltro sottoposta al vaglio della Consulta, la quale (pur con qualche indicazione blandamente correttiva) ne ha sostanzialmente salvato struttura ed ambito di operatività con sentenza 8 luglio 2010, n. 250²⁵.

In questa sede, è sufficiente ricordare come la c.d. aggravante soggettiva della clandestinità sia stata vessillo di un diritto penale d'autore dotato – forse – di modesta rilevanza pratica ma di enorme valore simbolico, paragonabile all'infamia delle leggi razziali: con essa il reato commesso dall'immigrato irregolare veniva valutato *a priori* come più grave²⁶. La scelta, palesemente incostituzionale, di aggravare la pena – per la commissione di *qualsiasi* reato e con pesanti ripercussioni processuali – a seguito del mero possesso di uno *status* non può essere considerata e dimenticata come un dettaglio tecnico, sia in considerazione di natura e finalità "ultraedittali" delle circostanze c.d. comuni²⁷, sia soprattutto dell'inconsistenza delle argomentazioni dogmatiche e politico-criminali addotte a suo tempo a sostegno della legittimazione dell'aggravante *de qua*.

Le riforme fin qui ricordate testimoniano, come autorevolmente è stato sottolineato, un grave momento di crisi "dall'alto" della democrazia politica, generata da fattori apparentemente antitetici ma convergenti nel minare alla radice il concetto stesso di democrazia rappresentativa. Tutti si manifestano nella sostanziale negazione della separazione tra poteri o livelli di potere (tra Stato e popolo, tra sfera pubblica e sfera privata, tra forze politiche o istituzioni pubbliche) che caratterizzano la modernità giuridica, risolvendosi in altrettante regressioni premoderne o nella nascita di poteri senza equilibrio²⁸.

La crisi si è certo aggravata grazie al "furore punitivo" tipico di alcuni recenti interventi legislativi.

4. Segue: l'era della passione punitiva e le sue degenerazioni

La giustizia penale pre-Covid è stata caratterizzata da ondate draconiane di populismo in grado di trasfigurare scopi e metodi della disciplina, trasformando il diritto penale in uno strumento punitivo di esemplare severità. Passione del

²⁵ Corte cost. 8 luglio 2010, n. 250.

²⁶ D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, cit., p. 557: «la previsione dell'aggravante non aumenta in alcun modo sicurezza, ma mette in scena una risposta retoricamente efficace a uno stato d'animo diffuso, che chiede sicurezza attraverso un maggior rigore verso i "clandestini"». Sul rapporto tra politiche criminali di esclusione, tramonto del *welfare* e statuti della cittadinanza v. O. DE LEONARDIS, *Statuti della cittadinanza: insicurezza sociale e incertezza normativa*, in A. CERETTI (a cura di), *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 77 ss.

²⁷ Sul punto, v. per tutti G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 46.

²⁸ L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, cit., pp. 20-21.

punire²⁹ è quella leggibile in leggi o disegni di legge aventi come obiettivo l'inasprimento delle sanzioni edittali o delle circostanze aggravanti, e soprattutto nella scelta di non dare attuazione ai punti più innovativi della delega in materia penitenziaria di cui alla l. 23 giugno 2017, n. 103. La passione ha generato l'abbandono del linguaggio penalistico, che ha perso la neutralità dei termini tecnici per tradurre volgarmente l'effetto brutale della certezza della pena ("spazzacorrotti")³⁰.

La "passione punitiva" contemporanea si esplica, come già accennato, attraverso la tendenza a neutralizzare categorie di soggetti socialmente pericolosi in un quadro di crescente militarizzazione del nostro apparato punitivo³¹. A ciò si aggiunge, in parallelo, la massiva trasposizione di strumenti di contrasto della criminalità organizzata nel quadro della lotta a tipologie delittuose dotate di particolare allarme sociale, come i delitti di corruzione.

Sullo sfondo, in entrambi i contesti, si staglia «un'accresciuta sensibilità per gli atti illegali e la devianza, e una focalizzazione del discorso e dell'azione pubblica sulle questioni di sicurezza». Il problema dovrebbe essere il crimine, e tuttavia «con il momento punitivo è il castigo a diventare un problema»³². Il fenomeno sta assumendo dimensioni mondiali e investe anche il nostro Paese, con interventi normativi assai lontani dal diritto penale di ispirazione liberale³³.

Quali alternative al "furore punitivo"? La prima, probabilmente utopistica ma non per questo impercorribile, è stata tracciata dall'antropologo francese Didier Fassin con la sua critica del castigo, che invita a riflettere sul modo in cui ci si rivela tolleranti nei confronti di alcuni delitti e intolleranti nei confronti di altri, a prescindere dalle loro conseguenze sul bene comune. Fassin ritiene che il richiamo all'opinione pubblica – che tanto ha condizionato le scelte politico-criminali italiane degli ultimi vent'anni – serva ad incoraggiare il populismo penale più che a contribuire a un progetto democratico, e che nulla in questa materia delicatissima debba esser dato per scontato: occorre, piuttosto,

²⁹ Il riferimento è al tema caro all'antropologo francese D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 2018.

³⁰ D. PULITANÒ, *Tempeste sul Penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2019, 3, p. 236. La passione punitiva trapela anche dal noto *happening* ministeriale (con videoriprese destinate alla gogna *social*) in occasione della consegna in Italia di un latitante già condannato per delitti connessi agli anni di piombo.

³¹ M. DELMAS-MARTY, *Il paradigma della guerra contro il crimine: legittimare l'inumano?*, in *Studi quest. crim.*, 2007, 2, p. 21 ss.

³² Così, citando Fassin (op. cit., p. 9), D. PULITANÒ, *Tempeste sul Penale. Spazzacorrotti e altro*, cit., p. 235. Sull'enfatizzazione della sicurezza come bene giuridico (e sulla sterminata letteratura scientifica in materia) sia consentito il rinvio a L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti. Un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, Torino, 2019. In argomento, v. da ultimo F. FORZATI, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, cit., *passim*.

³³ V. MANES, *L'estensione dell'art. 4 bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2019, 2, p. 10.

«aprire una breccia nel cumulo di false prove che hanno permesso l'espansione illimitata dell'istituzione sociale attraverso la quale le società contemporanee rispondono alle più disparate perturbazioni dell'ordine morale o legale, come se, per mancanza d'immaginazione o coraggio, non sapessero concepirne altre»³⁴.

La seconda consiste in una revisione radicale e organica del sistema sanzionatorio, che incida su tipo e consistenza delle pene principali trasformando il carcere in *extrema ratio*. Sebbene tutt'altro che utopistica, questa via si è finora rivelata più impercorribile della precedente³⁵.

5. Il ruolo mutante della Corte costituzionale: le sentenze monito

Dal 2018 in avanti, il dialogo tra Corte costituzionale e Parlamento assume la veste di un monologo, non per volontà della Corte ma per un emblematico silenzio del legislatore su temi "sensibili", in grado di captare consensi elettorali. I territori nel cui ambito sono intervenute le c.d. declaratorie di incostituzionalità differita sono eterogenei, ma almeno due di essi appaiono di rilievo cruciale: all'ordinanza 16 novembre 2018, n. 207 sul caso Cappato-Antoniani³⁶ seguono l'ordinanza 9 giugno 2020, n. 132, in rapporto al trattamento sanzionatorio della diffamazione a mezzo stampa³⁷, e l'ordinanza 15 aprile 2021, n. 97 sulla conces-

³⁴D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, cit., p. 153.

³⁵L'intervento di riforma più recente è quello realizzato dalla legge 27 settembre 2021, n. 134 e dal relativo schema di decreto delegato, approvato dal Consiglio dei Ministri il 4 agosto 2022 (c.d. riforma "Cartabia"). Non si tratta però di una riforma sistemica capace di rivedere, attraverso la deflazione delle pene detentive, anche la tipologia delle pene principali ed il loro rapporto con l'esecuzione, come variamente – e invano – auspicato dai diversi progetti di riforma degli ultimi anni e dalla Commissione Palazzo. V., tra gli altri, M. PELISSERO, *Oltre la riforma Cartabia. Le prospettive della rieducazione nello sviluppo del sistema sanzionatorio*, in A. MENGHINI-E. MATTEVI (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Atti del Convegno, Trento, 21-22 gennaio 2022, p. 29.

³⁶Per approfondimenti si rinvia a F.S. MARINI-C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, cit., e G. FORNASARI-L. PICOTTI-S. VINCIGUERRA (a cura di), *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, Padova University Press, Padova, 2019. Si veda anche M. D'AMICO-I. PELLIZZONE-B. LIBERALI (a cura di), *Fase finale della vita, tra libertà ed esigenze di protezione. Quali punti fermi?*, in *Politeia*, 2019, p. 71 ss. Su autodeterminazione responsabile e aiuto al suicidio v., per tutti, G. D'ALESSANDRO-O. DI GIOVINE (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Giappichelli, Torino, 2020.

³⁷Per un commento all'ordinanza 132/2020 si rinvia a V.M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, in *Osservatorio cost.*, 2020, 5, p. 121 ss.; A. MAZZOLA, *Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata col "caso Cappato"*, in *giur-cost.org (Consulta online)*, 2020, 3, p. 545 ss.; R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discus-*

sione della liberazione condizionale all'ergastolano ostativo non collaborante condannato per delitti di contesto mafioso³⁸.

Le ordinanze di incostituzionalità differita, nel merito, valgono sentenza³⁹, e “congelano” per un anno una disciplina incostituzionale che rimane formalmente in vigore. Si tratta di un paradigma pseudodecisorio⁴⁰ che alcuni penalisti e molti costituzionalisti già nel 2018 si auguravano non replicabile per la sua intrinseca contraddittorietà: l'ordinanza di incostituzionalità differita adduce infatti la ragione del rinvio nell'esigenza di non creare contrapposizioni con scelte asseritamente esclusive del legislatore. Decorso un anno, tuttavia, la stessa inopportuna commistione si ritiene nondimeno superabile a causa del silenzio legislativo: l'esigenza di garantire la legalità costituzionale, afferma la Corte, deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la priorità.

Così operando, tuttavia, la Consulta non fuga il sospetto di una valutazione “politica”, anche da parte dei massimi garanti del sistema, dei principi di garanzia che fondano la Costituzione, per tacere della commutazione dei contenuti *eventuali* della disciplina sollecitata dalla Corte nei suoi tratti caratterizzanti presumibilmente definitivi. Di fatto, la Corte costituzionale assume un ruolo vicario di fronte a un legislatore latitante, a conferma di un latente conflitto o, peggio, di un'insanabile distanza tra i poteri dello Stato aggravata dalla circostanza che la storia recente dei diritti civili nel nostro Paese è legata ad alcuni casi concreti che sfidano la politica e spesso si oppongono ad essa (o quanto meno alla sua inerzia)⁴¹.

sa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato, in *Forum quad. cost. Rass.*, 2020, 3, p. 104 ss.; A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurata in Cappato*, in *giurcost.org (Consulta online)*, 2020, 2, p. 406 ss.

³⁸Tra i commenti all'ordinanza n. 97/2021 si segnalano – con toni assai eterogenei – quelli di E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sist. pen.*, 25 maggio 2021; D. GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo*, in *www.giustiziainsieme.it*, 20 maggio 2021; F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all'ordinanza 97/2021*, in *Quest. giust.*, 27 maggio 2021; D. MAURI, *La prevista censura dell'ergastolo ostativo non andrà in onda: al suo posto un «invito al legislatore»*, in *sidiblog.org*, 27 maggio 2021; M. MENGOZZI, *Un passo avanti e uno indietro: la Consulta sull'ergastolo ostativo opta per il rinvio con monito*, in *www.diritticomparati.it*, 20 maggio 2021; H.J. WOODCOCK, *Qualche considerazione sulla recente pronuncia della Corte costituzionale in materia di “ergastolo ostativo”*, in *Quest. giust.*, 26 maggio 2021, e, volendo, L. RISICATO, *L'incostituzionalità riluttante dell'ergastolo ostativo: alcune note a margine di Corte cost., ordinanza n. 97/2021*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 2, p. 653 ss.

³⁹In questo senso, nitidamente, D. PULITANÒ, *L'aiuto al suicidio fra vincoli costituzionali e politica del diritto*, cit., p. 277.

⁴⁰Così F. CONSULICH, *Stat sua cuique dies. Libertà o pena di fronte all'aiuto al suicidio?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 130.

⁴¹M. D'AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale tra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sentenza 242 del 2019)*, in *Osservatorio cost.*,

Il *vulnus* più evidente riguarda il rispetto del principio di legalità, in particolare sotto i profili della sufficiente determinatezza⁴² e della retroattività favorevole: in questo caso la successione di leggi si pone tra una norma dichiarata in-costituzionale – con un anno di “immobilità” – e una disciplina suppletiva dettata dalla Corte, destinata a valere per casi *analoghi* a quello oggetto di giudizio. Le conseguenze magmatiche di questo assetto vanno valutate con estrema attenzione, sia in rapporto al tema dell’aiuto a morire che a quello relativo all’ergastolo ostativo.

6. L’aiuto al suicidio dopo la sentenza costituzionale n. 242/2019

Sono passati tre anni dalla sentenza costituzionale 22 novembre 2019, n. 242, che ha cristallizzato i quattro presupposti grazie ai quali l’aiuto a morire esula dal perimetro dell’art. 580 c.p.: 1) presenza di una malattia irreversibile; 2) sofferenze fisiche e psicologiche ritenute dal paziente intollerabili; 3) dipendenza del malato da terapie di sostegno vitale; 4) piena capacità di autodeterminazione di quest’ultimo⁴³.

In questi tre anni, nelle more dell’approvazione di una legge sul suicidio assistito e dopo l’inammissibilità del referendum sulla c.d. eutanasia legale, si è avuta notizia – nel giugno 2022 – della prima interruzione della vita su richiesta: il suicidio è giunto all’esito di un’estenuante procedura sviluppatasi secondo le indicazioni della Consulta (legge in assenza di legge). In esecuzione di un ordine del Tribunale di Ancona, l’Azienda sanitaria della Regione Marche ha verificato la sussistenza dei presupposti per l’assistenza al suicidio. L’ingestione del farmaco letale da parte del paziente, tetraplegico da molti anni, si è svolta in presenza di membri dell’Associazione Luca Coscioni⁴⁴. La vicenda di questo paziente «ha mostrato la praticabilità della procedura additata dalla Corte costituzionale, ma anche la riluttanza della macchina politico-amministrativa»⁴⁵.

Si tratta di un risultato, al tempo stesso, importante e assai deludente. È importante perché segna un passo in avanti nella tenace affermazione di un “dirit-

2020, 1, p. 287: «l’assenza della politica e la sua distanza rispetto alle esigenze dei cittadini e delle persone, alla lunga, crea una situazione pericolosa per lo stesso Stato costituzionale».

⁴² Cfr., a riguardo, l’eloquentissima sentenza costituzionale 28 aprile-14 maggio 2021, n. 98, in cui si ribadisce vigorosamente l’importanza del carattere tassativo delle fattispecie incriminatrici e del divieto di analogia *in malam partem*.

⁴³ Tra le numerose pubblicazioni sull’argomento, doveroso è il riferimento all’opera di G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita: una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell’eutanasia volontaria*, UTET, Torino, 2020.

⁴⁴ In argomento D. PULITANÒ, *Morte assistita. Forza dei fatti e problemi della politica*, in *Sist. pen.*, 7 luglio 2022.

⁴⁵ D. PULITANÒ, *Morte assistita*, cit., p. 8.

to di morire” compiuta, nel nostro Paese, quasi esclusivamente dalla giurisprudenza sui casi Welby ed Englaro⁴⁶ e solo in parte dalla l. 22 dicembre 2017, n. 219 sulle Direttive anticipate di trattamento.

È deludente perché, in questo momento storico, dopo il fallimento della controversa campagna referendaria sull'eutanasia legale⁴⁷ e lo stallo (forse irreversibile) di un disegno di legge che pare recepire in modo rigidissimo i presupposti delineati nel 2019 dalla Corte costituzionale⁴⁸, si registra una stasi di cui fanno le spese molti malati irreversibili o terminali, costretti ancora a recarsi all'estero – specie se non dipendenti da terapie di sostegno vitale – per poter fuggire da un dolore senza rimedio. È chiaro, però, come le polemiche legate alla bocciatura del quesito referendario da parte della sentenza costituzionale 15 febbraio 2022, n. 50 confermino una sensibilità culturale verso i modi del morire “con dignità” profondamente mutata rispetto all'epoca in cui il codice Rocco tipizzava gli omicidi minori.

Altra questione è poi verificare se il quesito referendario, volto ad abrogare l'omicidio del consenziente, non implicasse, ove portato all'estremo, una vistosa eccedenza del mezzo rispetto al fine, che avrebbe potuto determinare – in caso di accoglimento e successiva vittoria delle ragioni abrogative – la liceità dell'omicidio consensuale *anche di chi malato non è*, a fronte della perdurante e paradossale punibilità superstita dell'istigazione al suicidio. Morire è e resta divisivo: l'aiuto al suicidio del sofferente ferisce la sensibilità religiosa o etica di chi si sente minacciato dall'idea della morte su richiesta, della sua possibile manipolazione o dei suoi abusi. La morte negata lede nondimeno la dignità del *residuo di sé* che il malato grave rivendica di fronte a chiunque: non certo perché la morte sia prospettiva gradita o agognata ma solo perché non esiste alternativa plausibile a un dolore senza fine.

Il disegno di legge “Trizzino”, approvato dalla Camera dei deputati lo scorso 10 marzo, si è ora spiaggiato insieme alla fine della legislatura. La prospettiva, tutt'altro che rassicurante, è quella di uno scenario post-elettorale assai distante (anche) dal pluralismo bioetico indispensabile per intervenire su una materia così delicata.

Aspettando Godot, è bene ricordare come la vicenda Welby abbia *già* sancito, per molti versi, il diritto dei malati terminali autoresponsabili di essere aiutati

⁴⁶ Cfr., per tutti, D. PULITANÒ-E. CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, p. 337 ss.

⁴⁷ Un'articolata sintesi dei *pro* e dei *contra* del quesito referendario è contenuta in G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, Atti del seminario, Ferrara, 26 novembre 2021, in *Forum quad. cost. Rass.*, 2022, 1.

⁴⁸ Si tratta del d.d.l. Trizzino (3101), in *www.camera.it*, il cui testo unificato è stato approvato dalla Camera dei deputati il 10 marzo 2022.

a morire e la piena valorizzazione dell'art. 32, comma 2, Cost., quale disposizione dotata di efficacia precettiva nel nostro ordinamento: lungi dal sancire un discutibile diritto al suicidio, quello all'autodeterminazione responsabile è un principio che include *l'incoercibilità del vivere*, come dimostrato dalla giurisprudenza sullo sciopero della fame dei detenuti⁴⁹. Riconoscere il diritto di ognuno di autodeterminarsi anche su quando e come porre fine alla propria esistenza sarebbe semplicissimo, e la via – ancora una volta – era già stata nitidamente tracciata dalla Consulta nell'ordinanza 16 novembre 2018, n. 207: basterebbe includere nel rifiuto di cure di cui agli artt. 1 e 2 della l. 22 dicembre 2017, n. 219 anche la richiesta di essere aiutati a morire. Il Parlamento non è stato capace di recepire questo suggerimento e molti dubbi sorgono sulle sue intenzioni prossime venture, affidate a nuove maggioranze parlamentari che potrebbero sancire – in un indesiderabile circolo vizioso – il ritorno della legislazione penale "confessionale" su questioni di vita o di morte.

7. *L'ergastolo ostativo tra diritti del reo e norme-manifesto*

L'altro territorio cruciale su cui la Corte costituzionale è intervenuta con una pronuncia-monito è quello dell'ergastolo ostativo e del suo draconiano statuto punitivo per il condannato non collaborante. L'ordinanza 11 maggio 2021, n. 97 presenta zone d'ombra abbastanza marcate, ribadendo nettamente – per un verso – l'incompatibilità tra pena (del tutto) perpetua e finalismo rieducativo, ma esitando – per l'altro – di fronte alla supposta insindacabilità delle opzioni legislative in materia di sicurezza pubblica.

La verifica di legittimità costituzionale riguardava la disciplina che non consente di concedere il beneficio della liberazione condizionale al condannato all'ergastolo per delitti di "contesto mafioso" che non abbia collaborato con la giustizia e abbia già scontato ventisei anni di carcere (anche grazie a provvedimenti di liberazione anticipata): per costui la pena perpetua non sarebbe solo *de iure* ma anche *de facto*, poiché il giudice di sorveglianza non può al momento desumere il ravvedimento del reo da elementi *diversi* dalla mancata collaborazione.

La pronuncia è dicotomica, con una premessa illuminata e un improvviso *reversionement*. Nella sua prima parte, riallacciandosi alla stessa giurisprudenza costituzionale e a quella della Corte EDU (in particolare alla pronuncia *Viola contro Italia*⁵⁰),

⁴⁹ V. già G. FIANDACA, *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, in *Foro it.*, 1983, 2, c. 235 ss., V. ONIDA, *Dignità della persona e diritto di essere malato*, in *Quest. giust.*, 1982, 2, p. 364 ss., e D. PULITANÒ, *Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva*, *ivi*, p. 370 ss.

⁵⁰ Cfr. E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 925 ss., e T. TRAVAGLIA CIRCIRELLO, *Il caso Viola contro Italia: sul fulcro della dignità dell'uomo, la Corte Edu boccia ogni pre-giudizio ostativo nel percorso rieducativo del condannato*, in *Ord. int. dir. um.*, 2018, p. 638 ss.

la Corte elenca in un *crescendo* rossiniano⁵¹ una serie logica e coerente di argomentazioni che cesellano la fosforescente illegittimità costituzionale di un ergastolo non “riducibile” e condizionato da automatismi perentori come quelli che contraddistinguono l’istituto di cui all’art. 4-*bis* ord. pen. In conclusione, però, la Consulta si rifugia di colpo dietro lo schema dell’incostituzionalità differita: si afferma, anzi, che un intervento meramente “demolitorio” potrebbe mettere a rischio il complessivo equilibrio della disciplina dei reati di mafia, e, soprattutto, «le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva che essa persegue per contrastare il pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa».

Ancor più dell’aiuto al suicidio, la materia dell’ergastolo ostativo ha dimostrato come il modello dell’incostituzionalità differita implichi non solo costi altissimi sul piano della certezza del diritto, ma non riesca ad indirizzare in modo perspicuo le scelte del legislatore storico. Del “limbo” costituzionale hanno fatto le spese, per diciotto mesi⁵², tutti coloro che si sono trovati nelle condizioni prospettate dal giudice *a quo*, nell’attesa di un intervento del Parlamento o di un nuovo pronunciamento della Corte.

Si è poi verificato un colpo di scena: prima della nuova udienza davanti alla Consulta il governo ha fatto ricorso ad un decreto legge, il d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, che – accorpando il tema dell’ergastolo ostativo alla sgangherata e severissima repressione dei *rave party*, al reintegro dei medici no-vax e al rinvio dell’entrata in vigore del d. lgs. n. 155/2022 – presenta plurimi profili di illegittimità costituzionale.

Gli articoli da 1 a 4 del decreto introducono nuove disposizioni sullo statuto dei reati ostativi, andando molto al di là delle indicazioni fornite dall’ordinanza costituzionale n. 97/2021. La disciplina delle condizioni per essere ammessi ai benefici penitenziari e alla liberazione condizionale è estremamente restrittiva. L’allegazione dei requisiti richiesti per la concessione della liberazione condizionale all’ergastolano non collaborante si traduce in un’autentica *probatio diabolica*, avente ad oggetto «elementi specifici, *diversi* e *ulteriori* rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo, alla mera dissociazione dall’organizzazione criminale di eventuale appartenenza, che consentano di escludere l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva o il contesto nel quale il reato è stato commesso nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi».

⁵¹ L’immagine musicale è evocata da E. DOLCINI, *L’ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021*, cit., § 10: all’ampio e prolungato «crescendo» segue un inopinato «pianissimo».

⁵² L’ordinanza costituzionale n. 122/2022, prendendo atto dell’esistenza di un disegno di legge già approvato dalla Camera dei deputati il 31 marzo 2022, ha ulteriormente rinviato la discussione della questione all’8 novembre 2022: un caso di incostituzionalità ri-differita, su cui v. i giusti rilievi critici di A. PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria. L’incostituzionalità dell’ergastolo ostativo differita per la seconda volta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, p. 761 ss.

Muta *in peius* pure l'arco temporale necessario alla maturazione dei presupposti per la concessione del beneficio: la soglia si innalza infatti a *trent'anni* rispetto ai ventisei previsti dalla legge n. 663/86 e persino rispetto ai ventotto indicati in origine dalla legge 25 novembre 1962, n. 1634. L'estensione della durata della libertà vigilata muta, a sua volta, da cinque a ben dieci anni, confermando la natura irragionevole della disparità di trattamento tra detenuto collaborante e non collaborante⁵³.

Vero è che sul punto il decreto in esame riproduce in parte i contenuti di un disegno di legge approvato alla Camera il 31 marzo 2022, ma l'inasprimento complessivo della disciplina travalica il senso stesso dell'orientamento manifestato dalla Consulta, tradendo le indicazioni provenienti in modo inequivocabile dalla Corte EDU.

La Corte costituzionale ha, nel frattempo, restituito gli atti al giudice *a quo*, che dovrà verificare gli effetti della normativa sopravvenuta sulla questione sollevata e procedere ad una nuova valutazione della sua non manifesta infondatezza, che immaginiamo assai probabile.

8. *Quale futuro? Un assordante silenzio*

Appare più che legittimo chiedersi quale sia il ruolo della Corte costituzionale di fronte a un Parlamento silente o – peggio – riottoso ad adeguarsi ad incrollabili principi di diritto. Era probabilmente nel giusto chi, in dottrina, aveva preconizzato un uso sempre più frequente dell'incostituzionalità differita in materia penale:

«la mancata riforma del codice Rocco, la schizofrenia del nostro ordinamento penale e al tempo stesso le esigenze di tutelare valori che cambiano anche con norme penali costringeranno sempre di più il Giudice costituzionale a fare i conti con decisioni di questo tipo»⁵⁴.

Si tratta di uno dei riflessi più evidenti della profonda crisi in cui il modello

⁵³ Altri profili della nuova disciplina destano viva preoccupazione: prosegue infatti la tendenza a dilatare il novero dei reati ostativi al di là dei fatti di criminalità organizzata comune o terroristica, in assenza di specifiche evidenze empiriche che legittimino peculiari presunzioni di pericolosità o regimi differenziati. C'è di più: il decreto legge n. 162/2022 introduce una disciplina di ulteriore ampliamento dell'ostatività, estendendo le preclusioni *ex art. 4 bis*, comma 1, o.p., anche a delitti *diversi* «in relazione ai quali il giudice della cognizione o dell'esecuzione ha accertato che sono stati commessi per eseguire o occultare uno dei reati [ostativi di prima fascia] ... ovvero per conseguire o assicurare al condannato o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero l'impunità di detti reati». Sul d.l. 162/2022 v. le pungenti osservazioni di D. PULITANÒ, *Penale party. L'avvio della nuova legislatura*, in *Giur. pen. web*, 2022, 11.

⁵⁴ M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale*, cit., p. 296-297.

della democrazia rappresentativa versa in Italia e in molti altri Paesi (non solo) europei. È da tempo in atto un processo di decostituzionalizzazione del sistema politico italiano, determinato “dall’alto” dall’avvento del populismo⁵⁵, dall’impostura dell’identificazione della democrazia con l’espressione diretta della volontà popolare⁵⁶, dalla debolezza endemica della cultura costituzionale della classe politica e dal grado avanzato raggiunto dal processo decostituente dopo anni di leggi *ad personam* e di istituzionalizzazione dei conflitti d’interesse.

“Dal basso”, per contro, si registrano per un verso l’omologazione dei consenzienti e la denigrazione con ogni mezzo dei dissenzienti e dei diversi⁵⁷, per l’altro la prevalenza degli interessi privati sul bene comune (che agevola lo smantellamento del *welfare* portato avanti negli ultimi decenni). L’involutione dei partiti politici, che hanno perso il loro ruolo tradizionale di mediazione rappresentativa⁵⁸, ha provocato a sua volta una forte crisi della partecipazione politica e la nascita di forze antisistema, la manomissione dell’informazione – si pensi alle *fake news* e all’uso strumentale dei social per denigrare gli avversari⁵⁹ – e il declino della morale pubblica. La crisi della democrazia diventa pericolo per la democrazia, come dimostrato dagli ossimori di questo periodo storico (si pensi all’espressione “democrazia illiberale”).

Preoccupa soprattutto l’ossessione di riformulare la Carta costituzionale, mutandone volto e senso nella direzione di un presidenzialismo più o meno marcato: fascismo e nazismo, nel secolo scorso, si impadronirono del potere in forme legali e poi lo consegnarono “democraticamente” e tragicamente a un capo che soppresse la democrazia⁶⁰. Il Parlamento, in questo scenario, resta sullo sfondo, obbediente alla maggioranza e inerte su fronti “impopolari”.

Questo processo di svuotamento della democrazia può essere contrastato sul piano politico e culturale, rifondando i valori del costituzionalismo democratico e restituendo al Parlamento la pienezza delle sue funzioni, anche se l’attuale sistema elettorale e la riduzione del numero dei parlamentari fortemente voluta

⁵⁵ Per tutti, M. REVELLI, *Populismo 2.0*, Einaudi, Torino, 2017.

⁵⁶ L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi*, cit., p. 24. L’Autore cita, in proposito, Hans Kelsen (H. KELSEN, *Chi dev’essere il custode della Costituzione?*, 1931, traduzione italiana in C. GERACI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, pp. 275 e 277). La democrazia con coinvolgimento diretto della volontà popolare non esiste, non essendo il popolo «un collettivo unitario omogeneo». La sua assunzione ideologica serve solo a «mascherare il contrasto di interessi, effettivo e radicale, che si esprime nella realtà dei partiti politici e nella realtà, ancor più importante, del conflitto di classe che vi sta dietro».

⁵⁷ L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi*, cit., p. 41 e ss.

⁵⁸ In argomento, si rinvia alle lucide riflessioni di M. REVELLI, *Finale di partito*, Einaudi, Torino, 2013.

⁵⁹ V. T. GUERINI, *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Giappichelli, Torino, 2020.

⁶⁰ L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi*, cit., p. 6.

da un movimento di stampo populista vanno in direzione del tutto opposta rispetto al rimedio qui suggerito.

In mancanza di tutto questo, la leale e dialettica collaborazione tra Parlamento e Corte costituzionale rimane utopia in un contesto distopico. Occorre potenziare il sistema di *check and balances*, col rafforzamento di adeguate garanzie costituzionali e legislative per evitare il più possibile i gravi squilibri tra poteri che si profilano all'orizzonte. Sotto questo punto di vista, però, la riduzione del Parlamento ad espressione obbediente della maggioranza di governo, soprattutto in materia penale, è l'indicatore che lascia presagire gli scenari meno rassicuranti.

DEMOCRAZIE DEBOLI E TIRANNIE ELETTIVE

Luciano Violante

SOMMARIO: 1. *Hybris* democratica. – 2. Tre presunzioni. – 3. Il totalitarismo della sorveglianza. – 4. Le compagnie del digitale. – 5. Guerra e Tecnologia. – 6. Democrazie fragili. 7. Le tirannie elettive. – 8. Il modello ungherese. – 9. Il maschio discriminato. – 10. Una dannosa indifferenza. – 11. Curare la democrazia.

1. *Hybris democratica*

L'attività scientifica di Mimmo Pulitanò, nei molti campi che lo hanno visto per più di cinquant'anni intellettuale e protagonista civile, si svolge tutta attorno ad un asse centrale, l'analisi della democrazia, del suo stato di salute e dei diversi problemi che l'assillano. Dai primi approfondimenti sul ruolo costituzionale della magistratura alle successive analisi sulla non neutralità del diritto penale e sulla separazione dei poteri, sulla necessità di interpretazioni costituzionalmente orientate, sino al manuale di diritto penale, la riflessione non è mai stata ripetitiva e non ha mai abbandonato i canoni della razionalità illuministica.

Dedicare a lui e alla sua figura di uomo di studi e di analisi qualche riflessione sullo stato attuale delle democrazie è un modo per onorare un impegno intellettuale mai esibito, e sempre costruito con ferrea consequenzialità, necessario per leggere nella realtà quotidiana i segni di quanto sarebbe accaduto.

A differenza dai tempi nei quali Mimmo Pulitanò cominciava ad occuparsi del tema, le democrazie oggi sono minoranza nel mondo e dove sono presenti incontrano significative difficoltà.

Freedom House¹, con il suo rapporto 2022, ha documentato le difficoltà. Oggi solo il 20% della popolazione mondiale vive in democrazia; mentre il 38%, la percentuale più alta dopo il 1997, vive in condizioni di totale assenza di libertà. Il 42% vive in regimi parzialmente autoritari².

¹ Cfr. *freedomhouse.org*, 2022.

² Per una analisi particolarmente interessante e documentata, A. CASSANI-L. TOMINI, *Oltre il trend antiliberal. I processi di autocratizzazione nel XXI secolo*, in *Quad. sc. pol.*, 2020, p.183 ss.

La crisi inizia qualche anno dopo la caduta del Muro di Berlino nel 1989. L'avvenimento che sembrava segnare la vittoria definitiva dei regimi politici democratici e della concezione capitalistica dell'economia rappresenta invece l'avvio di un processo di progressiva riduzione del numero e della influenza delle democrazie nel mondo. In realtà il numero delle democrazie crebbe, per forza d'inerzia, negli anni successivi; diventarono infatti settantasei nel 1992. Ma poco dopo si è avviato il processo inverso.

Perché la crisi? Caduto il regime sovietico, le democrazie occidentali, sicure della propria irrefrenabile espansione, non si sono più preoccupate del proprio consolidamento. Si sono considerate modelli di governo perfetti, universali e irrinunciabili. La tesi della fine della storia, esposta in un saggio del 1992 di Francis Fukuyama, confermava l'opinione della *inevitabilità* delle democrazie e la fine della competizione nel mondo tra sistemi liberaldemocratici e sistemi autoritari³.

In realtà la democrazia, come tutto ciò che esiste, ha bisogno di cure per sopravvivere. Hanno bisogno di cure l'acqua, l'aria, la terra; ne hanno bisogno anche i regimi politici, specie quando sono caratterizzati, come le democrazie, da delicati equilibri tra poteri diversi. Ma dopo il successo sull'impero sovietico, come spesso avviene nelle vicende umane, è salita l'arroganza. Le classi politiche dirigenti dell'Occidente hanno smesso di curare la democrazia e hanno smesso di curarsene. È diventata flebile l'attenzione per la formazione civile, la giustizia sociale non fu più una priorità, cominciò il declino.

2. Tre presunzioni

La spallata alle certezze dell'Occidente fu data dalla strage dell'11 settembre 2001; quella tragedia mostrò al mondo la vulnerabilità degli Stati Uniti e, per loro, dell'intero Occidente.

Prima della strage, ammaliati dalla grande finanza, abbagliati del fascino del mercato, scivolati nell'utopia di una globalizzazione a indiscussa guida occidentale, illusi da una presunta autonomia della politica rispetto alla società civile, la gran parte dei dirigenti politici occidentali non si è preoccupata di consolidare i valori che li avevano fatti vincere. In politica interna hanno sacrificato la giustizia sociale sull'altare dei limiti di bilancio; nella politica estera i diritti umani sono stati immolati sull'altare della *realpolitik*.

Tre presunzioni sono state i principali fattori di questa trasformazione.

Per reagire alla strage delle Torri Gemelle, gli Stati Uniti convinsero tutto l'Occidente ad adottare una idea militarista della promozione della democrazia, che comportava la guerra preventiva e la possibilità della sua esportazione come

³ Poi Fukuyama si corresse. Tuttavia, fu decisivo il suo contributo scientifico al narcisismo occidentale.

fosse un bene di consumo, anche attraverso l'occupazione militare⁴. Le tragiche invasioni dell'Iraq e dell'Afghanistan, lo scandalo di Abu Ghraib, la pratica delle torture e delle *extraordinary renditions*, la vergognosa fuga da Kabul, hanno sconfitto quella idea.

La seconda presunzione riguardò le capacità miracolistiche della libertà dei mercati. Agli inizi di questo secolo, nel mondo occidentale, prevaleva il convincimento per il quale l'espansione dei mercati sarebbe stata decisiva per l'espansione delle libertà perché avrebbe portato, come ineluttabile conseguenza, la crescita di una robusta classe media, che si sarebbe battuta per ottenere un regime politico liberaldemocratico. Sulla base di questo presupposto, nel 2001 è stato consentito alla Cina di entrare nel WTO⁵. Anche questa previsione è stata smentita dai fatti, perché se è vero che la democrazia ha bisogno del mercato non è invece vero che il mercato abbia bisogno della democrazia. La Cina ha goduto dei vantaggi dell'economia liberale dei paesi democratici, ha visto crescere una classe media, ma non ha mai pensato di condividere gli statuti delle democrazie fondate sulla libertà. La Cina è diventata una potenza economica globale e detiene più di 1000 miliardi di dollari di titoli del debito americano.

Tony Judt ha osservato:

«Il capitalismo non è un sistema politico. È una forma di vita economica compatibile nei fatti con dittature di destra (il Cile sotto Pinochet), dittature di sinistra (la Cina contemporanea), monarchie socialdemocratiche (la Svezia), repubbliche plutocratiche (gli Stati Uniti)»⁶.

3. *Il totalitarismo della sorveglianza*

La terza presunzione riguardò Internet, concepita come una inarrestabile forza liberale, che avrebbe fatto da supporto allo sviluppo dell'ordine mondiale liberaldemocratico. È andata diversamente. Nel 2017 il Governo cinese ha pubblicato il "Piano di sviluppo dell'IA di nuova generazione per il 2030", finalizzato ad assumere la leadership mondiale nel campo dell'IA entro il 2030. La Cina, attraverso la conquista della posizione leader nella tecnologia dell'IA, intendeva affermare il proprio primato tecnologico, economico e militare nel mondo. Sarebbero stati incorporati nell'IA tutti gli aspetti della vita privata e pubblica, dell'industria, del commercio, della difesa e della sicurezza. In effetti la Cina ha

⁴ La guerra in Afghanistan è costata agli Stati Uniti un trilione di dollari, 2.300 morti, 20.000 feriti all'Italia un miliardo di euro e 53 morti, all'Afghanistan 250.000 morti.

⁵ Per l'importanza di quel passaggio per la Cina v., A. ARESU, *Le potenze del capitalismo politico. Stati Uniti e Cina*, La nave di Teseo, Milano, 2020, p. 358 ss.

⁶ T. JUDT, *Guasto è il mondo*, Laterza, Roma-Bari, 2011, p. 106.

usato l'IA per la competizione globale facendo leva soprattutto sull'enorme quantità di dati che i cittadini cinesi generano sia *online* che *offline*. Sono stati impegnati centinaia di miliardi di dollari e i risultati sono stati conseguiti. La Cina è prima nel mondo per numero di *papers* di ricerca e di documenti sull'IA più citati; prima al mondo nei brevetti IA; prima al mondo negli investimenti di capitale di rischio dell'IA; seconda nel mondo per numero di aziende di intelligenza artificiale; seconda nel mondo per più grande *pool* di talenti. Grazie al digitale, che era stato pensato come inarrestabile forza liberale, la Cina ha, nel mondo, il più sofisticato ed efficiente sistema di controllo dei propri cittadini, fondato sul credito sociale e sulla sorveglianza permanente. Circa un milione di telecamere sono state disseminate nelle città con sistema di identificazione facciale; gli agenti di polizia per monitorare efficacemente i cittadini usano occhiali intelligenti alimentati dall'intelligenza artificiale e da droni. Evidentemente non c'è solo il capitalismo della sorveglianza⁷; c'è anche il totalitarismo della sorveglianza. In effetti il digitale ha posto la sorveglianza al centro delle nostre vite, dovunque viviamo e ciascun potere cerca di avvalersene; il fenomeno crea tensioni nei paesi democratici per il difficile bilanciamento dei diritti; avvantaggia invece i sistemi autoritari che non rispettano i diritti dei cittadini.

4. *Le compagnie del digitale*

Le difficoltà interne delle democrazie sono determinate da vari fattori. Oggi appare determinante la progressiva subalternità della sovranità politica alla sovranità tecnologica. Le "compagnie del digitale", potremmo definire così le grandi aziende che se ne occupano, hanno una somma di poteri finanziari, sociali e politici che nessuno Stato ha mai avuto: creano opinioni, hanno una funzione regolatrice della vita dei privati e degli Stati, gestiscono un bilancio superiore a quello di molti Stati, rendono servizi indispensabili a cittadini e alle pubbliche amministrazioni. Se decidessero di staccare la spina, il mondo smetterebbe di funzionare. Microsoft, Google, Amazon (per citare le più grandi) controllano il 64% del mercato *cloud* infrastrutturale. Microsoft ha circa il 90% dei sistemi operativi per server e pc e gestisce Office che è il pacchetto *software* più diffuso al mondo. Il 92% delle nostre caselle di posta elettronica sono gestite da Microsoft, Apple, Google. Mentre nel 1990 le prime cinque imprese USA in termini di capitalizzazione erano IBM, Exxon, General Electric, AT&T, Philip Morris, nel 2020 le prime cinque erano Apple, Microsoft, Amazon, Alphabet, Facebook. Nel 2020, inoltre, ciascuna delle cinque maggiori compagnie tecnologiche valeva più delle 76 maggiori società energetiche messe insieme.

⁷ Ci si riferisce a S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, Luiss Press, Roma, 2019.

5. Guerra e Tecnologia

La guerra in Ucraina ha rivelato un altro aspetto della sovranità tecnologica. Le nuove tecnologie distruttive senza guida umana, di alta precisione ed elevata rapidità di esecuzione si sono rivelate vincenti rispetto ai sistemi tradizionali, ove è prevalente il fattore umano. Perciò nella competizione militare il fattore umano riveste oggi una importanza notevolmente minore rispetto al passato. L'innovazione tecnologica in ambito militare, con l'impiego di sistemi autonomi sempre più avanzati, attraverso l'uso dell'Intelligenza artificiale, sta portando il conflitto bellico a capacità distruttive mai conosciute prima. È credibile che in un prossimo futuro la macchina possa assorbire il potere decisionale umano sul campo del conflitto, liberando, apparentemente, l'operatore umano da ogni conflitto morale.

Di fronte a tale scenario, si aprono due sfide, una morale e l'altra democratica. Oggi le macchine "non sono moralmente autonome": sono impostate e predisposte all'azione sulla base di liste di regole, algoritmi, input, inserite dagli operatori umani. Ma domani, quando crescerà il loro potere decisionale, quale sarà il punto di equilibrio tra principi morali, salvaguardia della democrazia e le esigenze di difesa? Come evitare che paesi piccoli, ricchissimi e autoritari, possano usare queste tecnologie per imporsi nello scacchiere geopolitico?

6. Democrazie fragili

In breve, il narcisismo politico, l'arroganza militarista, l'illusione mercantile, l'imprevidenza tecnologica delle democrazie hanno fatto passare in secondo piano l'impegno a curare i valori civili ed hanno conseguentemente prosciugato il processo democratico che, da sistema dinamico di civilizzazione delle società, è diventato tecnica di governo. La prevalenza di logiche egoiste ed economiciste ha fatto accantonare i diritti sociali, che hanno un costo, e sono stati riconosciuti invece, sempre più frequentemente, i diritti che apparentemente non costano, quelli alle libertà individuali, spesso senza un'adeguata determinazione delle relative responsabilità. Siamo stati più impegnati a proteggere i mercati finanziari globali dalle società democratiche che le società democratiche dalle minacce provenienti da quei mercati. Tutto l'Occidente ha seguito l'ambizione degli Stati Uniti di trasformare l'ordine internazionale liberale in un ordine globale neoliberal⁸; ma quest'ordine fuori dei nostri confini è stato percepito come un impero neocoloniale. Ci siamo indeboliti per sazietà e abbiamo perso il potere di attrarre e di persuadere. Gli Stati Uniti, paese guida, sono in difficoltà. La credibilità dell'ordine internazionale liberaldemocratico e di tutto l'Occidente è

⁸ V.E. PARSİ, *Titanic*, II ed., Il Mulino, Bologna, 2022, p. 17 ss.

stata ferita gravemente dall'invasione dell'Iraq del 2003. La credibilità degli Stati Uniti ha subito una ulteriore spallata quando Donald Trump, presidente sconfitto, ha contestato il voto che eleggeva Biden e ha istigato all'assalto della Camera dei deputati, poi saccheggiata e distrutta dai suoi seguaci, cosa mai accaduta prima in un paese democratico. Le stragi di comuni cittadini, determinate da una dissennata diffusione delle armi, e le permanenti discriminazioni razziali mettono ancora a rischio la leadership internazionale di quel paese⁹. In un articolo pubblicato su *Foreign Affairs* di gennaio-febbraio 2022 sono state denunciate forme estreme di manipolazione della composizione dei collegi elettorali, *gerrymandering*, da parte di governatori repubblicani in Maryland, North Carolina e Wisconsin¹⁰, per danneggiare il partito democratico; a questo proposito è comparso il termine *anocracies*, sistemi di governo che presentano insieme caratteri democratici e caratteri autoritari.

7. Le tirannie elettive

Mentre le democrazie fanno fatica, si affermano nel mondo forme di tirannia elettiva, il potere assoluto di un solo uomo giunto ai vertici non attraverso un colpo di Stato ma attraverso una elezione o popolare, come Putin, Orbán, Erdogan e il leader indiano Modi, o partitica come XI Jin Ping. Si tratta di leader che, insieme, governano più della metà del mondo.

La tirannia elettiva è una forma di governo che nasce col voto, spesso truccato; si proclama dichiaratamente contraria alla democrazia, respinge la laicità dello Stato, disconosce i diritti di libertà individuale, agisce in modo dispotico, controlla la comunicazione, pone il tradizionalismo alla base delle relazioni familiari, sociali, sessuali e politiche.

I nuovi tiranni sono diventati popolari nelle democrazie occidentali proprio per il loro autoritarismo. Di fronte alle difficoltà e alle macchinosità delle procedure democratiche, alle lentezze e ai conflitti irrisolti, l'autoritarismo appare una preferibile scorciatoia per decidere e realizzare gli obiettivi.

Questa propensione autoritaria non si cura della perdita di libertà fondamentali, *habeas corpus*, riunione, associazione, manifestazione del pensiero. Alcuni ritengono si tratti di libertà rinunciabili in cambio di ordine e di efficienza. Altri ancora ritengono che si tratti di libertà delle quali non si avvalgono e alle quali non sono perciò interessati personalmente.

In alcuni casi il tiranno elettivo abbandona la brutalità e diluisce la sostanza

⁹Un editoriale del NYT del 4 novembre 2022 era intitolato: *America can have democracy or political violence. Not both.*

¹⁰A. COOLEY-D.H. NEXON, *The Real Crisis of Global Order*, in *Foreign Affairs*, gennaio-febbraio 2022, p. 103 ss., in particolare p. 111.

delle sue posizioni distribuendola nel tempo. È il principio della rana bollita. Una antica ipotesi zoologica, non so quanto esatta, sostiene che una rana buttata nell'acqua bollente salterebbe subito fuori della pentola, mentre una posata nell'acqua appena tiepida e poi riscaldata progressivamente sino alla ebollizione, si accorgerebbe di quanto sta accadendo solo quando non è più in grado di saltare fuori della pentola. È la tecnica che adottò ad esempio il fascismo con le leggi razziali, procedendo prima con campagne di stampa ad opera di sedicenti scienziati e servizievoli giornalisti, poi con provvedimenti amministrativi e infine con le misure penali e la collaborazione nello sterminio. Sta di fatto che in politica essere stati ingannati non può essere una giustificazione.

8. *Il modello ungherese*

Nel purtroppo vasto panorama delle tirannie elettive assume per noi particolare rilievo quella di Viktor Orbán perché l'Ungheria è membro della UE. Il Parlamento Europeo si è interessato alle caratteristiche autoritarie del regime ungherese con una Risoluzione sulla Esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione¹¹, approvata il 15 settembre 2022 con il voto contrario di due partiti italiani, Lega e Fratelli d'Italia. Orbán ha vinto le elezioni e quindi il suo è un governo democratico: questo è stato l'argomento di chi si è opposto alla risoluzione.

Ma l'argomento prova troppo. Il voto di per sé non legittima il vincitore. Può legittimarlo solo in presenza di tre requisiti minimi: libertà di informare e diritto ad essere informati, parità di trattamento tra forze di governo e forze opposizione, equa definizione dei collegi elettorali. In Ungheria non è assicurata nessuna di queste garanzie. La Risoluzione, 30 pagine e 112 paragrafi, espone una situazione agghiacciante. In Ungheria i mezzi di comunicazione filo governativi sono

¹¹ La risoluzione enumera le violazioni dei principi fondamentali della UE da parte del governo ungherese e propone al Consiglio di adottare le decisioni conseguenti in base all'art. 7 del TUE. L'articolo 7 del TUE prevede la possibilità di sospendere i diritti di adesione all'Unione europea in caso di violazione grave e persistente da parte di un paese membro dei principi sui quali poggia l'Unione (libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo, delle libertà fondamentali e dello Stato di diritto). Restano per contro impregiudicati gli obblighi che incombono al paese stesso. Su proposta di un terzo dei paesi dell'Unione europea o della Commissione o del Parlamento europeo, il Consiglio, deliberando a maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri previo parere conforme del Parlamento europeo, può constatare che esiste un evidente rischio di violazione grave dei principi fondamentali da parte di un paese dell'UE e rivolgergli le appropriate raccomandazioni. L'articolo 354 del TUE prevede le modalità di voto in seno alle principali istituzioni europee allorché un paese dell'Unione europea vede applicarsi l'articolo 7 del TUE. Il paese in questione non partecipa alla votazione. Esso non figura nel calcolo del terzo dei paesi necessario per la proposta o dei quattro quinti necessari per la maggioranza. L'approvazione del Parlamento richiede una maggioranza di due terzi.

sostenuti da cospicue pubblicità dello stesso governo e i fondi pubblici vengono utilizzati per screditare l'opposizione. La definizione dei collegi elettorali e i premi di maggioranza penalizzano i partiti che non sostengono il governo. Le commissioni elettorali gestiscono molte controversie in modo tale che non si possa ricorrere contro sospetti brogli. L'accesso alle informazioni pubbliche è ostacolato in nome della situazione di pericolo, proclamata dallo stesso governo. È stato utilizzato uno *spyware*, Pegasus, per controllare le attività delle opposizioni. Si aggiungono la mancanza di indipendenza dei giudici, l'assenza di misure per contrastare la corruzione, la tolleranza del conflitto di interessi, l'attribuzione di appalti pubblici sulla base di procedure opache, le discriminazioni nei confronti di persone disabili, l'odio razziale anche da parte di autorità politiche, la sovrarappresentanza dei minori rom nelle scuole speciali per portatori di disabilità mentali.

L'Ungheria ha liberamente chiesto di aderire alla UE nel 2004 e si è liberamente impegnata a rispettarne i valori democratici. Ma Orbán viola esplicitamente quell'impegno e quei valori. Il quadro descritto dal Parlamento Europeo fotografa quindi i frutti di un consapevole dispotismo politico. Il banco di prova della maturità democratica di tutti i paesi della UE sarà costituito dalla decisione che su quella risoluzione dovrà prendere il Consiglio europeo, costituito dai capi di Stato o di governo dei Paesi membri della UE. Potrebbero decidere di sospendere il diritto di voto dell'Ungheria al Consiglio della Unione e ridurre i finanziamenti¹².

9. *Il maschio discriminato*

Le scelte politiche di Viktor Orbán possono aiutare ad individuare il decalogo delle tirannie elettorali: negazione delle libertà politiche alle opposizioni, razzismo, discriminazione sessuale. In un discorso pronunciato nel luglio 2016, Orbán annunciò la fine del modello democratico occidentale e sostenne che il modello per il futuro sarebbero i regimi di Russia, Cina e Turchia, «Dobbiamo abbandonare i metodi e i principi liberali nell'organizzazione di una società», dichiarò. «Stiamo costruendo uno Stato volutamente antiliberali, uno Stato non liberale», perché «i valori liberali dell'occidente oggi includono la corruzione, il sesso e la violenza»¹³. Nel luglio 2022, inoltre, parlando a un gruppo di sostenitori, in una regione della Romania che ospita una grande comunità ungherese,

¹² V. *supra*, nota 11.

¹³ G. DYER, *La democrazia antiliberali di Viktor Orbán*, in *Internazionale*, 24 febbraio 2015. L'anno successivo, in occasione della elezione di Trump esclamò: «La non democrazia liberale è finita, Che giornata! Che giornata! Che giornata!» v. P. FOSTER, *Viktor Orbán Interview: Full Transcript*, in *Daily Telegraph*, 11 novembre 2016.

Orbán ha indicato nel razzismo la seconda componente del suo autoritarismo, dopo l'antiliberalismo. Ha sostenuto che i popoli europei dovrebbero essere liberi di mescolarsi tra loro ma non con i non europei perché altrimenti si creerebbe un «mondo di razza mista». Questo sarebbe invece l'obiettivo della «sinistra internazionalista». «Siamo disposti a mescolarci l'uno con l'altro, ma non vogliamo diventare popoli di razza mista»¹⁴. Con questo tipo di affermazioni Orbán si pone come riferimento politico del movimento dei suprematisti bianchi, presente negli Stati Uniti, in Europa, in Australia e in Nuova Zelanda. Si tratta di organizzazioni convinte che sia in corso un complotto coordinato da una élite democratica che manovra per l'estinzione della *razza bianca*. L'aborto, l'immigrazione, i diritti dei gay, il femminismo, sono visti come minacce al tasso di natalità dei bianchi. L'attenzione di questi movimenti (che sono soprattutto maschili) è concentrata sulla questione del tasso di fertilità delle donne bianche, che avrebbero il dovere di riprodurre e mantenere florida la razza bianca. Anche il femminismo viene visto come parte di quel piano per tenere le donne bianche al lavoro fuori casa per ridurre il tasso di natalità dei bianchi¹⁵. Coerente con questa impostazione è il contenuto di un Rapporto presentato dall'Ufficio dei revisori dei conti del Parlamento ungherese nel luglio 2022. Il Rapporto – spiegavano i quotidiani italiani del successivo 28 agosto – segnalava che nell'ultimo decennio la percentuale delle iscritte alle Università ungheresi era stata del 54,5%, quindi superiore a quella degli iscritti maschi. Nello stesso periodo il numero degli studenti che avevano abbandonato l'Università è stato superiore a quello delle studentesse. Ne seguirebbe, continua il Rapporto, un drastico calo della natalità perché molte donne istruite non troverebbero uomini adeguati alla loro cultura e quindi non si sposerebbero e non avrebbero figli. Nelle scuole e nelle Università, inoltre, il tasso di donne docenti è dell'82%.

«Se l'istruzione favorisce caratteristiche femminili come la maturità emotiva e sociale – spiega il Rapporto – e provoca la sovrarappresentanza delle donne, l'uguaglianza (tra donna e uomo, a scapito dell'uomo) sarà notevolmente indebolita».

Conseguentemente i maschi non potranno svilupparsi liberamente e potrebbero essere soggetti a «problemi mentali e comportamentali»¹⁶.

¹⁴ V.E. BONINI, *Ungheria, la frase choc di Orbán: «Disposti a mescolarci, ma non vogliamo diventare una razza mista»*, in *La Stampa*, 27 luglio 2022.

¹⁵ I. COTHINER, *Making sense of the racist mass shooting in Buffalo*, in *New Yorker*, 15 maggio 2022.

¹⁶ V.M. RICCI SARGENTINI, *I consiglieri di Orbán «Troppe laureate. A rischio i maschi e anche la natalità»*, in *Il Corriere della Sera*, 28 agosto 2022, p. 17.

10. *Una dannosa indifferenza*

I democratici occidentali hanno assistito alla crescita delle concezioni autoritarie, anche all'interno dei propri confini, a volte con scandalo, a volte con indifferenza, a volte con irrisione; come se si trattasse di un fenomeno antropologico di remote tribù. Se avessimo preso responsabilmente atto della crescita di dottrine e di pratiche illiberali anche all'interno dei nostri confini, ci saremmo impegnati a uscire dalla *comfort zone* della indifferenza e a rendere più saldi anche in casa nostra i valori del pluralismo e del rispetto dell'altro. Siamo stati superbi. Per evitarci, forse inconsciamente, la fatica di prenderne atto abbiamo occultato la realtà ricorrendo ad ossimori o a forme di riduzionismo linguistico. Abbiamo chiamato democrazie illiberali il regime ungherese e quello turco, entrambi duramente autoritari. Abbiamo riconosciuto alla menzogna un alone di rispettabilità chiamandola post-verità, che è «la scomparsa di standard oggettivi condivisi per la verità»¹⁷. Abbiamo conseguentemente trascurato il rapporto tra indifferenza alla verità e autoritarismo. La verità come atto di fede è l'espressione più immediata della mistica dell'autoritarismo: il vero è quello che corrisponde al mio pensiero, e cioè al pensiero del capo perché se io avessi un pensiero diverso da quello del capo metterei in pericolo la nazione che da quel pensiero dipende. Il *Führerprinzip* dei regimi nazisti e fascisti si traduceva in Germania e in Italia con il principio per il quale il *Führer* e il duce avevano sempre ragione. Analoga funzione aveva il primato assoluto del partito nei regimi comunisti che si traduceva con il principio per il quale «il partito ha sempre ragione».

11. *Curare la democrazia*

La democrazia richiede la partecipazione attiva dei cittadini alla vita politica. Presuppone perciò la fiducia tra cittadini e tra i cittadini e le istituzioni. La menzogna rende inaffidabili, alimenta illusioni che impediscono di comprendere la realtà e di assumere le decisioni che sarebbero utili. Perciò quando manca l'affidabilità i regimi democratici diventano fragili¹⁸. L'aggressività dei regimi antiliberali e la diffusione delle componenti illiberali nei paesi democratici ci stanno esponendo a rischi dei quali appariamo inconsapevoli. Ci stiamo suicidando per distrazione?

«In generale – ha scritto René Grousset nel 1946, in *Bilan de l'Histoire* – nessuna civiltà è stata distrutta dall'esterno senza essere prima crollata su sé stessa

¹⁷ M. NAIM, cit., p. 216.

¹⁸ I regimi autoritari, invece, crollano quando prevale la verità, v. L. VIOLANTE, *Politica e menzogna*, Einaudi, Torino, 2013, p. 114.

[...] una società, una civiltà si distruggono con le proprie mani quando hanno smesso di comprendere la propria ragion d'essere, quando è diventata loro estranea l'idea dominante attorno alla quale si erano costituite»¹⁹.

Sembra che le democrazie occidentali abbiano smesso di comprendere la ragione e le idee attorno alle quali si sono costituite; sembra che abbiano dimenticato i sacrifici che hanno costituito il prezzo delle libertà acquisite. Sembra che diano per stabilmente acquisiti diritti che invece rinsecchiscono se non sono continuamente alimentati dal senso del dovere.

¹⁹R. GRAUSSET, *Bilan de l'Histoire*, Desclée de Brouwer, Paris, 1946, (ebook), p. 444.

LA GIUSTIZIA PENALE E I SUOI PRINCIPI

CURA DELLA VERITÀ E DIRITTI ALETICI

Federico Bacco

SOMMARIO: 1. Maestri e allievi. – 2. “Verità” e diritto penale: approcci e problemi. – 2.1. Domenico Pulitanò e il “neorealismo penale”. – 2.2. Linguaggio e realtà: la critica metodologica. – 3. Diritti aletici: un’interpretazione personalistica della “verità”? – 4. Il giurista penale tra tutela della verità e impegno per la verità.

1. *Maestri e allievi*

In un elegante saggio degli anni '90, la raffinata penna di Claudio Magris tratteggia in modo acuto e sensibile il rapporto tra maestri e allievi, citando una parabola ebraica nella quale si narra della vicenda di un ebreo caposcuola dell'ortodossia, allievo di un maestro eretico col quale era solito intrattenere lunghe discussioni. Un giorno, nel corso di una di queste diatribe, procedevano lungo una strada: l'allievo a piedi, in ossequio al divieto di non cavalcare nel giorno sacro, e il maestro, empio, a cavallo d'asino. Assorti nella discussione, giunsero «al limite del cammino che, di sabato, un pio ebreo non può oltrepassare». Fu lì che il maestro, eretico il quale fino a qualche secondo prima confutava le argomentazioni ortodosse, fermò l'allievo dicendogli di tornare indietro, poiché quello era il suo confine e non doveva procedere oltre per seguirlo¹.

Ritengo questa parabola una delle più poetiche ed efficaci rappresentazioni del rapporto tra docente e discente: non semplicemente in riferimento al mondo della ricerca scientifica, ma più in generale in relazione a ogni interazione il cui fine sia quello di trasmettere conoscenza, come impresa al contempo pedagogica, di progresso comune e, soprattutto, finalizzata a formare e non a “conformare”. Buon maestro è colui che guida l'allievo verso una direzione, ma al contempo non esige di essere seguito in modo acritico né imitato, e soprattutto è in grado di capire quando l'allievo può davvero permettersi di uscire dall'ala protettiva e di “volare da solo”, e quando è invece meglio che rimanga più vicino al terreno, necessitando di guida e anche di protezione.

¹C. MAGRIS, *Utopia e disincanto. Storie speranze illusioni del moderno*, Garzanti, Milano, 2001, pp. 35 s.

È da questo apologo che vorrei prendere le mosse per dedicare le riflessioni che seguono al Maestro che in questa sede cercheremo di onorare: al mio Maestro. Sarà inevitabile accompagnare alle note bibliografiche rime in cui confluiscono profili biografici. Per coloro che abbiano avuto l'ardire e la fortuna di poter intrattenere rapporti con uno, o anche più maestri, è nota la compenetrazione emotiva che risiede nello scambio orale, nel carteggio scritto, nei testi e nei sottotesti; il solco rigenerativo (e talvolta anche annichilente) che la parola di un maestro può scavare. Nell'ambito del rapporto con un maestro conoscenza scientifica e presenza umana formano un intreccio simile a un accordo musicale: note diverse suonate all'unisono al fine di creare un'armonia. È così che prendono corpo suggestioni, idee, teorizzazioni, sogni, in un dialogo di cui nel tempo restano le parole più significative, quelle che davvero sono state in grado di generare bagliori indelebili.

Per chi, come il sottoscritto, ha avuto e ha l'immensa fortuna, nel rapporto col Prof. Pulitanò, di udire parole e concetti prima che diventino inchiostro su carta, in un dialogo impari ma mai orientato a monologo, la scelta di un argomento su cui produrre riflessioni non può prescindere da ragioni anche emotive. Si tratta di valutare non solo il rilievo scientifico di un tema, l'impatto sulla scienza e coscienza penalistica di generazioni di studiosi, ma di individuare ciò che in un certo qual modo ha sintetizzato anche momenti ed esperienze all'interno di una frequentazione e di un rapporto pluriennale.

Di fronte alla produzione scientifica e alla statura intellettuale di Domenico Pulitanò la scelta è improba. I temi e i concetti esplorati vanno ben al di là del tradizionale repertorio dei giuristi penali c.d. "positivi", frutto di una riflessione che, soprattutto in età matura, si è protesa in un'esplorazione dialogante con i saperi sul mondo², rimarcando l'eccedenza dei problemi della complessità rispetto agli schemi concettuali, spesso angusti, dei giuristi. È opportuno ricordare un'icastica chiosa con la quale il Prof. Pulitanò ha formulato un monito severo, disincantato e al contempo speranzoso in una progettualità nuova per il pensiero giuridico: «Per essere buoni giuristi non possiamo essere soltanto giuristi»³. Vari i significati attribuibili, ma ben netto, mi sembra, il denominatore comune: rimarcare come l'impresa di conoscenza definibile "scienza giuridica" non debba intendersi, e praticarsi, solo come esercizio e costruzione, pur rigorosa, di meri castelli concettuali privi di sensibilità verso la realtà, magari trincerati dietro una illusoria "avalutatività"⁴, e talvolta resi oscuri da linguaggio e catego-

²Da ultimo, D. PULITANÒ, *Difesa penale e saperi sul mondo*, in G. CARLIZZI-G. TUZET (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 39 ss.

³D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 567. Esortazione ripresa e sviluppata con parallela, sintonica sensibilità anche da G. FIANDACA, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in *Foro it.*, 2011, 1, c. 2.

⁴M. WEBER, *L'avalutatività nelle scienze sociologiche ed economiche*, trad. it., Mimesis, Milano, 2015.

rie autoreferenzialmente appaganti⁵ ma insufficienti ad afferrare la complessità dei problemi, oltre che comunicativamente inefficaci e perdenti sul piano della dialettica pubblica.

Ho sempre percepito dietro queste e altre parole del Maestro l'esortazione e lo slancio verso un'impresa di conoscenza più ambiziosa, più faticosa, ma al contempo più affascinante, di quella legata tradizionalmente all'attività dei cosiddetti "giuristi positivi".

Cercando di individuare un tema che possa essere considerato quale tessuto connettivo, non sempre esplicito ma comunque presente nella sua riflessione, ho identificato nel concetto di "verità" il convitato di pietra delle innumerevoli riflessioni che Pulitanò ha dedicato ai problemi della responsabilità umana e penale.

Alla "verità" è intitolato un fondamentale saggio⁶, ma l'interesse per il tema della "verità" attraversa tutta la produzione scientifica di Domenico Pulitanò negli ultimi due decenni, intrecciato a vari contesti di riflessione. L'ambizioso sporgersi verso tale problematico ma essenziale concetto non sembra confinabile a mero interesse scientifico: tale interesse pare piuttosto assumere una connotazione esistenziale, perfettamente in rima con la parola che nella lingua tedesca acutamente definisce il lavoro dell'uomo di scienza: *Beruf*, non *Arbeit*, "vocazione" più che semplice "professione"⁷. A conferma dell'interesse propriamente "vocazionale" e non sterilmente accademico per l'argomento, mi piace ricordare il frequente ricorso da parte del Maestro alla citazione del passo di Hannah Arendt nel quale si descrive il rapporto tra la verità e lo svolgimento di professioni di particolare rilievo sociale (filosofo, scienziato, artista, storico, giudice, cronista)⁸: segno non semplicemente di una condivisione sul piano teoretico, ma di un rispecchiamento personale, che può ben cogliere chi conosca la densa biografia di Domenico Pulitanò e chi abbia potuto percepire l'intensità con cui tale citazione ha trovato voce in dialoghi e lezioni.

2. "Verità" e diritto penale: approcci e problemi

Ebbene, in relazione a quali questioni un giurista penale può o deve scomodare questo ingombrante ma essenziale concetto?

Va detto che parlare di "verità" in relazione a problemi e categorie concettuali del diritto penale sostanziale non è inedito nella letteratura penalistica.

⁵ Per tutti, G. FIANDACA, *Appunti sul 'pluralismo' dei modelli e delle categorie del diritto penale contemporaneo*, in *Corte Ass.*, 2011, 1, pp. 59 ss.

⁶ D. PULITANÒ, *Cura della verità e diritto penale*, in G. FORTI-G. VARRASO-M. CAPUTO (a cura di), *«Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Jovene, Napoli, 2014, pp. 63 ss.

⁷ M. WEBER, *La scienza come professione*, trad. it., Einaudi, Torino, 2004, pp. 5 ss.

⁸ H. ARENDT, *Verità e politica*, trad. it., Bollati Boringhieri, Torino, 2004, p. 72.

L'atto di interrogarsi sui rapporti tra verità e diritto penale può essere inteso, di primo acchito, come interrogativo, apparentemente inusuale, sulle condizioni in base alle quali una norma penale possa definirsi "vera", chiamando in causa il senso e la qualità morale, prima che l'efficacia, di strumenti del diritto punitivo: autorevoli studiosi ci ricordano che nel suo incedere brusco e tagliente il diritto penale rivendica la pretesa di esprimere un'idea di verità «*sulla e della persona*»⁹. Una pretesa problematica, che rischia di degenerare in "tracotanza cognitiva" se non accompagnata da opportuni interrogativi:

«Può [...] ambire [...] il sistema penale, con i suoi strumenti di indagine, a *penetrare il cuore delle cose*, che, per esso, è il fatto umano del reato in quanto frattura dei legami fondamentali (o così ritenuti dalla legge) di reciproco affidamento, nell'ambito della convivenza civile? Può, su questa base, *impadronirsi della verità*? O è in grado almeno di cogliere *delle* verità e di trovare *delle* parole giuste? Ma se così fosse, simile parzialità lo voterebbe all'*assurdo* o gli lascerebbe aperta una *chance* che abbia senso?»¹⁰.

Sono alcuni degli spunti condivisi dalla dottrina più attenta¹¹, i quali mettono in evidenza profili ad oggi non ancora adeguatamente dissodati nella letteratura penalistica. Se da un lato possono apparire evidenti i nessi che legano il concetto di "verità" al tema dell'accertamento processuale della responsabilità penale¹², meno immediata è la percezione di come la "verità" possa giocare un ruolo in relazione al modo di concepire oggetti, funzioni e strumenti del diritto penale sostanziale, per quanto, come ci ricorda un autorevole studioso «è proprio la funzionalità dei precetti a chiamare in causa la verità, quantomeno la verità dei presupposti su cui si fonda il ragionamento funzionalistico all'origine dei precetti»¹³.

⁹ G. FORTI, *Alla ricerca di un luogo per la laicità: il "potenziale di verità" nelle democrazie liberali*, in S. CANESTRARI-L. STORTONI (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, 2009, p. 363.

¹⁰ L. EUSEBI, *Le forme della verità nel sistema penale e i loro effetti. Giustizia e verità come «approssimazione»*, in G. FORTI-G. VARRASO-M. CAPUTO (a cura di), «Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, cit., p. 155.

¹¹ Si veda inoltre lo stimolante e colto contributo di O. DI GIOVINE, *A proposito di un recente dibattito su "verità e diritto penale"*, in *Crim.*, 2014, pp. 539 ss.; si rimanda poi agli ulteriori contributi contenuti nel volume di cui alla nota 6. Per un commento sia consentito il rinvio a F. BACCO, *Diritto penale e "uso scettico della verità". Riflessioni a margine di G. FORTI-G. VARRASO-M. CAPUTO (a cura di), «Verità» del precetto e della sanzione penale*, Jovene, Napoli, 2014, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2015, pp. 444 ss.

¹² Per un quadro di sintesi, F. CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in G. FORTI-G. VARRASO-M. CAPUTO (a cura di), «Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, cit., pp. 199 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, IX ed., Roma-Bari, 2008, pp. 8 ss. Si veda inoltre, quale opera di ampio respiro, non solo giuridico, M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

¹³ F. PALAZZO, *Verità come metodo di legiferazione. Fatti e valori nella formulazione del precetto*

Ritengo si possano individuare diverse accezioni del concetto di “verità” nel discorso penalistico: la prima legata all’attività interpretativa¹⁴ e che potremmo definire come accezione “ermeneutica”; una seconda prospettiva concernente la riflessione sui presupposti fattuali dei precetti, e definibile come “ontologica”¹⁵; un’ulteriore prospettiva dedicata ai rapporti tra linguaggio scientifico e realtà, identificabile come “metodologica”¹⁶; infine, un’ultima accezione, quella forse più problematica, che si lega al tema della configurabilità della “verità”, o meglio, come vedremo, di contenuti di “verità”, come oggetto di tutela penale, e che definirei “politica”.

Il pensiero di Domenico Pulitanò si è ampiamente soffermato su tutti gli accennati profili, elaborando in ultima analisi una prospettiva di sintesi identificata nella formula “cura della verità”¹⁷. Il linguaggio penalistico è incline ad operare il termine “tutela” quale connotato di un’azione tesa alla protezione di un dato interesse. Di fronte alla “verità”, e alla sua enormità, parlare di “tutela” rischierebbe di apparire per un verso irrealisticamente pretenzioso, per altro verso miope. Il termine “cura” sembra additare un’impresa più cauta e al contempo più complessa, non limitata all’orizzonte dei divieti ma protesa verso un atteggiamento di complessiva apertura e di sostegno al bene in oggetto, nella quale il diritto non è né protagonista né custode esclusivo, bensì potenziale strumento da inserire in un contesto di delicati equilibri: «Necessaria per la vita e la sopravvivenza della *polis*, la verità ha bisogno di *cura*, anche con gli strumenti del diritto (cioè del potere), ma è *non disponibile* da parte di detentori del potere»¹⁸.

penale, in G. FORTI-G. VARRASO-M. CAPUTO (a cura di), «Verità» del precetto e della sanzione penale, cit., p. 101.

¹⁴ Sul profilo dell’interpretazione e dell’ermeneutica, senza pretesa di esaustività, v. D. PULITANÒ, *Quali ermeneutiche per il diritto penale?*, in *Ars int.*, 2016, 2, pp. 45 ss.; G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, pp. 33 ss.; O. DI GIOVINE, *L’attuale, il frainteso e il superato dell’ermeneutica penale nel contesto italiano*, in *Ars int.*, 2020, 2, pp. 67; M. DONINI, *Disposizione e norma nell’ermeneutica penale*, in B. BISCOTTI-P. BORSELLINO-V. POCAR-D. PULITANÒ (a cura di), *La fabbrica delle interpretazioni*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 73 ss.

¹⁵ D. PULITANÒ, *Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 795 ss.; F. PALAZZO, *Verità come metodo di legiferazione. Fatti e valori nella formulazione del precetto penale*, cit.; G. FIANDACA, *I presupposti della responsabilità penale tra dogmatica e scienze sociali*, in DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La giustizia penale e la fluidità del sapere: ragionamento sul metodo*, Cedam, Padova, 1988, pp. 29 ss.

¹⁶ D. PULITANÒ, *Quale scienza del diritto penale?*, in *Scritti in memoria di Renato Dell’Andro*, vol. II, Bari, 1994, pp. 742 ss.; ID., *La scienza penale tra fatti e valori*, in *Crim.*, 2010, pp. 240 ss.; G. FIANDACA, *Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, in *Crim.*, 2010, pp. 202 ss.; M. DONINI, *Democrazia e scienza penale nell’Italia di oggi: un rapporto possibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 1067 ss.

¹⁷ D. PULITANÒ, *Cura della verità e diritto penale*, cit., pp. 63 ss.

¹⁸ *Ivi*, p. 76.

“Cura” non coincide né con “gestione”, né tantomeno con “dominio”: al contrario, aver cura della verità significa ampliare il più possibile gli spazi attraverso cui essa possa esercitare quello che Hannah Arendt chiama il suo carattere “dispotico”, ossia la “non-eliminabilità”¹⁹.

2.1. Domenico Pulitanò e il “neorealismo penale”

C’è bisogno del diritto, e in particolare del diritto penale, per rafforzare tale “non eliminabilità”?

L’interrogativo non è meramente retorico; è di tutta evidenza come l’attuale periodo storico sia caratterizzato dalla emersione di atteggiamenti non semplicemente an-aleatici (indifferenti al concetto di “verità”), ma che addirittura proclamano ostilità verso la “verità”²⁰, e dunque anti-aleatici²¹. Su questi temi si è sviluppata una copiosa, ormai sconfinata, letteratura, principalmente filosofica, con correnti di pensiero che cercano di porre un argine al decadimento dell’idea di “verità”²², in nome del recupero di posizioni c.d. “realiste”²³.

In che termini la “resistenza dei fatti” viene presa in considerazione dal diritto? La teorica c.d. “neorealista” trova eco e rispondenza esplicita nelle parole del Maestro che qui onoriamo: «Di specifico interesse per il giurista è il *realismo minimalistico o modesto*, come lo definisce e articola Ferraris nel suo *Manifesto del nuovo realismo*: autonomia del mondo (dell’esistenza del mondo) da schemi concettuali e apparati percettivi; distinzione chiara fra essere e sapere, fra ontologia ed epistemologia. Il mondo “non è la docile colonia su cui si esercita l’azione costruttiva degli schemi concettuali”»²⁴.

¹⁹ H. ARENDT, *Verità e politica*, cit., p. 47.

²⁰ W. QUATTROCIOCCI-A. VICINI, *Misinformation: Guida alla società dell’informazione e della credulità*, Franco Angeli, Milano, 2016; per una prospettiva filosofica su fallacie e dibattito pubblico v. F. D’AGOSTINI, *Verità avvelenate. Buoni e cattivi argomenti nel dibattito pubblico*, Bollati Boringhieri, Torino, 2010.

²¹ Termine che deriva dal vocabolo greco “*Alètheia*” con cui si definisce la verità in un senso etimologico di “non-nascondimento”: F. D’AGOSTINI-M. FERRERA, *La verità al potere*, cit., X.

²² Senza pretesa di esaustività, M.P. LYNCH, *La verità e i suoi nemici*, trad. it., Cortina, Milano, 2004; B. WILLIAMS, *Genealogia della verità. Storia e virtù del dire il vero*, trad. it., Fazi editore, Roma, 2005; D. MARCONI, *Per la verità. Relativismo e filosofia*, Einaudi, Torino, 2007; F. D’AGOSTINI, *Verità avvelenata. Buoni e cattivi argomenti nel dibattito pubblico*, Bollati Boringhieri, Torino, 2010; F. D’AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011. Tra i filosofi morali, R. DE MONTICELLI, *La questione morale*, Milano, 2010, pp. 83 ss.; sul versante opposto, v. G. VATTIMO, *Addio alla verità*, Meltemi, Milano, 2009.

²³ Per tutti, M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

²⁴ D. PULITANÒ, *Cura della verità e diritto penale*, cit., p. 66. In altra sede la posizione teorica è stata collocata dall’Autore nell’ambito di convergenza fra approccio ermeneutico e “nuovo realismo”, v. D. PULITANÒ, *Quali ermeneutiche per il diritto penale?*, cit., p. 46.

Leggiamo in questo richiamo all'idea di "verità" due distinte prospettive: la prima, incentrata sulla fisionomia concettuale e sulla dimensione politica degli oggetti di tutela; la seconda più orientata al profilo metodologico, quale critica ad atteggiamenti che idolatrano concettualismi piuttosto che focalizzarsi sulla sostanza dei problemi.

In relazione al primo profilo – gli oggetti di tutela – il pensiero di Pulitanò mostra una connessione forte con l'ontologia neorealista:

«Il bene o interesse da tutelare, il diritto penale non lo crea: lo trova, e lo assume a proprio oggetto alla luce di proprie valutazioni. Se la norma incriminatrice intende essere la risposta a un problema di tutela, i termini del problema debbono poter essere pensati come indipendenti dalla risposta normativa, gli oggetti dell'eventuale tutela penale come *dati di realtà distinti e distinguibili dalla valutazione penalistica*»²⁵.

Dietro tale posizione è leggibile anche la funzione "critica", o più precisamente "scettica", del concetto di "verità" come definito da Franca D'Agostini: «La funzione –V compare nei pensieri e nei discorsi quando ci sono dubbi o contrasti, quando dobbiamo ragionare, cioè passare da un presunto vero a un altro»²⁶; allo stesso modo, potremmo dire in glossa al pensiero di Pulitanò, che l'enunciazione di una differenza e preesistenza ontologica tra beni e scelte di intervento penale nulla dice sui criteri politici di intervento, ma tale distinzione è presupposto logico della possibilità di un controllo *critico* sulle scelte di politica penale. In questo senso, il risvolto penalistico di una concezione "realista" degli oggetti di tutela è neutrale rispetto agli obbiettivi ultimi, sui quali lascia aperto il discorso, e assume una funzione critica anche per rimarcare la distanza da concezioni c.d. "metodologiche" del "bene giuridico"²⁷.

Un ulteriore profilo del pensiero di Pulitanò in cui può leggersi una rispondenza con la posizione neorealista è la teorica dei c.d. "vincoli di realtà":

«I principi generali sul reato (i principi della teoria del reato quale impresa razionale) danno rilievo a *profili di realtà* ritenuti rilevanti per valutazioni e scelte di competenza del diritto penale, specificando il vincolo di realtà genericamente insito nel principio di legalità in speciali vincoli contenutistici [...] Possiamo riassumere: i principi fondamentali pongono *vincoli di realtà richiesti da esigenze normative* (di valore)»²⁸.

²⁵ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, VIII ed., Giappichelli, Torino, p. 92.

²⁶ F. D'AGOSTINI-M. FERRERA, *La verità al potere*, cit., p. 33.

²⁷ Per una sintesi sulla storia ed evoluzione del concetto di bene giuridico, v., per tutti, G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Giappichelli, Torino, pp. 31 ss.

²⁸ D. PULITANÒ, *Cura della verità e diritto penale*, cit., p. 66; in termini più generali: D. PULITANÒ, *Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico*, cit., pp. 795 ss.

La teorica dei “vincoli di realtà” rimanda a un problema di verità come *pre-supposto* della legiferazione penale: criterio di validazione di interessi di tutela sotto il profilo della rispondenza a dati di realtà (esistenza). In questo modo si presenta il problema in una prospettiva non convenzionale nel pensiero penalistico, mostrando inoltre la profonda connessione del principio di legalità (inteso come sottoprincipio definito “determinatezza”)²⁹ con il concetto di verità intesa come “fatticità”³⁰ dei precetti penali.

2.2. Linguaggio e realtà: la critica metodologica

L’attenzione alla “verità”, e dunque alla funzione concettuale del predicato “vero”, traspare nella riflessione di Pulitanò sul linguaggio scientifico:

«Come tutte le scienze, la scienza giuridica penale mette a punto il proprio linguaggio e apparato concettuale in funzione di propri interessi di conoscenza, di esperienze acquisite, di tradizioni condivise. Per il linguaggio (anche della scienza) si pongono problemi di *orthotes ton onomaton*, di correttezza e adeguatezza dell’apparato concettuale. Problemi *di verità* si pongono per affermazioni di fatto e per teorie scientifiche, non per le parole»³¹.

L’affermazione sdrammatizza questioni riducibili a dispute lessicali, spesso aggrovigliate nell’esoterica, “sacerdotale”, gergalità dei giuristi³².

Nel rimarcare l’autonomia dei concetti e delle questioni di linguaggio dalla sostanza dei problemi, Pulitanò muove una decisa critica al concetto e all’uso di un termine particolarmente caro ai penalisti continentali:

«Dogmatica è una parola carica di storia, estranea al linguaggio della scienza e della filosofia moderna. Sembra dare maggiore dignità a modelli concettuali o a principi normativi ritenuti fondamentali. Rischia di trasformare questioni di linguaggio in questioni di verità (appuntamento, dogmi) e di suscitare falsi problemi. Ne faccio uso come citazione di usi altrui. Potrebbe essere tranquillamente espunta dal nostro linguaggio, e sostituita con parole (modello o design concettuale) che abbiano un senso per il lavoro scientifico o filosofico»³³.

Considero tali ultime affermazioni come segno di una riflessione in costante evoluzione, disposta a sottoporre a critica anche *topoi* sacri dell’armamentario

²⁹ Corte cost. 8 giugno 1981, n. 96.

³⁰ Il termine è di F. PALAZZO, *Verità come metodo di legiferazione*, cit., p. 104.

³¹ D. PULITANÒ, *Il penale tra teoria e politica*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2020, 4, p. 10.

³² Da ultimo, interessanti e condivisibili rilievi in G. CAROFIGLIO, *La manomissione delle parole*, Rizzoli, Milano, pp. 127 ss.

³³ D. PULITANÒ, *Il penale tra teoria e politica*, op. ult. cit., p. 10.

concettuale penalistico come lo è la c.d. “dogmatica”. Una critica non fine a sé stessa ma guidata da un’incessante opera di affinamento e semplificazione concettuale:

«[...] le cose stanno come stanno, indipendentemente dai concetti con cui le inquadrano. L’ontologia non è riconducibile all’epistemologia. Gli schemi concettuali del diritto servono a selezionare fatti e problemi, come qualsiasi altro schema concettuale, e inoltre concorrono a costituire ‘oggetti sociali’ soggetti a disciplina giuridica»³⁴.

Nelle riflessioni di Domenico Pulitanò emerge però anche un’ulteriore questione, forse la più problematica, la quale coincide con il discorso su oggetti e tecniche di tutela e può essere approssimativamente presentata come interrogativo sulla configurabilità della “verità” come interesse da proteggere penalmente: può rientrare tale profilo nella “cura” della verità ed eventualmente in che termini?

Benché inserita all’interno di una posizione tendenzialmente aperta alla presa in carico di istanze di verità, la risposta offerta da Pulitanò su questo punto appare netta:

«la tutela della verità (anche la tutela necessaria) non è (se non in parte) alla portata del diritto. Le istituzioni del penale, complessivamente considerate, debbono *prendersi cura della verità*, nei termini in cui il paradigma stesso della legalità è un paradigma cognitivo. I valori *etic*i e della giustizia poggiano su valori *epistemici*. In questo senso la *cura della verità* attraversa l’intero orizzonte del diritto penale. [Il diritto penale] non è competente ad andare oltre: le questioni fondamentali di verità e di ricerca della verità (soprattutto di verità che interessano di per sé, non come strumenti per fini pratici, ma fini ultimi dell’amore per la conoscenza) non rientrano nella sfera di competenza di Cesare»³⁵.

Tali affermazioni, di per sé cristalline, spostano l’ottica su un profilo che ha assunto rilevanza soprattutto in relazione a temi caldi dell’agenda politica: mi riferisco in primo luogo alla discussione sull’incriminazione del c.d. “negazionismo”³⁶, e più in generale a problemi che hanno portato a riflettere sulla possibilità, e opportunità, di creare un argine penalistico contro manifestazioni espresse a tutela di determinati contenuti “di verità”. Un’ipotesi che incontra un atteggiamento di forte critica nella dottrina penalistica³⁷, forse anche perché il retrogusto dal sapore illiberale che accompagna l’evocazione di forme di tutela

³⁴ D. PULITANÒ, *Cura della verità e diritto penale*, cit., p. 70.

³⁵ *Ivi*, p. 96.

³⁶ E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Giuffrè, Milano, 2012.

³⁷ Per tutti, v. F. PALAZZO, *Verità come metodo di legiferazione*, cit., p. 103.

penale della verità con riferimento al profilo delle libertà espressive risulta accentuato dalla forma concettuale attraverso cui vengono tradizionalmente impostati tali problemi: il costrutto concettuale del “bene giuridico” rappresenta uno strumento permeabile alla dialettica e a bilanciamenti orientati da un interesse per la verità? Oppure a livello simbolico finisce per risultare affetto da un’intrinseca “vocazione autoritaria”? Il rischio è che parlando di “verità” come bene giuridico in relazione a contenuti espressivi si finisca per dare avallo alla concezione dogmatica della verità, ossia l’opposto di quella concezione scettica che abbiamo visto avere importanza centrale nella prospettiva giuridica.

Ritengo necessario marcare la distinzione tra tutela “di verità” (ossia di contenuti ritenuti, a torto o a ragione, “veri”), e tutela, o preferibilmente cura, “della verità”:

«quando parliamo di “verità” in generale, e ci poniamo i problemi relativi, non stiamo parlando dei diversi *contenuti veri* che di volta in volta possiamo acquisire, ma del *concetto* di verità, ossia la *funzione concettuale* [...] che attiviamo quando diciamo “è vero”, “è falso”, “non è vero”[...] La funzione-V correla linguaggio (o pensiero) e mondo, ma è *ontologicamente neutrale*: [...] il realismo implicito nell’uso del concetto non comporta alcun preciso impegno nei confronti di come sia fatta la realtà dei fatti. Il *ta onta* può restare non specificato»³⁸.

Così si esprime la filosofa Franca D’Agostini, la quale ha di recente proposto un programma di tutela “della verità” coniando il concetto di “diritti atletici”, ossia «la categoria dei diritti che riguardano la verità»³⁹, e che ha costituito l’abbrivio di un più approfondito libro a quattro mani scritto con Maurizio Ferrera⁴⁰.

Riteniamo tali opere di grande importanza nel dibattito non semplicemente filosofico o politologico, ma anche, e soprattutto, giuridico, poiché consentono di “slatentizzare” e tematizzare in modo esplicito una concezione già formulata ma ancora da sondare, ossia l’evocazione della “verità” come misura e come possibile fonte di diritti⁴¹ (al di là, si intende, del “diritto alla verità” legato alla *transitional justice*). Un’ipotesi forte e problematica, intorno alla quale siamo certi si creerà un ampio dibattito.

Il punto di partenza è l’idea che nell’attuale momento storico vi sia una vera e propria “emergenza atletica”, ossia una sorta di indifferenza/avversione alla verità che permea il mondo digitale, le istituzioni della politica e anche della cultura e della scienza, tale da poter costituire un pericolo per la qualità del sistema

³⁸ F. D’AGOSTINI-M. FERRERA, *La verità al potere*, cit., pp. 20; 23.

³⁹ F. D’AGOSTINI, *Diritti atletici*, in *Biblio. libertà*, 1, 2017, pp. 5 ss.

⁴⁰ D’AGOSTINI-M. FERRERA, *op. ult. cit.*

⁴¹ Per tutti S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 211 ss.

democratico, di cui la verità è, piaccia o non piaccia, elemento costitutivo⁴². Come agire per arginare tale deriva? E soprattutto, è possibile configurare un vero e proprio “diritto alla verità” del singolo cittadino?

3. Diritti aletici: un'interpretazione personalistica della “verità”?

Fulcro delle riflessioni è la declinazione delle questioni legate alla “verità” in termini di diritti, ossia di pretese giuridicamente esigibili: è più comune intendere la verità come dovere generico, ossia come atteggiamento obbligato in determinate situazioni, molte delle quali sono già regolate dal diritto⁴³. L'accento sulla pretesa soggettiva, piuttosto che sull'obbligo, appare funzionale a esplicitare il fatto che la “verità” non sia un interesse impersonale, socialmente diluito e privo di agganci concreti con la persona, ma possa costituire anche un risvolto essenziale di bisogni soggettivi.

Ci sembra questo uno dei messaggi più significativi in un'opera che ha il pregio di riportare il problema della “verità” alla dimensione dell'individuo, sottolineandone i nessi psico-sociali con la condizione di cittadino in una democrazia liberale attraverso il chiarimento di come il predicato “vero” sia un risvolto essenziale e irrinunciabile di ogni comunicazione tra esseri umani:

«In un certo senso, V è una “funzione di accompagnamento” per ogni tipo di esperienza [...] E non ha soltanto una rilevanza personale, ma anche sociale. È questa la caratteristica distintiva di un bene “fondamentale”, dove “fondamentale” vuol dire *universale* (universalmente e trasversalmente attivo) e *primo*: la prima e necessaria (benché non sufficiente) condizione di possibilità [...] In questo senso la funzione-V figura come un “bene in senso realistico”: la sua natura inevitabile irriducibile non è soltanto un effetto logico-linguistico ma qualcosa di strutturale, che appartiene al modo in cui è organizzata la vita della specie umana nel mondo»⁴⁴.

Questa “irriducibilità” e questo valore per la relazionalità umana portano, secondo l'Autrice, a configurare la “verità” come “bene” in due distinte dimensioni: “bene giuridico” e “bene politico”⁴⁵.

La prima accezione si fonda sull'ipotesi che la “verità” sia danneggiabile ed espropriabile; dovendo utilizzare il lessico penalistico diremmo “offendibile”, ossia può essere oggetto di lesione o, a seconda delle condotte, di messa in pericolo. Gli esempi forniti sono i seguenti: 1) la bambina che viene abusata dal padre, e mantenuta nella persuasione che i comportamenti paterni siano leciti; 2)

⁴² D'AGOSTINI-M. FERRERA, *op. ult. cit.*

⁴³ D. PULITANÒ, *Cura della verità e diritto penale*, cit., pp. 87 ss.

⁴⁴ F. D'AGOSTINI-M. FERRERA, *op. ult. cit.*, p. 26.

⁴⁵ F. D'AGOSTINI, *Diritti aletici*, cit., pp. 6 ss.

l'afroamericano che vive in un contesto e in un'epoca di discriminazione ed è persuaso che ciò sia normale, è espropriato della verità su se stesso; 3) un gruppo di musulmani educati a pensare che gli infedeli vogliano la distruzione dell'Islam e del mondo arabo, e se mai a credere che se qualcuno uccide se stesso insieme a un grande numero di infedeli avrà la gioia eterna. Per stessa ammissione dell'Autrice, «è difficile accertare crimini aletici di questo tipo»⁴⁶. Ma si tratta davvero di crimini aletici, ossia di azioni il cui disvalore è costituito dall'alterazione della "verità"?

In realtà, la casistica descritta si presta a essere campo di intervento, dal punto di vista penalistico, di un intreccio di fattispecie in cui emergono interessi ulteriori e diversi rispetto alla "verità": nell'esempio numero 1, oltre alla fattispecie di violenza sessuale, viene in gioco il clima di alterazione della "verità" finalizzato a manipolare la percezione della vittima: da chiarirsi se la responsabilità di tale clima sia conseguenza di condotte concorsuali o di favoreggiamento oppure rappresenti una condotta collaterale del padre, restando però in questo caso assorbita nell'abuso. L'esempio n. 2 è la pacifica rappresentazione della c.d. "violenza epistemica" legata al pensiero discriminatorio⁴⁷; il terzo esempio rientrerebbe nel classico caso di manipolazione mentale ad oggi (fortunatamente?) non più penalmente rilevante.

Gli esempi riportati hanno quale minimo denominatore un'alterazione che potremmo definire come "avvelenamento delle condizioni epistemiche" nell'ambito di una relazione intersoggettiva: molto difficilmente accertabile a nostro avviso, se slegata da indici oggettivi che possano assurgere quantomeno alla soglia dell'inganno o dell'artificio, poiché diversamente finirebbero per collocarsi su un piano di accertamento prettamente psicologico. In questo senso, l'interesse in più stretta connessione sembrerebbe essere proprio quella libertà morale la cui tutela penale rappresenta un tema particolarmente discusso e problematico⁴⁸.

Ciò non deve costituire tuttavia un motivo per archiviare frettolosamente tali istanze. In primo luogo perché rilanciano da un lato il problema di un'eventuale incriminazione delle condotte manipolative, viste attraverso l'ulteriore profilo della compromissione delle credenze di un soggetto e dunque del suo "accesso alla verità"⁴⁹, sia perché le argomentazioni esposte hanno come obbiettivo, per

⁴⁶ *Ivi*, pp. 7.

⁴⁷ Nella dottrina penalistica v. per tutti A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 75 ss.

⁴⁸ Nella letteratura penalistica recente, v. A. NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Giappichelli, Torino, 2012; T. VITARELLI, *Manipolazione psicologica e diritto penale*, Aracne, Milano, 2013.

⁴⁹ Sul tema v. F. D'AGOSTINI, "Misleading" e "victim-blaming". *La valutazione della responsabilità nei casi di manipolazione epistemica*, in *Riv. fil.*, 2016, 2, pp. 193 ss.

ammissione della stessa Autrice, «un potenziamento dei valori e delle virtù atletiche che già pervadono le pratiche sociali, e soprattutto: un autochiarimento collettivo»⁵⁰.

Nel parlare di “verità” come bene giuridico si è usata una formula che inevitabilmente desta l’attenzione critica del giurista penale, e di cui vorremmo provare a cogliere il fine, che ci sembra essere quello di rimarcare come la salvaguardia di un contesto epistemico “sano” si ponga anche a un livello di relazioni tra singoli, oltre che sul piano collettivo e politico. Anche l’analisi della “verità” come bene politico richiama, nella prospettiva dell’Autrice, problemi e profili di dannosità che riguardano la persona: si intende per “bene politico” il fatto che «la possibilità di conoscere il mondo in modo veritiero e di scambiarsi informazioni al riguardo in modo veridico siano condizioni socialmente istitutive, con cui la politica (non soltanto democratica) ha a che fare in vario modo [...]»⁵¹.

Adottando un lessico più vicino agli stilemi penalistici, si potrebbe dire che connettendo con fermezza l’esigenza di “verità” alla sfera dei diritti dell’individuo⁵² si pongono interessanti basi per una “riconversione personalistica” dell’interesse. Tale operazione concettuale rappresenta un importante snodo per poter immaginare la base di legittimazione di un ipotetico diritto alla “verità”: non sarebbe infatti più in gioco soltanto un tratto pur fondamentale della democrazia o del tipo di società, ma un qualcosa di ulteriore, ossia un bene “fondamentale”⁵³ in grado di influire sulla vita degli individui.

Bene che è oggi in condizione di sofferenza: la democratizzazione della conoscenza e dell’informazione ha portato a un indebolimento della riconoscibilità della “verità” e a un’anarchia cognitiva la quale, a causa dell’affastellarsi di opinioni e teorie che confluiscono nel proscenio pubblico senza filtri, finisce per produrre anche menzogne⁵⁴. È questa una situazione tollerabile in quanto effetto collaterale di una società liberale aperta?

Si potrebbe affrontare tale interrogativo rispolverando una classica obiezione vetero-liberale secondo la quale la libertà di manifestazione del pensiero e la connessa diffusione di opinioni rappresenta sempre un miglioramento del potenziale di verità in un contesto democratico. D’Agostini e Ferrera ci invitano però a riflettere attentamente sui rapporti attuali tra verità e liberalismo, e lo fanno adottando un’ottica realistica e disincantata, che non guarda al mercato delle idee in termini irenistici ma cerca di coglierne le insidie: *fake news* ovviamente⁵⁵,

⁵⁰ F. D’AGOSTINI, *Risposte, chiarimenti e ipotesi*, in *Biblio. libertà*, 2017, 1, p. 29.

⁵¹ F. D’AGOSTINI, *Diritti atletici*, cit., p. 10.

⁵² E in particolare a diritti che riguardano anche l’equilibrio psichico in quanto condizionato da credenze distorte, che lo rendono dunque leggibile anche come “disagio atletico”, v. *ibidem*.

⁵³ F. D’AGOSTINI-M. FERRERA, *La verità al potere*, cit., pp. 18 s.

⁵⁴ *Ivi*, pp. 9 ss.

⁵⁵ *Ex plurimis*, G. RIVA, *Fake news. Vivere e sopravvivere in un mondo post-verità*, Il Mulino,

processi di “veridicizzazione” massificata delle *bullshit* attraverso il meccanismo dei *like*; ma anche “post-verità” diffuse artatamente dalla stampa⁵⁶ o dalle bocche degli attori della politica “partitica”⁵⁷.

«Nel “mercato delle idee” non tutto è ammissibile» titolano D’Agostini e Ferrera:

«Senza istituzioni e cultura atletica il mercato delle idee non è in grado di scartare l’errore e smascherare l’inganno [...] Non si tratta, si badi bene, di limitare il pluralismo o men che meno la libertà di espressione. Né certamente di mettere in discussione il principio di tolleranza verso tutte le credenze liberamente espresse. Occorre però aprirsi all’idea di azioni affermative (*nudging*, ma anche regole) con un duplice obiettivo: difendere con fermezza la cornice atletica entro cui sono nati ed elaborati i meta-valori liberali – a cominciare dal principio di tolleranza; scendere nell’agone per combattere il post-vero, sul piano dei fatti come quello dei valori»⁵⁸.

Per comporre questa cornice atletica viene enucleato un sistema di diritti, precisamente sei macro-diritti, definiti come “progressivamente correttivi”, nel senso che ciascuno di essi concorre a realizzare il diritto che lo precede e a porre le basi del diritto a esso logicamente conseguente. Questa la descrizione sintetica:

- diritto di essere informati correttamente e di non essere ingannati o fuorviati;
- diritto di ricevere un’educazione tale da metterci in grado di discriminare, per quanto possibile, il vero dal falso;
- diritto di essere riconosciuti come fonti affidabili di verità, dunque di non subire un deficit di credibilità;
- diritto di disporre di un sistema scientifico e in generale di autorità epistemiche affidabili;
- diritto di vivere in un ambiente culturale (politico sociale) in cui questi diritti vengano riconosciuti e tutelati;
- diritto di vivere in una cultura e in una società in cui sia riconosciuta l’importanza della verità nella vita privata e pubblica degli esseri umani⁵⁹.

Bologna, 2018; Nella letteratura penalistica, v. T. GUERINI, *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Giappichelli, Torino, 2020; C. PERINI, *Fake news e post verità tra diritto penale e politica criminale*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2017, pp. 1 ss.; F. DE SIMONE, ‘Fake news’, ‘post truth’, ‘hate speech’: nuovi fenomeni sociali alla prova del diritto penale, in *Arch. pen.*, 2018, 1.

⁵⁶ Colpisce la disinvoltura con cui oggi si può arrivare a denominare un quotidiano come “Verità” (con la V maiuscola); segno di indifferenza al vero o di atteggiamento antialetico?

⁵⁷ Un’interessante silloge di *fake news* diffuse da esponenti politici si trova nel sito di *fact checking* www.butac.it.

⁵⁸ F. D’AGOSTINI-M. FERRERA, *La verità al potere*, cit., pp. 118 e 120 s.

⁵⁹ *Ivi*, p. 44.

Molteplici gli interlocutori istituzionali e sociali, nonché gli addentellati normativi, *in primis* costituzionali, rinvenibili dietro tale rosa di diritti. Come riconosciuto dagli stessi Autori, si tratta di situazioni che sono in parte già collegabili a normative esistenti.

Al di là dell'innovatività consistente nel profilo terminologico (univoca evocazione della "verità"), l'aspetto più interessante di tale proposta risiede a nostro avviso nel descrivere un sistema di diritti (liberà positive, potremmo dire) a partire da una fisionomia antropologica "realisticamente innovativa" del cittadino destinatario di tali diritti⁶⁰. Lungi dal rifugiarsi in utopie ingenuche che adottano quale idealtipo antropologico l'immagine di soggetti mediamente istruiti in grado di discernere autonomamente il vero dal falso, il sistema dei diritti aletici parla invece apertamente di un «diritto/dovere di essere educati alla verità»⁶¹, partendo dal presupposto implicito che non tutti si trovino nelle condizioni di poter discernere il vero dal falso senza un'adeguata educazione, e che alla luce dell'attuale fragilità del bene-verità e del grigiore epistemico che spesso la rende poco conoscibile, questa esigenza debba configurarsi come un vero e proprio nuovo *diritto umano*⁶².

Riteniamo in ultima analisi che la teorica dei diritti aletici possa costituire un'importante connessione di tipo *personalistico* tra la verità come bene giuridico e come bene politico: da intendersi dunque non come prospettive disgiunte ma come aspetti complementari di un "bisogno aletico" che fa capo alla società e al singolo e che impone nuove riflessioni anche ai giuristi positivi.

4. *Il giurista penale tra tutela della verità e impegno per la verità*

«La *ricerca della verità* ha bisogno di tutela soprattutto nei confronti dei detentori di potere. La *cura della verità* non può che essere nelle mani dei tanti *modi esistenziali di dire la verità*: il filosofo, lo scienziato, lo storico; e anche l'artista; e anche qualsiasi indagatore e narratore di fatti»⁶³.

Con tale cristallina affermazione il Maestro che qui onoriamo assume una ferma posizione contro un *uso politico* della "verità"; ci sembra un richiamo a quella

⁶⁰ Osserva F. PALAZZO, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in L. FIORAVANTI (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 404 che «nel configurare il sistema di tutela penale della persona, sarà del tutto legittimo prestare ascolto alle suggestioni anche di tipo antropologico che possono provenire dalle convinzioni sociali sull'essere umano; ma, dall'altro, una razionale scelta politico-criminale sulla tutela della persona e sui suoi limiti dovrà necessariamente essere ispirata ai principi di ultima ratio, di tolleranza e di laicità del diritto penale».

⁶¹ F. D'AGOSTINI-M. FERRERA, *La verità al potere*, cit., p. 54.

⁶² *Ivi*, p. 18.

⁶³ D. PULITANÒ, *Cura della verità e diritto penale*, cit., p. 96.

che è stata definita la fase nella quale «il bisogno di verità si manifesta nel quadro di una rivendicazione popolare e civile contro le falsità di Stato e di polizia»⁶⁴.

Non è dato sapere se questa sia una fase lontana o ormai conclusa, ma si può affermare che siamo pienamente in un momento in cui il bisogno di verità esprime «la preoccupazione delle élite intellettuali e politiche nei confronti dell'anarchia cognitiva che sta pervadendo il dibattito pubblico»⁶⁵. Richiamando le parole di Pulitanò, è il momento in cui «la cura che il diritto può e deve fornire è apprestare un ambiente favorevole per i ricercatori di verità»⁶⁶.

Nella figura del giurista penale convivono due ruoli: quello dello studioso orientato a riflettere sugli strumenti per apprestare un ambiente che si prenda cura, e protegga, i diritti aletici, e quello del “ricercatore di verità”: formula che non va sovrainterpretata, ma che è utile per ricordare al giurista che il suo ruolo non è semplicemente quello di interprete⁶⁷, bensì anche quello di “esploratore” di nuove connessioni. La ricerca di risposte giuridiche ragionevoli e moralmente sostenibili passa attraverso l'esplorazione di mondi possibili, i quali «non sono il punto di riferimento proprio ed esclusivo di utopisti e sognatori, ma stanno all'esperienza conoscitiva di chiunque e in qualsiasi momento»⁶⁸.

Se l'impegno a fare scienza è in sé legato anche a un buon uso dell'immaginazione⁶⁹, il lavoro di speculazione dello studioso di scienze criminali sembra richiederne in modo accentuato⁷⁰.

Si tratta di questioni che interpellano la riflessività del giurista penale⁷¹, la sua capacità di guardarsi da una prospettiva esterna e pensare sé stesso come soggetto chiamato a offrire un contributo per imprimere coerenza e senso umano alla inquietante macchina della giustizia punitiva, ponendosi «al di sopra degli interessi settoriali della propria professione o del proprio genere artistico e [facendo] i conti con le questioni globali di verità, giudizio e gusto dell'epoca»⁷², allo scopo

⁶⁴ F. D'AGOSTINI-M. FERRERA, *op. ult. cit.*, p. 7.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ D. PULITANÒ, *op. ult. cit.*, p. 96.

⁶⁷ Scriveva Tullio Ascarelli nel 1952: «[n]ell'attuale crisi di valori, il mondo chiede ai giuristi piuttosto nuove idee che sottili interpretazioni», v. T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato in termini di interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 344.

⁶⁸ F. D'AGOSTINI, *L'uso scettico della verità*, cit., p. 47.

⁶⁹ S. HAACK Susan, *Defending science-within reason. Between Scientism and Cynicism*, Prometheus Books, Amherst (NY), 2007, p. 97.

⁷⁰ In ambito criminologico, v. L. NATALI, *Green Criminology. Prospettive emergenti sui crimini ambientali*, Giappichelli, Torino, 2015.

⁷¹ P. DONATI, *Sociologia della riflessività. Come si entra nel dopo-moderno*, Bologna, 2011, pp. 67 ss.

⁷² Z. BAUMAN, *La decadenza degli intellettuali. Da legislatori a interpreti*, trad. it., Bollati Boringhieri, Torino, 2007, p. 12.

di esercitare appieno il proprio ruolo di responsabilità⁷³ e di “non minorità”⁷⁴ nella comunità intellettuale.

L’impegno *per* la “verità” non si esaurisce nella ricerca di formule normative ma è frutto di un atteggiamento di complessiva apertura alla conoscenza:

«Riflettere sul penale/penale significa disponibilità a mettere in discussione ideologie e ben intenzionati *topoi* correnti; parlare un linguaggio di verità che non è il linguaggio della politica; dire la verità anche sui linguaggi della politica e del diritto. Sono in gioco la comprensione dei fatti, e anche scelte di valore su cosa incriminare, su come punire»⁷⁵.

Mi piace accostare la figura del Prof. Pulitanò alle metafore che il filosofo Salvatore Veca adopera per descrivere l’immaginazione filosofica⁷⁶: Veca parla di uno studioso che dovrebbe essere “coltivatore di memorie”, ossia consapevole che l’immaginazione attinge da un giacimento di acquisizioni del passato e di tradizioni. Nel caso del diritto penale, aggiungerei anche “coltivatore di testi”: non come mero esegeta, ma proiettato a un approccio critico nei confronti dell’inchiostro dei legislatori. E al contempo ricercatore aperto al dialogo con i saperi sul mondo e anche con testi generati da un inchiostro più ricco e colorato di quello dei legislatori e degli accademici, ossia alla letteratura e al potenziale di sensibilità emotiva⁷⁷ che essa può contribuire a sviluppare: «[p]oiché suscita forti emozioni, essa disorienta e confonde. Porta a diffidare delle forme convenzionali di pietà ed esige un confronto spesso doloroso con le proprie opinioni e le proprie intenzioni»⁷⁸.

⁷³ Sul ruolo culturale della scienza penale, *ex plurimis*, D. PULITANÒ, *Quale scienza del diritto penale?*, in *Scritti in memoria di Renato Dell’Andro*, vol. II, Bari, 1994, pp. 742 ss.; ID., *La scienza penale tra fatti e valori*, in *Crim.*, 2010, pp. 240 ss.; G. FIANDACA, *Rocco: è plausibile una despecializzazione della scienza penalistica?*, in *Crim.*, 2010, pp. 202 ss.; M. DONINI, *Democrazia e scienza penale nell’Italia di oggi: un rapporto possibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 1067 ss.

⁷⁴ Sul concetto di “non minorità” intellettuale del giurista penale, sia consentito il rinvio a F. BACCO, *Il giurista penale: un intellettuale ‘minore’?*, in *Dir. pen. cont.*, 4 ottobre 2013.

⁷⁵ D. PULITANÒ, *Minacciare e punire*, in C.E. PALIERO-F. VIGANÒ-F. BASILE-G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 25.

⁷⁶ S. VECA, *L’immaginazione filosofica*, Feltrinelli, Milano, 2012, pp. 149 ss.

⁷⁷ P. COLM HOGAN, *What Literature Teaches Us about Emotion*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

⁷⁸ M. NUSSBAUM, *Giustizia poetica. Immaginazione letteraria e vita civile*, trad. it., Mimesis, Milano, p. 40. Nel panorama penalistico italiano, una recezione delle tematiche della *Law and Literature*, sviluppate in una peculiare prospettiva, si identifica negli studi recentemente pubblicati in G. FORTI-C. MAZZUCATO-A. VISCONTI, *Giustizia e letteratura*, vol. I, Vita&Pensiero, Milano, 2012; G. FORTI-C. MAZZUCATO-A. VISCONTI, *Giustizia e letteratura*, vol. II, Vita&Pensiero, Milano, 2014.

Non è difficile scorgere nella produzione scientifica di Domenico Pulitanò tutti i tratti sopra descritti, fino alla costante, e sempre ben dosata, presenza di richiami letterari⁷⁹, i quali ricordano a tutti noi come la riflessione e l'auto-riflessione penalistica debbano alimentarsi di emozioni e sguardi verso un mondo la cui complessità eccede l'ambito dei concetti giuridici. Ce lo ha ricordato anche un autorevole, colto studioso sardo:

«Giurista è colui che dice sempre di no. Questo è il suo impegno morale, grave impegno perché nulla è più difficile che dire no. Per sostenerlo non basta studiare e conoscere le leggi (con questo si diventa al massimo professori, e sia pure buoni professori), occorre stabilire una comunicazione, attraverso gli studi che un tempo si chiamavano umani, coi grandi spiriti che ci hanno preceduto, occorre vivere l'esperienza del passato, ma sopra tutto acquistare nella meditazione, e quasi in una perpetua confessione, esperienza di sé»⁸⁰.

Curiosità e apertura verso i diversi campi della conoscenza e verso i contributi di tutti, nel rispetto per i pensieri altrui: queste alcune fra le esortazioni che ho potuto ricevere, e che ho provato nel mio piccolo a mettere in pratica, in anni di appassionata ricerca scientifica col mio Maestro. Per tali ragioni non esiterei a definire l'opera del Prof. Pulitanò come un costante impegno *per* la "verità", il quale passa attraverso il rifiuto di dogmatismi, scientifici o "di scuola", e si proietta costantemente verso nuovi orizzonti di riflessione, aperto a un pluralismo metodologico ancora oggi non del tutto riconosciuto e accolto nella dottrina penalistica. E, soprattutto, aperto alla messa in discussione, all'ascolto della critica, al rinnovamento e anche alla rivoluzione del proprio pensiero, secondo un percorso di apprendimento infinito che in questo senso accomuna (dovrebbe accomunare) tutti, maestri e allievi.

Chiudo manifestando profonda gratitudine a chi mi ha fatto davvero percepire che

«in un dialogo si è sempre pari, anche quando chi ci sta di fronte ha al suo attivo esperienza, prove superate, prestazioni intellettuali tanto più alte. È questa rischiosa e buona parità che insegnano i maestri. Essi insegnano soprattutto la responsabilità»⁸¹.

⁷⁹ Da ultimo, D. PULITANÒ, *Una lettura di Dante. Sulla giustizia*, in *Quest. giust.*, 2021, 6, pp. 1 ss.

⁸⁰ S. SATTA, *Introduzione a Soliloqui e colloqui di un giurista*, Ilisso, Nuoro, 2004, p. 36.

⁸¹ C. MAGRIS, *Utopia e disincanto*, cit., p. 38.

DUE, TRE COSE SULLA RISERVA DI LEGGE

Marcello Gallo

SOMMARIO: 1. Il termine “legge” nell’art. 25, comma 2, Cost. tra “detto” e “non detto”. – 2. *Ratio* della riserva di legge dell’art. 25, comma 2, Cost. – 3. Sul contenuto della riserva di legge. Un ripensamento sull’esclusione della legge regionale dalle fonti del diritto penale. – 4. Dalla legge al diritto. La scandalosa clausola dei “principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili” (art. 7, comma 2, CEDU). – 5. Centralità del principio di non contraddizione (c.d. principio di ragionevolezza). – 6. Struttura e funzione del comando. – 7. La “corporeità del penale” e i limiti della riserva di legge. – 8. Il c.d. rinvio statico e la *ratio* della riserva di legge. – 9. Sulla “incandidabilità sopravvenuta nel corso del mandato elettivo parlamentare” (art. 3 del d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235).

1. Il termine “legge” nell’art. 25, comma 2, Cost. tra “detto” e “non detto”

Comincio subito con una prima imbarazzata e imbarazzante constatazione. Quello che viene presentato, proclamato, principio fondamentale della normativa penale, la riserva di legge, è enunciato dalla Costituzione in tutto e per tutto dalla parola “legge”. Bontà sua, la Carta aggiunge che la legge penale non può operare retroattivamente. Quando scrivo così do però al testo un’estensione che supera i confini della dizione della norma considerata cardine del sistema. A prendere alla lettera questa norma, bisognerebbe infatti concludere che è vietata l’applicazione della norma sempre punitiva, ma più mite, entrata in vigore dopo la commissione del fatto: in parole povere non sarebbe lecita la retroattività della disposizione più favorevole. Desidero esser chiaro: non intendo affermare che tutto al contrario la retroattività della regola più mite è prevista dalla legge fondamentale, mi limito ad osservare che dalla lettura della disposizione su cui si dice che si impernia la legislazione penale siffatta retroattività sarebbe proibita. Nessun dubbio, infatti, che quando si punisce non alla stregua della norma in vigore al momento del fatto ma secondo norma successiva più mite, è in forza di quest’ultima che la punizione si consuma. Insomma, non basterebbe prendere atto del silenzio della Carta sulla retroattività dei disposti penali più favorevoli, dovremmo riconoscere che ne è sancito espresso divieto. Sappiamo, però, che fortunatamente il testo costituzionale è inteso in modo assai diverso: scarno e sobrio, si ritiene comunque che non rinneghi quanto civilmente detta l’articolo

2 del codice penale. A riguardo vien da pensare, e sarebbe una delle numerose ironie della storia, che giuristi diventati fascisti, di formazione e intendimenti liberalconservatori, nazionalisti, in qualche caso socialisti, magari nella ambigua variante del sindacalismo, ben sapendo con chi avevano a che fare, chi stava al timone, abbiano voluto difendere acquisizioni del diritto penale sbrigativamente definito “liberale” contro ogni cattivo pensiero di segno opposto. I costituenti, all’indomani della sconfitta dell’autoritarismo istituzionalizzato, non avevano timori del genere, sicuri come erano che certi profili non avrebbero potuto essere smussati o addirittura schiacciati: nutrivano fiducia, per riprendere le parole di un tipico esponente del ceto e della cultura che quasi tutti condividevano, che non ci sarebbero stati attentati all’ovvia intelligente equità di certe soluzioni. Potevano dunque risparmiare sulle relative formule e compendiarle tutte in una singola parola: “legge”. Tenuto il dovuto conto del processo storico, guardiamo all’esistente da un punto di vista strettamente giuridico. “Legge” è termine che nella semantica della Carta vale come comprensivo di precise aggettivazioni: tra le prime e più importanti, certa, tassativa, generale, conforme, o per lo meno non disgiunta ad elementare senso di equità. Il non detto dalla regola specifica scritta si ritrova nei principi generali. Il discorso sposta la sua attenzione dall’asserto secondo cui queste aggettivazioni sarebbero “corollario” della legge, al dato da cui tutto il resto si snoda e si dispiega.

2. Ratio della riserva di legge dell’art. 25, comma 2, Cost.

Ragionare sul filo dei principi generali non significa abbandonarsi a vaporese narrative giusnaturalistiche apprezzate proprio perché permettono un punto fermo quando il giurista si trova con le spalle al muro, o per dirla più brutalmente, sull’orlo del vuoto. È il diritto positivo, il diritto scritto, che ci permette, anzi ci comanda, di utilizzarli quando un certo “caso rimane ancora dubbio”. Se possono, anzi debbono, essere utilizzati in questa evenienza, vuol dire che i principi generali non sono favole, ma realtà normativa, fanno parte del sistema positivo cui forniscono cornice. Se ne parla espressamente come criterio per risolvere questioni di soluzione incerta e c’è incertezza anche quando la legge scritta risulta insufficiente rispetto al senso comune che esige una disciplina che è rimasta nella penna del “legislatore”. E qui tocchiamo il centro del problema posto dalla espressa rilevanza che i fattori normativi, ricordiamoci sempre dell’articolo 12 delle disposizioni preliminari, hanno assegnato ai principi generali. Cominciamo dalle regole ultime – quelle che stabiliscono in che modo le proposizioni linguistiche che saranno riconosciute come diritto debbono essere prodotte e dispongono i contenuti fondamentali che queste regole debbono rispettare. Suonano, a tutta prima, come regole di chiusura, ma tali non sono. Il riferimento ad un ordine che trascende la stessa Carta è quanto mai chiaro

all'articolo 2. Dopo l'impegnativa dichiarazione del secondo comma dell'articolo di apertura, secondo la quale la sovranità appartiene al popolo che la esercita secondo Costituzione, una dichiarazione forse ancor più impegnativa: la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. Riconosce, non crea: inderogabile la tutela di interessi che in alcun modo possono essere lesi. Dunque, la Repubblica solennemente dichiara di sapere che ai bordi e fuori del suo campo di gioco ci sono siepi insuperabili. C'è spazio, allora, tra le regole cui è assegnata la funzione di cornice all'insieme normativo di cui fanno appunto un sistema i valori che il sistema deve rispettare. Valori che, proprio perché riconosciuti e salvaguardati dal sistema, sono diritto positivo: esprimono ciò che esiste, non ciò che ci piacerebbe che esistesse. Ciò che esiste: i caratteri significati dalle aggettivazioni che non dipendono quali corollari dalla regola definita "legge", ma la precedono, le incombono addosso, la condizionano. Questo vincolo, meglio, questa immanenza, va riscontrata in ciascuna delle regole che compongono l'ordinamento – a cominciare, naturalmente, da quelle che nella scala del sistema occupano i gradini più alti: in un ordine retto, come il nostro, da una Costituzione rigida, strumento essenziale per assicurare la solidità della scala normativa, saranno le regole di chiusura, nonché quelle che immediatamente sono loro subordinate, le regole che la Carta predilige e fa inderogabili da qualunque altra regola che non sia dello stesso valore. *Legge* da noi, *Gesetz* in Germania, *Lois* in Francia, *Law* nei paesi di lingua inglese dove fa addirittura un tutt'uno con l'insieme comprensivo che il continente chiama Diritto, *Recht*, *Droit*. Fermiamoci a casa nostra: decide della qualifica di una regola come legge il modo di formazione. Senso e valenza di legge sono accordati solo alle regole prodotte dal Parlamento o che in ogni caso sono sottoposte al controllo diretto del Parlamento: sia dopo la loro entrata in vigore, sia in prevenzione, in quanto condizionate dalla conformità alla delega del Parlamento. Nel primo dei due casi or ora accennati avremo il decreto legge, nel secondo il decreto legislativo. A meno che non sia espressamente stabilito in maniera diversa, legge è tanto quella posta in essere direttamente e immediatamente dall'attività parlamentare, quanto quella le cui condizioni di validità sono controllate dal Parlamento. Ciò posto, prendiamo atto che sul significato e segnatamente sulla portata della clausola che impone la riserva di legge, vale a dire la necessità che una certa materia sia trattata solo da leggi, i pareri non sono concordi. Mi rifaccio qui al discorso svolto con impareggiabile chiarezza e precisione da Giacomo Delitala:

«Da alcuni quella riserva viene intesa in senso relativo: si ammette cioè che la legge in senso proprio o formale possa limitarsi a dettare i punti salienti della disciplina penale, affidando poi ad una fonte mediata, ad esempio ai regolamenti, la specificazione particolare dei diversi comportamenti assoggettabili a pena. Anche in questo caso la punizione avrebbe luogo in forza di legge. Altri scrittori reputa-

no invece che la riserva di legge vada intesa in senso stretto o assoluto: le fattispecie penali dovrebbero, conseguentemente, essere per intero descritte dalla legge, escludendosi che altre fonti possano con quella concorrere ad integrarle o specificarle»¹.

Messa a punto come meglio non si potrebbe la questione, il Maestro lascia al lettore la risposta al dilemma lucidamente esposto. Tenta allora, come uno dei miei tre o quattro lettori, di far fronte al quesito e comincio col domandarmi a che cosa dobbiamo la regola della riserva, quali sono i motivi che hanno indotto e inducono a porla. Delitala non lo dice espressamente, ma il suo pensiero può essere colto dal richiamo al divieto di analogia nel diritto penale. La riserva discenderebbe dall'esigenza di "certezza della norma" e conseguentemente di "tutela della libertà dei consociati", la stessa esigenza che vieta che le fattispecie penali incriminatrici siano applicabili analogicamente. Spiegazione convincente, ma fino a un certo punto. Può darsi che il principio nasca anche dall'attenzione posta a che imperativi, come quelli penali, che incidono profondamente sulla rete degli interessi dei consociati, siano accessibili a tutti in termini di particolare evidenza: non vedo, però, come e perché siffatto fine sia raggiungibile solo attraverso lo strumento della legge formale o di atto equiparato alla legge formale – per dirla con assoluta precisione, non vedo perché la legge si offra più di ogni atto normativo alla agevole lettura da parte dei consociati. Dirò, anzi, che mi sembra tutto il contrario. Le norme secondarie prodotte da fonti diverse dal Parlamento, per la specificità cui di massima sono costrette dall'argomento regolato e per le particolarità dei soggetti cui si rivolgono (di solito persone impegnate in una certa specifica attività) sono in genere più afferrabili, comprensibili della legge, che oltretutto, nella pratica legislativa, si risolve troppo spesso in un rinvio a fonti secondarie. Sarò rozzo, ma ad ogni modo non troppo lontano dalla realtà se dico che la certezza, di fatto l'incertezza, della norma penale è parecchie volte incertezza della norma secondaria.

Fatto il debito conto delle esigenze di una agevole comunicabilità, ritengo che la riserva tragga origine dalla particolare natura del potere, della funzione, che produce regole qualificabili come leggi, sia perché essenziali all'esercizio della sua funzione primaria, sia perché sottoposte al suo controllo: il Parlamento².

¹ G. DELITALA, voce *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, Vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 1099.

² Art. 117, comma, 2 lett. l) Cost. Vedasi Corte cost. 19 gennaio 1957, n. 21 e 21 giugno 2004, n. 185.

3. Sul contenuto della riserva di legge. Un ripensamento sull'esclusione della legge regionale dalle fonti del diritto penale

Un campanello di allarme mi avverte che a questo modo do per scontato un punto decisivo nell'analisi della riserva, e cioè se "legge" sia solo la legge nazionale, imputata allo Stato, ovvero se accanto a questa vi sia posto anche per la legge regionale. Giurisprudenza e dottrina prevalenti sono per la prima delle due alternative. Della questione mi sono occupato in un libretto: *Le fonti rivisitate. Appunti di diritto penale*³. Immutata la soluzione, ritengo di doverne rettificare in parte la motivazione. Mi era sembrato che, necessario preliminare fosse decidere se la riserva sancita dal secondo comma dell'articolo 25 della Carta sia di campo di materia o di modo di disciplina: a seconda di come si risponde al quesito, si risponderebbe anche a quello se le Regioni, legittimate a legiferare nei casi stabiliti dall'articolo 117 Cost., lo siano anche nei modi e nelle forme del penale. Mi rendo conto, oggi, che la contrapposizione fra campo di materia e modo di disciplina è di pura apparenza. La scelta, si suppone ragionata, del tipo di disciplina, dipende in tutto e per tutto dalla materia trattata: campo e tipo di disciplina sono concetti distinti ma strettamente legati, soprattutto quando il quesito di cui adesso ci occupiamo concerne il rango che deve avere la fonte di disciplina giuridica. Vero che nella Carta non è espressamente detto che in materia penale vige il monopolio della legge dello Stato: la dizione della lettera l) del secondo comma dell'articolo 117 Cost., decisivo per la sentenza 21 giugno 2004 n. 185⁴, a mio avviso si limita ad ammicciare alla potestà esclusiva dello Stato in materia penale: linguaggio che si vorrebbe analitico ma confonde e crea problemi di lettura quando sarebbe necessaria una dizione netta e inequivoca. Penso che, in ultima analisi, la potestà delle Regioni a legiferare penalmente va-

³ M. GALLO, *Le fonti rivisitate. Appunti di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2017.

⁴ Corte cost. 21 giugno 2004, cit.: «L'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost. riserva infatti allo Stato la materia dell'"ordinamento penale", da intendersi come sistema normativo riguardante il diritto sostanziale, giacché la disciplina processuale è enumerata nel primo periodo della stessa lettera l). Si deve ricordare che la riserva allo Stato di tale competenza non è una novità introdotta in sede di revisione del Titolo V. Nella giurisprudenza di questa Corte era infatti ricorrente l'affermazione secondo cui la sola fonte del potere punitivo è la legge statale e le Regioni non dispongono di alcuna competenza che le abiliti a introdurre, rimuovere o variare con proprie leggi le pene previste dalle leggi dello Stato in tale materia; non possono in particolare considerare lecita un'attività penalmente sanzionata nell'ordinamento nazionale (tra le altre, si vedano le sentenze n. 234 del 1995, n. 117 del 1991, n. 309 del 1990, n. 487 del 1989). Dalla riforma costituzionale del 2001, questo orientamento giurisprudenziale ha ricevuto una esplicita conferma, giacché è oggi positivamente previsto che la materia dell'ordinamento penale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost., è di esclusiva competenza dello Stato. [...] In conclusione, la legge regionale impugnata, disciplinando l'istituzione di case da gioco nel territorio della Regione Friuli-Venezia Giulia, introduce una deroga al generale divieto di cui si è detto e nel far ciò invade la materia "ordinamento penale", dall'art. 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione, riservata in via esclusiva allo Stato».

da negata con un argomento logico. E allora, l'argomento logico. Di massima, argomenti del genere non mi entusiasmano, ma qualche volta non se ne può fare a meno, soprattutto se, come nel caso che ci occupa, la logica trova alleata la storia. La tradizione dello Stato italiano largamente accentratrice in genere, singolarmente dura e chiusa in materia penale, ci permette di dire che, se il Costituente del 1948 e i fattori che successivamente hanno dato vita a leggi costituzionali avessero inteso rompere con la tradizione, lo avrebbero fatto uscendo in dichiarazioni esplicite e di tutta chiarezza. Un passo del genere non si compie costringendo l'interprete a cercarne faticosamente percorso e tracce. Protagonista della riserva, il Parlamento. *Nomen omen*: il termine, in Italia come in Inghilterra, conclamata patria di origine, evoca immediatamente persone che riunite parlano, discutono su temi che interessano sé stesse e buona parte dei connazionali. Significa decisioni prese dopo confronto pubblico, alla presenza cioè di estranei al Parlamento, garanzia insomma che una regola sia votata assicurando la possibilità di un dibattito, ovviamente preceduto da congrua meditazione, con una procedura controllata o controllabile da una generalità di persone: in primo luogo gli stessi parlamentari, poi chi è ammesso all'aula o comunque abilitato a prendere visione di atti che documentano come i parlamentari svolgono il loro lavoro. Le norme prodotte seguendo procedure arieggianti come quella che ho sommariamente abbozzato, non escono dal segreto di un ufficio chiuso a quanti non siano specificatamente addetti, non dovrebbero, non potrebbero essere capricciose o motivate da interessi inconfessabili che potranno anche esserci e giocare un ruolo decisivo nell'adozione di un certo provvedimento: contano, però, e vincolano sia pure in modo non assoluto il legislatore e l'interprete della regola, i motivi dichiarati e discussi in assemblea – anche se di facciata, di pura etichetta, questi motivi, in quanto pubblicamente declamati, non possono essere trascurati dagli stessi fattori legislativi e soprattutto dai lettori della regola. E qui mi aspetto una convinta robusta alzata di spalle: faccio della realtà parlamentare un quadro roseo, del tutto lontano da come in realtà si svolgono le cose.

C'è molto vero in osservazioni del genere, ma non è per questa via che si mette in crisi l'importanza della funzione parlamentare – a tenerla in piedi è sufficiente la possibilità che l'istituzione offre di impedire, per lo meno contenere, politiche di gabinetto o, peggio, di *boudoir*. L'istituto dà questa possibilità: a tradurla in effettualità viva ed operante, la buona volontà degli eletti e prima ancora quella degli elettori. Nessun congegno funziona se il manovratore non è ben disposto e capace, ma il congegno ci vuole. Decisiva, insomma, per la posizione quasi apicale della legge nella scala normativa, l'idea che essa sia frutto di riflessione accurata sottoposta al vaglio di critiche e rilievi svolti allo scoperto. Questa la nota peculiare che conferisce alla legge il monopolio in materia penale.

4. *Dalla legge al diritto. La scandalosa clausola dei “principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili” (art. 7, comma 2, CEDU)*

Una salutare appendice a quanto sopra detto. La riserva è posta dal diritto nazionale. La regola della CEDU sulle fonti dei precetti penali è quanto mai cauta, come preoccupata di non urtare la visione sovranista che ogni Stato si fa di sé. L'articolo 7 ha un testo che non potrebbe essere più esplicito e significativo – per il momento mi limito al primo comma:

«Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso».

Tutto è rimesso al diritto nazionale, considerato tanto come cerchio chiuso quanto nell'intreccio delle relazioni con cerchi omologhi. C'è, è vero, un cenno al diritto internazionale, così vago e rapido, però, da far nascere il dubbio che sia motivato più da esigenze di conveniente buon tono che da convinzione. E non basta. La prudenza del legislatore metanazionale si spinge assai più oltre. Sempre all'articolo 7 troviamo un secondo comma, famigerato secondo comma, in forza del quale il dettato da prudente diventa timido:

«Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili».

Regola ancor più permissiva di quella del primo comma; questo lascia al buon senso del legislatore nazionale la decisione sulla natura delle fonti degli imperativi penali, il secondo comma segna un passo decisamente più lungo: basilare resta il rinvio agli ordinamenti nazionali, ma la regola metanazionale si sbarazza anche di questo residuo scudo contro l'incertezza. Fa a meno del rigore della previsione espressa della condotta proibita e si affida ai principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, ai principi generali che considerino crimine il fatto commesso. Più sopra ho spezzato una lancia in favore dei principi generali, criteri di lettura ed applicazione delle previsioni espresse nel nostro ordine. L'articolo 7 CEDU, al secondo comma, identifica i principi generali, una fonte di assiomi dalla quale dedurre ciò che è vietato – e non è questo, quasi zavorra, l'unico peso buttato a mare. Stabilendo che «il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna» si dice che anche l'irretroattività della regola penale soccombe davanti alla gravità del fatto commesso. Certo, a condizione che questo fatto abbia violato principi generali accolti e sostenuti da chi si pensa civile – modo assai curioso per proclamare che in difesa di tali principi si lascia-

no cadere principi d'importanza pressoché assoluta come quello della tassatività e quello della irretroattività del precetto penale che configura un illecito⁵.

Mi sento sinceramente, autenticamente, europeo e non voglio pertanto che ci siano equivoci su quel che penso. Ben lungi dall'auspicare, anzi dall'asserire che lo Stato, monade chiusa e perfetta, sia l'inveramento di condizioni di relazioni antropologiche invincibili di cui bisogna prendere francamente atto, si tratti di piccola aggregazione tribale o di costruzione giuridico-formale complessa e articolata, ritengo, al contrario, che l'architettura del diritto metanazionale, nel caso nostro del diritto posto dalle fonti europee, ma il discorso vale per ogni ordine superiore a quello dei singoli Stati, dovrebbe stagliarsi in profili netti precisamente disegnati. Come sempre, partire dalla testa: "scrivere" in tutta chiarezza quel che tecnocrati, pur con ogni buon intendimento, hanno ritenuto conveniente tacere o perlomeno rinviare. In primo luogo, la definizione e conseguente statuizione del rapporto fra regole metanazionali e regole nazionali. Il compito che a tal riguardo svolgerebbero pronunce giudiziarie lette come decisioni su singoli casi sorrette però da sottintese regole generali, è soluzione che se qualche volta sembra dotata di particolare evidenza, si rivela frammentaria, cagione delle incertezze che sorgono quando si tenta di comporre, in un tutto unitario, tessere spesso sagomate in modo che non ne è possibile l'incastro. In cerca di *slogan* potremmo dire che è questione di patriottismo europeo.

⁵Certo, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo fa un uso decisamente parco del secondo comma dell'articolo 7 CEDU. Quando si presenta l'occasione di applicare retroattivamente una regola, preferisce altre strade. La più battuta di queste strade, quella che assegna al diritto processuale penale certi istituti: per tutti, la prescrizione. Ma con ciò incorre in una doppia svista. La prima, quella di non farsi carico delle obiezioni che a questo ordine di idee sono state sollevate. La seconda, restringere la portata dell'articolo 25, comma 2, Cost. alle previsioni del fatto reato e alle conseguenze sanzionatorie, sì da escludere la copertura costituzionale a tutto quanto, pur di diritto sostanziale, non sia enunciazione del comportamento illecito e relativi effetti sanzionatori. Sulla questione di fondo relativa alla portata dei principi dettati dall'articolo 25 Cost. mi permetto di rinviare a M. GALLO, *Le fonti rivisitate*, cit., p. 9. La cautela della Corte Europea non sempre si riscontra nel giudice nazionale. Vale per tutte Cass., Sez. II, 11 febbraio 2016, n. 15107: «La disposizione di cui all'articolo 7, comma II, CEDU, secondo cui il principio di irretroattività delle legge incriminatrice non opera per i crimini contro l'umanità che offendono interessi transnazionali, impone di ritenere non applicabile al delitto di strage la regola della adozione della norma più favorevole sulla prescrizione in caso di successione di norme nel tempo; ne consegue che, avuto riguardo all'attuale disciplina in tema di reati puniti con la pena astratta dell'ergastolo dall'articolo 157 c.p., la regola della imprescrittibilità va applicata anche ai fatti di strage commessi anteriormente alla modifica intervenuta con la legge 5 dicembre 2005, n. 251».

5. Centralità del principio di non contraddizione (c.d. principio di ragionevolezza)

Nessuna statuizione scritta che ci esponga per filo e per segno la regola della riserva: ma ci sono i princìpi. Finora ne ho parlato come fossero tutti di uguali spessore e formazione: ed è la suggestione che ci viene dall'articolo 12 delle preleggi. Quando, però, passiamo in rassegna i princìpi che più immediatamente ci si presentano alla mente, una netta distinzione si impone. Alcuni di essi, e di grande rilievo, sono generalizzazioni, astrazioni emergenti dall'analisi della struttura di un certo ordine: non aggiungono nulla a ciò che è già espresso dalle proposizioni linguistiche che lo costituiscono. Non aggiungono, ma aiutano a capire un sistema evidenziandone le caratteristiche secondo profili che, salvo espresse eccezioni, vanno rispettati: servono, insomma, a tratteggiare le peculiarità di un sistema e a coglierne il senso. Talora li troviamo iscritti nella normativa espressa (pensiamo alla "personalità" della responsabilità penale), altre volte sono astrazioni di disposti immediatamente e direttamente volti a regolare determinate situazioni (così per il principio di causalità che, pensato e steso per mettere ordine fra condotta umana e quel che ne segue, si è espanso per tutte le direzioni lungo le quali ci imbattiamo in problemi imperniati su certe modalità di sequela tra comportamento umano e successive alterazioni del mondo esterno). Possiamo dire che princìpi di tal fatta sintetizzano componenti del sistema, da cui emergono per il bisogno di compendi che rendano più spedita, comoda, la comprensione di un insieme e facilitino la decisione su singole questioni. Non nascono né prima né dopo l'ordine costituito, ne rappresentano, ne dovrebbero rappresentare, i valori essenziali, quel che certi pensatori chiamano l'in sé della cosa. C'è un condizionale: dovrebbero rappresentare. La condizione umana è segnata da due bisogni, quello della sicurezza fornita dalla generalizzazione e l'altro della tranquillità garantita dalla eventualità di eccezione.

Tutt'altra cosa, i princìpi che sovrastano, precedono, il sistema. Al contrario delle generalizzazioni non si fondano sul dato, esistente o pensato come tale, lo precedono, anzi, lo sovrastano. Per tutti pensiamo al principio di contraddizione, stemperato nella odierna retorica in principio di ragionevolezza. Chi può vi ravvisa una forma del pensiero. Mi metto al sicuro e parlo di strumenti necessari al sistema, a chiunque pratici il mestiere delle leggi.

Facciamo finta di rinunciare al principio di non contraddizione, diciamo pure al principio di ragionevolezza. Il quadro che a questo punto si offre ai nostri occhi è al tempo stesso idillico e desolante: chiusa bottega ci sediamo per terra in attesa che qualcuno sotto un albero, a seconda della latitudine quercia, pino, ulivo, ci dispensi giustizia come farebbe con un piatto di lenticchie. Inveterati ottimisti, disposti a veder roseo quando si privilegia il giudizio rispetto alla regola, parleranno di plasticità delle decisioni, di attenta doverosa considerazione delle caratteristiche del caso concreto; altri, e fra questi chi scrive, ravviseranno

capriccio, dipendenza dall'umore dell'istante, incertezza della regola e, per riassumere, incertezza delle conseguenze che, per quel che ci interessa, vuol dire incertezza della pena, il contrario di quanto ripetutamente proclamato e difeso. Ma della regola, ad ogni modo, non si può fare a meno, dovunque la si collochi nel vasto campo della giuridicità, sia prima che dopo il giudizio. Ed allora, ci piaccia o non ci piaccia, siamo costretti a trattare la regola come freccia diretta ad un bersaglio, siamo costretti a leggere la regola come se provenisse sempre da fonte sorretta da consapevole finalismo. Percorsi difficilmente riportabili ad un disegno chiaramente tracciabile, si giustificano come utile per lo più indispensabile eccezione e dell'eccezione, si dice per consolarci, che conferma la regola. Il bersaglio verso il quale corre la freccia è, immancabile, sempre uno, dissuadere i soggetti nel tempo e nello spazio individuati come attori della reazione in vista della quale la freccia è scagliata, ad astenersi da un certo comportamento. Ed è risultato raggiungibile solo a certe condizioni. Prima e fondamentale, che gli attori designati alla reazione possano di fatto reagire, che di fatto possano tanto comportarsi assecondando il finalismo dell'arciere quanto a questo finalismo sottrarsi. Se questa facoltà manca non c'è comando ma certa forza naturale.

6. Struttura e funzione del comando

Ho distinto sopra fra generalizzazioni dall'ordine esistente e principi che informano quest'ordine. Per quanto concerne la condizione primaria di cui ho appena finito di parlare, debbo dire che non è né dell'una né dell'altra specie. Generalizzazioni e concetti nei quali ravvisiamo il fondamento di un ordine vigente, o comunque come tale raffigurato, hanno un tratto decisivo in comune: concernono il contenuto delle regole costitutive dell'ordine – le generalizzazioni nel senso di proposizioni costruite in base a ciò che è regolato nonché dei modi della regola, i principi informativi nel senso di idee, e preferisco parlare di idee piuttosto che di valori, termine pieno di sé che spesso nasconde il suo opposto. Sbrigativamente dirò che si concretizzano in proposizioni che su piani diversi raccontano in sintesi come è fatto un certo ordine, un ordine storicamente determinato o, in ogni modo, pensato come fenomeno storico. Le proposizioni, o la proposizione, che riguardano la struttura del comando, insieme di parole congegnate per comunicare che si deve tenere o non tenere una qualche condotta, disegnano la forma del comando: senza riecheggiare una filosofia che, diventata adulta, si lasciava alle spalle giochi di parole mozzafiato, possiamo dire che a pensare che non c'è comando dove non c'è possibilità di trasgressione o, per contro, di osservanza volontarie, non si fa che enunciare gli elementi costitutivi di parole connesse perché esprimano un determinato senso. Chiamiamole pure costanti ma non cadiamo nell'illusione dell'assoluto: saranno sempre mezzi per capire il contingente.

Così come ci è dato di leggerla nella raffigurazione mentale che la riguarda, la struttura del comando condiziona certe note che caratterizzeranno in via ordinariamente generale i singoli specifici imperativi costitutivi dell'ordine. Prima di tutto, la tassatività, descrizione della condotta dalla quale il destinatario dell'ingiunzione deve astenersi. Basilare questa nota, forse più delle altre che vedremo, ma legata alla contingenza. Stabilito che tassatività vuol dire perimetro delimitato, il campo così circoscritto può essere più o meno vasto. Sempre con prudenza è consentito supporre che le dimensioni del campo considerato sono determinate dall'intento dei fattori di produzione del diritto. A seconda della libertà di azione che le forze capaci di fare diritto si riservano, l'area di tassatività sarà più o meno vasta – oltretutto non va trascurato che, come Francesco Carnelutti in tutta franchezza postillava, una certa indeterminatezza di ciò che è comandato fa sì che i destinatari del comando siano particolarmente cauti nei loro comportamenti; non si sa mai, è facile cadere sotto i rigori dell'imperativo.

Vago o ben narrato che ne sia l'oggetto, il comando è tale se l'inosservanza sia seguita da conseguenze normalmente negative per l'interesse di chi realizza la condotta da cui si vuole che ci si astenga – se così non è non c'è comando, ma semplice esortazione, appello più o meno vibrato.

Per incalzante che sia la voglia, il piacere del comando, questo deve funzionare in rapporto ad una massa di soggetti. Da qui la generalità che solitamente lo contrassegna, fino a diventarne una nota costitutiva – pur non escludendo che ci siano comandi aventi la stessa forma e valenza di quelli generali concepiti come individuali: l'ordine non si risparmia vie secondarie di uscita.

Tassativo, descrittivo di un'area più o meno ampia nonché ordinariamente generale, il comando inosservato ha conseguenze spiacevoli per l'inadempiente. Segnatamente spiacevoli le conseguenze che incidono sulla libertà personale e sulla roba del soggetto riconosciuto inosservante. Peculiari alla regolamentazione penale, conseguenze sulla libertà personale: anche quelle costituite da un prelievo sulle sostanze del condannato che sfociano in riduzione della libertà personale quando questi risulti insolubile. Multa e ammenda, sanzioni rispettivamente previste dall'ordinamento penale a carico degli autori di un delitto o di una contravvenzione, hanno significato punitivo – il risarcimento del danno cagionato dal reato è tutt'altra cosa: conseguenza di un illecito di segno civilistico, non penale, dalla fattispecie complessa costituita dal reato e dal pregiudizio arrecato al patrimonio giuridico del soggetto passivo del reato stesso, pregiudizio patrimoniale o non patrimoniale che sia, stimato secondo criteri di mercato o, se il danno non è patrimoniale, avvalendosi di criteri dettati da usi o sentimenti propri al consesso sociale.

Quanto alla libertà personale, la restrizione che la riguarda concerne la libertà di movimento resa lecita solo in determinati esigui spazi. Certo, anche in penale sono previste sanzioni che si realizzano in tutto e per tutto in riduzioni della capacità di diritto o della capacità di agire, ma sono accessorie rispetto alle pene principali dell'ergastolo, reclusione, arresto.

Le conseguenze sulla libertà personale nonché quelle sul patrimonio giuridico del condannato sono già di per sé gravi e tali da comprimere, fino a schiacciarla, la personalità del condannato. E non basta. Va considerato anche il marchio sociale associato alla condanna: si può dire anzi che, in una con le pene accessorie, può rappresentare conseguenza più pesante delle stesse pene in senso stretto.

7. La “corporeità del penale” e i limiti della riserva di legge

Riprendo il filo del discorso abbozzato nelle pagine che precedono e torno alle ragioni che spiegano la riserva di legge, il monopolio che il penale affida alla regola la cui forma sia quella della legge – e cioè della regola direttamente prodotta dal Parlamento nonché dei precetti del potere esecutivo cui è riconosciuta valenza uguale a quella delle regole prodotte dal Parlamento: decreto legge e decreto legislativo, atti che se non sono direttamente posti in essere dal Parlamento, sono però soggetti a controllo, immediato per i decreti legge, mediato attraverso l'esercizio della funzione giurisdizionale per i decreti legislativi. Al centro c'è sempre la corporeità del penale: pensare al penale è pensare alla galera, di per sé disumana e contronatura. L'uomo non è fatto per vivere come un animale in gabbia. La società organizzata è quasi sempre feroce, ma vuol credere e far credere di compensare il rigore adottando, o fingendo di adottare, cautele che assicurino i più che la durezza, prima minacciata poi inflitta, non nasce da capriccio, ma da appropriata conveniente meditazione. Non per niente, un caposaldo del diritto criminale delle “nazioni civili” si chiama *habeas corpus*, due parole che con ammirevole sincerità concentrano sul corpo gli effetti della disciplina penale, perfino la gogna congegnata per spezzare in chi è esposto al pubblico ludibrio dignità e decoro, perfino la gogna esercita il suo mestiere cominciando col privare pressoché totalmente di ogni mobilità il condannato. A garanzia che la forza non degeneri in sopruso il giudizio dei “pari” o, per lo meno quando solo pochi felici sono considerati tali, il giudizio di persone particolarmente qualificate, giudizio che rende accettabile, giustifica, prima la regola poi l'applicazione della regola: la regola deve essere applicata, il perché il quando e il come spiegano, spiegano in concreto le ragioni, fondamento della regola stessa. Il momento finale ci riporta a quello iniziale: contro esiti di sopraffazione si ritiene valido e sufficiente il processo di formazione della regola. L'ordine che non vuole apparire tirannico ha davanti a sé due strade: il dispotismo illuminato dalla ragione o la discussione aperta alla verifica che la decisione che ne segue sia presa dopo aver pesato il pro e il contro. Una volta che fattualità di vario e disparato genere, chi ha e chi non ha, relazioni tra chi è più forte e chi lo è meno, pensieri, sentimenti generati dai fatti e capaci di generare l'idea di fatti nuovi, più consoni a soddisfare gli interessi di quanti hanno o credono di avere il potere di cambiare lo stato di cose dandogli il senso ritenuto più idoneo a favorire gli interessi della classe

dirigente o gli interessi di coloro che aspirano a diventare classe dirigente aggregandosi o sovrapponendosi a quella esistente, una volta che questo stato di cose, in una con l'approvazione o il rifiuto che esso suscita, dia vita ad un ordine normativo preceduto da appropriata controllabile discussione, sembrerebbe che il principio della riserva di legge, il principio del monopolio della regola proclamata dopo ragionevole confronto fra soggetti che su una certa questione nutrono pensieri diversi o comunque sottoposta al giudizio di questi soggetti, sembrerebbe, dicevo, che sui limiti del principio non possano esserci dubbi.

In realtà, la faccenda si rivela più complicata. Tutto correrebbe senza ostacoli se il segmento condizionante le conseguenze dettate dalle regole penali raccontasse per disteso la vicenda umana che realizzata o, come tale pensata, dà vita a effetti definiti penali: ma così non è. Sempre più frequente l'adozione della tecnica espositiva che, senza preoccuparsene, fa uso del rinvio ad altre regole della stessa o di subordinata specie rispetto a quella che opera il rinvio. Il gusto di economia stilistica, il piacere che danno formule normative brevi, snelle, che sembrano puntare all'essenza del fatto narrato, sono appagati dal rinvio a regole che minuziosamente, dettagliatamente, espongono quali sono le condotte cui è fatto riferimento. Si preferisce, insomma, la sobrietà stilistica inventata dai giuristi di Napoleone alla complessa farraginosità delle regole di *common law*, formate dall'esperienza giudiziaria o espressamente formulate per iscritto e dettate come atti normativi. Sembra più conveniente assecondare la lucida concisione cara ai cervelli continentali, l'ansia di cogliere l'in sé della cosa che aver sott'occhio, aperta ad una immediata lettura, una prosa giuridica che spesso al posto delle due, tre quattro righe di un articolo di legge continentale si diffonde nello spazio di una colonna enciclopedica. Ovviamente la sintesi è efficace quando rappresenta il trampolino per l'indispensabile tuffo nel concreto, il tuffo dal generale al particolare inevitabile: senza di esso non c'è effettiva esperienza giuridica. E qui cominciano a farsi sentire le prime dissonanze nel convinto coro dei sostenitori dello *ius* europeo rispetto al diritto comune anglosassone. Mettiamo per un momento da parte il diverso modo di produzione delle regole: soffermiamoci su che cosa accade quando si instaura il rapporto tra regola espressa in segni significanti e chi si accinge a leggerla. Di tutta evidenza che il percorso che porta a dare un senso ad un insieme di parole connesse dal significato e dal contesto, sarà assai diverso a seconda che la frase cui è attribuita valenza normativa sia redatta in stile continentale o in quello di *common law*.

Nel primo caso, il lettore deve colmare gli spazi lasciati da una scrittura che si limita a porre i paletti della generalizzazione, ricorrendo a parametri estranei alla frase di cui cerca il significato; parametri che si identificheranno in quelli forniti dall'uso linguistico ritenuto più consono per il caso di specie ovvero che, più specificatamente, fanno un tutt'uno con i comandi discendenti da regole diverse da quella che opera il rinvio. Questa la situazione dal punto di vista del lettore della regola. Dal punto di vista dei fattori di produzione della regola,

comunque sia modulato il rinvio, c'è sempre la rinuncia ad una puntuale regolamentazione: si confida in tutto e per tutto nella capacità di chi, per comprendere il senso della regola, si appelli alle cadenze semantiche comunemente accettate in un caso, alla comprensione di regole altre rispetto a quella alla cui interpretazione si è accinto. Questa la condizione del giurista "continentale".

Concettualmente il giurista di *common law* non svolge un compito diverso – salvo che i suoi punti di riferimento saranno quelli forniti dall'uso linguistico, dalla cultura in un certo tempo dominante nel paese: raro e insolito il riferimento ad altre regole, scritte o emergenti dalla giurisdizione.

L'orizzonte si fa più lontano e si allarga fino a comprendere la vasta plaga del "rinvio". Della fenomenologia riassunta da questo termine, mi sono occupato nel primo volume de *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale* (pp. 29-51). Qui è sufficiente un cenno sui punti salienti della problematica. Parto dal rilievo che l'analisi e la discussione debbono oggi mantenersi entro il perimetro di una Costituzione che, come la nostra, sia rigida, costruisca una scala normativa per effetto della quale la norma del gradino inferiore non può derogare o sovrapporsi alla norma del gradino superiore. Ricordiamoci sempre di questa caratteristica della legge fondamentale: eviteremo, così, punti di vista ed opinioni forse sostenibili in regime di costituzione elastica, adesso però assolutamente fuori posto. Chiediamoci, allora, quali siano i limiti, la concreta valenza della riserva di legge in un assetto normativo contrassegnato dal rango superiore degli atti normativi qualificati leggi e degli atti alla legge equiparati. Una prima, piuttosto sbrigativa ma alla resa dei conti risolutiva risposta, è che reati e pene possono essere regolati soltanto dalla legge. Questa, innanzitutto, la conclusione che sembra suggerita dalla sobrietà del dettato costituzionale. Suggestiva, non imposta. Alla lettera, la dizione «in forza di legge» del secondo comma dell'articolo 25 Cost. potrebbe anche essere intesa nel senso che ciò che occorre è che la legge e gli atti equiparati «possono limitarsi a dettare i punti salienti della disciplina penale, affidando poi ad una fonte mediata, ad esempio ai regolamenti, la specificazione particolare dei diversi comportamenti assoggettabili a pena». Così Delitala⁶. Anche se il campo lasciato dalla legge a fonti secondarie fosse quello e soltanto quello così delineato, le cose si metterebbero piuttosto male per il rispetto della riserva, delle ragioni che ne sono alla base. Ma la breccia minaccia di far crollare il muro quando la posizione del Maestro è assunta come testa di ponte da chi sostiene che la regola secondaria non solo specifichi il dettato della regola primaria, ma addirittura che sia la regola secondaria a descrivere, in ognuno degli elementi essenziali, il comportamento vietato.

Comincio dal timore, comune a tutte le varianti della tesi, per così dire estensiva, della riserva: l'interpretazione rigida del principio, quella che esige che sia

⁶G. DELITALA, voce *Diritto penale*, cit., p. 1099.

la legge a comunicare tutto ciò che di penalmente rilevante va detto di una condotta e delle conseguenze penali cui questa dà origine, è interpretazione che condurrebbe a sterilizzare il sistema. Si potrebbe ribattere che a questo modo non si giustifica il sistema ma è il sistema che si autogiustifica; ma andiamo pure avanti e chiediamoci se una certa sterilizzazione non sia auspicabile: la farragine di regole è quanto mai soffocante, al punto che sempre più si alzano voci che auspicano una specie di sospensione nel fare diritto per regole. Faccenda, questa, piuttosto seria, di cui deve però occuparsi più il sociologo che il giurista.

8. *Il c.d. rinvio statico e la ratio della riserva di legge*

Lasciamoci pure alle spalle preoccupazioni di cui bisogna tener conto ma senza farsene influenzare e affrontiamo il problema come va affrontato: *sub specie iuris*.

Ho già detto quale sia, a mio avviso, la ratio della riserva: legiferare è affare del Parlamento inventato proprio per dettare le regole della convivenza. Basta attenersi alle ragioni dell'istituto, alla storia che ne è seguita, per convincersi di quanto l'idea di una riserva elastica alla stregua della quale la legge svolgerebbe in definitiva un ruolo di semplice copertura, di apparenza più che di sostanza, sia lontana dal soddisfare tutto ciò che sta dietro, motiva e giustifica, il monopolio in materia penale del Parlamento. Naturalmente penso e scrivo quanto affido ai miei tre o quattro lettori convinto che, statuendo questo monopolio, si faccia sul serio, non si creda di indulgere a convenienze di prammatica la cui osservanza assicura un posto fra le "nazioni civili".

Altrettanto naturalmente mi rendo conto che la sterilizzazione della funzione legislativa che si determinerebbe a cagione di forme assolutamente rigide, non è sensatamente pensabile: l'escamotage di atti del potere esecutivo dotati della stessa valenza degli atti normativi direttamente posti in essere dal potere legislativo ne è riprova eloquente. Non che ci sia una soluzione intermedia fra le due opposte: accettata la convenienza, per non parlare di necessità, di procedure che rendano più spedita la normazione rispetto alla procedura tutta rimessa al Parlamento, si tratta di chiarire quali siano le condizioni di un rinvio compatibile con la riserva. Su tal via, il primo passo sarà quello di sbarazzarci di antinomie frequenti nella semantica giuridica, formulate in termini a dir poco sfuggenti: cito quella più corrente, rinvio formale contrapposto a rinvio sostanziale. Nomenclatura tanto poco significativa che c'è chi la intende e ne fa uso in un modo e chi la intende e la utilizza invece in senso diametralmente opposto. Preferisco la terminologia che trovo, ad esempio, in un limpido scritto di una studiosa di scuola genovese⁷: rinvio

⁷P. CAPPELLO, *La fenomenologia del rinvio statico e del rinvio dinamico*, in *Rinvio statico o dinamico?* Ricerca a cura dell'unità FIRB dell'Università di Genova (responsabile prof. P. Costanzo), aprile 2005, in costituzionale.unige.it/dottorato/Rinvio.htm.

statico, rinvio dinamico. Riduco all'osso il senso delle due dizioni in alternativa. Forse c'è troppa schematizzazione, troppa fiducia in un disegno chiaro senza sbavature quando i due concetti in alternativa sono letti come specificazione dei termini, norma rinviante e dato cui si fa rinvio, tra quali dati, insomma, corre questo rapporto. Si dice, cioè, che c'è rinvio statico quando una regola fa riferimento ad altra o altre regole dello stesso rango o, come più spesso avviene, di rango subordinato. Il rinvio sarebbe invece dinamico quando si fa riferimento ad una sola, unica, fonte di regole già in vigore, e a tutte le regole che saranno emanate dalla fonte di riferimento. Da un punto di vista meramente descrittivo, questa è distinzione che regge – regge, ma serve assai poco. Comunque sia effettuato il rinvio, a questa prospettazione del fenomeno sfugge l'incompatibilità del fenomeno stesso con la riserva. Sia che la norma rinviante faccia capo a una o più disposizioni in vigore, prossime a entrare in vigore o addirittura abrogate o appartenenti ad ordinamento straniero, sia che si limiti a menzionare come regola che la definisce e completa una specifica fonte e tutte le norme già prodotte o che da questa fonte saranno prodotte, dal punto di vista del principio la situazione non cambia. Il rinvio dinamico, così inteso, si traduce in rinuncia della norma penale rinviante al monopolio che la Carta le ha conferito: il comportamento dal quale si vuole che i destinatari si astengano è, per intero o in alcuni rilevanti particolari, narrato non dalla regola penale bensì da altra, quale ne sia il rango, ordinariamente sorta in altro settore dell'ordinamento. Non c'è bisogno di molte parole per ravvisare in tutto ciò manomissione della riserva – della riserva che non è mero decoro di una struttura solidamente impiantata, bensì pilastro di una costruzione che dell'appoggio non può fare a meno. Insomma, giudizio negativo comunque sia disegnato il rinvio cosiddetto dinamico.

Vero che si può ribattere che una normativa non condivisa dal potere legislativo sarebbe destinata alla abrogazione. Risparmio ai miei tre o quattro lettori la battuta, che poi diventa filippica, sulla inerzia del Parlamento, sul tempo che ci vuole prima che si decida a esercitare la sua funzione. Anche pensando, in via di pura ipotesi, ad una celerità difficilmente realizzabile, il sistema ci riserba un ostacolo che sbarra quella che sarebbe la strada che permetterebbe di eliminare dall'ordinamento la regola non più gradita, regola ed è questo il punto essenziale che magari il legislatore della norma rinviante non poteva conoscere e sulla quale non poteva quindi esercitare doverosa riflessione: il rinvio dinamico è così chiamato perché si riferisce a regole future che al momento in cui è sancito il rinvio magari non sono nemmeno ragionevolmente prospettabili. Mettiamo che questa regola sia di particolare ingiustificato favore per una certa frazione dei destinatari, tanto da creare squilibrio e risentimento. Abrogiamola, pure: resta il fatto che nella successione di leggi essa dovrà sempre essere applicata non solo a fatti e vicende realizzati sotto la sua vigenza, ma anche a fatti e vicende futuri e verificatisi dopo che sia formalmente cessata la sua valenza. Tassativo, a riguardo, il disposto del quarto comma dell'articolo 2 c.p.: «Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui di-

sposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile». Legge più favorevole: che non è detto che sia quella del tempo del commesso reato, può essere regola vigente in qualunque momento tra quello della realizzazione del fatto criminoso e quello del giudizio sul crimine.

Sempre nel rispetto di certe condizioni sulle quali ci intratterremo subito, è il rinvio statico a soddisfare la *ratio* della riserva. Sappiamo che si definisce statico il rinvio a regola o a regole specificatamente individuate: questo il punto di partenza. Dobbiamo però mettere bene a segno il tracciato che occorre seguire una volta iniziato il percorso. Le regole, o la regola, cui la norma penale fa riferimento, debbono essere tali da consentire a deputati e senatori di rendersi preciso conto della portata, di che cosa significhi per i destinatari la regola che si apprestano a votare come legge penale: dunque, quelle a cui si fa rinvio, debbono essere norme di cui sia possibile una lettura consapevole del significato che la legge rinviante, per effetto del rinvio, viene ad assumere – norme già in vigore insomma.

È il momento di prendere atto della struttura narrativa e imperativa che si crea attraverso il rinvio.

Dal caso più semplice di una regola formalmente penale che in tutto e per tutto rinvia ad una o più regole distinte da quella che opera il rinvio e si limita a dichiarare sanzionata con una determinata pena l'inosservanza di una qualunque delle regole rinviate, a quello più complesso di una regola che affida la completa narrativa di uno dei suoi elementi costitutivi a quanto disposto da altra o da altre regole (ricorrente al riguardo l'utilizzo dell'aggettivo "ingiusto" o dell'avverbio "ingiustamente"), ci troveremo sempre a leggere più che una norma completa l'armatura interna di una disposizione che diventa effettivamente tale solo quando si scioglie, si risolve, nella o nelle disposizioni reali ottenute dall'incontro con i disposti cui è fatto riferimento. Solo quando quest'incontro avviene siamo posti in grado di conoscere qual è il comportamento umano proibito, sia che la regola rinviata esponga l'intero comportamento vietato, sia che ne menzioni uno o qualcuno, ma non tutti, gli elementi costitutivi. Per svariate che siano queste possibilità, un tratto comune è innegabile. La proposizione normativa che ci dice quale sia il contenuto dell'imperativo, il segmento condizionante della norma reale, non è costituito dal complesso di parole della norma che rinvia ad altre, bensì dal risultato cui si arriva dall'incastro tra frase rinviante e frase o frasi di rinvio. Come a dire che la regola penale reale con la quale dobbiamo lavorare, che dobbiamo cioè intendere e almeno in ipotesi applicare, è la frase che ci dice tutto quanto occorre sia posto in essere affinché si produca un certo effetto giuridico. Questo significa che le questioni che la norma reale suscita, quando e dove inizia la sua valenza, come questa valenza viene a cessare, quali siano le combinazioni che si creano in caso di successione nel tempo di più leggi concernenti la medesima materia, come si determini il luogo di commissione del fatto penalmente rilevante, sono questioni che vanno trattate e risolte

non dimenticando mai che la proposizione che si presenta formalmente quale norma penale, è poco più di uno schema, un progetto di norma reale. È un punto, questo, sul quale non ci si può stancare di insistere: principi fondamentali dell'ordinamento penale, la maggior parte dei quali di rango costituzionale, rischiano un'osservanza puramente apparente se non si tiene conto di come sono strutturate le norme che effettuano un rinvio ad altre. In sintesi, tutto quanto ragionevolmente si riassume nella riserva di legge è messo in gioco da chi ritiene sufficiente rispettare la nomenclatura che proclama penale la norma (in realtà: un frammento di norma) che va definita e completata da altre.

9. *Sulla "incandidabilità sopravvenuta nel corso del mandato elettivo parlamentare" (art. 3 del d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235)*

Prendere in esame una per una le situazioni che si presentano più interessanti quando la proposizione normativa di cui ci occupiamo rinvia a regole diverse ed esterne rispetto alla prima, equivarrebbe ad occuparsi dell'intera storia della norma reale singola vicenda per singola vicenda. Sarebbe uno studio senza dubbio interessante, ma non è questo il momento per intraprenderlo: adesso intendo sottoporre ai miei tre o quattro pazienti lettori un abbozzo delle questioni che mi sembrano più importanti, non solo per il senso che presentano nell'insieme dell'ordinamento, ma anche perché, una volta risolte, aprono la strada a comprendere tutte le altre che nell'analisi di un certo sistema via via incontriamo.

Comincio come in genere si fa per ogni rappresentazione, sia di ciò che intendiamo reale, sia di ciò che definiamo concettuale dal momento in cui prende forma l'oggetto delle nostre osservazioni. Che questo non sia mai un dato meramente oggettivo, che l'osservazione contribuisca a definirlo, è un'altra storia e ai nostri fini non occorre raccontarla: basta che l'osservatore l'abbia sempre presente e non la lasci ammuffire nel retrobottega mentale.

Ci stiamo occupando di una proposizione normativa con certe caratteristiche – come sappiamo, quelle di una narrativa che rimanda ad altre o ad altra proposizione normativa. Prima domanda: quand'è che una frase diventa norma – fattura linguistica, innanzitutto, poi valenza quale imperativo giuridico. Momenti distinti che coincidono solo quando la regina spiega ad Alice come a suo insindacabile giudizio vanno le cose. Rispondere val quanto impegnare, condizionare, gran parte del senso che la frase-norma possiede nel sistema. La particolare struttura della frase rende più articolata la domanda. Sarà il momento in cui entra in vigore, secondo ciò che dispone il sistema, la frase che rinvia ad altre regole, o il momento in cui queste regole, più precisamente ciascuna di queste regole, entra in vigore. Mi è capitato più volte di sottolineare che un imperativo, quale ne sia la natura, dev'essere formulato in maniera tale che sia possibile tanto osservarlo quanto violarlo – se manca una di queste condizioni, la frase, più o

meno solenne, potrà essere appello, vademecum, aspirazione ad un assoluto irraggiungibile, ma sicuramente non è imperativo, comunicazione che intende motivare in un certo modo chi ne è destinatario. Dobbiamo distinguere. In regime di rinvio cosiddetto statico, se la norma richiamata è già in vigore o è stata in vigore nel passato, in un tempo anteriore al momento di acquisizione di valenza da parte della regola che effettua il richiamo, sarà il momento che segna la nascita della norma formalmente penale, la norma che rinvia ad altra o ad altre. È questo il momento, infatti, in cui la frase assume piena rilevanza normativa: è a partire da questo momento che i soggetti cui è rivolto il comando possono conoscere che cosa è vietato e che cosa è lecito e, in conseguenza, determinarsi.

Facciamo, invece, il caso che la regola “penale” rinvii ad una regola non ancora in vigore ma, in base agli sviluppi del processo di formazione, conoscibile. Possibili due risposte, entrambe ragionevoli. Si può dire, infatti, che la norma che rinvia dà natura penale alla proposizione che si forma dall’incastro con la regola rinviata – che quest’ultima non sia ancora in vigore nel settore a cui appartiene è cosa che non intacca la sua capacità di integrare una proposizione normativa penale. Altrettanto correttamente mi pare, però, che possa sostenersi che sia soltanto una norma in vigore cui si fa rinvio, o che è stata in vigore, quella che assicura la conoscibilità da parte dei destinatari. Consigliabile, quindi, che il legislatore che opera nelle condizioni che ho detto, si attenga al “non si sa mai” e stabilisca, dando vita al rinvio, la “data di nascita” della norma.

Importante la conclusione. La proposizione normativa che rinvia ad altra o ad altre regole entra in vigore quando le due frasi, quella che rinvia e quella rinviata, si dispiegano in un contenuto comprensibile e utilizzabile quale imperativo: non rileva il momento in cui entra in vigore la norma che effettua il rinvio. Credere che sia questo il momento decisivo solo perché la regola che rimanda ad altra è definita penale, significa affidarsi ad un nominalismo per cui conta l’etichetta e non che cosa c’è sotto l’etichetta. A farla breve, un insieme di parole acquista senso normativo a condizione che l’enunciato sia conoscibile e praticabile – da ipotesi a realtà.

Purtroppo legislazione e giurisprudenza hanno adottato una linea interpretativa assolutamente contraria a quanto sopra esposto. Non mi dolgo per il fatto che non sia stata condivisa la mia opinione: mi dolgo della smaccata inosservanza del fondamentale principio della irretroattività della legge. Emblematica la vicenda del decreto legislativo 31 dicembre 2012 n. 235 emanato a norma della legge 6 novembre 2012 n. 190.

Vado direttamente al cuore della questione: l’articolo 3 del d.lgs. si fregia di un’intitolazione che è uno stupefacente ossimoro: “incandidabilità sopravvenuta nel corso del mandato elettivo parlamentare”. Come dire che quanto deve precedere una determinata situazione giuridica si realizza invece dopo e sortisce, ciononostante, l’effetto che avrebbe avuto se si fosse manifestato a tempo debito. Incredibilmente le cose stanno proprio così. Non ci si è accontentati del ra-

gionevole, e cioè che la causa sopravvenuta espliciti i suoi effetti da quando si è realizzata in poi: si è stabilito che questi effetti si producono, quando la causa sia “comunque accertata”, quindi anche antecedente all’investitura parlamentare. Si fa così carico a deputati o senatori di una conseguenza lesiva di un loro interesse giuridicamente garantito, dettata da una legge che non era in vigore nel momento in cui è stato compiuto il fatto giudicato reato, in forza di una legge, quindi, di cui non potevano tener conto al tempo della commissione dell’illecito. Fatta la legge, trovato l’inganno, che è termine che si addice al modo con cui si sono superati i rilievi mossi alla lettura del decreto in parola. Con un’interpretazione che non manca nel sistema di qualche ragione, si è sostenuto che in questo caso non è in discussione il principio di irretroattività sancito dall’articolo 25 secondo comma Cost., perché l’effetto giuridico cagionato dall’accertamento di una causa di incandidabilità antecedente all’entrata in vigore del decreto legislativo 235 non sarebbe di natura penale, ma di diritto pubblico e più precisamente di diritto costituzionale. Non entro nel merito della discussione. Ci sono, in proposito, argomenti pro e contro – non c’è dubbio che al reato possano essere riconnesse conseguenze di natura non penale, l’obbligo di risarcire la vittima del danno patrimoniale e non patrimoniale subito fa testo. Il fatto è che quando si tratta di irretroattività di norma giuridica, più specificatamente di norma la cui applicazione incida negativamente sull’interesse del soggetto a carico del quale l’effetto si produce, decisivo è l’articolo 11 delle disposizioni preliminari alla legge in generale: “La legge non dispone che per l’avvenire: essa non ha effetto retroattivo”. Dizione tanto precisa quanto civile. Naturalmente l’articolo 11 non ha la durezza di una norma costituzionale, ma è legge in vigore. Certo, sempre possibile una deroga, ma dovrebbe essere formulata in tutta chiarezza – onere, questo, al quale gli estensori del decreto legislativo 235 non si sono sobbarcati. A questo punto non restava che prendere atto che la norma in questione così come scritta (e non vedo altro modo di leggerla) non si proietta sul passato, ma dispone solo per casi che si presentino dopo la sua entrata in vigore, vale a dire, non mi stanco di ripeterlo, a partire dal momento in cui i destinatari sono stati messi in grado di far conto della decadenza nella valutazione dei pro e dei contro di una loro eventuale decisione⁸. Secondo principi di ermeneutica elementare, non ce ne sarebbe stato bisogno ma, col vento che tirava, non sarebbe stata fuori luogo una interpretazione autentica.

Per concludere, il disposto che si crea nel rapporto tra regola che rinvia e regola rinviata somiglia a quello tra un ventaglio chiuso e un ventaglio dispiegato, un ventaglio che soltanto così adempie alla sua funzione. La vicenda normativa si conclude per annullamento (norma riconosciuta dalla Consulta costituzionalmente illegittima), abrogazione o modifica: ognuno di questi momenti va

⁸ M. GALLO-G. INSOLERA, *Severino, come leggere la retroattività*, in *Corriere della Sera*, 3 settembre 2013.

considerato alla stregua della relazione fra regola rinviante e regola rinviata. L'annullamento, l'abrogazione o la modifica può riguardare la norma che rimanda ad altra o quest'ultima. Nel primo caso, è l'intera norma reale che perde valenza per il futuro come per il passato se dichiarata costituzionalmente illegittima. Nel secondo e nel terzo caso, salve le norme penali più favorevoli all'interessato, perde valenza per il futuro.

Se oggetto dell'annullamento, dell'abrogazione o della modifica sia la regola rinviata, le conseguenze non si ripercuotono sulla norma reale. All'idea che si riflettano sulla norma reale limitatamente alla sorte della regola rinviata, si oppone la struttura del rinvio statico, in forza del quale la regola cui è fatto rimando non è più regola del settore di appartenenza, ma segmento, parte, della norma reale: rilevano le vicende normative che riguardano quest'ultima nel suo complesso.

«NIENTE NEL MONDO È UN OGGETTO IN SÉ». IL “SENSO” DELLA NORMA PENALE TRA LEGALITÀ, OFFENSIVITÀ E SUSSIDIARIETÀ

Gabrio Forti

«Come non possiamo affatto concepire oggetti spaziali fuori dello spazio, oggetti temporali fuori del tempo, così noi non possiamo concepire alcun oggetto fuori della possibilità del suo nesso con altri. Se posso concepire l'oggetto nel contesto dello stato di cose, io non posso concepirlo fuori della possibilità di questo contesto».

(L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, trad. it. di G. Conte, Einaudi, Torino, 1995, prop. 2.0121, p. 26)

«La cosa è indipendente nella misura nella quale essa può ricorrere in tutte le situazioni possibili, ma questa forma d'indipendenza è una forma di connessione con lo stato di cose, una forma di non-indipendenza».

(*Ivi*, prop. 2.0122, p. 26)

SOMMARIO: 1. L'“archiprincipio” della sussidiarietà. – 2. La selettività del “movimento” ermeneutico. – 3. Il “senso” della proposizione normativa penale. – 4. La logica posizionale-spaziale della sussidiarietà nell'applicazione della fattispecie. Un'idea di diritto penale sostanziale.

1. L'“archiprincipio” della sussidiarietà

La sensibilità culturale¹ e la competenza filosofico-politica, oltre che – e prima ancora che – politico-criminale di Domenico Pulitanò², rende ineludibili per

¹ Si veda ad esempio D. PULITANÒ, *Una lettura di Dante. Sulla giustizia*, in *Quest. giust.*, 14 giugno 2021 (online).

² *Ex plurimis* e recenti, D. PULITANÒ, *Il penale tra teoria e politica*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2020, 4, p. 1 ss.; ID., *Problema castigo e principio responsabilità*, in *Quad. st. pen. gius.*, 2021, 3, pp. 217 ss.

ogni penalista le sue asserzioni in merito ai principi fondamentali del diritto penale. Tanto più perché questa sua prospettiva non è affatto disgiunta da una penetrante consapevolezza di quanto le “dure repliche della storia” costringano quei principi entro gabbie le cui sbarre devono essere considerate ed esplorate *anche* dalla scienza giuridico-penale. Fondamentale per la politica criminale, come per la politica *tout court*, rimane il detto machiavelliano dell’essere «più conveniente andare dietro alla verità effettuale della cosa, che alla immaginazione di essa»³.

Del resto, come scrive il Maestro cui è dedicato il presente scritto,

«l’immagine del mondo del giurista si costruisce a partire dal mondo dell’esperienza quotidiana, del vivere e dell’agire degli uomini: il mondo della storia. La scienza del diritto, e l’applicazione del diritto, si inseriscono entro il quadro di conoscenze di razionalità e via via raggiunto dalle società umane»⁴.

Ed è fondamentale il monito di Federico Stella⁵ – ripreso da Pulitanò nel medesimo contesto – a che in uno «studio serio del diritto penale», si eviti di far crescere «generazioni di studiosi di norme, non di problemi»⁶.

Nell’applicazione dei grandi principi costituzionali in materia penale, quella relativa alla sussidiarietà⁷ appare tra le più voraci di conoscenze empiriche, tra le più bisognose di un’immersione della sfera giuridica nelle liquidità del reale, del “contesto”⁸. Nella recente opera di scienza della legislazione di un altro autorevole penalista italiano, essa è stata definita come «l’archi-principio, il principio per eccellenza da cui si snoda la sequenza dei principi di sistema (necessità, proporzione, effettività) in cui si articola il paradigma politico-criminale orientato alla *Zweckrationalität*»⁹. “Principi, di sistema” che, oltre a trovare “in sequenza” nella sussidiarietà la loro matrice, ne sono essi stessi costitutivi, offrendo un ventaglio integrato di criteri in base a cui orientare le scelte di criminalizzazione, giustificando il ricorso alla pena, «solo in quanto si dimostrino insufficienti *gli altri* (meno impattanti) strumenti di controllo sociale, offerti dal diritto civile, dal diritto amministrativo, dall’arsenale delle misure di terapia sociale»¹⁰.

³ N. MACHIAVELLI, *Il Principe*, a cura di L. Firpo, Einaudi, Torino, 1961, cap. XV, p. 75.

⁴ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, IX ed., Giappichelli, Torino, 2021, p. 11.

⁵ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, III ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 45.

⁶ D. PULITANÒ, *op. ult. cit.*, p. 6.

⁷ Fondamentale in argomento, anche come riepilogo del vasto dibattito dottrinale, lo scritto di G. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all’espansione del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, pp. 1654-1694.

⁸ Si veda (anche per i numerosi riferimenti alla riflessione in tema di M. Delmas-Marty), J.P. PIERRON, “*Une herméneutique en contexte: le droit*”, *Methodos* [online], 13 | 2013, online since 7 April 2013, connection on 20 August 2022 in journals.openedition.org/methodos/3040.

⁹ C.E. PALIERO, *Il mercato della penalità*, Giappichelli, Torino, 2021, spec. pp. 51 ss.

¹⁰ *Ibidem*.

Pulitanò richiama il tema dell'*extrema* o *ultima ratio* nell'ambito della trattazione manualistica sulla frammentarietà, correttamente inquadrata come «carattere» del diritto penale e che solo una «retorica corrente» tende ad assumere quale «principio»¹¹. Carattere sempre al limite di produrre una dispersiva e asistemica frammentazione, rispetto alla quale si rileva il riequilibrio apportato da «principi in senso forte» come il principio d'uguaglianza, «che si oppone a differenziazioni di trattamento irragionevoli, segnando in tal modo dei limiti alla frammentazione della disciplina».

In particolare poi è agevole cogliere «lo sfondo di politica del diritto, che si profila dietro la retorica della frammentarietà», costituito dalla «riduzione al minimo dell'intervento penale». Quale correlato della «fondazione liberale del diritto penale», l'intervento penale si configura appunto «come *ultima ratio* di tutela, *necessaria* là dove non siano possibili o non bastino interventi diversi e meno invasivi». Di qui la «funzione *sussidiaria*, residuale» assegnata al diritto penale, rispetto ad altri settori dell'ordinamento».

Peraltro, nell'ambito di questa riflessione, la già ricordata irrinunciabile “divisa” metodologica di attenzione al dato “effettuale” si traduce nella constatazione di come «le ben intenzionate formule dottrinali (*ultima ratio*, necessità, sussidiarietà)» non offrano «soluzioni obbligate», e semmai «esprimano «un'idea regolativa: un metodo (e un'etica) di approccio al problema penale» e dunque «saggiamente invitano il legislatore a un uso *il più possibile limitato* e ponderato dello strumento penale, ma lasciano indefinito il possibile limite»¹².

Spetta dunque a una scienza penalistica attenta all'esigenza di incanalare entro le strettoie della prassi i propri asserti teorici impegnarsi a tradurre una tale «idea regolativa» in soluzioni normative convincenti e, soprattutto, in grado di ispirare letture evolute e armoniche anche di *altri* principi fondamentali, *in primis* quello di legalità e offensività, come si dirà più avanti.

Senonché a una tale fecondazione del *sistema* dei principi grazie al “seme” generativo della sussidiarietà non può che giovare uno sguardo eccentrico, capace di assumere, nei confronti del diritto penale, la visione di Alce Nero (il capo Sioux autore di una celebre autobiografia)¹³, che sapeva guardare la vita «dall'alto di un colle solitario», ma abbracciando «le diversità del mondo» e sapendo che qualunque luogo, anche il più umile, sorvolato da quella larga prospettiva, «può essere il centro del mondo»¹⁴; sopportando, quindi, la concretezza, immane e ribollente, di un universo irradiato da mille soli, da mille centri di cui sempre e di nuovo andare pazientemente alla ricerca.

¹¹ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 115.

¹² *Ivi*, pp. 115-116.

¹³ Alce Nero parla. *Vita di uno stregone dei Sioux Oglala. Messa per iscritto da John G. Neihardt (Arcobaleno fiammeggiante)*, Adelphi, Milano, 1968.

¹⁴ C. MAGRIS, *L'imbarazzo di Mefistofele*, in *Itaca e oltre*, Garzanti, Milano, 1982, p. 9.

Uno “sguardo” che non può restare ignaro degli innumerevoli rimandi di significato, dei fitti scambi di senso che costantemente si intessono tra la giustizia penale e sfere dell’umano che solo un occhio incapace di sollevarsi, almeno ogni tanto, dall’assillo quotidiano del *problem solving* tecnico-giuridico può avvertire come estranei alla “pratica” del diritto. È a un tale “sguardo” che si devono probabilmente molti frutti di quella che è stata detta la «creatività del giurista»¹⁵, un esercizio di capacità immaginativa¹⁶ che per il penalista trova la sua macroscopica, direi monumentale, materializzazione nell’opera *Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria: un turbine di inventiva e di pensiero generato da una figura che solo in minima parte avrebbe potuto definirsi un giurista e, semmai, soprattutto economista, amministratore pubblico, filosofo e, tratto non trascurabile nel presente contesto di analisi, letterato¹⁷.

2. La selettività del “movimento” ermeneutico

Anche al giurista “pratico” non può dunque sfuggire il ruolo sociale della pena come «fattore culturale», ossia il dato incontrovertibile che «le istituzioni penali contribuiscano a creare cultura», visto che,

«come ogni istituzione cardine della società, la pena si struttura, da un lato, sulla base di modelli culturali generali che si originano altrove, dall’altro produce senso, valori e sensibilità proprie che contribuiscono a comporre una piccola ma significativa parte del quadro culturale dominante»¹⁸.

Il rapporto tra diritto e cultura può dunque concepirsi come un flusso bidirezionale nel quale queste due entità sono destinate a influenzarsi reciprocamente. Ne derivano innanzi tutto implicazioni rilevanti anche sulla sfera tecnica per eccellenza del lavoro del giurista, ossia sulla attività ermeneutica o, quanto meno, di quella strettamente connessa all’azione dell’“applicare”. Da intendersi nei «termini di creazione di un costrutto: cioè non come replicazione di un modello predefinito ma come generazione di uno specifico corso d’azione basato sulla lettura del contesto di riferimento»¹⁹.

¹⁵G. PASCUZZI, *La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell’innovazione giuridica*, II ed., Zanichelli, Bologna, 2018.

¹⁶M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit, Tome II Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris, 2006, p. 276, come ripreso da J.P. PIERRON. cit., p. 6.

¹⁷Tra le opere meno note e meritevoli di menzione, si veda C. BECCARIA, *Ricerche intorno all’origine dello stile*, in *Illuministi settentrionali*, a cura di S. Romagnoli, Rizzoli, Milano 1962. Su cui si veda N. GARDINI, *Lacuna. Saggio sul non detto*, Einaudi, Torino 2014, pp. 36 ss.

¹⁸D. GARLAND, *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*, a cura di A., Ceretti, Il Saggiatore, Milano, 1999, p. 292.

¹⁹C.A. BOSIO, *Percorsi dell’applicare: considerazioni e intrecci da un punto di vista psicologico-*

Come rilevava Michele Taruffo, premessa l'esigenza di distinguere tra interpretazione e applicazione della norma, occorre tener conto che «il fatto emerge con particolare evidenza quando si parla della decisione giudiziaria», ossia nella «interpretazione *decisoria*». È appunto «di fronte al giudice, invero, che il fatto svolge una funzione decisiva quanto all'attribuzione alla norma del significato applicabile nel caso concreto, e quindi determina la scelta interpretativa»;

«mentre l'interprete può limitarsi a stabilire quali sono i significati validi ed accettabili di una disposizione normativa, l'operatore pratico, ed in particolare il giudice, deve andare oltre e stabilire quale tra questi significati è riferibile ai fatti del caso concreto. In questo senso si può dire che il fatto ha un ruolo centrale e determinante nell'ambito della interpretazione della norma: le norme si applicano a fatti e i giudici decidono sulla base dei fatti ai quali debbono applicare le norme»²⁰.

Ecco allora che un tale lavoro interpretativo-applicativo corrisponde a quello che Karl Engisch, nei suoi *Logische Studien*,²¹ aveva già caratterizzato come «l'andare avanti e indietro dello sguardo» tra la norma e il rapporto di vita: con le parole di Kaufmann,

«in questa immagine dell'“andare avanti e indietro dello sguardo” si esprime soprattutto [...] che il comprendere un testo non è qualcosa di puramente recettivo, ma un *agire* pratico, formativo. La “res iusta” non è, essa *avviene*, e ciò per cui avviene è sempre – io cito Larenz – un *atto della personalità*»²².

Purché però non si perda di vista «che il rapporto dialettico tra norma e fatto comincia dal fatto, non dalla norma: per così dire, nella dinamica della decisione giudiziaria *il fatto viene prima della norma*, è il punto di partenza del ragionamento decisorio»²³. Se ne desume dunque che

«il fatto costituisce il primo e fondamentale elemento della *precomprensione* da cui muove l'interpretazione: essa è finalizzata ad individuare un significato applicabile al fatto (o meglio a stabilire quale tra i possibili significati si riferisce meglio al fatto), ed è quindi ovvio che sia il fatto il criterio-guida dell'operazione interpretativa»²⁴.

organizzativo, in *Risorsa Uomo, Rivista di Psicologia del Lavoro e dell'Organizzazione*, 2012, 1, pp. 19 ss., che riprende D.F. ROMANO, *L'organizzazione silenziosa: Azione e significato*, Cortina, Milano, 2006; ID., *Conoscere e organizzare*, in P. ARGENTERO-G.G. CORTESE-C. PICCARDO (a cura di), *Psicologia delle organizzazioni*, Cortina, Milano, 2008, pp. 17-44.

²⁰ M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 100.

²¹ K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. Aufl., Winter, Heidelberg, 1963, p. 15.

²² A. KAUFMANN, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 112.

²³ M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, cit., p. 101.

²⁴ *Ibidem*: «Se si pensa all'interpretazione secondo la metafora del “circolo ermeneutico”; o

Da tale rilievo preminente del fatto nella interpretazione applicativa della norma discende tuttavia l'esigenza di considerare *come* esso si presenti e configuri allo sguardo del decisore giudiziario, viste le inevitabili "selezioni" cui tale sguardo lo avrà sottoposto. Come è stato rilevato in un ambito di riflessione del tutto diverso, ma non certo estraneo alla ermeneutica giuridica,

«prima che il pensiero s'indirizzi a qualcosa, si trova già nei confini di uno stato d'animo fondamentale. È questa situazione emotiva a caratterizzare il pensiero umano. Lo stato d'animo non è uno stato soggettivo che si riflette sul mondo oggettivo. È il mondo. Il pensiero articola successivamente in concetti il mondo incluso nello stato d'animo fondamentale. La profonda commozione scaturisce dall'atto di comprendere, dal lavoro della comprensione»²⁵.

«Non solo il fatto consiste in realtà di narrazioni che lo riguardano e che vengono costruite *ad hoc* da vari soggetti», ma esse sono in realtà il frutto di selezioni che tali soggetti compiono «nell'ambito della infinita varietà e indefinibilità del reale». «In altri termini: ogni volta che un soggetto costruisce la narrazione di un evento o di una vicenda non può narrare *tutto* l'evento o *tutta* la vicenda, ma deve scegliere ciò che ritiene "meritevole" di essere narrato»²⁶. Del fatto sono destinate dunque a emergere nel processo «solo alcune narrazioni costruite da alcuni soggetti», e, per di più, «ognuna di queste narrazioni è il frutto di una selezione che il suo autore compie individuando le circostanze che debbono essere narrate e lasciando fuori dalla narrazione infinite circostanze che non vengono prese in considerazione»²⁷.

Di qui la questione fondamentale: «l'individuazione del criterio in funzione del quale si opera la selezione»²⁸.

Una possibile via di uscita da questo "circolo" consiste nel pensare che la rilevanza del fatto da narrare

«derivi soprattutto dall'attribuzione di autonoma importanza a *particolari circostanze, che quindi si definiscono come "rilevanti" di per sé, ossia in riferimento a giudizi di valore di carattere sociale, morale, politico o economico*. In base ai giudizi di questo genere si individuano anzitutto i fatti che "meritano" di essere narrati

della "spirale ermeneutica" di cui parlano vari autori da Hassemer a Fiandaca, bisogna tuttavia mettere in evidenza che nell'ambito della decisione giudiziaria il circolo o la spirale non partono dal nulla e non si autogenerano: il problema interpretativo nasce dal fatto su cui verte la decisione e il fatto determina l'inizio e la direzione in cui si muoveranno il circolo e la spirale ermeneutica».

²⁵ B. HAN, *Le non cose. Come abbiamo smesso di vivere il reale*, Einaudi, Torino, 2022, p. 41.

²⁶ TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, cit., pp. 102 s.

²⁷ *Ivi*, p. 106.

²⁸ *Ivi*, pp. 106 s.

nell'ambito di un processo: solo in un secondo momento si tratta di stabilire se vi è una norma – o una interpretazione di una norma – che, per così dire, si “adatta” a questi fatti attribuendo ad essi una qualificazione giuridica»²⁹.

Se le considerazioni precedenti valgono per ogni attività ermeneutica posta in essere in particolare da un decisore giudiziario, nel campo penale esse sembrano assumere una pertinenza anche maggiore o, quanto meno, devono fare i conti con la predeterminazione che il “fuori testo”, prima ancora di influenzare l'interpretazione del “testo”, ha già subito ad opera del “contesto” culturale da cui, come detto, è avvolta la penalità e la stessa idea di pena. Un'idea indiscutibilmente “estrema” per i modi della sua invadenza storico-culturale, traducibili peraltro nei termini costituzionali di una incidenza senza pari su prerogative essenziali dell'umano. Proprio quell'incidenza, del resto, la cui dolente consapevolezza fonda, oltre che la proverbiale «cattiva coscienza» del giurista, quel principio di sussidiarietà che da quella stessa «cattiva coscienza» può ritenersi ispirato.

Non è infatti solo il testo della fattispecie a essere avvolto da questo circuito di interazione fatto-norma, con le relative pre-comprensioni che ne condizionano l'andamento. Tale dinamica, specie nella sfera penale, riguarda ancor più i principi chiamati in causa nel lavoro interpretativo e, sopra tutti, direi proprio, il principio di offensività e il correlato richiamo del bene giuridico di volta in volta tutelato. Peraltro le ormai risalenti, ma crescenti problematizzazioni di tale principio³⁰, oltre che le opportune riletture in termini di «funzionalità strumentale»³¹, suggeriscono, se non una sua estromissione dagli orizzonti ermeneutici, semmai una sua riconfigurazione. Nella considerazione di Pulitanò, secondo cui «dall'articolazione delle fattispecie dipendono non i beni giuridici tutelati, bensì ambito, limiti, modalità di tutela»³², potrebbe anche rinvenirsi l'ispirazione a sottrarre il bene giuridico dalla fissità delle tradizionali connotazioni stereotipate (“patrimonio”, “ordine pubblico” ecc.) per immergerlo in contesti descrittivi e *situazionali*³³, questi sì calibrati diversamente per ciascuna fattispecie.

Contesti la cui rilevanza in sede applicativa può orientare e delimitare anche

²⁹ *Ivi*, p. 107.

³⁰ Rinviando, anche per gli ulteriori riferimenti, *ex multis*, a V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2005.

³¹ Si veda incisivamente e anche per gli ampi riferimenti di dottrina, varie opere di G. DE FRANCESCO, tra le quali ad es. *Punibilità*, Giappichelli, Torino, 2016, e *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Giappichelli, Torino, 2006, spec. p. 53 ss.

³² D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 106.

³³ Per alcuni sviluppi di questo concetto, a partire dalla definizione di bene giuridico raccolta in dottrina (G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, X ed., Milano, 2021, p. 10), rinviamo a G. FORTI, *Il diritto penale e il problema della corruzione, dieci anni dopo*, in G. FORTI (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da 'mani pulite'*, Vita e Pensiero, Milano, 2003, pp. 129 ss.

quella pre-comprensione selettiva dei fatti “sussumibili” nella fattispecie astratta così influente sulle valutazioni del decisore giudiziario e alla cui ricostruzione può *già* contribuire l’“archiprincipio” della sussidiarietà. Ciò del resto a beneficio di un’aderenza non solo formale, ma sostanziale allo stesso principio di legalità.

È infatti già sul piano della esegesi del testo normativo – «punto di partenza di qualsiasi impegno interpretativo»³⁴ e in qualche misura anche punto di arrivo finale³⁵, guidata dalla legalità e dai suoi corollari, che dovrebbe confluire l’idea di sussidiarietà. E non semplicemente perché l’interprete, nello spettro semantico già ampio, anche solo per la intrinseca «notevole plasticità»³⁶ del linguaggio comune, debba localizzare l’attribuzione di significato alle parole della legge nella sfera più restrittiva. Ma soprattutto perché proprio ciò che rimane fuori dalla rilevanza penale (ma è *dentro* tale spettro semantico) appare idoneo a evocare e stimolare quelle risorse di tutela la cui attivazione può sospingere sostanzialmente sullo sfondo la risposta penale. È *anche* sul significato delle parole, dunque, che può sostenersi la postura (non repressiva, non ‘risentita’ e, quindi, *non* pregiudizialmente sanzionatoria) che anni fa veniva raccomandata da un antropologo inglese, quando sollecitava a prestare attenzione al «potenziale inutilizzato di cambiamento in qualunque sistema biologico» e deprecava l’eccessiva propensione verso condotte aggressive e censorie, inclini innanzi tutto a «baccettare legalmente le forze usurpatrici»³⁷.

3. Il “senso” della proposizione normativa penale

Il movimento bidirezionale – in realtà “mosso” soprattutto dal fatto – che caratterizza la dinamica ermeneutico-giudiziaria e, soprattutto, l’operazione “selettiva” dei dati del reale e delle narrazioni che vi sono inerenti, suggeriscono un richiamo a grandi linee di una vasta e risalente riflessione su quello che potrebbe definirsi il “senso” di una proposizione. Riflessione dalla quale si cercherà di trarre spunti anche sul “senso” della proposizione normativa *penale*, con qual-

³⁴ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 119, dove la difesa del senso *letterale* del testo normativo come punto di partenza di «ogni discorso sulla libertà di interpretazione» è rimarcata dall’epigrafe, tratta da Umberto Eco, che compare all’inizio del capitolo dedicato all’interpretazione della legge penale (*ivi*, p. 117).

³⁵ Rinviando alla raffinata riflessione di teoria generale del diritto di M. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 152: «Ancorché modellata attraverso “una piena valorizzazione degli stimoli ideologici, con l’apertura ai bisogni, con la ricerca di soluzioni praticamente fruibili”, la fattispecie non può che rimanere sé stessa: un *a priori*; forma logica (*logos*) del fatto. Cambia la tecnica di posizione, ossia di significazione: accanto o (addirittura) contro il testo, si scruta il “contesto situazionale”, connotato da “stimoli”, “bisogni”, “prassi”».

³⁶ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 119.

³⁷ G. BATESON, *Verso un’ecologia della mente*, XVII ed., Adelphi, Milano, 2000, pp. 547-548.

che implicazione ricostruttiva specialmente riferibile al ruolo dei principi fondamentali nella interpretazione delle fattispecie incriminatrici.

Al di là dell'adesione a questa o quella concezione o "sistema" di pensiero l'interesse del diritto penale per l'elaborazione filosofica trova almeno una sua ragione nel ruolo che questa è venuta largamente attribuendosi nel Novecento (e non solo nelle sue espressioni "analitiche")³⁸, ossia di contribuire a una chiarificazione del linguaggio, dei concetti utilizzati, da cui ogni disciplina, ivi comprese quelle giuridiche, dovrebbe poter trarre benefici. Un interesse peraltro legato non soltanto alle conclusioni cui la singola elaborazione sia approdata nella definizione dei termini che le sono propri, ma, altrettanto, al percorso attraverso il quale a tali chiarimenti essa sia pervenuta. Quanto meno una tale ricognizione oltre i confini disciplinari della propria materia avrà permesso di arricchire quello sguardo «dall'alto» di cui si è detto, quella prospettiva eccentrica che è certamente utile a una migliore comprensione dei problemi con cui è necessario confrontarsi visto che, secondo il noto detto popperiano, «le discipline non esistono in generale», «non ci sono discipline; ci sono soltanto problemi e l'esigenza di risolverli»³⁹.

Richiamiamo qui in particolare la concezione "raffigurativa" del linguaggio: inteso quale *Darstellung*, ossia «rappresentazione strutturale che raffigura i nessi formali degli oggetti»⁴⁰. La proposizione vi è dunque considerata come «un'immagine della realtà in accordo a determinate proprietà formali comuni a linguaggio e realtà», poiché il linguaggio viene considerato «un insieme di proposizioni (*Sätze*) che sono dei *Bilder*, dei modelli, cioè delle *rappresentazioni di strutture, non di oggetti*», dove *Bild* andrebbe tradotto come "quadro". Il che «allude al carattere strutturale (compositivo) della forma». Si afferma così come tale concezione raffigurativa non sia «un'idea mimetica di linguaggio (il linguaggio come riproduzione di oggetti dati), quanto un'idea di esibizione di nessi formali (il linguaggio come raffigurazione di nessi di oggetti)»⁴¹.

Connessa a questa idea è la concezione secondo cui «la proposizione rappresenta lo stato di cose, direi quasi di sua testa [...] il segno proposizionale garantisce la possibilità (non l'attualità) del fatto che esso rappresenta»⁴². In partico-

³⁸Per questa distinzione ormai consueta, si veda ad es. F. D'AGOSTINI, *Analitici e continentali. Guida alla filosofia degli ultimi trent'anni*, Cortina, Milano, 1997.

³⁹La battuta è ripresa in F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 15, da K. POPPER, *Postscript to the Logic of Scientific Discovery*, London, 1982, trad. it. *Poscritto alla logica della scoperta scientifica*, vol. I, Il Saggiatore, Milano, 1984, p. 35.

⁴⁰S. BORUTTI, *Leggere il Tractatus logico-philosophicus di Wittgenstein*, Ibis, Como-Pavia, 2010, p. 81, che ricorda in particolare la proposizione 4.0311 del *Tractatus*, che parla «dell'insieme proposizionale "wie ein lebendes Bild": "come un quadro plastico"».

⁴¹*Ibidem*.

⁴²L. WITTGENSTEIN, *Quaderni 1914-1916*, a cura di A.G. Conte, Einaudi, Torino, 1995, 5.11.14, p. 150. Citazione ripresa da S. BORUTTI, *Leggere il Tractatus logico-philosophicus di Wittgenstein*, cit., pp. 82 s.

lare l'espressione *Sachverhalt*: etimologicamente rimanda a «un “sich-verhalten” di cose (*Sachen*), un rapportarsi di cose, uno stato di cose», che vuol dire appunto «stato di cose possibile, nesso possibile di cose», distinto dalla *Tatsache* intesa come «lo stato di cose realizzato, che accade, il “fatto” come dice chiaramente la proposizione»⁴³: «Ciò che accade, il fatto [Tatsache], è il sussistere [das Bestehen] di stati di cose [Sachverhalten]»⁴⁴. Ne consegue che «noi diciamo non le cose, ma il loro accadere in un nesso, in uno stato di cose»⁴⁵.

Se ne trae dunque che «la logica precede l'esperienza»: «che un enunciato abbia significato non può dipendere dall'esistenza di cose particolari, dalla conoscenza diretta (*acquaintance*)»; «lo spazio logico coincide col luogo del linguaggio e insieme col luogo del mondo, come ci è dato nel linguaggio»⁴⁶. Di qui l'adozione della «metafora spaziale della forma, cioè lo spazio come esempio di possibilità di relazione tra elementi»⁴⁷. La forma spaziale diviene dunque «l'esempio di ordinamento, che fa capire la condizione di ogni espressione simbolica articolata del mondo»⁴⁸.

Una metafora connessa a quella spaziale riguarda i colori. Dall'idea che «l'immagine del linguaggio non riesce a descrivere la logica della nostra esperienza del senso, perché noi non esperiamo delle unità di significato enunciabili in proposizioni elementari», deriva «il carattere cruciale e paradigmatico delle

⁴³ S. BORUTTI, *op. ult. cit.*, pp. 88 s.

⁴⁴ L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, cit., p. 25, prop. 2.0.

⁴⁵ S. BORUTTI, *op. ult. cit.*, p. 90.

⁴⁶ *Ivi.*, pp. 92 s., che richiama qui la proposizione 3.031 del *Tractatus*: «Si diceva una volta: Dio può creare tutto, ma nulla che sia contro le leggi logiche. Infatti, d'un mondo “illogico” noi non potremmo dire quale aspetto esso avrebbe». Come osserva Borutti, «è qui chiarissimo l'antiempirismo di Wittgenstein, per il quale la forma è primaria, mentre gli empiristi, considerando il mondo come collezione di dati, ignorano la dimensione del possibile, e considerano la forma come derivata per astrazione dai dati».

⁴⁷ *Ivi.*, p. 93 s. che richiama L. WITTGENSTEIN, *Quaderni 1914-1916* (29.9.14), cit., p. 135: «Il concetto generale della proposizione comporta anche un concetto generalissimo della coordinazione di proposizione e stato di cose: la soluzione di tutte le mie questioni dev'esser *sommamente* semplice! Nella proposizione un mondo è composto sperimentalmente. (come quando al tribunale di Parigi un incidente d'automobile è rappresentato con pupazzi etc.)».

⁴⁸ *Ivi.*, p. 94 «Nella proposizione 3.032 del *Tractatus* è detto che non si può rappresentare nel linguaggio qualcosa contraddicente la logica, così come non si può rappresentare in geometria una figura contraddicente le leggi dello spazio: la coordinazione, la forma nel linguaggio è essenziale per il significato, così come nella geometria le figure. sono costruite dalle leggi spaziali. E nella proposizione 3.0321 Wittgenstein aggiunge: possiamo rappresentarci uno stato di cose che contraddice le leggi della fisica, ma non una figura che contraddica le leggi dello spazio: cioè *senza forma, senza un luogo di rapporti*. La geometria sembra funzionare qui come *Il luogo del senso*, la fisica come *il luogo del riempimento attuale del senso*: si può pensare lo spazio senza oggetti, ma, non gli oggetti, senza spazio; lo spazio è la possibilità degli oggetti, e lo spazio inteso in senso leibniziano, come virtualità di relazione; lo stato di cose è il modo virtuale delle relazioni in cui la cosa può entrare. In ultima analisi: non si può parlare senza forma».

proposizioni di colore e di grado, che non significano in quanto unità isolate, ma in quanto sistema, grazie alle relazioni che legano ogni proposizione alle altre proposizioni dello stesso tipo»⁴⁹.

«Non imparo i colori vedendoli, ma vedendo la differenza tra i colori secondo una “grammatica”, secondo un insieme di regole che organizzano le proposizioni di colore in un sistema. Le proposizioni di colore non sono empiriche: dire che “un oggetto non è contemporaneamente rosso e verde” non significa che non abbiamo mai visto un oggetto simile. Non sono neppure sintetiche a priori (come se ci fosse un’essenza reale data dei colori, e un’intuizione d’essenza),[...] ma grammaticali»⁵⁰.

Affermazioni ulteriormente illustrative dell’idea che «la logica ha il primato sulla percezione, che la forma è nella costituzione dell’esperienza»⁵¹.

4. *La logica posizionale-spaziale della sussidiarietà nell’applicazione della fattispecie. Un’idea di diritto penale sostanziale*

Quali dunque gli elementi di riflessione o almeno i primi spunti euristici – tutti da sviluppare e articolare ulteriormente – che, dalla prospettiva di pensiero qui esposta a grandi linee e per enunciati essenziali sembrano offrirsi per il lavoro ermeneutico in campo penale, anche alla luce della dinamica fatto-norma ricordata in precedenza? Quanto meno: qual è il tipo di sensibilità (spesso più importante della dotazione di strumenti tecnici) che si auspica possa risvegliarsi o consolidarsi nell’opera di un decisore giudiziario i cui compiti sono stati resi sempre più gravosi da una politica criminale dedita a quella che Karl Popper avrebbe chiamato una «meccanica sociale a spizzico», che rinuncia a riplasmare la società «nella sua totalità come un tutto unico»⁵²?

Il punto di partenza non può che essere dato dalla consapevolezza della molteplicità degli elementi di fatto (e delle relative narrazioni) che si affacciano alla

⁴⁹ *Ivi*, pp. 155-6. «Le proposizioni di colore o di grado non sono indipendenti, ma si escludono a vicenda: “A è rosso” esclude “A è blu”; se dico che ho 64 anni, dico nello stesso tempo che non ne ho 34: applico nello stesso tempo tutta la grammatica dei colori, tutti i gradi di una scala, tutto un sistema. Il senso non è riconducibile all’elementare, al semplice, ma è organizzato in sistemi, in contesti, in spazi linguistici chiusi».

⁵⁰ *Ivi*, pp. 157 s.: «“Non poter essere contemporaneamente rosso e verde” è un concetto grammaticale, logico, che non riguarda una cosa (un contenuto sintetico), ma delle regole di applicazione. L’incompatibilità tra “A è rosso” e “A è verde” non dipende da incompatibilità tra contenuti, tra essenze reali, ma da ciò che, negli anni Trenta, Wittgenstein comincia a chiamare “grammatica”, intendendo l’insieme delle regole d’uso».

⁵¹ *Ivi*, p. 157.

⁵² K. POPPER, *Miseria dello storicismo*, trad. it. di C. Montaleone, Feltrinelli, Milano, 2013, pp. 76 ss.

visuale dell'interprete e, quindi, dalla esposizione al rischio di un'arbitraria pre-comprensione selettiva degli stessi. Tanto più considerando quanto viene rilevato ormai coralmente e ad esempio sottolineato di recente circa il «ruolo dinamico del giudice nel panorama interno e sovranazionale», nel quale

«questi non è più orientato alla sola opera di ricostruzione dei fatti entro uno schema legale predefinito, ma, laddove non rinvenga una base normativa che si rispecchi appieno nella realtà dei fatti, contribuisce a formare la regola del caso concreto, mediante un'operazione di bilanciamento e di ancoraggio a clausole generali o ai principi costituzionali, convenzionali e di diritto eurounitario»⁵³.

Un quadro che pare evocare in forma accentuata quel *flou du droit* già ben definito e affrontato dallo sguardo anticipatore di M. Delmas-Marty⁵⁴. Un dato effettuale da cui certo non può trarsi l'avallo di esiti “creativi” della giurisprudenza, e semmai l'esigenza accresciuta di apprestare adeguati riequilibri allo spalancarsi di un così ampio spettro di opzioni decisorie all'interprete giudiziario. Al quale del resto – e certo non solo da parte delle recentissime riforme – sono state delegate (ma sarebbe meglio dire “scaricate”) valutazioni sempre più impegnative. Riequilibri necessariamente da costruire valorizzando, ma soprattutto rivitalizzando e affinando, il ruolo ermeneutico dei principi costituzionali e, con esso, un'idea “forte” di diritto penale *sostanziale*: un'entità del tutto latitante nelle riforme penali di questi anni, almeno se per “sostanziale” si voglia intendere ciò che è essenziale a questa materia, ossia la consapevolezza (anteriore a ogni regolazione e dinamica processuale, anche se attenta ai relativi condizionamenti) dei riflessi delle scelte normative adottate sul contenuto e, soprattutto, sulla *posizione* dei valori-interessi assunti a oggetto di tutela entro il «sistema di senso»⁵⁵ ricostruibile dall'insieme dell'ordinamento giuridico.

Ciò che qui si ritiene di suggerire è che la forza esercitata sul decisore giudiziario dalla proteiforme vastità degli “stati di cose” vada bilanciata conferendo all'“archiprincipio” della sussidiarietà un ruolo preminente *anche* in sede applicativa-esegetica⁵⁶, sotto forma soprattutto di un apporto di comprensione e mo-

⁵³G. CANZIO-F. FIECCONI, *Giustizia per una riforma che guarda all'Europa*, Vita e Pensiero, Milano, 2021, p. 18.

⁵⁴M. DELMAS-MARTY, *Dal Codice penale ai diritti dell'uomo*, a cura di F.C. Palazzo, trad. it. di A. Bernardi, Giuffrè, Milano, 1992. F. Palazzo nella sua *Presentazione* al libro, ricorda della studiosa francese, «l'ostinata ricerca di una razionalità dell'esperienza giuridica», nella quale «disordine sociale ed ordine giuridico debbono incontrarsi sotto gli auspici di una logica che, se non può più essere quella binaria del conforme/non conforme, sarà quella capace di “ordinare il molteplice”: *le flou du droit*. Una logica che compara punti di vista diversi, che instaura plurime relazioni di appartenenza, secondo gradi diversi di intensità».

⁵⁵Si veda, per questa espressione, *infra* la nota 61 e le citazioni corrispondenti nel testo.

⁵⁶Appare pertinente a quanto discusso nel testo o stimolante richiamo e sviluppo del pensiero

dulazione degli altri principi costituzionali in materia penale che devono ispirare il lavoro dell'interprete.

Quand'anche – e sappiamo che spesso non è così – la disposizione penale positiva sia la risultante di un vaglio dell'*ultima ratio* “risolto” ponderatamente dal legislatore al momento della sua introduzione nell'ordinamento, la dinamica intrinseca del diritto vivente non può certo escludere che, all'indomani di una tale verifica “a monte”, il quadro di riferimento (soprattutto extra-penale ed extra-giudico) per una tale valutazione si sia modificato “a valle” o comunque ne sia necessario un adattamento alla luce delle caratteristiche del caso concreto. E dunque che possa competere all'interprete una attualizzazione di tale principio *in modo restrittivo* sul senso della proposizione normativa, col risultato possibile di contenere gli esiti incontrollabili derivanti dalle pre-comprensioni “narrative” dei fatti – gli “stati di cose”, «l'infinita varietà e indefinibilità del reale» – cui il decisore giudiziario si trova esposto nell'atto di operare il giudizio di sussunzione.

Ciò comporta innanzi tutto che della sussidiarietà si sconti la matrice “logica”, la quale, essendo basata fundamentalmente sulla valutazione delle reali necessità di sacrificio delle prerogative costituzionali offese dalla pena *in rapporto* alle finalità di tutela, può ritenersi “ordinamentale” degli interessi/beni giuridici: essa cioè implica una presa di consapevolezza della rispettiva rilevanza (e preminenza) delle grandezze assiologiche messe in gioco dalla scelta di penalizzazione adottata con la previsione della specifica fattispecie che il decisore giudiziario è chiamato ad applicare. Dunque una prima e fondamentale portata orientativa e delimitativa dello spettro applicativo della norma che compete alla sussidiarietà deriva appunto dalla sua base *logica*, che in quanto tale «precede l'esperienza», e che indirizza al riconoscimento dello specifico “colore” (nel senso descritto nel paragrafo precedente e qui inteso soprattutto assiologicamente) della fattispecie *de qua*.

Peraltro, come detto e ben noto, la sussidiarietà, in ragione dell'interrogativo fondamentale che pone al diritto penale, esige uno sguardo necessariamente spin-

di Francesco Carrara sul c.d. «danno mediato», di G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 59 ss. (anche in ID., *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento* penale, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 31 ss.). Per tale intendendosi, con le parole di De Francesco, «una circostanza che certi comportamenti, per il fatto di generare “allarme” presso i cittadini onesti e di incentivare al delitto i “male inclinati”, fossero destinati, grazie alla possibilità di una loro ‘ripetizione’ risolversi in un pregiudizio per l'intera società: un pregiudizio, che soltanto la massima sanzione sarebbe stata, per l'appunto, in grado di rimuovere, col restituire fiducia a quanti fossero stati menomati nella propria sicurezza e con il dissuadere e scoraggiare coloro che fossero invece tentati dalla via del delitto». L'attinenza del tema, innanzi tutto, alla «dimensione *zweckgedanke* attribuibile alla pena», ma anche – secondo quanto emergerà nel testo – al ruolo ermeneutico della sussidiarietà risulta dal fatto che la verifica del «danno mediato» era concepita in rapporto a tutti gli elementi dell'illecito e in particolare a quelli soggettivi, tanto da indurre il Carrara a ritenere immuni da pena i fatti commessi con colpa lievissima. A tale nozione competeva quindi «un'importante funzione discretiva circa la rilevanza del corrispondente comportamento».

to oltre i confini della sfera giuridico-penale. L'*extrema/ultima ratio* impone infatti al giurista, nel modo più intenso e stringente, l'assunzione di una prospettiva massimamente interdisciplinare. Già solo perché le alternative di tutela rispetto alla sanzione penale vanno esplorate secondo dinamiche e in campi appartenenti alla sfera ampia del controllo sociale, a cominciare da quella (ma certo senza esaurirvisi) del controllo giuridico⁵⁷.

Come si osservava anni fa autorevolmente, anche richiamandosi al pensiero di Klaus Lüderssen⁵⁸, «allorché i problemi si fanno difficili e complessi, le diverse discipline giuridiche, nei sistemi del continente europeo, “passano il testimone al processo penale”». Il che induceva a constatare «la grande arretratezza del diritto civile e del diritto amministrativo del nostro Paese, che ha generato una visione panpenalistica dei problemi della modernità»; un quadro la cui responsabilità andrebbe ascritta alla «inveterata abitudine accademica di considerare le singole discipline giuridiche come “isole autonome”, che crescono su sé stesse, e parlano di sé stesse, senza alcun collegamento con le altre “isole”»⁵⁹. Si affermava dunque che «la soluzione dei problemi della modernità non può essere affidata, in via esclusiva, al diritto penale; tutte le discipline giuridiche sono chiamate a costruire insieme un «sistema di senso», che dia le risposte più adeguate alle sfide che si avanzano⁶⁰.

Un tale sguardo largo al «sistema di senso» della tutela giuridica degli interessi rilevanti – che non dovrebbe ritenersi estraneo al lavoro dell'interprete – è richiesto per la verifica in concreto della necessità della tutela penale che – almeno secondo la traduzione “pratica” che chi scrive ritiene debba essere data all'«idea regolativa» della sussidiarietà – ha ad oggetto il confronto tra la attitudine motivazionale della pena e quella che può competere *ad altre* risorse di controllo sociale, giuridiche e non, sanzionatorie e non. Un confronto senza il quale evidentemente non si potrebbe approdare alla conclusione della possibile rinunciabilità della prima a favore delle seconde.

Questi due elementi essenziali della sussidiarietà – la sua base logica e il suo tema “empirico” – dovrebbero però anche ispirare – di qui la sua coerente assunzione come “archiprincipio” – la lettura degli *altri* principi costituzionali in materia penale.

⁵⁷ Rinviamo per varie considerazioni ed esemplificazioni in proposito a G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Cortina, Milano, 2000, pp. 149 ss.

⁵⁸ K. LÜDERSSEN, *Übernahme der Aufgaben des Strafrechts durch andere Rechtsgebiete*, in *Ab-schaffen des Strafsens?*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1995, p. 416.

⁵⁹ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., pp. 14 ss.: «L'idea delle singole scienze giuridiche, come scienze elaborate in modo del tutto autonomo, è appunto l'espressione della autoreferenzialità propria dell'autopoiesi chiusa; essa dà luogo ad un “sistema di senso” che si autori produce, con una chiusura assoluta nei confronti dei punti archimedici esterni costituiti dalle altre scienze giuridiche.»

⁶⁰ *Ivi*, p. 17.

Ne dovrebbe innanzi tutto derivare una migliore delineazione del bene giuridico tutelato – a quel punto più agevolmente ricostruito in termini “situazionali”⁶¹ – su cui la verifica di offensività è destinata ovviamente ad appoggiarsi. In particolare il calarsi della logica della sussidiarietà sul piano della offensività comporta non semplicemente il raffronto tra le attitudini, rispettivamente, di regole sociali e giuridiche (extra-penali), e di quella penale astrattamente applicabile al caso, a motivare il rispetto degli interessi tutelati. Tale logica dovrebbe conferire alla suddetta verifica – già inerente in sé all’“archiprincipio” – una curvatura coerente con il senso della proposizione normativa penale, con la sua “grammatica” assiologica (specialmente di ispirazione costituzionale). Il che comporterà l’attribuzione di un “colore” valoriale all’interno di uno “spettro cromatico” ricostruito “narrativamente”. In altri termini, l’accertamento della attitudine motivazionale delle regole poste a confronto dovrebbe essere condotto non solo empiricamente, sulla base degli studi socio-criminologici relativi ai fattori motivanti delle diverse tipologie criminali (ad es. reati dei colletti bianchi, violenza di genere, criminalità mafiosa ecc.), ma soprattutto *normativamente*. Il che significa prestare particolare attenzione a quanto, in base agli elementi oggettivi e soggettivi raccolti nel corso del processo, il fatto si avvicini o si allontani dal “colore” assiologico espresso dalla proposizione normativa *de qua*; ossia dall’ordinamento degli interessi che essa esprime avendo assunto la tutela di alcuni e sacrificandone altri con esso confliggenti. Una valutazione che potrebbe offrire una ragionevole prospettiva di futura conformità alla norma, rendendo superflua in tutto o in parte l’inflizione della pena, facendo venir meno o riducendo la punibilità o forse, ancor prima, la colpevolezza.

Una tale sensibilità – assime all’affinamento apportato ai profili di oggettività giuridica della fattispecie – dovrebbe anche contribuire a un irrobustimento del dettame della legalità e, in particolare, di suoi corollari, quali la precisione, determinatezza, tassatività ecc.: un groviglio di criteri regolatori di quel «rapporto giudice-legge» che «ha a che fare con principi fondamentali dell’ordinamento; in materia penale, con i principi della legalità penalistica»⁶².

Si consideri l’esempio seguente, molto elementare, ma forse già abbastanza chiarificatore anche di contesti applicativi più complessi. Se il “colore” assiologico di una fattispecie incriminatrice posta a tutela dell’ambiente esprime la preminenza di quest’ultimo rispetto al pur legittimo perseguimento del profitto nell’esercizio della libera iniziativa economica (art. 41 Cost.) da parte di individui e imprese, la prospettiva della sussidiarietà dovrebbe indurre a domandarsi non solo quanto la sanzione penale sia in grado di trattenere più efficacemente rispetto ad altre forme di controllo sociale il potenziale autore delle violazioni

⁶¹ Vedi *supra*, la nota 35.

⁶² D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 82, che richiama specialmente l’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale.

considerate, ma altresì quanto più in generale influisca su tale attitudine motivazionale l'espressione, penalmente sostenuta, della suddetta preminenza. Il che è poi ciò che definisce il "senso" della fattispecie, la «possibilità del suo nesso» con le altre, la sua *sostanza* penale. Un tale interrogativo, certo fondamentale nel momento legislativo di "posizione" della norma, non dovrebbe infatti andare del tutto perduto nella fase applicativa, potendo indurre l'interprete-decisore giudiziario a escludere la tipicità (attraverso un'interpretazione restrittiva del testo della disposizione), la colpevolezza oppure la punibilità (non solo richiamandosi all'art. 131-bis c.p.) allorché si avveda che le caratteristiche del fatto, al di là della sua astratta sussumibilità nello schema normativo astratto e di una sua generica offensività, escludano una stretta necessità della pena, perché esso risulta concretamente rispettoso della preminenza di interessi (del "colore") espresso dalla fattispecie; e ciò, si veda bene, anche perché la riaffermazione di tale preminenza, materialmente e simbolicamente, possa derivare da risposte all'illecito di natura extra-penale (civili, amministrative, disciplinari ecc.) concretamente applicabili al fatto in esame.

In ogni caso ci si può aspettare, dalla considerazione *anche* della prospettiva della sussidiarietà, *quanto meno* un'indicazione che renda meno onfivaga e arbitraria la selezione delle narrazioni del fatto da parte del decisore. E, visto l'esito esclusivamente restrittivo sulla portata della norma che può derivare da tale arricchimento ermeneutico, questo, contribuendo a meglio delineare il perimetro della *lex scripta (et stricta)* avrà anche reso un buon servizio, come detto, al principio di legalità. Tanto più per fattispecie nelle quali i margini della discrezionalità giudiziale sono dilatati dall'uso legislativo di espressioni particolarmente elastiche.

Si pensi alle ipotesi di cui all'art. 452-bis c.p. (*Inquinamento ambientale*) per la quale il giudice è chiamato a valutare se la «compromissione» o il «deterioramento» dell'elemento ambientale siano «significativi e misurabili»: concetto che ha suscitato qualche dubbio di conformità a principio di determinatezza, nonostante il diverso avviso di qualche giudice *a quo*⁶³. Secondo la prospettiva qui suggerita potrà soccorrerlo nella definizione di tale parametro l'accertamento di elementi di fatto da cui desumere se la sanzione penale sia il veicolo irrinunciabile (a fronte delle risposte extra-penali applicabili nei confronti del fatto) per riaffermare la preminenza all'integrità ambientale rispetto ad altri interessi che la norma penale, secondo il suo "senso", ha posto in secondo piano. Valutazione nella quale certamente assumerà rilievo l'entità del danno arrecato⁶⁴, specie

⁶³ Si veda Cass. Sez. III, 11 marzo 2020 n. 9736, che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata per difetto di determinatezza nella descrizione del comportamento vietato dalla fattispecie, ritenendo la stessa sufficientemente univoca.

⁶⁴ La Cass. 11 marzo 2020, cit., su un caso nel quale in effetti sembrerebbe difficile – salvo l'approfondimento degli elementi soggettivi – ravvisare gli estremi per una rinuncia alla pena alla luce del criterio di offensività-sussidiarietà prospettato nel testo, ha ravvisato il reato di inquinamento ambientale in una condotta di pesca subacquea abusiva, in assenza di titolo abilitativo e con mo-

in presenza di una sua reversibilità, tenuto anche conto che l'attuale giurisprudenza non richiede, ai fini dell'integrazione della fattispecie, la tendenziale irreversibilità dello stesso⁶⁵.

Non si trascuri peraltro – e la precisazione è perfino superflua considerata la vasta esperienza ed elaborazione teorica ormai maturata in materia – che una tale sensibilità verso il rapporto offensività-sussidiarietà, oltre che per affinare l'accertamento della colpevolezza e della punibilità in sé, può assumere rilievo (e non mancano tracce del suo crescente palesarsi) in sede di commisurazione e, ancor più, di esecuzione della pena. Ciò grazie alla sempre più avanzata consapevolezza, anche istituzionale⁶⁶, del ruolo della giustizia riparativa in questi ambiti⁶⁷ dove il parametro qui considerato può trovare applicazione *anche* in esito a un percorso, ad esempio di mediazione tra vittima e reo, nel quale quest'ultimo abbia acquisito una consonanza, promettente per il futuro, con il “senso” della proposizione normativa applicata nei suoi confronti. Un percorso che anzi potrà essere preparato e agevolato proprio dal rilievo attribuito a questi profili *sostanziali* nelle fasi procedurali che lo abbiano preceduto e *in primis*, appunto, in sede di accertamento degli elementi dell'illecito e della punibilità.

Uno spunto per acuire la sensibilità verso questi profili può forse venire considerando la modalità con cui in giurisprudenza si è inteso applicare agli autori di crimini dei colletti bianchi il principio enunciato dall'art. 1, comma 2, dell'Ordinamento penitenziario, secondo cui il trattamento tende, «anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale»; a soggetti, dunque, che, stando alla definizione classica di Edwin Sutherland, sono «rispettabili» e di «elevata condizione sociale» e quindi risultano “superintegrati” nella società⁶⁸. In base al disposto costituzionale dobbiamo ritenere che la realizzazione

dalità vietate – ossia mediante uso di bombole e un metodo di raccolta distruttivo – con rottura ed escissione del substrato roccioso di corallo rosso mediterraneo in zona protetta.

⁶⁵ Cass. Sez. III, 17/10515; Cass. Sez. III, 17/15865.

⁶⁶ Basti considerare l'attenzione rivolta alla giustizia riparativa, già nel titolo e in particolare al punto 18, dalla legge 27 settembre 2021, n. 134, «Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari» e ora nel d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, «Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari».

⁶⁷ Impossibile richiamare qui, già solo nelle sue basi essenziali, la vastissima elaborazione adensatasi negli anni, anche in Italia, della c.d. *restorative justice*. Basti il riferimento a un'opera che ha raccolto il senso di questa modalità di accostamento ai conflitti attraverso una straordinaria esperienza di incontro tra rei e vittime di gravi reati: *Il libro dell'incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, a cura di G. BERTAGNA-A. CERETTI-C. MAZZUCATO, Il Saggiatore Milano, 2015. Tra i contributi penalistici più recenti e pregevoli, si veda G. De FRANCESCO, *il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito*, in *Legislazione penale*, 2021, pp. 1 ss.

⁶⁸ Cfr. ad es. Trib. Sorv. Milano, 11 febbraio 2000, in *Quest. giust.*, 2000, p. 797. Per ampia rassegna della giurisprudenza, in particolare nelle decisioni sull'affidamento in prova dei “colletti

in sé di un fatto penalmente rilevante segnali un bisogno di rieducazione sotto forma della riacquisizione di comportamenti conformi a legalità e, almeno tendenzialmente, della consapevolezza dei beni giuridici offesi e della loro meritevolezza di tutela. Si offrono dunque, non certo solo nei confronti dei “colletti bianchi”, criteri valutativi specifici inquadrabili nell’orbita della *extrema ratio*, la cui portata, secondo quanto esposto fin qui, potrebbe estendersi a fasi procedurali anteriori a quella dell’esecuzione penale, conferendo già in sede di cognizione particolare rilievo a una seria revisione critica del comportamento criminoso posto in essere, dal quale desumere la presa di distanza dai disvalori che lo hanno caratterizzato. Con ciò dunque valorizzando in sede applicativa – normativamente, oltre che empiricamente – la logica “posizionale” inerente all’idea di sussidiarietà nella cui considerazione si è qui ravvisato un canale di possibile salutare recupero della *sostanza* del diritto penale.

Ma l’ulteriore esplorazione di questi orizzonti, così come dello spunto teorico che si è inteso qui semplicemente abbozzare, sovrasterebbe lo spazio che il presente contributo può ancora concedersi.

bianchi” e sul ruolo svolto dalla «revisione critica» e alla «rielaborazione dell’atteggiamento mentale che fu causa della condotta illecita» (anche con prospettiva critica delle preclusioni automatiche recentemente aggiunte all’art. 4-bis Ord, penitenziario), si veda F. SIRACUSANO-A. PRESUTTI, *affidamento in prova al servizio sociale*, in F. DELLA CASA-G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Wolters Kluwer-Cedam, Milano-Padova, 2019, pp. 631 ss.

L'AMBIENTE IN COSTITUZIONE. CAMBIA QUALCOSA PER IL PENALISTA?

Carlo Ruga Riva

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il dibattito tra costituzionalisti. – 3. L'ambiente come limite: due pronunce storiche e uno sguardo sul futuro. – 4. Obblighi di incriminazione? – 5. Tutela intergenerazionale e reati di pericolo. – 6. Rischio (ancor meno) consentito? – 7. Regole cautelari e posizioni di garanzia. – 8. "Abusivamente". – 9. Conclusioni

1. *Premessa*

La legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1 ha modificato due articoli della Costituzione.

Da un lato, e per la prima volta, il legislatore è intervenuto sui principi fondamentali, integrando l'art. 9 con un secondo comma, nel quale promette di tutelare «l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni», nonché, attraverso legge dello Stato, di disciplinare modi e forme della tutela degli animali; dall'altro, ha modificato l'art. 41 Cost., commi 2 e 3, aggiungendo l'ambiente e la salute a fianco degli originari limiti alla iniziativa economica privata e affiancando i fini ambientali a quelli sociali cui indirizzare e coordinare l'attività economica pubblica e privata.

In questo scritto – dedicato al Maestro che ebbi la fortuna di conoscere ancora laureando, in circostanze inusuali¹ – intendo discutere dell'eventuale impatto della riforma costituzionale su vari temi che interessano il penalista.

¹Durante la stesura della tesi di laurea, per scaricare la tensione, prendevo la bici da corsa e macinavo le salite intorno a casa; in una di queste occasioni, esausto, mi appoggiai ad un muro di cinta di un parco, e sul citofono vidi il cognome "Pulitanò", lo stesso che in quei giorni avevo letto in calce ad un articolo che avevo fotocopiato in Statale; chiesi a mia zia, che gestiva il bar di quel minuscolo paese sulle alture del Lago Maggiore, se conoscesse quella persona; mi disse che conosceva la moglie, che faceva la giudice (in verità disse "il" giudice, erano gli anni '90 e mia zia non era propriamente una profemministina) e che non aveva idea del mestiere del marito; la moglie le confermò che "Pulitanò" era proprio quel "Pulitanò", e riuscii ad avere un appuntamento, d'estate, a casa loro; mi tenne più di un'ora a parlare del tema che stavo approfondendo per la tesi (la collaborazione processuale) e sul quale aveva scritto cose illuminanti. Mi stupii la sua disponibilità ad

Si pensi al peso da attribuire all'ambiente nel bilanciamento² tra interessi contrapposti, oggetto di storiche sentenze della Corte costituzionale, a partire dalla pronuncia del 7 marzo 1990, n. 127 sulle migliori tecnologie disponibili da adottare per abbassare i livelli di inquinamento atmosferico³, fino alla più recente sentenza “Ilva” 9 maggio 2013, n. 85⁴ sui limiti al sequestro per gli stabilimenti di interesse strategico nazionale e sui rapporti tra poteri dello Stato (legislativo/esecutivo/giudiziario) nella prevenzione dei reati.

O ancora agli obblighi di incriminazione; alla prospettiva della tutela delle future generazioni in rapporto ai reati di pericolo; al peso dell'ambiente (per come evocato negli artt. 9 e 41 Cost.) nella perimetrazione del rischio consentito, nell'eventuale riempimento di regole cautelari e di posizioni di garanzia, o in rapporto alla clausola “abusivamente” tipica di vari ecodelitti.

2. Il dibattito tra costituzionalisti

Prima di approfondire l'impatto sul diritto penale, è opportuno riportare in estrema sintesi l'accesso dibattito che ha coinvolto i costituzionalisti circa il significato e la portata della riforma “ambientalista”.

Molto schematizzando possono individuarsi tre posizioni.

Secondo un primo orientamento⁵ la riforma sarebbe criticabile: sia nel metodo e nella tecnica normativa, poiché espressiva di una legislazione “iconica”,

ascoltare uno sconosciuto e la sua curiosità. Una decina di anni dopo vinsi il concorso da ricercatore in Bicocca e così ebbi la fortuna di ritrovare Mimmo sul mio cammino (non più in bici!).

² Sul tema, oltre all'ormai classico R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, si vedano anche A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Cedam, Padova, 2002 (con interessante ricostruzione delle due radici culturali, statunitense e tedesca, poste a fondamento del concetto, e con ampi riferimenti alla giurisprudenza costituzionale dei rispetti Paesi) e A. MORRONE, *Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2014.

³ La sentenza, citata come paradigmatica del rapporto tra doveri di sicurezza e costo economico da D. PULITANÒ, *Diritto penale*, IX ed., Giappichelli, Torino, 2021, p. 289 ss., è pubblicata tra l'altro in *Giur. cost.*, 1990, 1, con nota di L. VIOLINI, *Protezione della salute e dell'ambiente “ad ogni costo”*, p. 727 ss. e in *Le Regioni*, 1991, 2, con nota di B. CARAVITA, *Il bilanciamento tra costi economici e costi ambientali in una sentenza interpretativa della Corte costituzionale*, p. 525 ss.

⁴ Sulla sentenza n. 85/2013 della Corte cost. v. i numerosi contributi ospitati in *Dir. pen. cont. – Rivista trim.*, 2013, 1, tra i quali vedi anche D. PULITANÒ, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa: riflessioni a margine del caso Ilva*, p. 44 ss.

⁵ G. SEVERINI-P. CARPENTIERI, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'art. 9 della Costituzione*, in *www.giustiziainsieme.it*, 22 settembre 2021; in questo come in altri casi verranno citati Autori che si sono pronunciati su disegni di legge antecedenti ma sostanzialmente assimilabili al testo poi approvato in via definitiva; critico anche T.E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *federalismi.it*, 23 giugno 2021, secondo cui la riforma di un principio fondamentale costituisce un precedente pericoloso per il futuro, rispetto a ulteriori modifiche; inoltre, secondo

che mette in vetrina “valori”, a mo’ di slogan⁶, senza spiegarne e specificarne adeguatamente il contenuto; sia nel merito, rischiando di sacrificare il paesaggio a vantaggio irragionevole dell’ambiente e della transizione ecologica (si fa l’esempio della legittimazione alla costruzione di parchi eolici che deturperebbero il paesaggio a fini di produzione di energia “verde”).

Un secondo orientamento⁷ sottolinea, in sostanza e con varie sfumature, la superfluità della riforma, posto che la giurisprudenza costituzionale avrebbe già, da decenni, riconosciuto l’ambiente come valore, pur in assenza – fino al 2001 – della sua espressa menzione in Costituzione.

I rinnovati artt. 9 e 41 Cost non farebbero niente altro che cristallizzare approdi giurisprudenziali ormai consolidati, facendo proprio il diritto vivente.

Del resto, può aggiungersi, le due citate sentenze della Corte costituzionale (rispettivamente sul rapporto tra abbassamento dei valori di emissione nell’aria e migliori tecnologie disponibili, e su “Ilva”) hanno considerato l’ambiente (anche come limite alla iniziativa economica) nel bilanciamento tra beni e valori contrapposti, ben prima della riforma in commento.

Un terzo filone dottrinale ritiene viceversa che la riforma valorizzi l’ambiente sotto almeno due profili: attribuendo valenza costituzionale allo sviluppo sostenibile, attraverso il riferimento all’“interesse delle future generazioni”; legittimando, attraverso la riforma dell’art. 41 Cost., politiche economiche “verdi”⁸.

D’altro canto si offrirebbe stabilità e certezza ad un valore che non può essere lasciato a mutevoli e instabili orientamenti giurisprudenziali⁹.

Non vi è spazio in questa sede per approfondire adeguatamente un tema tanto controverso tra i costituzionalisti.

Ai nostri fini basti considerare che il secondo orientamento dottrinale – quel-

l’Autore, nozioni come quelle di “ecosistema” e “biodiversità” sarebbero ambigue, e, infine, il bilanciamento sarebbe opportuno lasciarlo alla giurisprudenza costituzionale.

⁶ Sul valore simbolico-comunicativo della riforma v. G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum quad. cost. Rass.*, 2021, 2, p. 480.

⁷ Si vedano tra i molti R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell’ambiente nella modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *federalismi.it*, 2022, 13, specie p. 209 ss.; C. DE FIORES, *Le insidie di una revisione pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, 3, specie p. 149 ss.

⁸ M. CECCHETTI, *La riforma degli articoli 9 e 41 Cost.: un’occasione mancata per il futuro delle politiche ambientali?*, in *Quad. cost.*, 2022, 2, p. 352 ss. il quale pur apprezzando le novità della riforma sottolinea che sarebbe stato opportuno prevedere una più analitica disciplina di rango costituzionale; D. PORENA, *Anche nell’interesse delle generazioni future”. Il problema dei rapporti intergenerazionali all’indomani della revisione dell’art. 9 della Costituzione*, in *federalismi.it*, 2022, 15, specie p. 125 ss. Sottolinea inoltre l’importanza della collocazione dell’ambiente nell’art. 9 Cost., sganciato così dal diritto ad un ambiente salubre storicamente ricavato dall’art. 32 Cost., M. D’AMICO, *Commissione Affari Costituzionali, Senato della Repubblica Audizione sui Disegni di legge costituzionale nn. 83 e connessi (14 novembre 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 6, p. 94 ss.

⁹ In questo senso ad es. D. PORENA, *Anche nell’interesse delle generazioni future*, cit., p. 124 ss.

lo della superfluità della riforma – confligge con il canone interpretativo del principio di conservazione degli atti giuridici (legge compresa), alla cui stregua è opportuno attribuire alle nuove disposizioni normative un qualche significato, tanto più, verrebbe da dire, se si tratta di disposizioni costituzionali.

In secondo luogo, sembra innegabile che la prospettiva della tutela delle future generazioni rappresenti una novità, essendo ad oggi comparsa solo timidamente nella giurisprudenza costituzionale, perlopiù in relazione alle esigenze di equilibrio intergenerazionale di bilancio dello Stato in coerenza con il riformulato art. 81 Cost.¹⁰

Ancora, l'innesto "verde" dell'art. 41, esplicitando l'ambiente come limite alla iniziativa economica e come scopo delle politiche economiche, sembra quanto meno spingere verso una rimediazione dei tradizionali punti di equilibrio tra valori contrapposti fin qui cristallizzati dalla giurisprudenza costituzionale.

In terzo luogo, quand'anche gli articoli 9 e 41 Cost. oggetto di *restyling* non venissero interpretati come innovativi, a ben vedere garantirebbero per legge costituzionale ciò che ad oggi si è raggiunto (solo e precariamente) attraverso il lavoro giurisprudenziale, sicché quanto meno a livello di formante (e di prospettiva di stabilità) la riforma esprime un autonomo significato.

Last but non least, i temi che verranno analizzati meritano comunque di essere trattati dal penalista, perché al centro di un dibattito, prevalentemente giurisprudenziale, che l'accresciuta sensibilità per le tematiche "verdi" rende oggi quanto mai attuale e, c'è da scommetterci, foriero di ulteriori contese giurisprudenziali e dispute dottrinali.

3. *L'ambiente come limite: due pronunce storiche e uno sguardo sul futuro*

La sentenza 7 marzo 1990, n. 127 della Corte costituzionale appare di perdurante interesse, perché affronta per la prima volta un tema di particolare complessità e delicatezza: quale è il punto di equilibrio tra iniziativa economica e salute/ambiente?

In dettaglio, la Corte era stata chiamata a sindacare la legittimità di una normativa in materia di inquinamento atmosferico, che sembrava subordinare l'adozione delle migliori tecniche disponibili per abbattere le emissioni a "costi non eccessivi" per l'impresa; nel caso di specie i periti individuavano una tecnica (la c.d. postcombustione) idonea ad abbassare il livello di emissione, ma a costi particolarmente elevati per l'azienda, che infatti optò per una tecnica meno costosa (e

¹⁰ Sul tema v. M. FRANCAVIGLIA, *Le ricadute costituzionali del principio di sostenibilità a dieci anni dal Trattato di Lisbona. Spunti ricostruttivi alla luce della giurisprudenza europea e costituzionale*, in *federalismi.it*, 2020,19, specie p. 66 ss., anche per citazioni delle sentenze della Corte costituzionale che hanno valorizzato tale principio.

meno efficiente); il mancato abbassamento, pur tecnicamente possibile, costò al legale rappresentante dell'impresa il rinvio a giudizio per violazione dell'art. 674 c.p., sul presupposto che quel livello di emissioni non fosse consentito.

La Corte con sentenza interpretativa rigettò la questione, specificando che la normativa sospettata di illegittimità¹¹ (per contrasto con l'art. 32 Cost. e dunque con il diritto all'ambiente salubre, e con l'art. 41 Cost., che subordina la libera iniziativa economica alla utilità sociale) andava interpretata nel senso che

«il condizionamento al costo non eccessivo dell'uso della migliore tecnologia disponibile va riferito al raggiungimento di livelli inferiori a quelli compatibili con la tutela della salute umana [...] il limite del costo eccessivo viene in causa soltanto quando quel limite ultimo sia stato rispettato: nel senso, cioè, che l'autorità non potrebbe imporre nuove tecnologie disponibili, capaci di ridurre ulteriormente il livello di inquinamento, se queste risultino eccessivamente costose per la categoria cui l'impresa appartiene» (non per la singola azienda in questione)».

In sintesi, vi sarebbe una determinata soglia di tutela della salute e dell'ambiente, un nucleo minimo intangibile (il *Wesen Gehalt*) prevalente su altri valori e interessi contrapposti; solo sotto quella soglia verrebbero in considerazione i costi, rapportati al comparto di appartenenza della singola azienda; in tale ultimo caso, di regola, le spese per investimenti tecnologici dovrebbero seguire il principio di gradualità¹².

Sul punto la pronuncia appare condivisibile, pur nella innegabile vaghezza della individuazione del valore soglia "minimo".

Ciò che appare discutibile non è tanto l'individuazione del "quantum" della tutela minima, quanto il soggetto preposto a tale operazione.

Qui la Corte premette

«che il giudice presume, in linea generale, che i limiti massimi di emissione fissati dall'autorità siano rispettosi della tollerabilità per la salute dell'uomo e per l'ambiente. In ipotesi, però, che seri dubbi sorgano, particolarmente in relazione al verificarsi nella zona di manifestazioni morbose, attribuibili all'inquinamento atmosferico, egli ben può disporre indagini scientifiche atte a stabilire la compatibilità del limite massimo delle emissioni con la loro tollerabilità, traendone le conseguenze giuridiche del caso. Nessuna norma, infatti, può sottrarsi all'ossequio della legge fondamentale, sicché è in tal caso che va interpretato l'inciso "nei casi consentiti dalla legge" di cui all'art. 674 c.p.».

Insomma, la Consulta ammette che il giudice, *ex post* e a date condizioni, possa sindacare la "tenuta" dei valori soglia fissati dalla p.a. (o dal legislatore);

¹¹ Si trattava dell'art. 2 n. 7 del d.P.R. n. 203/1988, in combinato disposto con l'art. 674 c.p.

¹² Sul principio di gradualità nell'adozione delle nuove tecnologie disponibili, e sulle sue eccezioni, v. L. VIOLINI, *Protezione della salute e dell'ambiente*, cit., p. 732.

quali conseguenze giuridiche debba trarne è facilmente immaginabile: disapplicazione del provvedimento amministrativo, o comunque interpretazioni della legge che pretendano standard più cautelativi.

La Corte apre così il varco (o meglio non lo chiude) a quegli orientamenti giurisprudenziali che considerano insufficiente il rispetto dei valori soglia fissati dall'Autorità competente o dal legislatore, laddove il livello di inquinamento sia comunque ulteriormente abbassabile dall'imprenditore-modello¹³.

Tema delicato che coinvolge il rischio consentito e la colpa, e che verrà approfondito oltre (cfr. *infra*, § 6).

L'altra pronuncia della Corte degna di approfondimento è la 9 maggio 2013, n. 85 sul caso Ilva.

Due gli aspetti di particolare interesse ai nostri fini.

In primo luogo l'affermazione della inesistenza di diritti "tiranni", cioè a dire l'esigenza di bilanciare valori e diritti contrapposti, compresi salute e ambiente, in modo tale, per quanto possibile, di farli coesistere.

In secondo luogo il riconoscimento al legislatore e alla p.a. di ampi spazi discrezionali nella composizione degli interessi in gioco, con simmetrica restrizione di campo per l'intervento della magistratura penale; di qui la ritenuta legittimità della normativa che consentiva, per gli stabilimenti di interesse strategico nazionale, la prosecuzione dell'attività industriale pur in pendenza del provvedimento di sequestro giudiziario, se e in quanto rispettosa dell'AIA soggetta a riesame, la quale prevedeva un graduale miglioramento dell'impatto ambientale dello stabilimento, sotto monitoraggio e controllo della p.a.

Dal raffronto tra le due citate pronunce emergono un elemento di continuità ed uno di discontinuità.

Il primo consiste nell'esigenza di bilanciare interessi contrapposti salvaguardandone un loro nucleo minimo; nel caso di specie la prosecuzione dell'attività industriale, da un lato, e il miglioramento progressivo del relativo impatto ambientale, dall'altro.

Il secondo concerne il soggetto (il potere dello Stato) preposto alla individuazione del punto di equilibrio.

Su questo secondo punto la Corte costituzionale sembra avere virato – condivisibilmente¹⁴ – con la sentenza "Ilva", sulla preminenza del potere legislativo

¹³ Paradigmatici di questo orientamento sono i casi Tirreno Power e Ilva, sui quale vedi, rispettivamente, S. ZIRULIA, *Fumi di ciminiera e fumus commissi delicti: sequestrati gli impianti Tirreno Power per disastro "sanitario" e ambientale*, in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2014; C. RUGA RIVA, *Il caso Ilva: avvelenamento e disastro dolosi*, in L. FOFFANI-D. CASTRONUOVO (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia*, vol. II, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 149 ss.; analoga versione, dal titolo *Il caso Ilva. Profili penali-ambientali*, è consultabile anche in *lexambiente.it*, 1° ottobre 2014.

¹⁴ In questo senso v. ad es. V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in *Rivista AIC*, 2013, 3, specie p. 4.

ed esecutivo, con il potere giudiziario in funzione meramente supplente, a sindacare eventuali irragionevolezza del bilanciamento che, in prima battuta, compete al potere politico-amministrativo.

Irragionevolezza assente – secondo la Corte – nella prima normativa *ad Ilvam* su ambiente e salute, e viceversa presente in diversa normativa, sempre concernente Ilva, in materia di sicurezza sul lavoro¹⁵.

Le modifiche costituzionali in commento “aprono” ad un diverso bilanciamento degli interessi confliggenti? Peserà di più, sulla bilancia, il piatto dell'ambiente?

Sicuramente, sul piano delle politiche economiche (nuovo art. 41, comma, 3 Cost.), l'ambiente avrà un peso maggiore che in passato, come già oggi dimostra il PNRR.

La modifica del comma 2 dell'art. 41 Cost. appare più ambigua: da un lato menziona l'ambiente, prima ricavato per via giurisprudenziale come *species* del *genus* “utilità sociale”; dall'altro ambiente e utilità sociale sono ora disgiunti, come a dire che la tutela dell'ambiente è cosa diversa dall'utilità per l'uomo, verosimilmente meritevole di tutela anche a prescindere (o contro?) gli interessi umani.

Fare previsioni è difficile; forse può immaginarsi che la promozione dell'ambiente come principio fondamentale, come obiettivo di politica economica e come limite espresso alla iniziativa economica porterà ad una sua maggiore considerazione nel giudizio di bilanciamento anche ove scollegato alla salute.

Detto più chiaramente: il riconosciuto valore fondamentale dell'ambiente come bene meritevole di tutela in sé, e la sua emancipazione dall'art. 32 Cost., spingeranno verosimilmente per una sua tutela rafforzata; leggi o provvedimenti amministrativi che non garantissero adeguata tutela all'ambiente, in prospettiva ecocentrica, sarebbero più difficilmente di ieri al riparo da censure.

Il portato penalistico di questa potenziale torsione “verde” consisterà, forse, in uno scrutinio più severo di normative penali che si distaccassero da elevati livelli di tutela ambientale (tipicamente nel caso di norme di favore), così come in una – discutibile – pretesa giudiziale di maggior tutela, nel senso di esigere dall'imprenditore livelli di emissione più bassi ove tecnicamente possibile rispetto a quelli fissati per legge (o prescritti dalla p.a.).

4. *Obblighi di incriminazione?*

L'inserimento espresso in Costituzione evoca un altro tema caro al Maestro che onoriamo: quello degli obblighi di incriminazione.

¹⁵ Si tratta della sentenza n. 58/2015, sulla quale v., tra gli altri, D. PULITANÒ, *Una nuova “sentenza Ilva”: continuità o svolta?*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 604 ss. nonché, S. ZIRULIA, *Sequestro preventivo e sicurezza sul lavoro: illegittimo il decreto “salva-Ilva n. 92 del 2015*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 947 ss.

La questione è stata in Italia risolta, proprio a partire dal celebre articolo di Mimmo del 1983¹⁶, nel senso della inesistenza di obblighi di incriminazione, rimanendo nella discrezionalità del legislatore la scelta del se e come punire.

Tuttavia, è altrettanto noto che, proprio in tema di ambiente (Direttiva CE 2088/99)¹⁷, l'Unione Europea ha iniziato a pretendere dagli Stati membri vari espliciti obblighi di incriminazione, oggi disseminati in vari settori.

Sul punto la riforma costituzionale non cambia le cose: vari obblighi di tutela penale dell'ambiente discendono ieri come oggi dalla fonte europea, per il tramite dell'art. 117, comma, 1 Cost.

Piuttosto, sotto un diverso punto di vista, un allargamento della "copertura" costituzionale può forse intravedersi rispetto all'art. 452-*septies* c.p.: nel momento in cui «La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali» (nuovo art. 41, comma, 3 Cost.), è conseguente fornire adeguata tutela agli organi della p.a. preposti ai controlli ambientali.

Non si tratta evidentemente di un obbligo di incriminazione, ma certo l'opzione penalistica a tutela della effettività dei controlli ambientali può ritenersi una delle (diverse) scelte possibili sul piano politico criminale.

5. Tutela intergenerazionale e reati di pericolo

L'inserimento in Costituzione della tutela ambientale in prospettiva intergenerazionale (art. 9 Cost.) pone un interrogativo di non facile risposta.

Può incidere tale riforma sulla legittimazione dei reati di pericolo (e ancor prima degli illeciti di rischio ispirati al principio di precauzione), o comunque sulla loro interpretazione?

¹⁶D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484 ss. Per una più recente riedizione del tema v. C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Edizioni ETS, Pisa, 2009.

¹⁷Sulla quale vedi M. BENOZZO, *La direttiva sulla tutela penale dell'ambiente tra intenzionalità, grave negligenza e responsabilità delle persone giuridiche*, in *Dir. giur. agr. alim. amb.*, 2009, 5, p. 301; E. LO MONTE, *La direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente: una (a dir poco) problematica attuazione*, in *Dir. giur. agr. alim. amb.*, 2009, 2, p. 236; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., p. 232; L. SIRACUSA, *L'attuazione della direttiva sulla tutela dell'ambiente tramite il diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2011, p. 2; G.M. VAGLIASINDI, *La direttiva 2008/99 CE e il Trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto penale ambientale italiano*, in *Dir. comm. internaz.*, 2010, p. 458 ss.; A.L. VERGINE, *Nuovi orizzonti del diritto penale ambientale*, in *Amb. & Svil.*, 2009, 1, p. 10. Sul recepimento da parte del legislatore italiano delle due direttive europee (l'una sui reati ambientali, l'altra sul contrasto all'inquinamento da navi) contenenti obblighi di incriminazione v. C. RUGA RIVA, *Il recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente*, in *Dir. pen. cont.*, 29 aprile 2011.

La tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, «anche nell'interesse delle future generazioni» sposta nel tempo la prospettiva di tutela? Giustifica l'impiego da parte del legislatore di tali tipologie di reato? Pretende dal giudice una scala temporale diversa (più lunga) nell'apprezzamento del pericolo (o del rischio)?

Ovviamente il diritto penale guarda al futuro, in funzione preventiva, ed è noto che i reati di pericolo anticipano la tutela rispetto a temuti danni futuri.

Non ci sembra che, ad oggi, la dottrina si sia interrogata sull'arco temporale rispetto al quale vada apprezzato il pericolo.

Come osserva Mimmo nel suo Manuale, «Le norme penali si riferiscono talora a un pericolo corso, puntualizzato nel tempo; talora a situazioni di pericolo che si protraggono nel tempo, o a pericoli di danni futuri, *in un arco temporale più o meno ampio*»¹⁸.

Nella misura in cui la tutela sia pensata anche sulle future generazioni, è evidente che i criteri di legittimazione dei reati di pericolo, così come degli illeciti di rischio fondati sul principio di precauzione, rinvieranno a conoscenze scientifiche (e relative prognosi) spostate in là nel tempo di decenni.

Esemplificando: l'incriminazione di emissioni in atmosfera oltre certe soglie potrà e dovrà essere valutata alla luce di effetti cumulativi e seriali pensati non solo sul medio periodo (quello di vita dei già nati), ma anche sul lungo periodo (quello dei figli dei già viventi); del pari, l'eventuale – e problematica¹⁹ – incriminazione di condotte sulla cui pericolosità per l'ambiente la scienza nutre seri dubbi dovrà essere parametrata su ipotizzati rischi futuri, anche lontani nel tempo.

Certo lo spostamento in là della scala temporale presenta problemi: è verosimile che, in linea generale, le prognosi sul lontano futuro si facciano meno affidabili, che subentrino vari fattori difficilmente governabili dalle previsioni scientifiche, con il rischio che, in sostanza, al sapere scientifico inidoneo a dare certezze si sostituisca la logica precauzionale, ancorata al paradigma assai più facile del “non può escludersi che...”.

Si tratterebbe di una deriva non accettabile sul piano politico-criminale; in presenza di scenari di danni futuri scientificamente poco affidabili la priorità di intervento dovrebbe essere affidata a strumenti extrapenali.

¹⁸D. PULITANÒ, *Diritto penale*, IX ed., Giappichelli, Torino, 2021, p. 177. Anche nelle opere che più analiticamente hanno studiato il pericolo (F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, II ed., Giuffrè, Milano, 1994; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, Milano, 1990; F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2012; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 367 ss.), non si trovano, salvo miei errori, riflessioni sull'arco temporale entro il quale valutare il pericolo; circostanza del tutto comprensibile se si pensa che lo sviluppo sostenibile e la tutela delle future generazioni sono concetti recenti e in ogni caso non ancora analizzati in chiave penalistica.

¹⁹Sul carattere problematico di incriminazioni fondate sul principio di precauzione, e sulla preferenza da attribuire a sanzioni non penali v. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 185.

6. *Rischio (ancor meno) consentito?*

Si è già visto il ruolo dell'ambiente nel giudizio di bilanciamento (*supra*, § 3) operato dalla Corte costituzionale rispetto al confliggente valore della libertà di iniziativa economica.

Il tema viene qui ripreso sul presupposto che «alla radice, i confini del rischio permesso dipendono da un bilanciamento d'interessi»²⁰.

Da sempre controverso e dai confini sfuggenti, «conteso tra tipicità, antigiu-ridicità e colpevolezza»²¹, il concetto di rischio consentito è stato variamente invocato in dottrina per delimitare la responsabilità di chi, pur osservando determinate cautele, abbia attraverso la condotta autorizzata causato pericoli o danni all'incolumità pubblica, alla integrità fisica o all'ambiente.

In particolare, nei casi di attività industriali, l'impatto negativo sull'ambiente è sempre prevedibile e in qualche modo evitabile (abbassando le emissioni/immissioni sotto i valori soglia di legge, ove tecnicamente possibile, o al limite astenendosi dall'esercizio dell'attività), ma cionondimeno l'imputazione, in tali casi, risulterebbe ingiusta e non conforme al principio di colpevolezza e, più in radice, a quello di separazione dei poteri²², che in linea di massima attribuisce al potere legislativo e a quello esecutivo il compito – delicato e tutto politico – di trovare un punto di equilibrio tra interessi contrapposti.

In sostanza il rischio consentito – conformato in materia ambientale da valori soglia e regole di condotta contenute in particolare nel t.u.a. Se nelle autorizzazioni, dotate di apposite prescrizioni – dovrebbe costituire, salvo eccezioni, un limite alla colpa generica²³.

Le eccezioni dovrebbero valere in due ipotesi: a) in presenza di circostanze di fatto anomale; b) in presenza di difetti intrinseci alla regola cautelare, in entrambi i casi riconoscibili dall'agente modello o conosciuti dall'agente in carne e ossa²⁴.

Su questa linea si è mosso il Progetto Grosso, nel quale si legge che

«il rispetto di regole cautelari specifiche esclude la colpa relativamente agli aspetti disciplinati da dette regole, salvo che il progresso scientifico e tecnologico, nel periodo successivo alla loro emanazione, non le abbia rese palesemente inadeguate».

²⁰ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 288.

²¹ S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 338.

²² C. RUGA RIVA, *Il caso Ilva: avvelenamento e disastro dolosi*, cit., p. 168; ID., *Il caso Ilva. Profili penali-ambientali*, cit., § 4.

²³ Per una rassegna su potenzialità e limiti del rischio consentito in ambito ambientale v. S. ZIRULIA, *Il ruolo delle Best Available Techniques (BAT) e dei valori limite nella definizione del rischio consentito per i reati ambientali*, in *Lexamb. Riv. trim. dir. pen. amb.*, 2019, 4, specie p. 3 ss.

²⁴ Così S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche*, cit., p. 380.

7. Regole cautelari e posizioni di garanzia

Può il riferimento costituzionale all'ambiente, anche come limite alla iniziativa economica, porsi a fondamento di regole cautelari e di posizioni di garanzia?

Cominciamo dagli obblighi di impedimento.

L'art. 40 cpv. non può e non deve essere riempito da riferimenti del tutto vaghi e indeterminati.

Il mero riferimento all'ambiente, pur nelle articolazioni specificate nell'art. 9 Cost., non dice nulla circa i doveri di protezione ambientale e i soggetti tenuti ad adempierli.

Va infatti considerato che l'ambiente, a dispetto della sua materialità – i quattro elementi cari ai filosofi presocratici e a molte cosmogonie – è concetto eminentemente normativo, e che dunque la sua delimitazione è tutta rimessa al legislatore, chiamato a regolamentare con precisione procedure, obblighi e divieti, a individuare i soggetti destinatari delle norme ecc.

Ma vi è di più.

L'art. 9, comma, 3 precisa che sarà la legge dello Stato (non le leggi regionali) ad approntare tutela agli animali; l'art. 41, comma, 3 rinvia alla legge per la determinazione di programmi e controlli ambientali.

Saranno dunque le leggi (e non i giudici) a stabilire eventuali obblighi di impedimento, attribuendo correlati poteri di intervento a determinati soggetti.

Valgono, insomma, le stesse argomentazioni spese sull'art. 3-ter del d.lg. 3 aprile 2006, n. 152, secondo il quale

«La tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale *deve essere garantita* da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente [...]»²⁵.

È pur vero, d'altra parte, che in passato la giurisprudenza di legittimità ha già avuto modo di ricavare posizioni di garanzia (in capo al proprietario di un fondo) rispetto al mancato impedimento di reati altrui in materia di rifiuti proprio dagli artt. 41 e 42 Cost.²⁶, invocando i limiti sociali alla proprietà privata²⁷.

²⁵ Sulla necessità di una *interpositio legislatoris* v. C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, IV ed., Giappichelli, Torino, p. 37 ss.

²⁶ Cass. pen., Sez. III, 4 aprile 2019, n. 27911, in *Amb. & Svil.*, 2019, p. 655; Cass. pen., Sez. III, 19 dicembre 2012, n. 9213, in *Ius Explorer*.

²⁷ Per una rassegna v. C. RUGA RIVA, *L'obbligo di impedire il reato ambientale altrui. Osservazioni sulla asserita posizione di garanzia del proprietario*, in F. VINCIGUERRA-S. DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 859 ss.; R. GERMANO, *La responsabilità per omesso impedimento di reati in materia edilizia e ambientale*:

Ma tali pronunce sono criticabili, e sono state superate dalla stessa giurisprudenza successiva, appunto perché ricavavano obblighi di impedimento da disposizioni costituzionali del tutto vaghe, incapace di fissare regole di condotta specifiche.

A conclusioni analoghe deve giungersi riguardo il secondo quesito: se regole cautelari siano derivabili dalla promozione dell'ambiente a valore costituzionale, anche in rapporto all'iniziativa economica.

La regola cautelare sottende giudizi prognostici circa nessi di rischio tra determinate condotte e determinati eventi, e conoscenze circa l'idoneità di determinate cautele a sventarli o diminuirli; informazioni tutte non ricavabili dalla ritenuta (vaga) esigenza di tutelare di più e meglio l'ambiente.

8. "Abusivamente"

La l. 22 maggio 2015, n. 68, introducendo nel codice penale il nuovo titolo VI-*bis*, ha inserito l'avverbio "abusivamente" in molti dei nuovi eco-delitti.

Subito una voce storica della magistratura inquirente, e della dottrina penal-ambientalista, ha ipotizzato che il giudice penale possa fare diretta applicazione del combinato disposto dei novellati artt. 9 e 41 Cost., nel senso che disastri e inquinamenti contrari all'ambiente sarebbe punibili in quanto abusivi²⁸.

L'Autore citato sembra spingersi più in là, se bene intendiamo, nel senso che la Corte costituzionale dovrebbe o dichiarare l'illegittimità costituzionale dei delitti di inquinamento e disastro ambientali, nella parte in cui subordinano la punibilità di quei fatti al loro carattere "abusivo", o darne una interpretazione conforme agli artt. 9 e 41 Cost., nel senso sopra sintetizzato²⁹.

L'opinione riportata non persuade.

Proprio la natura eminentemente normativa dell'ambiente, e la conseguente necessità politica di contemperare il valore ambientale con altri confliggenti, rende assolutamente opportuno che l'inevitabile inquinamento connesso alle at-

un contributo allo studio delle posizioni di garanzia nella giurisprudenza, in *Lexamb. Riv. trim. dir. pen. amb.*, 2020, 2, p. 16 ss. In giurisprudenza conforme al citato orientamento dottrinale v. Cass. pen., Sez. III, 19 novembre 2019, n. 847, in *Ius Explorer*.

²⁸ G. AMENDOLA, *L'ambiente in Costituzione. Primi appunti*, in *www.osservatorioagromafie.it*, 14 febbraio 2022, p. 4: «[...] E, sempre non a caso, è esattamente quello che, proprio a proposito del disastro ambientale, ha fatto la Cassazione, la quale ha sostanzialmente sterilizzato la portata dell'avverbio «abusivamente» fornendone una interpretazione talmente ampia da farci rientrare praticamente di tutto (contrasto con norme penali, norme extrapenali, norme tecniche, norme di condotta, norme di prudenza, norme di principio, principi di derivazione comunitaria ecc.), e che oggi, per ritenere una condotta "abusiva", potrà limitarsi a richiamare il sicuro contrasto con le nuove disposizioni costituzionali».

²⁹ G. AMENDOLA, *L'ambiente in Costituzione*, cit. p. 4.

tività umane, e specialmente industriali, sia *ex ante* ancorato a determinati parametri (valori-soglia, autorizzazioni, prescrizioni, norme tecniche ecc.), affidati a poteri a ciò preposti (legislativo ed esecutivo), per investitura democratica e per competenze tecniche.

Il legislatore e la p.a. (non il giudice, tanto meno quello penale) sono i soggetti cui in via di principio è demandato il compito di fissare i punti di equilibrio tra interessi e valori contrapposti.

Sul punto si rimanda a quanto argomentato in tema di rischio consentito (cfr. *supra*, § 6), anche per le residue eccezioni (il fallimento noto o prevedibile della regola cautelare; l'irragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore).

Qui si aggiunge solo che la formula "abusivamente" evoca un contrasto con il diritto che deve concretizzarsi, per poter orientare la condotta dei consociati, in regole precise e conoscibili *ex ante*³⁰; tale evidentemente non sarebbe il riferimento alla necessità di tutelare l'ambiente, scopo del legislatore costituzionale che nulla dice al cittadino, vincolato viceversa alle leggi ambientali vigenti al momento della condotta.

9. Conclusioni

In questo viaggio alla ricerca dell'impatto della riforma costituzionale sul diritto penale abbiamo toccato vari punti.

In sintesi, i novellati artt. 9 e 41 Cost., promuovendo la tutela dell'ambiente anche in prospettiva intergenerazionale e ponendola come vincolo espresso alla iniziativa economica, dovrebbero condizionare il legislatore ordinario alla tutela dell'ambiente, più di quanto non sia già oggi accaduto con le sentenze n. 127/1990 e n. 85/2013 della Corte costituzionale, anche in materia penale.

Del pari, è da attendersi che il legislatore, nella conformazione dei reati di pericolo (così come degli illeciti di rischio) tenga conto di un orizzonte temporale più lungo (quello delle future generazioni); tale diversa scala temporale potrebbe essere apprezzata anche dal giudice penale nella valutazione del pericolo, nei limiti in cui siano possibili attendibili previsioni scientifiche anche di lungo raggio.

Al contrario, nessun effetto penale dovrebbe prodursi rispetto alla interpretazione giudiziale di elementi del reato (colpa, posizioni di garanzia, "abusivamente"), che per loro natura e funzione esigono disposizioni normative precise, a garanzia del cittadino, e non vasti e vaghi programmi costituzionali che in ogni caso necessitano di *interpositio legislatoris*.

Il condizionale, però, è d'obbligo: la storia insegna come la giurisprudenza,

³⁰Sul tema v. per tutti G. ROTOLO, "Riconoscibilità" del precetto penale e modelli innovativi di tutela. *Analisi critica del diritto penale dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2018.

specie nelle materie ove si sente maggiormente investita di poteri-doveri di supplenza, non esiti a sostituirsi al legislatore e alla p.a. nella (ri-) determinazione delle regole del gioco.

Si pensi a quegli orientamenti che – prima della riforma del 2020 – individuavano la violazione di legge di cui all'art. 323 c.p. in condotte genericamente contrarie al buon andamento della p.a., e dunque all'art. 97 Cost.³¹; o, come visto (*supra*, § 7) alle interpretazioni che ricavano posizioni di garanzia rilevanti in materia ambientale dai (generici) limiti alla proprietà privata ex art. 42 Cost. o, ancora, che sostengono l'irrilevanza del rispetto dei valori-soglia prescritti dalla legge, ove comunque ulteriormente abbassabili dall'agente modello con tecnologie disponibili sul mercato.

È facilmente immaginabile che il rinforzato valore costituzionale dell'ambiente tenderà a penetrare nella giurisprudenza, a tutela della effettività della risposta penalistica e a detrimento dei principi garantistici.

Il tempo dirà se a prevalere, in caso di conflitto, saranno i principi penal-garantisti o le istanze di effettività di matrice eurounitaria e ideologica ambientalista, di per sé, beninteso, pienamente condivisibili.

Non si tratta, come ci insegna il Maestro che onoriamo con questo scritto, di sottovalutare le istanze di protezione dei beni giuridici (nel nostro caso l'ambiente), che sono urgenti e sotto gli occhi di tutti; si tratta piuttosto di coniugarle con il rispetto dei principi penalistici, e, soprattutto, di tenere fermo il principio fondante della separazione dei poteri.

³¹ Per una rassegna giurisprudenziale e dottrinale v. C. BENUSSI, in DOLCINI-GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, sub art. 323, vol. II, V ed., Ipsoa, Milano, p. 934 ss.

IL SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ SULLA PENA TRA RAGIONEVOLEZZA, RIEDUCAZIONE E PROPORZIONALITÀ

Roberto Bartoli

SOMMARIO: 1. Un breve *excursus* storico sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di sindacato sulla pena. – 2. Il giudizio di ragionevolezza estrinseco c.d. triadico: *ratio*, struttura, caratteri. – 3. Su alcuni problemi posti dal giudizio triadico. – 4. Il giudizio intrinseco funzionale basato sulla coerenza del mezzo rispetto allo scopo rieducativo. – 5. Il giudizio intrinseco “valoriale” basato sulla comparazione diretta tra disvalore del fatto e afflittività della pena. – 6. Il rapporto tra giudizio estrinseco e giudizio intrinseco. – 7. Il rapporto tra rime obbligate e rime adeguate. – 8. A mo' di conclusione.

1. *Un breve excursus storico sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di sindacato sulla pena*

Nei primi due decenni della sua attività, la Corte costituzionale si è in definitiva preclusa la possibilità di compiere giudizi di legittimità sulla pena e, in particolare, sulla comminatoria edittale, riconoscendo al legislatore una discrezionalità pressoché assoluta proprio in quanto insindacabile¹.

Oltre a una certa riverenza verso il potere legislativo derivante dall'idea di un primato della democrazia come essa stessa forma di garanzia, ad ostacolare tali giudizi si riteneva vi fosse il limite tracciato dall'art. 28 l. n. 87/1953 (legge ordinaria!), che sbarrava alla Corte «ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». L'operatività di tale disposizione venne tuttavia presto ridimensionata nella sua portata, visto che il limite riguardava l'uso legittimo del potere discrezionale, per l'appunto di competenza esclusiva del legislatore, ma

¹V. per tutte Corte cost. n. 18/1973 (furto): «rientra nel potere discrezionale del legislatore la determinazione della entità della pena edittale [...]; né il relativo apprezzamento di politica legislativa può formare oggetto di censura da parte di questa Corte, “all'infuori dell'eventualità (...) che la sperequazione assuma dimensioni tali da non riuscire sorretta da ogni, benché minima, giustificazione” (Corte cost. n. 109/1968)»: insomma, la Corte poteva sindacare la pena soltanto se frutto di una scelta di un legislatore “impazzito”.

non poteva estendersi a quello illegittimo². Insomma, la stessa democrazia non poteva non incontrare limiti costituzionali, venendo gettato così il seme di una sorta di bifasicità del giudizio di legittimità destinato a germogliare soprattutto in seguito: la valutazione di illegittimità, con esito “distruttivo”, sempre ammessa, e la “gestione” degli effetti di illegittimità in una prospettiva “costruttiva”, che invece può porre problemi di definizione del confine tra le competenze del legislatore e quelle della Corte.

A ostruire il sindacato sulla pena si palesarono quindi ragioni più profonde, ancorché di carattere sostanzialmente “tecnico”. Da un lato, infatti, a causa della eterogeneità delle grandezze a confronto, si riteneva addirittura impossibile compiere un sindacato sulla corrispondenza diretta e immediata tra il disvalore del fatto e la quantificazione della pena. Dall’altro lato, anche là dove si fosse ritenuto che si poteva compiere un giudizio del genere, la Corte si trovava stretta nella seguente alternativa: o adottare un esito ablativo, con la conseguenza però che la dichiarazione di incostituzionalità della pena si sarebbe estesa anche alla porzione della norma costituita dal precetto/fattispecie che tuttavia non era affetta da illegittimità; oppure individuare “in autonomia” la pena da sostituire a quella dichiarata costituzionalmente illegittima, ma così operando la Corte avrebbe davvero finito per sostituirsi alle valutazioni discrezionali del legislatore. Quindi, per un lungo periodo si è ritenuto che non fosse possibile compiere alcun sindacato sulla pena.

D’altra parte, rispetto a questo esito, risultava agevole cogliere quanto meno due contraddizioni. Anzitutto, si ammetteva una valutazione sulle stesse scelte di criminalizzazione, vale a dire sull’*an* della punizione e quindi su una decisione davvero significativa sul piano delle scelte di valore, ma si escludeva quello sul *quomodo* o comunque sul *quantum* di pena e quindi su una decisione “meno politica” di quella sull’*an*. Inoltre, si veniva a creare una vera e propria zona franca che impediva una piena attuazione del costituzionalismo in ambito penale.

Progressivamente, dalla metà degli anni Settanta del secolo scorso, si è fatta strada la possibilità di compiere un sindacato sulla pena là dove si potesse scorgere una manifesta irragionevolezza/sproporzione e fosse possibile adottare soluzioni obbligate. Posto che il carattere “manifesto” dell’irragionevolezza in realtà di per sé nulla diceva, decisivo divenne il criterio impiegato, basato per l’appunto sulla ragionevolezza e più precisamente sulla ragionevolezza connessa all’eguaglianza e quindi sulla comparazione, per cui si poteva dichiarare l’illegittimità di una comminatoria edittale là dove fattispecie di identico disvalore fossero state punite con pene diverse oppure quando fattispecie di disvalore di-

² Sul punto cfr. anche A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il sindacato di ragionevolezza*, in *Giur. it.*, IV, 1971, c. 203 ss., vedendo il problema dalla prospettiva della tensione tra principio di legalità e sindacato sulla legittimità della legge.

verso venivano punite con la stessa cornice edittale³. Si inaugurava così il giudizio estrinseco “triadico”, che, proprio grazie al raffronto tra la fattispecie di cui si dubitava della legittimità e un’altra fattispecie considerata pienamente legittima, consentiva di superare l’obiezione dell’impossibilità di un sindacato “diretto” ovvero intrinseco tra disvalore del fatto e afflittività della pena.

Tale giudizio, però, si rivelò in seguito comunque problematico. Da un lato, là dove fatti di disvalore identico erano puniti con pene diverse (ovvero un fatto meno grave era punito con pena più severa), l’impiego del *tertium* non poneva problemi, consentendo anzi di ovviare anche all’inconveniente dell’esito: la pena che era dichiarata incostituzionale poteva essere “automaticamente” sostituita da quella comminata per il reato utilizzato ai fini della comparazione⁴. Dall’altro lato, però, là dove invece fatti di disvalore diverso erano puniti con la stessa pena, risultava impossibile individuare il trattamento sanzionatorio legittimo, perché il paragone consentiva di ritenere che una pena fosse illegittima, ma non consentiva di individuare “in positivo” quella legittima da adottare⁵. Insomma, nella prima ipotesi, la “sostituzione automatica” rendeva l’esito – per così dire – obbligato, impedendo alla Corte di sostituirsi alle valutazioni che competevano soltanto al legislatore; nella seconda ipotesi, invece, proprio per salvaguardare la discrezionalità del legislatore, la Corte era costretta a dichiarare l’illegittimità, soluzione tuttavia problematica perché, come abbiamo visto, l’illegittimità finiva per estendersi anche allo stesso precetto⁶.

Sempre a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, al giudizio triadico se ne è affiancato un altro, che potremmo definire intrinseco funzionale: intrinseco, perché avente ad oggetto la disposizione in quanto tale, senza comparazione;

³ Corte cost. n. 218/1974 (caccia); Corte cost. n. 176/1976 (caccia); Corte cost. n. 26/1979, n. 103/1982 e n. 49/1989 (reati militari).

⁴ In questa prospettiva cfr. Corte cost. n. 409/1989 (reati militari); Corte cost. n. 329/1997 e n. 327/2002 (delitti contro la religione). Nello stesso senso cfr. Corte cost. n. 341/1994 (oltraggio), dove però il nuovo limite minimo viene individuato facendo riferimento non tanto a quello del *tertium* ingiuria, ma al limite di quindici giorni fissato in via generale per la pena della reclusione dall’art. 23 c.p.: vedremo quanto tale modalità sia particolarmente problematica. Sempre sulla stessa scia v. Corte cost. n. 394/2006 (falsi elettorali), dove la diversità di trattamento sanzionatorio, oltretutto di favore, viene risolta dichiarando l’illegittimità dell’intera fattispecie punita con la pena meno grave, con la conseguenza che il fatto speciale viene fatto rientrare nell’ambito applicativo della fattispecie generale.

⁵ Cfr. Corte cost. n. 22/2007 (immigrazione); Corte cost. n. 81/2014 (omessa comunicazione delle variazioni patrimoniali).

⁶ Corte cost. n. 81/2014: «le due prospettive non sono, peraltro, equivalenti. Nel primo caso – ove ravvisi l’arbitrarietà della soluzione legislativa denunciata – la Corte può rimuovere il *vulnus* allineando la risposta punitiva della fattispecie in discussione a quella della fattispecie analoga; nel secondo dovrebbe scegliere invece essa stessa, in modo “creativo”, la pena da sostituire a quella censurata, così da “scaglionare” le ipotesi in comparazione sul piano sanzionatorio: operazione che le è preclusa».

funzionale, perché basato su una valutazione di coerenza tra mezzo utilizzato, vale a dire la disciplina di riferimento, e lo scopo perseguito mediante tale disciplina, e cioè la rieducazione⁷. Svoltata fondamentale per concepire questo giudizio è stata l'entrata in vigore della legge sull'ordinamento penitenziario, a nostro avviso la più importante del legislatore democratico, e la conseguente valorizzazione della funzione rieducativa della pena, per un lungo periodo relegata ai margini del sistema perché prevista da una norma considerata nella sostanza programmatica e comunque riferita esclusivamente alla fase dell'esecuzione. E dalla valorizzazione della rieducazione è conseguita l'ulteriore valorizzazione della discrezionalità giudiziale, aprendo così la strada alla individualizzazione del trattamento sanzionatorio e al contrasto agli automatismi applicativi e alle presunzioni. Da osservare come a volte si ponesse pur sempre un problema di esito, che tuttavia veniva avvertito in modo meno stringente, sia perché interventi ablativi riattivavano la discrezionalità del giudice, sia perché le eventuali manipolazioni della disciplina riguardavano le fasi della cognizione e dell'esecuzione aventi come protagonista per l'appunto il giudice con la sua discrezionalità.

Infine, nell'ultimo decennio il sindacato sulla pena ha subito due trasformazioni ulteriori. Da un lato, ha preso sempre più corpo l'idea che si possa compiere anche un giudizio intrinseco sulla proporzionalità della specifica pena edittale comminata per un determinato reato⁸. Si potrebbe parlare di un sindacato doppiamente intrinseco, perché, non solo, come avviene per il sindacato funzionale, si prescinde dalla comparazione con una norma esterna, ma addirittura, a differenza di quello funzionale, si procede a una valutazione tutta interna alla norma, dove la qualità/quantità dell'afflittività della pena è messa direttamente a confronto con il disvalore del fatto. Dall'altro lato, la Corte si è sempre più emancipata dal vincolo delle rime obbligate per valorizzare le rime c.d. adeguate⁹. In buona sostanza, davanti all'impossibilità di dichiarare l'illegittimità a

⁷ Si tratta di una giurisprudenza che ormai si può definire copiosissima. Qui ci limitiamo a ricordare alcune sentenze paradigmatiche del secolo scorso, mentre le più recenti saranno citate in seguito (v. *infra* § 4): Corte cost. n. 204/1974 (su questione processuale); Corte cost. n. 264/1974 (ergastolo, ancorché d'infondatezza); Corte cost. n. 274/1983 (ergastolo e liberazione anticipata); Corte cost. n. 185/1985 e n. 312/1985 (affidamento in prova); Corte cost. n. 343/1987 (revoca affidamento in prova); Corte cost. n. 282/1989 (revoca liberazione condizionale); Corte cost. n. 313/1990 (patteggiamento); Corte cost. n. 306/1993 (collaborazione); Corte cost. n. 168/1994 (ergastolo e minori); Corte cost. n. 357/1994, n. 68/1995, n. 504/1995 (collaborazione); Corte cost. n. 186/1995 (revoca liberazione anticipata); Corte cost. n. 161/1997 (ergastolo e revoca liberazione condizionale); Corte cost. n. 137/1999 (permessi premio).

⁸ Cfr. Corte cost. n. 341/1994 (oltraggio); Corte cost. n. 236/2016 (alterazione di stato); Corte cost. n. 222/2018 (pene accessorie); Corte cost. n. 40/2019 (stupefacenti); Corte cost. n. 112/2019 (confisca); Corte cost. n. 284/2019 (oltraggio, ancorché d'infondatezza); Corte cost. n. 73/2020 (bilanciamento recidiva); Corte cost. n. 136/2020 (furto); Corte cost. n. 63/2022 (immigrazione); Corte cost. n. 95/2022 (atti contrari alla pubblica decenza).

⁹ Corte cost. n. 236/2016 (alterazione di stato); Corte cost. n. 222/2018 (pene accessorie); Corte

causa dell'inesistenza di una soluzione obbligata, la Corte ha ritenuto che essa stessa possa compiere una scelta tra le più soluzioni possibili costituzionalmente adeguate, che si inseriscono nel tessuto normativo coerente con la logica perseguita dal legislatore. Si tratta di due innovazioni di grandissima importanza e significato, che hanno aperto veri e propri nuovi scenari per il sindacato di costituzionalità sulle pene.

Ebbene, le riflessioni che seguiranno avranno ad oggetto proprio queste tre tipologie di sindacato sulla pena, basate rispettivamente sulla ragionevolezza, rieducazione e proporzionalità, e sono dedicate al Maestro Domenico Pulitanò, il quale, oltre ad aver contribuito a forgiare e implementare la ragionevolezza come parametro per vagliare la costituzionalità delle leggi e della pena¹⁰, in virtù di una riflessione cinquantennale sfociata in lavori fondamentali, può essere considerato uno dei Padri fondatori del costituzionalismo penale italiano e stella polare per le generazioni a venire¹¹.

2. Il giudizio di ragionevolezza estrinseco c.d. triadico: ratio, struttura, caratteri

Il giudizio di ragionevolezza estrinseco triadico ha il proprio fondamento nell'eguaglianza. Eguaglianza significa non solo e non tanto comparazione tra due realtà, tra due norme, ma anche, e prima ancora, individuazione di un parametro alla luce del quale compiere la comparazione. L'eguaglianza, la comparazione di per sé nulla dicono, mentre assumono un significato e possono opera-

cost. n. 233/2018 (reati di contrabbando, ancorché d'infondatezza); Corte cost. n. 40/2019 (stupefacenti); Corte cost. n. 99/2019 (infermità psichica sopravvenuta); Corte cost. n. 252/2020 (perquisizioni personali e domiciliari); Corte cost. n. 63/2021 (immigrazione); Corte cost. n. 28/2022 (sanzione pecuniaria sostitutiva); Corte cost. n. 95/2022 (atti contrari alla pubblica decenza).

¹⁰D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012; ID., *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 2, p. 48 ss.; ID., *Sulla pena, fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 641 ss.; ID., *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia*, 2011, p. 11 ss.

¹¹Oltre ai lavori citati nella nota precedente, v., tra molti altri ancora, D. PULITANÒ, *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1231 ss.; ID., *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, *ivi*, 2008, p. 1004 ss.; ID., *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 946 ss.; ID., *Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 795; ID., *Bisogno di sicurezza e bisogni dell'infermo di mente autore di reato. Un'importante sentenza della Corte costituzionale*, in *Dignitas*, 2004, p. 6 ss.; ID., *L'ignoranza della legge penale dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Quest. giust.*, 1988, p. 783 ss.; ID., *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 404 ss.; ID., *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in A.M. STILE (a cura di), *La riforma della parte speciale*, Jovene, Napoli, 1985, p. 133 ss.; ID., *La teoria del bene giuridico fra codice e Costituzione*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 111 ss.

re nel momento in cui si seleziona un parametro attraverso il quale, nel compiere la comparazione, si può stabilire se due entità sono analoghe oppure differenti. Ed infatti, dire che nel giudizio triadico si tende a valutare una norma attraverso un'altra norma che costituisce il parametro è in realtà fuorviante, se non addirittura errato, perché l'altra norma non è tanto il parametro, ma un punto di riferimento, mentre il parametro (il punto di vista, il criterio) è lo scopo della norma alla luce del quale si compie la comparazione. Insomma, le due norme sono i due piatti della bilancia, mentre il parametro è la struttura che regge i due piatti¹².

Proprio la circostanza che la ragionevolezza estrinseca si basa sull'eguaglianza e quindi su un parametro frutto di una scelta valutativa consente di evidenziare come tale giudizio sia molto simile all'attività ermeneutica¹³. Entrambe, infatti, si basano su un modo di procedere che risulta analogico/comparativo e quindi basato sull'assunzione di un parametro identificabile con la *ratio* ovvero lo scopo della norma.

D'altra parte, si tratta di due attività che pur sempre differiscono. L'attività ermeneutica del giudice muove da una comparazione tra un fatto e una norma. Il parametro di comparazione è la *ratio*, lo scopo della norma¹⁴. Tuttavia, siccome ogni norma esprime sempre almeno due *rationes*, la vera e propria attività ermeneutica consiste nello scegliere una tra le due *rationes* possibili, scelta che dovrebbe essere compiuta sulla base del tipo criminoso, nel senso che si dovrebbe scegliere la *ratio* che risulta maggiormente conforme al tipo criminoso descritto dal legislatore attraverso gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice. Da qui il legame tra attività ermeneutica giudiziale e vincolo della legge espresso più che dalla lettera dei lemmi dal tipo criminoso.

Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale muove sempre da una comparazione, che tuttavia riguarda due norme. E se, da un lato, ancora una volta, la comparazione non può che essere compiuta attraverso un parametro di riferimento, dall'altro lato, però, tale parametro non si ricava solo e semplicemente dal tipo criminoso espresso dalle norme, ma da un'attività più complessa di tipo anche assiologico/valoriale, nel senso che le stesse *rationes* delle norme che vengono comparate (a ben vedere, quattro in tutto, due per norma) finiscono nella sostanza per essere vagliate e ridefinite alla luce della gerarchia dei valori espressa dalla Costituzione.

¹²La metafora della bilancia è davvero utile, potendosi osservare come, a ben vedere all'interno della sua struttura si possa distinguere tra il giogo (orizzontale), costituito dai due bracci, riconducibili alle *rationes* delle norme, e il perno (verticale), costituito dal fulcro e dal sostegno, riconducibile alla Costituzione.

¹³Cfr. per tutti G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 111 ss.

¹⁴In argomento, ancora fondamentale, E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, p. 184 s.

In particolare, che non ci si possa limitare ad una comparazione tra *rationes* espresse dai tipi criminosi dipende dal fatto che se ci si riducesse a questa attività si dovrebbe sempre giungere alla conclusione che le due norme sono diverse, e ciò anche in virtù della necessaria corrispondenza che intercorre tra il fatto tipico e la *ratio*, con la conseguenza che i fatti tipici, anche per un solo elemento costitutivo, sono sempre diversi e quindi anche le *rationes*¹⁵. A volte la Corte costituzionale ha giocato strumentalmente su questo aspetto per non entrare nel merito delle questioni.

Piuttosto, sono gli stessi disvalori ovvero le stesse *rationes* che risultano essere oggetto di una valutazione, e ciò perché quando si compie un raffronto tra norme sul piano del maggiore o minore disvalore, si sta attivando un parametro che trascende la legislazione, costituzionale, appunto, che nella sostanza è espressione di una gerarchia di valori, con la conseguenza che, a ben vedere, si sta ponendo un problema ermeneutico di ridefinizione teleologica e tipologica delle fattispecie. Ecco allora che il giudizio di ragionevolezza estrinseco finisce per riconfigurare *rationes* e tipi criminosi alla luce di valutazioni assiologiche costituzionalmente orientate.

Alcuni esempi. Quando si pone la questione di legittimità dell'incriminazione dell'aiuto al suicidio, si sta ponendo un problema di ridefinizione della teleologia e della struttura della fattispecie prevista dall'art. 580 c.p., per cui se si muove dalla tutela della vita, va da sé che concorso morale e concorso materiale al suicidio sono identici, ma se si muove dalla tutela dell'autodeterminazione del soggetto intenzionato a suicidarsi, non solo concorso morale e concorso materiale necessariamente differiscono, ma il concorso materiale è privo di disvalore perché il soggetto si è già liberamente autodeterminato¹⁶.

Ed ancora, particolarmente istruttiva la notissima vicenda dell'alterazione di stato¹⁷. Il primo comma punisce con reclusione da tre a dieci anni l'alterazione di stato civile mediante la "sostituzione di un neonato"; il secondo comma, prima della dichiarazione di illegittimità costituzionale, puniva con la reclusione da cinque a quindici anni l'alterazione di stato civile mediante false certificazioni o

¹⁵ Sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 47 ss.

¹⁶ La Corte costituzionale, com'è noto, nell'ordinanza n. 207/2018 e nella sentenza n. 242/2019, dopo aver individuato la vita come bene tutelato dall'art. 580 c.p., ha spostato il fuoco della questione dalla fattispecie alle disposizioni contenute nella l. n. 219/2017 sul consenso informato e sulle direttive anticipate e, prima ancora, sul rifiuto/interruzione di cure, senza tuttavia individuare con rigore il parametro per compiere l'assimilazione tra rifiuto/interruzione di cure e aiuto al suicidio. Sul punto, v. per tutti F. PALAZZO, *La sentenza Cappato può dirsi storica*, in *Pol. dir.*, 2020, p. 3 ss.; nonché, volendo, R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, ESI, Napoli, 2019, p. 1 ss.

¹⁷ Cfr. Corte cost. n. 236/2016 e (ord.) n. 106/2007.

attestazioni o altre falsità. Ebbene, è evidente che le due norme risultano diverse negli esatti termini tracciati dal legislatore del 1930 (più grave la falsificazione della sostituzione), se si adotta una concezione assiologica che riscontra maggior disvalore nelle offese ingannatorie compiute direttamente ai danni dello Stato rispetto a quelle – per così dire – indirette¹⁸; al contrario, le due norme si possono considerare quanto meno eguali se si assume come parametro l'interesse del minore a uno stato di famiglia corrispondente alla sua effettiva ascendenza: ed è proprio adottando questa seconda prospettiva che la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della pena del secondo comma, sostituendola con quella del primo¹⁹.

3. Su alcuni problemi posti dal giudizio triadico

Negli ultimi anni il giudizio di ragionevolezza estrinseco è andato incontro ad alcune critiche. Anzitutto, dobbiamo partire dalla critica che, se fondata, dovrebbe condurre addirittura al suo abbandono.

Tale critica si articola essenzialmente in tre passaggi²⁰. Per prima cosa, si ritiene che esista una sorta di corrispondenza tra giudizio basato sul *tertium* e rime obbligate, da un lato, e giudizio intrinseco e rime adeguate, dall'altro, per cui se si adotta un giudizio basato sul *tertium* l'esito non può che essere obbligato, mentre se si adotta un giudizio intrinseco l'esito tende ad essere adeguato. In secondo luogo, si osserva come le rime obbligate costituirebbero un ostacolo all'estensione del sindacato di legittimità, perché in molte ipotesi in cui si riscontra l'illegittimità, manca una soluzione a rime obbligate²¹. Se quindi si richiedono le rime obbligate che spesso mancano, si rischia di limitare il sindacato della Corte, con la conseguenza che per estendere il più possibile il sindacato della Corte è opportuno eliminare le rime obbligate:

«a consentire l'intervento di questa Corte di fronte a un riscontrato *vulnus* ai principi di proporzionalità e individualizzazione del trattamento sanzionatorio, non è necessario che esista, nel sistema, un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e *ratio*, idonea a essere assunta a *tertium comparationis*»²².

¹⁸ Corte cost. (ord.) n. 106/2007.

¹⁹ Corte cost. n. 236/2016.

²⁰ In argomento cfr. F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. Pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 2.

²¹ Corte cost. n. 84/2014; Corte cost. n. 179/2017 (stupefacenti).

²² Corte cost. n. 222/2018.

Quindi il terzo passaggio: per eliminare le rime obbligate che tendono a creare zone franche, occorre eliminare la loro causa, vale a dire il *tertium*. In buona sostanza, sarebbe il *tertium* il vero e proprio limite all'estensione del sindacato sulla legittimità della pena.

La questione è delicatissima e merita approfondimento. Anzitutto, questo stesso modo di ragionare presenta alcune aporie, se non addirittura forzature. Se infatti si torna sulle questioni affrontate dalle sentenze in cui il *tertium* viene sottoposto a critica, ci si rende conto non solo che nel cogliere l'irragionevolezza si continua a fare riferimento al terzo, ma anche che esistevano soluzioni obbligate.

Così, ad esempio, come accennato, sul *tertium* continua a basarsi la stessa sentenza n. 236/2016, spesso ritenuta quella che avrebbe inaugurato il sindacato intrinseco:

«le fattispecie punite, rispettivamente, al primo e al secondo comma del citato articolo, non sono identiche, ma non possono considerarsi del tutto disomogenee, non foss'altro perché indirizzate a proteggere, come questa Corte ha già riconosciuto, (ord. n. 106 del 2007), il medesimo bene giuridico»²³.

In particolare, sul punto, magistrale è proprio il nostro Onorando, che nel commentare quella sentenza scrive:

«di fronte alla evidente rilevanza (anzi necessità) del *tertium comparationis* nel determinare i contenuti del dispositivo della sentenza, azzardo rispettosamente l'ipotesi che la motivazione [della sentenza n. 236/2016] sia stata condizionata dalla precedente ordinanza del 2007 dichiarativa di manifesta infondatezza [...] Nel capovolgere la decisione, la sentenza del 2016 ha rappresentato una linea di discontinuità con la complessiva precedente giurisprudenza, incapsulando in questo discorso complessivo l'ordinanza sbagliata del 2007, verosimilmente vissuta con disagio, e contraddetta, di fatto, dalle frasi della sentenza del 2016 sulla sostanziale identità di disvalore delle due fattispecie di alterazione di stato»²⁴.

Inoltre, soluzioni obbligate erano presenti non solo nella sentenza n. 236/2016, come dimostra la circostanza che alla fine il nuovo trattamento sanzionatorio del secondo comma viene mutuato dal primo (a riprova della valenza del *tertium*),

²³ Corte cost. n. 236/2016. Parimenti, al terzo fa ancora riferimento Corte cost. n. 40/2019: «molti casi si collocano in una "zona grigia", al confine fra le due fattispecie di reato, il che rende non giustificabile l'ulteriore permanenza di un così vasto iato sanzionatorio, evidentemente sproporzionato sol che si consideri che il minimo editale del fatto di non lieve entità è pari al doppio del massimo editale del fatto lieve».

²⁴ D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., p. 8; nello stesso senso cfr. V. MANES, *Proporzionalità senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2110 ss.

ma anche in altre sentenze dove invece si è ritenuto che non fossero individuabili soluzioni obbligate²⁵.

Certo, come vedremo meglio in seguito, possono esserci ipotesi in cui effettivamente mancano soluzioni obbligate, rispetto alle quali è plausibile aprire alle rime adeguate: si pensi all'ipotesi in cui due fatti di disvalore diverso sono puniti con la stessa pena²⁶; oppure, là dove si ritenga che in tale ipotesi si possa dichiarare l'illegittimità, si pensi all'eventualità in cui il nuovo minimo edittale generale darebbe luogo a un compasso troppo ampio da determinare l'indeterminatezza della pena²⁷; oppure, ancora, si pensi all'ipotesi in cui si dichiara l'illegittimità di un minimo edittale di una norma avente portata generale²⁸. D'altra parte, la mancanza di rime obbligate non inficia l'irragionevolezza che emerge dall'eventuale comparazione con la fattispecie diversa. Senza considerare, infine, che a volte la mancanza di rime obbligate è derivata o da una concezione troppo rigorosa e restrittiva di rima obbligata, per cui si è ritenuto che non fosse obbligata nemmeno quella che nell'eliminare la norma illegittima fa rientrare l'ipotesi speciale in quella generale²⁹; oppure da una concezione troppo estesa di "mancanza di soluzione obbligata", ricomprendendo tra le "più soluzioni possibili" anche quelle non ancora vigenti, ma adottabili de *iure condendo*³⁰.

Ecco che, detto in altri termini, giudizio di illegittimità e gestione dell'esito

²⁵ Nella sentenza n. 84/2014, il nuovo minimo edittale poteva coincidere con quello previsto dalle norme generali per la corrispondente specie di pena; nella sentenza n. 40/2019, il minimo del fatto non lieve avrebbe potuto coincidere con il massimo edittale del fatto lieve. Soluzione tuttavia già esclusa nella sentenza n. 179/2017, attraverso una interpretazione molto lata di mancanza di rime obbligate ovvero di presenza di una pluralità di soluzioni.

²⁶ Corte cost. n. 22/2007.

²⁷ Per una pronuncia di indeterminatezza del compasso edittale, cfr. Corte cost. n. 299/1992, dovendosi osservare come si dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'intera fattispecie, quindi anche del precetto.

²⁸ V. Corte cost. n. 28/2022, relativa al minimo edittale della pena pecuniaria sostitutiva.

²⁹ V. Corte cost. n. 81/2014, dove la Corte afferma che il parametro cui agganciare l'intervento di riequilibrio non può essere rappresentato dalle norme generali sull'entità minima dei diversi tipi di pena (nella specie, gli artt. 23 e 24 c.p.), per la semplice ragione che l'allineamento a tali minimi è esso stesso una scelta non "a rime obbligate".

³⁰ Corte cost. n. 179/2017, dove la Corte ha escluso che «debba ritenersi imposto, dal punto di vista costituzionale, che a continuità dell'offesa debba necessariamente corrispondere una continuità di risposta sanzionatoria, ben potendo sussistere "spazi di discrezionalità discontinua" nel trattamento sanzionatorio», mostrando così di compiere essa stessa una valutazione di adeguatezza sulla rima obbligata; ed ancora: «vero è che le rilevate differenze tra i due reati non giustificano salti sanzionatori di entità così rilevante come quello attualmente presente nei diversi commi dell'art. 73. Tuttavia, contrariamente a quanto ritenuto dai rimettenti, a tale incongruenza può porsi rimedio attraverso una pluralità di soluzioni tutte costituzionalmente legittime. Sicché, la determinazione del minimo edittale per il fatto non lieve ex art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990, in misura pari al massimo edittale del fatto lieve ex art. 73, comma 5, dello stesso decreto, non costituisce l'unica soluzione in armonia con la Costituzione».

derivante dalla dichiarazione di illegittimità rappresentano due problematiche che devono essere tenute distinte, a maggior ragione, poi, se, come vedremo, si apre a giudizi intrinseci e a rime adeguate.

Il punto vero è che, là dove il *tertium* può venire in gioco, risulta difficile prescindere dal suo impiego³¹. Da un lato, infatti, la ragionevolezza basata sull'egualianza e il *tertium* costituiscono un metodo di giudizio che può essere utilizzato non soltanto nel sindacato sulla pena, ma anche in quello sulle scelte di criminalizzazione³² e più in generale rispetto a qualsiasi norma e istituto, tant'è vero che viene utilizzato nella stragrande maggioranza delle questioni di legittimità costituzionale, attinenti alla querela, alla prescrizione, alla portata delle cause di non punibilità etc. Di recente si è arrivati addirittura a impostare questioni di legittimità comparando norme che appartengono a sistemi diversi: così, ad esempio, un giudizio comparativo tra sistemi, è stato compiuto nelle sentenze n. 68/2019 e n. 129/2020, dove la messa alla prova dei minori è stata comparata a quella prevista per gli adulti, rivelando differenze funzionali di sistema che giustificano differenze di disciplina, come anche nella sentenza n. 120/2019, dove la Corte ha spiegato perché la particolare tenuità del fatto prevista dall'art. 131-*bis* c.p. non possa essere applicata nel peculiare sistema penale del giudice di pace.

Dall'altro lato, si deve osservare come il *tertium* espliciti sempre un fondamentale ruolo orientativo nel giudizio, non solo perché proprio attraverso il *tertium* la valutazione si fa molto più rigorosa e controllabile e il percorso argomentativo più solido e meno valutativo, ma anche perché, come vedremo, la stessa evidenza della sproporzione tra un determinato fatto e una determinata pena, sulla quale fa leva lo stesso giudizio intrinseco "valoriale", emerge proprio attraverso la comparazione con il *tertium*, riempiendo così di contenuti una valutazione che rischia di limitarsi a constatare la sensazione di ingiustizia che sta alla base delle valutazioni che prescindono dalle comparazioni. Insomma, che lo si concepisca come fulcro del ragionamento oppure come argomento *ad adiuvandum*, il *tertium* viene sempre in gioco e quando viene in gioco è in grado di esibire razionalmente e argomentativamente il carattere manifesto della irragionevolezza.

³¹ D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., p. 53; F. PALAZZO, *L'illegittimità costituzionale della legge penale e le frontiere della democrazia*, in *Legisl. pen.*, 2020, p. 10 ss.; V. MANES, *Il controllo di costituzionalità e il congedo dalle "rime obbligate": il difficile equilibrio tra legalità penale e proporzionalità*, in *Ind. pen.*, § 4.1 ss.; G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 356; nonché, volendo, R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul quantum di pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 967 ss.

³² In questo senso già la prima pronuncia sulle scelte di criminalizzazione Corte cost. n. 64/1961 in tema di adulterio. Inoltre, tra le tante: Corte cost. n. 333/1991, n. 133/1992, n. 308/1992, n. 296/1996, n. 360/1995, n. 109/2016 (in tema di stupefacenti); nonché Corte cost. n. 41/2009, n. 250/2010, n. 359/2010 (in tema di immigrazione); Corte cost. n. 56/2016 (abuso paesaggistico).

Ciò posto, sembrano essere altri i limiti del giudizio estrinseco. Anzitutto, si deve osservare come esso possa operare là dove lo stesso sistema nel suo complesso abbia e mantenga una sua coerenza di massima. Là dove invece tende a farsi particolarmente incoerente, diviene molto più difficile e complesso intervenire³³. Insomma, proprio perché criterio ermeneutico e sistematico, esso presuppone l'esistenza di un sistema comunque razionale nelle sue linee portanti. Ed ecco perché, proprio negli ultimi anni, in presenza di un sistema sempre più squassato da politiche populistiche, sia emersa la necessità di prescindere da comparizioni e di compiere anche giudizi intrinseci.

E il sistema salta quando si attuano politiche criminali basate sul mero innalzamento delle comminatorie edittali, quando cioè fattispecie di riferimento finiscono per avere pene elevatissime (si pensi alle pene relative agli stupefacenti, ai furti e all'omicidio stradale) oppure quando più fatti esprimenti diverso disvalore vengono puniti con pene omogenee (si pensi ai compassi edittali delle fattispecie a contrasto dei fenomeni corruttivi). Inoltre, il sistema salta allorché paradigmi che nella sostanza si basano sull'eccezione vengono sempre più regolarizzati attraverso l'estensione del loro ambito applicativo a reati – per così dire – della normalità (si pensi alla confisca allargata, alle misure di prevenzione e alla disciplina del 4-*bis* dell'ord. pen.). E d'altra parte, ciò nonostante, permangono comunque margini per giudizi triadici. Così, ad esempio, si deve ritenere sproporzionato il minimo di otto anni della pena dell'omicidio stradale di cui all'art. 589-*bis*, comma 2, c.p., rispetto al minimo di quattro e sei anni delle ipotesi dolose di cui agli artt. 578 e 579 c.p., soprattutto se si considera che la disciplina di cui all'art. 590-*quater* c.p. sottrae le circostanze dell'omicidio stradale, oltretutto indipendenti, al bilanciamento.

In secondo luogo, si deve considerare che l'intervento di ridefinizione e ristemazione della Corte è pur sempre puntuale, «sicché spesso capita che la manipolazione sani certo un vizio di costituzionalità ma inserisca un elemento addirittura distonico nell'ordito legislativo che rimane espressione dell'originaria e diversa scelta legislativa complessiva»³⁴, con la conseguenza che la soluzione adottata può generare ulteriore e maggiore disfunzionalità. Insomma, l'intervento della Corte può risolvere una asimmetria, ma può generarne un'altra.

³³Utile ricordare Corte cost. n. 22/2007, dove nell'affrontare la questione di legittimità dell'art. 14, comma 5-*ter*, d.lgs. n. 286/1998 nella parte in cui prevede la pena della reclusione da uno a quattro anni nei confronti di chi senza giustificato motivo si trattiene nel territorio dello Stato, la Corte non esita ad affermare che essa «non può, in ogni caso, procedere ad un nuovo assetto delle sanzioni penali stabilite dal legislatore, giacché mancano nell'attuale quadro normativo *in subiecta materia* precisi punti di riferimento che possano condurre a sostituzioni costituzionalmente obbligate».

³⁴F. PALAZZO, *Relazione introduttiva. La rieducazione: un bilancio sommario*, in A. MENGHINI-E. MATTEVI (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Atti del Convegno, Trento 21-22 gennaio 2022, Trento, p. 12.

Infine, il *tertium* risulta un criterio che non esitiamo a definire impegnativo non solo sul piano tecnico, ma anche su quello assiologico-argomentativo imponendo uno sforzo costante a indagare le *rationes* e a rileggerle alla luce della Costituzione. E siccome finisce per essere anche maggiormente esplicativo, evidenziando la presa di posizione valoriale operata dalla Corte, la stessa Corte può essere restia a compiere un'operazione così gravosa che la espone a un vaglio critico da parte dei giudici, del legislatore e più in generale dell'opinione pubblica.

4. *Il giudizio intrinseco funzionale basato sulla coerenza del mezzo rispetto allo scopo rieducativo*

Sarebbe davvero arduo compiere una ricostruzione sistematica della giurisprudenza costituzionale che in tema di pena si basa sul sindacato intrinseco funzionale della coerenza del mezzo rispetto allo scopo rieducativo³⁵.

Si tratta della giurisprudenza che ha dato i maggiori frutti in termini di risultati anche quantitativi. Ed infatti si è rivelata di straordinaria efficacia la combinazione della ragionevolezza/proporzione con la rieducazione. Si potrebbe parlare dell'incontro delle due novità più significative offerte dal nostro costituzionalismo.

Inoltre, non si può fare a meno di evidenziare come esigenze rieducative e pericolosità sociale vengano se non a identificarsi, quanto meno a incrociarsi, per la semplice ragione che la pericolosità sociale può essere concepita anche come mancanza o mancata rieducazione o comunque come permanenza di elementi che, lasciando sussistere il pericolo di commissione di nuovi reati, esprimono anche l'esigenza o il fallimento di un percorso rieducativo. Con la conseguenza che il tema si estende ai sistemi basati per l'appunto sulla pericolosità sociale.

In estrema sintesi, si può compiere la seguente razionalizzazione. Anzitutto, il giudizio intrinseco funzionale consente di aggredire le pene fisse e a noi pare che il colpo che può essere assestato a questa forma di comminatoria sia addirittura mortale. In particolare, sul punto la Corte costituzionale risulta ancora molto prudente, facendo leva su una lettura – per così dire – oggettiva della proporzione:

«ogni fattispecie sanzionata con pena fissa (qualunque ne sia la specie) è per ciò solo “indiziata” di illegittimità; tale indizio potrà essere smentito soltanto in

³⁵Per un quadro di sintesi, fino agli inizi di questo Millennio, cfr. G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione editale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, p. 131 ss.; C.E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, *ivi*, p. 147 ss.

seguito a un controllo sulla struttura della fattispecie di reato che viene in considerazione, attraverso la puntuale dimostrazione che la peculiare struttura della fattispecie la renda “proporzionata” all’intera gamma dei comportamenti tipizzati»³⁶.

Tuttavia, la Corte potrebbe rendere ancor più completo e penetrante il suo ragionamento, se solo lo aprisse anche alla prospettiva soggettiva, o meglio, maggiormente personalistica e attenta al concreto esercizio della discrezionalità giudiziale, leggendo quindi il principio di proporzione in connessione non soltanto con il principio di personalità della responsabilità penale, ma per l’apunto anche con il principio di rieducazione di cui all’art. 27, comma 3, con il risultato finale di affermare in termini – per così dire – ben più assoluti la contrarietà delle pene fisse ai principi costituzionali.

Ed infatti, attraverso questa saldatura della proporzione con la persona e le sue esigenze di risocializzazione, le pene che hanno un *quantum* fisso entrano necessariamente in crisi, perché, anche là dove si dicesse che sul piano oggettivo la pena risulta proporzionata all’intera gamma dei comportamenti oggettivi tipizzati dal legislatore, è tuttavia indiscutibile che, sul piano personalistico e in concreto, la pena può esigere modulazioni differenti a seconda della personalità del soggetto e delle esigenze special-preventive che essa esprime. Potendosi così abbandonare anche quell’orientamento che fa salva la fissità là dove v’è la previsione di pene pecuniarie fisse congiunte a pene detentive graduabili perché dotate di forbice edittale³⁷.

In secondo luogo, occorre fare riferimento agli automatismi applicativi che riguardano l’*an* e che pertanto o comportano l’applicazione automatica di disposizioni di sfavore oppure l’esclusione automatica di norme di favore. Sotto il primo profilo, si pensi alle sentenze in tema di recidiva³⁸ e di pene accessorie³⁹ o di revoca amministrativa della patente di guida⁴⁰. Sotto il secondo profilo, si consideri la copiosa giurisprudenza in tema di art. 4-*bis* ord. pen.⁴¹.

Su questo fronte, particolare attenzione meritano le blindature del bilanciamento delle circostanze. La Corte ha aperto sempre più margini per affermare l’illegittimità delle blindature del bilanciamento⁴², ma continua a compiere dei

³⁶ Corte cost. n. 222/2018. In argomento cfr. anche Corte cost. n. 185/2021 e n. 50/1980.

³⁷ Corte cost. n. 136/2020; Corte cost. (ord.) n. 91/2008; Corte cost. n. 475/2002; Corte cost. n. 188/1982.

³⁸ Corte cost. n. 192/2007; Corte cost. n. 185/2015.

³⁹ Corte cost. n. 102/2020.

⁴⁰ Corte cost. n. 22/2018.

⁴¹ Corte cost. n. 306/1993; Corte cost. n. 357/1994; Corte cost. n. 68/1995; Corte cost. n. 504/1995; con riferimento al c.d. ergastolo ostativo, cfr. Corte cost. n. 253/2019; Corte cost. n. 97/2021.

⁴² Si v. in particolare l’orientamento che ha dichiarato in più occasioni l’illegittimità costituzionale dell’art. 69, comma 4, c.p., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza di determinate

distinguo⁴³. Ebbene, al pari di quanto accade per le pene fisse, si deve osservare come il meccanismo della blindatura del bilanciamento tenda a porsi *tout court* in fortissima tensione con la ragionevolezza, sia perché la non prevalenza delle circostanze attenuanti o la loro necessaria soccombenza costituiscono una rigida presunzione che impedisce una valutazione di possibili indici concretamente preminenti e che quindi contraddicono la stessa presunzione; sia perché con la blindatura del bilanciamento si preclude la valutazione della gravità delle singole circostanze che può essere apprezzata solo in concreto e che sta alla base del bilanciamento (circostanze attenuanti particolarmente tenui prevalgono su aggravanti di gravità tenue o lieve; circostanze aggravanti particolarmente gravi prevalgono su circostanze attenuanti di tenuità lieve o media).

Al contrario, si deve ritenere del tutto legittima la disciplina che, invece di blindare il bilanciamento, deroga al bilanciamento, sancendo che le circostanze attenuanti non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto ad aggravanti e che le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti⁴⁴.

Inoltre, si considerino le preclusioni basate su una presunzione assoluta di pericolosità sociale. Sul punto pare opportuno distinguere⁴⁵. Da un lato, vi sono preclusioni fondate sui limiti e sulle tipologie di pena, operanti quali criteri legali di determinazione in astratto del campo applicativo degli istituti risocializzati, preclusioni che si possono considerare tendenzialmente legittime, a meno che non si rivelino disfunzionali:

circostanze attenuanti sulla circostanza aggravante della recidiva reiterata di cui all'art. 99, comma 4, c.p.: Corte cost. n. 252/2012 (lieve entità stupefacenti); Corte cost. n. 105/2014 (lieve entità ricettazione); Corte cost. n. 106/2014 (lieve entità violenza sessuale); Corte cost. n. 205/2017 (lieve entità bancarotta fraudolenta); Corte cost. n. 120/2017 (diminuente seminfermità, dichiarata inammissibile); Corte cost. n. 145/2018 (diminuente infermità, dichiarata inammissibile); Corte cost. n. 55/2021 (attenuante concorso anomalo); Corte cost. n. 143/2021 (lieve entità sequestro di persona a scopo di estorsione). In argomento cfr. D. PULITANÒ, *Bilanciamento di circostanze. Problemi di legittimità costituzionale (nota a C. Cost. 17 luglio 2017, n. 205)*, in *Giur. cost.*, 2017, p. 1797. V. anche Corte cost. n. 38/1985; Corte cost. n. 194/1985, con le quali la Corte ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'una e dell'altra disposizione accedendo a un'interpretazione adeguatrice secondo cui il giudice poteva sì tener conto delle attenuanti, ma solo dopo aver calcolato l'aggravamento di pena per la circostanza aggravante privilegiata.

⁴³ Corte cost. n. 88/2019, che, in tema di omicidio stradale, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità dell'art. 590-*quater* c.p. nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza e di equivalenza dell'attenuante di cui all'art. 589-*bis* c.p.

⁴⁴ Corte cost. n. 117/2021, dove si è dichiarata infondata la questione di legittimità dell'art. 624-*bis*, comma 4, c.p., in quanto se da un lato è precluso anche il giudizio di equivalenza oltre che di prevalenza, così rafforzandosi il "privilegio" delle aggravanti, dall'altro è però stabilito che le diminuzioni di pena per le attenuanti siano comunque apportate, a valere «sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alle predette circostanze aggravanti». La sentenza merita particolare attenzione anche per la comparazione tra furto in abitazione e furto con strappo.

⁴⁵ Cfr. F. PALAZZO, *Relazione introduttiva*, cit., p. 9 s. (del dattiloscritto).

«in questo caso, i limiti legali sono l'espressione di un bilanciamento tra le diverse funzioni della pena, che [...] non può mai sacrificare interamente la rieducazione ma ben può contemplarla con la funzione di difesa sociale e col carattere retributivo»⁴⁶.

Inoltre, risultano tendenzialmente plausibili preclusioni derivanti da una eventuale "responsabilità" del condannato, a seguito, ad esempio, di una precedente revoca di misure alternative⁴⁷.

Dall'altro lato, vi sono preclusioni dove la presunzione assoluta di pericolosità viene desunta dal mero titolo di reato o – peggio ancora – da uno *status* o qualità soggettiva dell'autore: ebbene, non solo la tipologia di reato di per sé considerata è inconferente con la pericolosità soggettiva⁴⁸, ma il meccanismo presuntivo contrasta con la concretezza necessaria ai giudizi prognostici di pericolosità⁴⁹, con la conseguenza che queste preclusioni dovrebbero essere dichiarate radicalmente illegittime.

Ed ancora, non si può fare a meno di osservare come la prospettiva teleologica combinata con la specificità del destinatario abbia portato alla costruzione di veri e propri sistemi a sé stanti. Si pensi ad esempio alla figura del minore e alle sue specificità, la valorizzazione delle quali ha comportato addirittura la dichia-

⁴⁶ Cfr. Corte cost. n. 41/2018, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 5, c.p.p., nella parte in cui non prevede che l'ordine di sospensione della pena debba essere emesso anche nei casi di pena non superiore a quattro anni di detenzione.

⁴⁷ Corte cost. n. 173/2021, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità relativa all'art. 58-*quater*, commi 1, 2 e 3, ord. pen., nella parte in cui prevedono che non possa essere concesso, per la durata di tre anni, l'affidamento in prova al servizio sociale al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di altra misura alternativa: «il divieto triennale, previsto dalle disposizioni censurate, di concessione di benefici e misure alternative conseguente alla revoca di altra misura alternativa precedentemente concessa – evidentemente pensato dal legislatore in chiave di deterrenza contro eventuali violazioni delle prescrizioni inerenti alla misura – si fonda, piuttosto, sul puntuale riscontro da parte dello stesso tribunale di sorveglianza di specifiche violazioni commesse dal condannato durante il godimento della misura medesima». In argomento v. anche Corte cost. sentenze n. 436/1999 e n. 187/2019, di accoglimento, ma relative ai minori e a ipotesi di detenzione domiciliare.

⁴⁸ Corte cost. n. 149/2018, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, comma 4, ord. pen., nella parte in cui prevede che i condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 630 c.p., che abbiano cagionato la morte del sequestrato, non siano ammessi ad alcuno dei benefici indicati nel comma 1 dell'art. 4-*bis* se non abbiano effettivamente espiato almeno ventisei anni di pena. Sempre sull'art. 4-*bis* ord. pen., v. Corte cost. n. 306/1993; Corte cost. n. 357/1994; Corte cost. n. 68/1995; Corte cost. n. 504/1995; nonché, di infondatezza, Corte cost. n. 50/2020.

⁴⁹ V. Corte cost. n. 56/2021, che ha dichiarato illegittimo l'art. 47-*ter*, comma 01, ord. pen., nella parte in cui prevede che i condannati ultrasessantenni che abbiano riportato condanne con l'aggravante della recidiva non possono usufruire della misura della detenzione domiciliare. Tuttavia, sempre in tema di recidiva, v. Corte cost. n. 133/1980; Corte cost. n. 361/1991; Corte cost. (ord.) n. 393/1993, che hanno ritenuto legittima l'esclusione dei recidivi dalla concessione della sospensione condizionale della pena.

razione di illegittimità costituzionale di comminatorie edittali, come accaduto per l'ergastolo⁵⁰.

5. Il giudizio intrinseco “valoriale” basato sulla comparazione diretta tra disvalore del fatto e afflittività della pena

Siamo giunti così al giudizio che potremmo definire intrinseco valoriale, per certi aspetti “assoluto”, caratterizzato da un raffronto diretto tra il disvalore del fatto e il contenuto afflittivo della pena corrispondente. Per lunghi anni si è dubitato della stessa possibilità di compiere tale giudizio, in considerazione della disomogeneità dei termini del raffronto, per cui, in assenza di una comparazione, non si sarebbe in grado di stabilire se una determinata pena sia proporzionata al disvalore di un determinato fatto.

Tuttavia, di recente la Corte ha iniziato a compiere giudizi intrinseci⁵¹. Abbiamo già visto come in realtà molte sentenze che si ritengono espressive di un congedo dal *tertium* non siano tali. Ed infatti, le sentenze n. 341/1994, n. 236/2016 e n. 40/2019, a ben vedere, continuano a basarsi sul *tertium comparationis*, di sicuro verbalmente svilito e collocato sullo sfondo, ma che resta comunque alla base dell'evidenza dell'irragionevolezza. E a tali sentenze, come vedremo, si possono aggiungere le più recenti n. 63/2022 e n. 95/2022. Inoltre, la sentenza n. 222/2018 attiene alla fissità della pena, la quale, più che problemi di proporzione, pone un problema di individualizzazione del trattamento sanzionatorio, come dimostrato anche dall'esito della sentenza che non elimina i dieci anni di possibile durata della pena accessoria, ma corregge la disciplina introducendo una discrezionalità nella commisurazione.

Le sentenze che si muovono in una prospettiva autenticamente intrinseca sembrano essere altre. Si pensi, anzitutto, alla sentenza n. 112/2019, che ha dichiarato illegittima una disciplina sanzionatoria amministrativa nella parte in cui prevedeva, in aggiunta ad una sanzione pecuniaria, la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, e non del solo profitto. Inoltre, basata su un giudizio intrinseco si può considerare la sentenza n. 156/2020, dove si è ritenuto irrazionale non ricomprendere nell'ambito applicativo dell'art. 131-*bis* c.p. ipotesi di reato che il legislatore considera già di per sé tenui, come dimostrato dalla comminatoria di un minimo edittale davvero esiguo, costituito dalla reclusione pari a 15 giorni. Infine, si consideri la sentenza n. 28/2022, relativa al minimo della pena pecuniaria

⁵⁰ Corte cost. n. 168/1994.

⁵¹ Per una solida e completa teorizzazione di questo sindacato, cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021; nonché N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2020.

sostitutiva e che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 53, comma 2, l. n. 689/1981, nella parte in cui prevede che il valore giornaliero non può essere inferiore a 250 euro anziché a 75 euro.

Vero punto problematico dei giudizi intrinseci diviene senza dubbio il parametro, per la semplice ragione che, trattandosi proprio di giudizio intrinseco, esso tende a farsi altamente valutativo. Ebbene, a me pare che non ci si possa accontentare di criteri quali l'evidenza o la percezione della sproporzione. L'evidenza, infatti, finisce per essere un criterio del tutto tautologico e privo di giustificazione, non potendosi non ribadire come molto spesso sia proprio la comparazione a rendere evidente la sproporzione. La percezione rischia di soggettivizzare la valutazione, soprattutto se si assume come punto di riferimento il potenziale destinatario del trattamento⁵².

Piuttosto, a nostro avviso, occorre compiere uno sforzo che consenta di individuare criteri per misurare la razionalità valoriale. Un primo criterio potrebbe attenersi alla comparazione tra la tipologia di bene sul quale incide il disvalore del fatto e la tipologia di bene sul quale incide il contenuto afflittivo della pena, non potendo non tornare alla mente le considerazioni che Franco Bricola formulò nella voce sulla Teoria generale del reato⁵³.

In questa prospettiva, emblematica la vicenda della pena di morte in America, dove la sproporzione di tale pena che incide sulla vita è stata riscontrata allorché era comminata rispetto a fatti che invece offendevano beni giuridici diversi dalla vita, come ad esempio l'incolumità e la libertà sessuale, con la conseguenza che si veniva a creare un disallineamento tra il bene diverso dalla vita offeso dal reato e il bene vita compromesso dalla pena. Non solo, ma a complemento di questo ragionamento, proprio nel momento in cui all'interno del nostro ordinamento è stata bandita la pena di morte anche per fatti che offendono la vita, si potrebbe osservare come la proporzione necessiti di una pena che in qualche modo risulta comunque meno afflittiva e offensiva del disvalore del fatto, come se l'ordinamento non si potesse mai porre sullo stesso piano del reo.

Il secondo criterio intrinseco potrebbe riguardare il cumulo sanzionatorio, per cui risulta irragionevole andare a punire uno stesso fatto attraverso una pluralità di pene tutte afflittive che sommandosi finiscono per dare luogo a un trattamento sanzionatorio particolarmente consistente, soprattutto quando a una pena pecuniaria già di per sé afflittiva, si aggiunge un'altra sanzione pecuniaria che mantiene un carattere afflittivo. E non può non venire alla mente il princi-

⁵² Cfr. F. PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in G. CONTE-S. LANDINI (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di G. Furguele*, Tomo I, Universitas Studiorum, Mantova, 2017, pp. 311-327.

⁵³ F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss.D.I.*, vol. XIX, Utet, Torino, 1974, p. 9 ss.

prio del *ne bis in idem*, che infatti sta sempre più assumendo i connotati di un principio di proporzione.

In questa prospettiva sembra essersi orientata la sentenza n. 112/2019, la quale, però, a tratti, in termini eccessivamente perentori, sembra escludere la possibilità *tout court* che il legislatore possa utilizzare una confisca concepita in termini punitivi, soluzione che non ci sentiamo di condividere in quanto determinerebbe un eccessivo vincolo al legislatore. Insomma, sarebbe ben possibile e plausibile prevedere una confisca anche punitiva là dove il fatto viene punito con una pena privativa della libertà personale.

Altra questione ancora, relativa non solo a tutte le tipologie di confisca, ma anche alle pene pecuniarie proporzionali, e quindi più in generale a tutte quelle sanzioni patrimoniali che alla fin fine mutuano il *quantum* afflittivo dalla situazione concreta, è se non sia opportuno richiedere comunque per queste sanzioni l'individuazione di un limite oltre il quale non è possibile comunque andare.

Infine, non è da escludersi l'apertura a valutazioni che non esito a definire socio-empiriche: così, ad esempio, nel dichiarare l'illegittimità della pena pecuniaria sostitutiva nella parte in cui prevede che il valore giornaliero non può essere inferiore a 250 euro, la Corte ha osservato che tale quota giornaliera «è all'evidenza ben superiore a quella che la gran parte delle persone che vivono oggi nel nostro Paese sono ragionevolmente in grado di pagare, in relazione alle proprie disponibilità reddituali e patrimoniali», con la conseguenza finale che «la disposizione censurata ha finito per trasformare la sostituzione della pena pecuniaria in un privilegio per i soli condannati abbienti».

6. Il rapporto tra giudizio estrinseco e giudizio intrinseco

Da quanto detto fin qui, emerge evidente come giudizio triadico e giudizio intrinseco non solo non siano di per sé illegittimi, ma piuttosto siano destinati a concorrere e a cooperare, incrementando spazi di sindacato e argomentazioni a supporto delle decisioni.

Certo, non c'è dubbio, si tratta di giudizi strutturalmente diversi, se non addirittura alternativi. L'estrinseco, come abbiamo visto, è ermeneutico, assiologico e sistematico; l'intrinseco tende invece a farsi simile alle valutazioni che sono proprie del legislatore. L'estrinseco, in quanto relazionale, è più flessibile e dialogico; l'intrinseco, in quanto assoluto, si irrigidisce e si radicalizza. L'estrinseco si accosta alla Costituzione mediante il filtro del *tertium* nel senso che la norma della cui legittimità si discute non è messa direttamente a contatto con il principio ma viene accostata ad altra norma appartenente al sistema vigente ed entrambe le norme sono lette/rilette assiologicamente alla luce della Costituzione; l'intrinseco invece finisce per porre la norma suscettibile di illegittimità direttamente a contatto con l'esigenza di limite al potere punitivo espressa dalla pro-

porzionalità. L'estrinseco dialoga con tutti i poteri, sia con il giudice che con il legislatore: in quanto assiologico/ermeneutico con il giudice, ma in quanto assiologico/sistematico con il legislatore; l'intrinseco si relaziona direttamente con il legislatore e più che dialogarci, tende a imporre una determinata visione che non lascia molto spazio alla discrezionalità legislativa, come se alla valutazione del legislatore si sostituisse la valutazione più congrua formulata non solo e non tanto dalla Corte, ma dalla giurisdizione nel suo complesso, capace di interpretare meglio le esigenze sociali che in questa fase storica devono essere soddisfatte.

Tuttavia, nonostante questa diversità e forse proprio grazie a questa diversità, i due giudizi sono destinati a cumularsi e a rafforzarsi a vicenda. Questo appare in modo evidentissimo là dove il problema di proporzione si pone rispetto alle comminatorie edittali, come dimostrato dalle recenti sentenze n. 63/2022 e n. 95/2022.

Nella prima sentenza⁵⁴, anzitutto si utilizza una comparazione storica che consente di mettere in evidenza l'*escalation* afflittiva. In secondo luogo, sempre su un piano intrinseco si evidenzia come il minimo sia stato quintuplicato e il massimo triplicato. Infine, la Corte indaga la *ratio* dell'incremento introducendo la comparazione tra le diverse tipologie di circostanze.

Ebbene, in ordine a quest'ultimo profilo, la Corte finisce per compiere una sapiente comparazione di sistema tra diverse tipologie di condotte con conseguente diverso ruolo dello straniero, delineando così diversi tipi criminosi: da un lato, vi sono condotte altruistiche, dove gli interessi dell'immigrato risultano estranei al fuoco della tutela apprestata dalla disposizione, tutta incentrata sul bene giuridico dell'ordinata gestione dei flussi; dall'altro lato, vi sono condotte realizzate a scopo di lucro da gruppi criminali organizzati, dove lo straniero asurge a titolare di altri beni giuridici di volta in volta tutelati.

Alla luce di questo quadro, del tutto evidente come particolarmente gravi siano le condotte del secondo tipo, mentre le prime esprimono un disvalore decisamente inferiore che non può non richiedere un trattamento sanzionatorio più mite. Da osservare come, ancora una volta, la questione sia assiologica e connessa a una concezione del contrasto all'immigrazione o in termini meramente pubblicistici, come contrasto al fenomeno immigratorio in quanto tale, con conseguente parificazione di tutte le condotte che agevolano l'immigrazione oppure in termini anche personalistici, distinguendo tra le ipotesi di contrasto allo sfruttamento delle condizioni di vulnerabilità degli immigrati dalle ipotesi meno gravi di "mera" immigrazione irregolare.

⁵⁴ Corte cost. n. 63/2022 ha dichiarato illegittimo l'art. 12, comma 3, lett. d), d.lgs. 286/1998 (t.u. immigrazione), limitatamente alle parole «o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti». All'esito della caducazione dell'aggravante, tali condotte sono destinate a rientrare nella fattispecie base di cui all'art. 12, comma 1, t.u. immigrazione, che prevede la reclusione da uno a cinque anni.

Sulla stessa scia si colloca la sentenza n. 95/2022⁵⁵: se, da un lato, si ribadisce il carattere intrinseco della sproporzione, dall'altro lato, tale sproporzione emerge proprio nel momento in cui si procede a una comparazione tra gli atti di pubblica indecenza e gli atti osceni in luogo pubblico a carattere colposo: magistralmente la Corte chiude la motivazione affermando che

«per quanto la condotta integrante l'illecito di atti osceni colposi sia caratterizzata, dal punto di vista materiale, dal necessario coinvolgimento della sfera sessuale da parte dell'agente, che resta invece estranea agli atti contrari alla pubblica decenza, la natura meramente colposa della condotta – evidenziata dall'assenza di consapevolezza, da parte di chi pone in essere la condotta, della percepibilità da parte di terzi dell'atto sessuale compiuto – esclude in radice quella dimensione aggressiva posseduta, invece, dagli atti sessuali deliberatamente compiuti in pubblico, spesso diretti verso una o più vittime determinate. La visione involontaria di atti sessuali compiuti da altri senza alcuna intenzione aggressiva o comunque maliziosa nei confronti di terzi potrà, al più, ingenerare nello spettatore un senso di fastidio e di molestia sostanzialmente analogo a quello provocato dalla generalità degli atti inurbani e scostumati riconducibili, appunto, alla fattispecie di atti contrari alla pubblica decenza».

Con la conseguenza che risulta del tutto plausibile punire gli atti contrari alla pubblica decenza con la stessa pena degli atti osceni colposi.

Le cose stanno in termini leggermente diversi soprattutto quando oggetto di legittimità sono norme a carattere – per così dire – generale, dove la stessa comparazione tende a farsi più ardua. Ebbene, in queste ipotesi non c'è da meravigliarsi se opera soprattutto il giudizio intrinseco.

7. Il rapporto tra rime obbligate e rime adeguate

Un discorso analogo a quello compiuto per il rapporto che intercorre tra giudizio estrinseco e giudizio intrinseco può essere svolto per la dicotomia rime obbligate/rime adeguate. Pure in questo caso, le due soluzioni si possono considerare non solo “legittime”, ma anche destinate a concorrere e interagire.

Da un lato, non si può fare a meno delle rime obbligate, non soltanto perché si tratta di soluzioni che limitano la discrezionalità della stessa Corte, ma anche perché sono strumenti – per così dire – di ontologica razionalità giuridica, che consentono di raggiungere agilmente punti di equilibrio, facendo penetrare la Costituzione nell'ordinamento senza alterare il sistema, ma adattandolo progres-

⁵⁵Corte cost. n. 95/2022 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 726 c.p., come sostituito dall'art. 2, comma 6, d.lgs. n. 8/2016, nella parte in cui prevede la sanzione amministrativa pecuniaria «da euro 5.000 a euro 10.000» anziché «da euro 51 a euro 309», vale a dire la stessa sanzione comminata per la fattispecie di atti osceni in luogo pubblico a carattere colposo.

sivamente, là dove c'è bisogno, ad essa. Inoltre, dire che le rime obbligate limitano lo spazio di sindacato della Corte non è del tutto corretto, se si considera che è proprio grazie all'esito basato sul rapporto tra le norme di *species a genus* che si possono sindacare le discipline *in bonam partem*, l'illegittimità delle quali determina effetti *in malam partem*⁵⁶.

Dall'altro lato, non si può fare a meno neppure delle rime adeguate. Anzitutto, come abbiamo visto, possono darsi ipotesi in cui effettivamente non esistono soluzioni obbligate mentre esistono soltanto soluzioni adeguate: si pensi al caso in cui si ritenga illegittimo un minimo edittale contenuto in una disposizione a carattere generale, rispetto alla quale sarà molto difficile che possa operare il rapporto tra norme di *species a genus*⁵⁷. In secondo luogo, non è da escludere che l'esistente rima obbligatoria si riveli a sua volta affetta da illegittimità costituzionale, con la conseguenza che si deve fare riferimento alle rime adeguate: si pensi alla vicenda di incostituzionalità della pena accessoria fissa in ambito fallimentare, dove la Corte costituzionale, invece di adottare la soluzione obbligatoria di applicare la disciplina generale prevista per la durata delle pene accessorie dall'art. 37 c.p. e caratterizzata da un certa fissità in tensione con il principio di individualizzazione della pena (durata della pena accessoria identica a quella della pena principale), ha optato per un trattamento mutuato da un'altra disposizione speciale contenuta nella legge fallimentare e che consentiva una commisurazione in concreto (durata della pena accessoria "fino a")⁵⁸. Infine, non si può non ricordare l'ipotesi più problematica in cui due situazioni diverse sono trattate in modo eguale: se il *tertium* serve per mostrare l'illegittimità, tuttavia esso non può essere utilizzato per individuare la pena legittima, con la conseguenza che si aprono le tre seguenti opzioni: o si dichiara l'illegittimità e si fa riferimento alla soluzione obbligatoria del minimo edittale generale⁵⁹; oppure si di-

⁵⁶ Corte cost. n. 394/2006.

⁵⁷ V. Corte cost. n. 28/2022.

⁵⁸ Corte cost. n. 222/2018. Mi permetto di osservare come la soluzione raggiunta dalla Corte potesse essere raggiunta anche con un'altra strada forse più agevole, vale a dire dichiarando la fissità in contrasto con la individualizzazione e quindi aggiungendo "obbligatoriamente" il "fino a" per consentire di attuare il principio di rieducazione. In argomento, cfr. R. BARTOLI, *Dalle rime obbligate alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 2572 s.

⁵⁹ Corte cost. n. 341/1994, ma contro questa soluzione Corte cost. n. 81/2014, dove si afferma che «né, d'altra parte, il parametro cui agganciare l'intervento di riequilibrio potrebbe essere rappresentato dalle norme generali sull'entità minima dei diversi tipi di pena (nella specie, gli artt. 23 e 24 c.p.), per la semplice ragione che – come già detto – l'allineamento a tali minimi è esso stesso una scelta non "a rime obbligate". È evidente, in effetti, che, se si avallasse il *modus operandi* caldeggiato dal rimettente, si verrebbe ad affermare un principio inaccettabile: e, cioè, che tutte le volte in cui si riscontri che due reati di diversa gravità sostanziale sono puniti con pene eguali la pena minima del reato meno grave dovrebbe essere ridotta (nel caso di delitto punibile con pene congiunte) a quindici giorni di reclusione e ad euro cinquanta di multa».

chiara l'illegittimità e si trovano soluzioni adeguate⁶⁰; oppure si dichiara l'illegittimità con ablazione "secca" della disposizione censurata, con la conseguenza, però, che la dichiarazione di illegittimità del trattamento sanzionatorio finisce per estendersi nella sostanza anche al precetto che tuttavia di per sé non è affetto da illegittimità.

Ancora una volta, quindi, rime obbligate e rime adeguate divengono due strumenti che possono essere impiegati dalla Corte e il tema diventa come scegliere tra queste soluzioni, nella consapevolezza che esse esprimono significati decisamente diversi, in quanto le rime obbligate risultano più vincolanti perché "automaticamente" offerte dal sistema, mentre le seconde sono contraddistinte da una maggiore valutatività e destinate a volte a rimodellare il sistema⁶¹.

Ebbene, a me pare che la Corte debba operare con grande prudenza, privilegiando soluzioni obbligate rispetto a quelle adeguate, le quali vengono quindi adottate come *extrema ratio*. Là dove sono presenti più soluzioni e si decide di non privilegiare le rime obbligate, non solo il distacco dalle obbligate, ma anche la scelta di quella adeguata che si adotta devono essere spiegati molto bene. Una cosa è certa, nel presupposto che la scelta deve avvenire tra soluzioni tutte costituzionalmente legittime e tutte in vigore⁶².

E tuttavia la scelta non è poi così semplice, come potrebbe apparire a prima vista. Da un lato, infatti, risulta molto rischioso utilizzare il criterio della soluzione maggiormente conforme a Costituzione, perché si rischia di creare un precedente destinato a vincolare anche le scelte future. Dall'altro lato, fuori da tale criterio, finisce per operare la mera discrezionalità. Con la conseguenza che non si può che consigliare massima prudenza alla Corte ogni volta che decide di andare a compiere una scelta tra soluzioni adeguate.

D'altra parte, a ben vedere, il tema è destinato a illuminarsi di una luce nuova nel momento in cui si considera che di recente, nelle ipotesi che si potrebbero considerare le più problematiche di tutte, e cioè quelle in cui non solo manca una soluzione obbligatoria, ma mancano anche soluzioni adeguate, la Corte ha abbandonato la strada della inammissibilità, inaugurando un nuovo orientamento dove non si esita ad adottare l'ablazione secca dell'intera disposizione censura-

⁶⁰ Corte cost. n. 99/2019, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter, comma 1-ter, ord. pen., nella parte in cui non prevede che, nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza possa disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 del medesimo art. 47-ter, differenziando nettamente (ecco il *tertium*) il trattamento del non imputabile pericoloso destinato alle rems, da quello dell'imputabile con infermità sopravvenuta.

⁶¹ Non si può non ricordare il seguito della Corte cost. n. 222/2018, che ha reso necessario l'intervento delle Sezioni Unite, le quali con la sentenza n. 28910/2019 hanno stabilito un nuovo principio generale, per cui «le pene accessorie per le quali la legge indica un termine di durata non fissa devono essere determinate in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'art. 133 c.p.».

⁶² Diversamente Corte cost. n. 40/2019, che ha optato per una soluzione non più in vigore.

ta⁶³, con la conseguenza che l'illegittimità della pena finisce per estendersi anche al precetto che tuttavia non è affetto da illegittimità.

Ebbene, se da un lato la svolta rivela come ormai l'obiettivo di eliminare ipotesi di illegittimità sia assolutamente preminente, complice anche la costante inerzia del legislatore a dare risposta ai moniti, dall'altro lato, ci si rende conto come obbligate e adeguate sono soluzioni che entrambe giocano – per così dire – a favore del legislatore, visto che l'ablazione secca comporta in definitiva anche il travolgimento del precetto e quindi la creazione di veri e propri vuoti di tutela.

Insomma, andando ancora più a fondo, si può osservare come le rime adeguate, soprattutto quando adottate in assenza di soluzioni obbligate, non siano “contro” il legislatore e le sue scelte, ma piuttosto a favore. E, a ben vedere, ancora una volta, nulla di nuovo sotto il sole, se si considera che le rime adeguate per il sanzionatorio operano alla stessa stregua degli interventi manipolativi per il reato. Insomma, da un lato, le rime adeguate, come le sentenze manipolative, finiscono per lasciare vigente la norma; dall'altro lato, adeguando e manipolando la disciplina, il risultato ultimo al quale si tende è quello dell'equilibrio, di una apertura prudente, di un muoversi sulla scia del legislatore, per cui la Costituzione entra nell'ordinamento dialogando con il legislatore, mantenendo in vita il precetto e mutuando soluzioni dallo stesso.

Sul piano del reato, si consideri la sentenza sull'*ignorantia legis*, che tra la teoria del dolo e quella della colpevolezza, opta per questa seconda e più di recente le pronunce sul fine vita, dovendosi osservare come a volte non siano mancati interventi manipolativi davvero dirompenti, come nel caso dell'*error aetatis* nei reati sessuali⁶⁴.

Sul piano della pena, si consideri soprattutto la sent. n. 40/2019: certo, si è trattato di una vera e propria forzatura, visto che si è considerata adeguata una soluzione nemmeno più vigente, ma tra la disciplina incostituzionale che prevedeva come limite minimo gli otto anni e quella obbligata dei quattro, la Corte è riuscita ad adottare quella intermedia dei sei.

8. *A mo' di conclusione*

Per quanto riguarda il giudizio sulla pena, vi sono nella sostanza tre tipologie di proporzione che finiscono per estendere il sindacato della Corte. Una pro-

⁶³ Corte cost. n. 185/2021.

⁶⁴ V. Corte cost. n. 322/2007, pronuncia davvero dirompente anche sul piano della legalità, se si considera che si tratta di una sentenza di inammissibilità, in quanto la soluzione prospettata dalla Corte avrebbe dovuta raggiungerla in via ermeneutica lo stesso giudice remittente. Si osservi come molti degli interventi manipolativi pongano poi problemi proprio di proporzione, come nell'ipotesi per l'appunto dell'*error aetatis*.

porzione intrinseca che, pur essendo autonoma dalla umanità della pena, si lega pur sempre alla dignità dell'uomo, ai suoi beni e ai suoi diritti sui quali incide l'afflittività della pena; una proporzione estrinseca, quindi assiologica, sistematica ed ermeneutica, che invece è connessa soprattutto alla tipicità delle fattispecie incriminatrici, che interviene a correggere ed aggiustare le scelte compiute dal legislatore; ed infine una proporzione sempre intrinseca, ma fortemente personalistica, che nel valorizzare la funzione rieducativa della pena non può che forgiare un sistema sanzionatorio flessibile e discrezionale, orientato alla persona del reo in carne ed ossa.

Per quanto riguarda la gestione dell'esito dell'illegittimità, vi sono due strumenti, le rime obbligate e quelle adeguate, che non sono alternativi ma concorrono e che se, da un lato, devono essere gestiti con prudenza e sapienza, dall'altro lato, al fondo, tendono comunque all'equilibrio, perché al di fuori di queste due soluzioni che lasciano comunque in vita la fattispecie incriminatrice prevista dal legislatore, v'è l'ablazione *tout court* dell'intera norma, che nel privilegiare l'illegittimità e dare piena attuazione alla Costituzione, finisce per creare vuoti di tutela.

FANTASMAGORIA DELL'IMPROCEDIBILITÀ: LA DISGREGAZIONE DEL SISTEMA NELLA RIFORMA "CARTABIA"

Paolo Ferrua

«Imporre tempi massimi; due anni nel primo grado, escluse le indagini preliminari; altrettanti in appello; idem davanti alla Cassazione, e il processo svanisce appena superi una delle tre soglie. Alta stregoneria. Che io sappia [...] non era mai avvenuto; infatti, mancano le parole tecniche con cui dirlo: chiamiamola sopravvenuta improcedibilità, non risultando una sentenza tempestiva; ad esempio, il termine scade dopo la condanna confermata in appello; accusa, prove, due condanne, sprofonda tutto nella curva dell'oblio, come i sogni dissipati dall'alba.

Fenomeno inaudito (l'estinzione del processo civile non scalfisce diritti delle parti né toglie effetto alle sentenze), e ripugna al sistema: l'obbligo del pubblico ministero (art. 112 Cost.) implica azioni irretrattabili; le ruote del processo girano da sole fino alla decisione sul reato. Finché esista l'art. 112 Cost. i processi non svaniranno d'incanto ai rintocchi della mezzanotte: quel pubblico ministero ha agito perché doveva; l'effetto è irreversibile; tribunale o corte competenti giudicheranno, assolvendo o condannando, salvo che un'amnistia o il tempo criminofago inghiottano l'ipotetico reato».

(FRANCO CORDERO, *I mostri del processo breve, in la Repubblica*, 24 novembre 2009)

SOMMARIO: 1. Genesi e contraddizioni della improcedibilità nella riforma "Cartabia". – 2. L'idea a base della prescrizione processuale. – 3. Profili di illegittimità costituzionale. – 4. La fissazione dei termini di durata massima. – 5. Un frutto avvelenato della improcedibilità. – 6. Questioni interpretative della improcedibilità: rapporti con l'inammissibilità delle impugnazioni, prevalenza sulle cause di non punibilità, regime temporale. – 7. Improcedibilità e azione civile. – 8. Una riforma in assenza di modello.

1. *Genesi e contraddizioni della improcedibilità nella riforma “Cartabia”*

Parlando di prescrizione processuale o di improcedibilità temporale, occorre tenere distinti due aspetti. Il primo riguarda l’istituto in quanto tale e i problemi, specie di legittimità costituzionale, che comporta; il secondo, la realizzazione che ha avuto con la riforma “Cartabia” (l. 27 settembre 2021, n. 134).

Dal punto di vista logico, sarebbe opportuno occuparsi anzitutto del primo profilo, poi del secondo. Ma la realizzazione della improcedibilità, sia per la genesi, sia per i contenuti, è talmente paradossale, anzi così avvilente che conviene iniziare subito da questo aspetto, per poi affrontare seriamente l’altro tema.

Quanto alla genesi, sappiamo tutti come sia nata la scelta della improcedibilità: non certo per la convinzione della sua opportunità, ma per l’ostinazione dei ministri pentastellati, decisi a difendere la riforma Bonafede che aveva soppresso dopo il primo grado la prescrizione come causa estintiva del reato. Fu allora che qualcuno – non so chi con esattezza – ebbe la folgorante idea di attirarli in una trappola linguistica, proponendo loro un istituto che non contenesse l’odiata parola “prescrizione”, sulla quale i pentastellati avevano posto una sorta di biblico divieto di nominazione. Costoro, pur comprendendo, forse confusamente, che, sotto il nome dell’improcedibilità, veniva offerta null’altro che una diversa forma di prescrizione, accettarono il compromesso, consolati all’idea di poter vantare, almeno dal punto di vista linguistico, la scomparsa dell’istituto chiamato “prescrizione” in sede di impugnazione¹.

La sfortuna della prescrizione sostanziale, rispetto a quella processuale, è stata di non essere designabile con un nome diverso dalla parola “prescrizione”, a differenza della prescrizione processuale chiamata, all’occasione, “improcedibilità”. Vicenda avvilente che ha visto la politica scendere al più basso livello e nella quale la maggiore responsabilità, più che ai pentastellati, compete a chi li ha immediatamente assecondati senza neppure tentare un’opera di persuasione.

Quanto ai contenuti, l’improcedibilità temporale si è concretizzata nel modo più irrazionale, tale che peggio difficilmente avrebbe potuto essere, ancora una volta per l’ostinazione dei ministri pentastellati; i quali, preoccupati per le proteste della loro base, tutt’altro che entusiasta del nuovo istituto, hanno preteso di introdurre eccezioni e limiti alla sua operatività, sino a trasfigurare la fisionomia con scelte difficilmente compatibili con la Costituzione.

Sono almeno due i profili di illegittimità costituzionale a cui si espone la disciplina della improcedibilità, prescindendo da quelli più generali che riguardano l’istituto in sé. Il primo profilo concerne la discriminazione tra imputati. Un rimedio come l’improcedibilità temporale, che pretende di tutelare la ragionevole-

¹Sulla genesi e sui connotati della improcedibilità nella riforma “Cartabia” v. P. FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo: uno stupefacente caso di evaporazione del processo*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 1, p. 256.

le durata del processo², deve garantirla a tutti gli imputati, nessuno escluso; non solo perché ognuno di questi potrebbe essere innocente, ma soprattutto perché l'art. 111, comma 2, Cost. non consente distinzioni al riguardo, tanto meno basate sulla gravità del reato³.

Accade, invece, che l'improcedibilità soggiaccia ad una doppia, illegittima discriminazione. Anzitutto, perché è *a priori* dichiarata inapplicabile ai reati punibili con l'ergastolo; poi perché, anche nei casi in cui è idealmente operante, viene di fatto neutralizzata per una serie di gravi delitti, in rapporto ai quali è ammessa una sequenza illimitata di proroghe dei termini massimi: si ripropone così quello stesso rischio di un processo potenzialmente interminabile che l'improcedibilità temporale avrebbe dovuto scongiurare. Evidente il contrasto con gli artt. 27, comma 2, e 111, comma 2, Cost. che non tollerano alcuna discriminazione tra imputati a seconda della gravità del reato.

Il secondo profilo di illegittimità, che coinvolge gli artt. 112 e 101, comma 2, Cost., attiene al potere discrezionale del giudice di disporre o no la proroga dei termini massimi; potere che esorbita dai compiti del giudice, il quale viene, di fatto, investito di una scelta di politica criminale, come quella di decidere se consentire al processo di giungere ad una pronuncia di merito o di troncarne la prosecuzione con la sentenza di improcedibilità⁴. La realtà è che i presupposti della improcedibilità temporale – ammesso e non concesso che l'istituto sia compatibile con la Costituzione – dovrebbero essere categoricamente fissati dalla legge e non rimessi ad una scelta discrezionale del giudice⁵.

Da notare, infine, l'assurdità di lasciare immutata la prescrizione sostanziale in primo grado, limitando quella processuale alla sola sede delle impugnazioni: coerenza avrebbe voluto che il decorso della prima si interrompesse al più tardi con l'esercizio dell'azione penale. Il risultato è che restano interamente a disposizione del giudice di prima istanza i termini di prescrizione "sostanziale"; la consapevolezza che in nessun modo il tempo risparmiato tornerà utile ai giudici dei gradi successivi, per i quali scatteranno *ab initio* i nuovi termini di improcedibilità, non contribuirà sicuramente all'accelerazione dei tempi processuali, semmai alla loro protrazione.

² A differenza della prescrizione sostanziale che, come vedremo, obbedisce ad altri fini (*infra*, § 2).

³ A. SCALFATI, *La durata del processo non può dipendere dalla qualità del delitto*, in *Il Dubbio*, 29 luglio 2021.

⁴ V. anche *infra* § 4.

⁵ N. ROSSI, *Lasciar decidere il giudice sulla durata dei processi: cancellate quest'assurdità*, in *Il Dubbio*, 3 agosto 2021.

2. L'idea a base della prescrizione processuale

Prescindendo dalle infelici scelte della riforma “Cartabia”, quali sono le caratteristiche della prescrizione processuale (o improcedibilità temporale)?

L'idea da cui nasce è che la prescrizione sostanziale, come causa estintiva del reato, non sia in grado di assicurare la ragionevole durata del processo, essendo destinata ad operare ora in eccesso, ora in difetto: in eccesso, quando il reato venga scoperto tardivamente, perché il tempo che resta a disposizione del processo è troppo breve; in difetto, quando il reato sia scoperto tempestivamente, perché il processo può protrarsi troppo a lungo. Di qui – si conclude – l'esigenza di interrompere la prescrizione sostanziale con l'inizio delle indagini preliminari o, al più tardi, con l'esercizio dell'azione penale, sostituendovi una prescrizione processuale che individui, fase per fase, termini di durata massima, decorsi i quali il processo si chiude con la sentenza di improcedibilità⁶.

Il discorso sarebbe ineccepibile se non poggiasse, almeno in parte, su un equivoco, che si manifesta a tratti ancora oggi: ossia che la prescrizione sostanziale abbia come fine anche quello di assicurare la ragionevole durata del processo. Non è così, perché la prescrizione sostanziale, pur garantendo indirettamente dal rischio di un processo interminabile, obbedisce a due finalità ben distinte dalla ragionevole durata del processo, entrambe legate al tempo che separa la commissione del reato dall'esecuzione della pena.

La prima finalità è di garantire la funzione rieducativa della pena che sarebbe compromessa dal trascorrere di un tempo eccessivo dalla commissione del reato. La seconda è di prendere atto dell'usura che il trascorrere del tempo può determinare sulla memoria del reato. Per questa ragione, la prescrizione sostanziale, operando come un'amnistia del caso concreto, estingue il reato con una sentenza di merito che, a differenza della improcedibilità, *accerta* negativamente il dovere di punire; sentenza che, come osserva Cordero⁷, ben può essere assimilata alla sentenza di assoluzione, ferma restando la rilevante differenza tra le diverse formule e, quindi, tra le diverse ragioni del proscioglimento. Lo dico senza esitazione. Se, per assurdo, lo scopo dei termini di prescrizione sostanziale fosse davvero quello di garantire la ragionevole durata del processo, allora sarebbe, senza dubbio, mille volte preferibile la prescrizione processuale o improcedibilità, articolata fase per fase.

⁶ Sulla prescrizione processuale v., tra i più significativi contributi, F. GIUNTA-D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 97.

⁷ F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2012, pp. 976-985.

3. Profili di illegittimità costituzionale

Nessun dubbio che la ragionevole durata del processo costituisca una garanzia fondamentale, sia come diritto individuale sia come condizione oggettiva di regolarità della giustizia. Con quali mezzi vada perseguita la Costituzione non lo dice, ma pare evidente che si alluda a interventi in grado di assicurare una tempestiva risposta al tema aperto dall'accusa: dalla depenalizzazione, sempre auspicata e mai realizzata, all'aumento dell'organico della magistratura; dalla fluidità delle indagini – oggi appesantite da formalismi e finestre giurisdizionali, che allontanano la prospettiva del dibattimento, favorendo l'abuso della custodia cautelare⁸ – alla soppressione dell'appello avverso le sentenze assolutorie⁹ e, nel caso di inammissibili ritardi processuali, alle misure risarcitorie, inclusi gli eventuali sconti di pena. E spiace che di questi rimedi non vi sia nella riforma "Cartabia".

Resta da stabilire se un meccanismo come la prescrizione processuale, destinato a troncare il processo per intempestiva conclusione delle singole fasi, sia compatibile con i principi degli artt. 112 e 101, comma 2, Cost. A mio avviso, la risposta è negativa¹⁰.

L'azione penale è una domanda di accertamento sul dovere di punire e dichiarare obbligatoria quella domanda ha un senso in quanto alla sua valida proposizione segua una risposta nel merito, ossia il giudice accerti la sussistenza o no di quel dovere. Nel caso della prescrizione sostanziale, si può essere critici sui tempi previsti per l'estinzione del reato, ma non v'è dubbio che l'azione penale trovi la sua fisiologica risposta, proprio perché il giudice, dichiarando estinto il reato, accerta l'insussistenza della punibilità.

⁸La fondamentale garanzia per l'imputato nelle indagini preliminari resta la loro irrilevanza probatoria, oggi ahimè piuttosto minacciata. La moltiplicazione delle finestre giurisdizionali nell'indagine preliminare, mentre allontana l'instaurazione del dibattimento e propizia il ricorso alle misure cautelari, è ben lungi dal realizzare l'equilibrio tra le parti: a prescindere dalla collocazione ordinamentale del pubblico ministero, la sistematica preminenza delle esigenze di difesa sociale nella prima fase del procedimento si traduce quasi sempre in una maggiore sensibilità del giudice alle ragioni dell'accusa.

⁹È un peccato che la giusta causa dell'inappellabilità delle assoluzioni sia guastata da un argomento tanto diffuso quanto inconsistente, come la pretesa sussistenza di un ragionevole dubbio sulla colpevolezza per effetto stesso dell'assoluzione.

Il rilievo sarebbe ineccepibile se si potesse asserire che ogni sentenza, di assoluzione come di condanna, sia correttamente emessa da giudici cognitivamente lucidi. Ma, non potendosi escludere l'ipotesi che l'assoluzione sia stata maldestramente disposta da giudici cognitivamente inaffidabili, l'argomento si rivela di poca, anzi di nulla consistenza. Le ragioni dell'inappellabilità sono diverse e ho tentato di esporle in: P. FERRUA, *Sopprimere l'appello del pm può aiutare a salvare la giustizia*, in *Il Dubbio*, 29 agosto 2022.

¹⁰P. FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, cit., p. 256. Un'opinione parzialmente favorevole alla improcedibilità è espressa da O. MAZZA, *A Midsummer Night's Dream: la riforma Cartabia del processo penale (o della sola prescrizione?)*, in *Arch. pen.*, 2021, 2, p. 2; D. NEGRI, *Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti*, in *Sist. pen.*, 2022, 2, p. 53.

Non così nella prescrizione processuale dove, nonostante l'azione penale sia stata validamente esercitata, il processo si estingue, svanisce con una sentenza che lascia in vita l'ipotetico reato, senza pronunciarsi sul dovere di punire; prove, eventuali condanne e risarcimento del danno, tutto si dissolve allo scadere dei termini di durata massima previsti per le singole fasi. L'evaporazione del processo, a reato non estinto e in presenza di un'azione validamente promossa, costituisce, a fronte dell'art. 112 Cost., un'anomalia senza precedenti, una fantasmagorica figura, in-classificabile nel senso letterale della parola¹¹, perché contiene in sé due opposti, fra loro inconciliabili: l'estinzione del processo e la permanenza dell'ipotetico reato, non avendo avuto risposta l'azione penale. Che un processo si concluda perché il reato è estinto, si spiega perfettamente, mancando la materia stessa del processo; che svanisca in presenza di un'accusa da accertare, contraddice la coerenza del sistema. "Potenzialmente punibile", ma "non processabile" è la sorprendente cifra in cui si riassume l'improcedibilità temporale.

Per questa ragione Franco Cordero ritiene che, insieme all'art. 112 Cost., la prescrizione processuale offenda altresì l'art. 101, comma 2, Cost.¹². Tesi più che plausibile, perché l'improcedibilità si risolve nella sottrazione del giudice al suo dovere decisorio sul tema del processo, che è la colpevolezza. Nondimeno, si tratta sempre di una conseguenza connessa all'obbligatorietà dell'azione penale, dalla quale deriva l'indisponibilità della regiudicanda e, quindi, il dovere del giudice di decidere sul merito dell'accusa (s'intende, in quanto validamente promossa). Che i precetti relativi all'obbligatorietà dell'azione e alla stessa soggezione del giudice alla legge siano, nella realtà del processo, alquanto misconosciuti dalle scelte discrezionali del pubblico ministero e dalle interpretazioni "creative" del giudice, non è ancora una ragione per affievolirli ulteriormente; pena il rischio che sulle disposizioni costituzionali si abbatta un gran discredito a causa della loro ineffettività.

Si obietterà che il sistema prevede varie condizioni di procedibilità, ricono-

¹¹ «Fenomeno inaudito», lo definisce F. CORDERO con riguardo ai disegni di legge sul "processo" (F. CORDERO, *I mostri del processo breve*, in *la Repubblica*, 24 novembre 2009); sul "processo breve" v. anche P. FERRUA, *Il modello costituzionale del pubblico ministero e la curiosa proposta del processo breve*, in *Quest. giust.*, 2010, 1, p. 2.

¹² F. CORDERO, *I mostri del processo breve*, cit.; ID., *Procedura*, cit., p. 1295: «La legge ne assicura la ragionevole durata» (art. 111, comma 2, Cost.): «Sarebbe interessante sapere come: una mannaia pro reo, nel senso che a date scadenze debba essere assolto, manderebbe al diavolo vari articoli della Carta, dal 101 comma 2 al 112, convertendo gli affari penali in partite d'astuzia defatigatoria; sta bene scarcerarlo, ma assolverlo equivale a chiudere bottega; Dike vada altrove. La offendono anche i processi torbidi, eccome. Costituisce diritto elementare essere giudicati senza ingiustificato ritardo. L'unico rimedio pensabile qui sarebbe un risarcimento del danno da processo iniquamente lento [...]. Quando la durata del tal processo risulti irragionevole, sebbene nessuno vi abbia colpa, è pensabile che ne risponda lo Stato in quanto lo dica una norma».

Per il contrasto con l'art. 101, comma 2, Cost., v. anche G. SPANGHER, *Processo penale e tempo*, in *Cass. pen.*, 2022, 7/8, p. 2475, il quale, tuttavia, non ritiene lesa l'art. 112 Cost.

sciute come legittime dalla Corte costituzionale. Sì, ma le condizioni di procedibilità sono condizioni alle quali resta subordinato il valido esercizio dell'azione, mentre l'improcedibilità temporale non è inquadrabile come condizione negativa rispetto all'esercizio dell'azione penale, e nemmeno come causa estintiva dell'azione che è irretrattabile¹³. L'azione penale è stata, e resta, validamente promossa: ciò che si impedisce, in spregio agli artt. 112 e 101, comma 2, Cost., è la prosecuzione del processo. A tutto concedere, il solo caso in cui la prescrizione processuale potrebbe forse ottenere una qualche plausibilità sarebbe, per l'appunto, se intervenisse come condizione di improcedibilità tale da precludere l'esercizio dell'azione penale¹⁴.

In altri termini, si può ammettere – sebbene ci si muova su un terreno molto delicato – che l'esercizio dell'azione penale sia eccezionalmente subordinato ad ulteriori condizioni rispetto alla presenza di elementi idonei a sostenere l'accusa (come, infatti, accade con le condizioni di procedibilità) o che il pubblico ministero in dati casi sia tenuto a chiedere un permesso di agire (come avviene per l'autorizzazione a procedere); ma, quando l'azione sia stata correttamente esercitata, il processo deve fornire una risposta con l'assoluzione o la condanna, non essendo ammissibile che lo si interrompa per il mero decorso del tempo.

Esiste, è vero, l'improcedibilità per la conferma del segreto di Stato, dove la sentenza di non doversi procedere interviene ad azione penale ormai validamente esercitata. Tuttavia, vi sono due ragioni per le quali il giudice pronuncia una sentenza meramente processuale, anziché prosciogliere nel merito, come in sé sarebbe del tutto fisiologico in assenza di una prova della colpevolezza. La prima è che si vuole così sottolineare la singolarità di una situazione nella quale la conferma del segreto, imputabile ad una scelta politica della Presidenza del Consiglio dei ministri, provoca un vuoto probatorio tale da impedire una credibile ricostruzione dei fatti. La seconda è di consentire la possibilità di un nuovo esercizio dell'azione penale se, a fronte di una nuova richiesta, l'autorità competente ritenesse di non confermare il segreto di Stato¹⁵. Situazione ben diversa dall'improcedibilità temporale, a determinare la quale non è un vuoto probatorio, ma il mero superamento di certi termini; né appare ipotizzabile un nuovo esercizio dell'azione penale quando la sentenza di improcedibilità sia divenuta irrevocabile.

¹³ Come impropriamente lascia intendere la dizione dell'art. 344-bis, commi 1 e 2, c.p.p., dove la mancata definizione dell'appello o del ricorso in cassazione entro dati termini è definita «causa di improcedibilità dell'azione penale».

¹⁴ Un'interessante proposta in tal senso è formulata da D. PULITANÒ, *Riforma della prescrizione. Giochi linguistici e sostanza normativa*, in *Sist. pen.*, 19 luglio 2021. V. anche del medesimo autore, *Il dibattito sulla prescrizione. Argomenti strumentali e ragioni di giustizia*, in *Sist. pen.*, 26 febbraio 2020, p. 1; *Il problema prescrizione fra diritto sostanziale e processo*, in *Giur. it.*, 2020, 4, p. 974; *Osservazioni sulla proposta di bloccare il corso della prescrizione*, in *Sist. pen.*, 9 dicembre 2019.

¹⁵ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 693.

Infine, quanto alla sentenza meramente processuale che sanziona la violazione del *ne bis in idem*, l'improcedibilità appare perfettamente giustificata dalla circostanza che l'azione penale si è ormai consumata, avendo trovato la sua fisiologica risposta nella sentenza di proscioglimento o di condanna; di conseguenza, va immediatamente troncata ogni sua indebita riproposizione.

4. *La fissazione dei termini di durata massima*

A prescindere dai dubbi di legittimità costituzionale, vi è un problema operativo che riguarda la determinazione dei termini a pena di improcedibilità.

I termini di prescrizione processuale non possono essere rigidamente fissati dalla legge in base alla gravità del reato, perché la ragionevole durata delle fasi non dipende tanto dalla gravità del reato, quanto piuttosto da elementi verificabili solo nel singolo processo, come il numero degli imputati, la complessità delle indagini e gli accertamenti necessari nel caso concreto. Se a definire i termini massimi fosse solo la legge, per un comprensibile principio di precauzione sarebbero prudenzialmente determinati in rapporto ai processi più complessi e laboriosi, con l'inevitabile conseguenza di riuscire eccessivi in un buon numero di casi.

Si spiega così che, nella riforma "Cartabia", la previsione legislativa dei termini si accompagna al sistema delle proroghe che il giudice dispone «quando il giudizio di impugnazione è particolarmente complesso, in ragione del numero delle parti o delle imputazioni o del numero o della complessità delle questioni di fatto o di diritto da trattare». Sennonché, come si accennava, affidare ai giudici il potere di proroga – data l'inevitabile vaghezza dei criteri a cui è ancorato il suo esercizio – equivale a renderli arbitri della decisione se proseguire il processo sino alla decisione di merito o troncarlo con la dichiarazione di improcedibilità; si consegnano così alla giurisdizione scelte di politica criminale che esulano dai suoi compiti¹⁶.

Quale conseguenza trarre dall'evidente aporia in cui si incappa nell'individuare l'autorità competente a dettare i termini massimi? Occorre risalire dalla domanda del *chi* deve fissare i termini a quella del *perché* fissarli, dato che la prima domanda implica, in forza del noto meccanismo della presupposizione, una risposta affermativa alla seconda. Se, per le ragioni esposte, l'individuazione dei termini non può essere affidata né alla sola legge né al giudice, è evidentemente *perché* il vizio non sta semplicemente nelle modalità di definizione dei termini, ma anzitutto nella pretesa stessa di fissarli, ossia di garantire la ragionevole durata del processo attraverso il meccanismo della improcedibilità.

¹⁶ *Retro*, § 1.

5. Un frutto avvelenato della improcedibilità

Tra le tante differenze tra l'improcedibilità e la prescrizione sostanziale vi è anche questa. La prescrizione sostanziale non chiama direttamente in causa la responsabilità del giudice, perché il superamento dei termini massimi dipende da vari fattori, spesso indipendenti dalla fase in cui è dichiarata la prescrizione. L'improcedibilità, invece, sì, proprio perché riguarda la gestione della singola fase e, in quanto tale, coinvolge la responsabilità, anche disciplinare, del giudice (specie quando sia presente la parte civile che viene fortemente danneggiata dalla improcedibilità, essendo costretta a trasferire la propria pretesa risarcitoria davanti al giudice civile, secondo il nuovo testo dell'art. 578, comma 1-*bis*, c.p.p.).

È facile immaginare che da parte dei giudici vi sarà il massimo sforzo per evitare la dichiarazione di improcedibilità; ma, prima ancora, per prevenire l'alternativa, sicuramente poco gradita all'organo procedente, tra concedere la proroga dei termini o dichiarare l'improcedibilità. Ora, non è dubbio che il mezzo più efficace per troncare alla radice il rischio di incappare in queste cruciali decisioni sia proprio la dichiarazione di inammissibilità dell'appello o del ricorso, non appena se ne intraveda la possibilità.

Tutto ciò, beninteso, non assumerebbe particolare rilievo se i contorni dell'inammissibilità fossero ben circoscritti e distinti dal merito. Ma non è così nel contesto della riforma "Cartabia", dove si assiste all'espansione delle cause di inammissibilità e, soprattutto, alla loro irrefrenabile tendenza a confondersi con il merito, sovrapponendosi alla manifesta infondatezza dei motivi¹⁷. Per effetto del nuovo testo dell'art. 581, comma 1-*bis*, c.p.p.¹⁸,

«l'appello è inammissibile per mancanza di specificità dei motivi quando, per ogni richiesta, non sono enunciati in forma puntuale ed esplicita i rilievi critici in relazione alle ragioni di fatto o di diritto espresse nel provvedimento impugnato, con riferimento ai capi e punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione»¹⁹.

¹⁷ Rinvio a quanto sostenuto in *La riforma dell'appello*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 9, p. 1158.

¹⁸ Introdotto dal decreto legislativo recante attuazione della l. 27 settembre 2021, n. 134.

¹⁹ Si noti che l'inammissibilità è riferita all'appello, ossia all'atto di impugnazione, mentre l'enunciazione dei rilievi critici è riferita ad «ogni richiesta». Stando al tenore della norma, si dovrebbe concludere per l'inammissibilità dell'appello relativamente all'intero capo e non soltanto per l'inammissibilità delle singole richieste non sufficientemente motivate. Esito prossimo all'insensato.

Bisogna 'correggere', in via interpretativa, la disposizione nel solo senso capace di assicurare un esito ragionevole: ossia, nel senso che l'inammissibilità non riguardi l'atto di appello, ma la singola richiesta nella quale manchi l'enunciazione dei rilievi critici. Non si dirà mai abbastanza il danno che al sistema producono simili maldestre formulazioni, il cui tenore pone l'interprete davanti al dilemma se attenersi al dato testuale con gravi conseguenze per la tutela dei diritti o forzare il senso letterale a favore di un più accettabile significato.

All'indicazione dei punti e dei motivi specifici si aggiungono, sulla scia di una giurisprudenza "creativa"²⁰, i «rilevi critici rispetto alle ragioni di fatto e di diritto espresse nel provvedimento impugnato». Come avviene ormai di regola, il legislatore uniforma i suoi precetti ai *dicta* della giurisprudenza, convertendo il diritto "vivente" in diritto "vigente" con una sorprendente inversione del fisiologico rapporto tra legge e giudice. Anziché intervenire con un provvedimento di interpretazione autentica volto a ristabilire l'osservanza della legge, il servizievole legislatore ratifica le interpretazioni *contra o praeter legem*²¹.

Quale sia l'effetto di questa innovazione non è difficile da immaginare. Il richiamo alla necessità di una critica alle ragioni esposte nella decisione – unito alla disposizione sull'onere di denunciare l'erronea valutazione delle prove – lascia sin troppo chiaramente trasparire che, per ottenere una riforma della condanna in assoluzione, sarà necessario individuare un errore o un *deficit* logico nella sentenza impugnata; ogni qualvolta la parte non riesca a documentarli, l'appello sarà dichiarato inammissibile o, comunque, sarà confermata la sentenza di primo grado. Non potrà quindi più accadere che un giudice di appello assolva dove il giudice di primo grado ha condannato, senza che risulti un errore o un vizio nella sentenza impugnata, ma semplicemente sulla base di una diversa valutazione delle prove: come è noto, l'inevitabile vaghezza del concetto di "ragionevole dubbio" lasciava sinora aperta la possibilità, specie nei casi difficili, di una riforma della condanna da parte del giudice di appello, anche a prescindere da una specifica critica alla decisione di primo grado²². È vero che, ai sensi del-

²⁰ Cass., Sezioni Unite, 27 ottobre 2016, n. 8825 («L'appello, al pari del ricorso per cassazione, è inammissibile per difetto di specificità dei motivi quando non risultano esplicitamente enunciati e argomentati i rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della sentenza impugnata»).

²¹ Leggo in un recente testo che «il fenomeno della dimensione largamente giurisprudenziale del diritto vivente mostra [...] la relatività del principio di esclusiva soggezione del giudice alla legge» (G. CANZIO-F. FIECCONI, *Giustizia, per una riforma che guardi all'Europa*, Vita e Pensiero, Milano, 2021, p. 37). Non è chiaro se il rilievo sia svolto in chiave critica o adesiva; ma, se il principio di soggezione del giudice alla legge fosse relativo, relativa dovrebbe essere anche l'indipendenza della magistratura. Le due garanzie costituzionali vanno di pari passo e chi intende relativizzare l'una deve rassegnarsi a vedere relativizzata anche l'altra. Poiché occorre, invece, che l'indipendenza della magistratura sia forte ed effettiva, tale dev'essere anche la soggezione del giudice alla legge.

²² Qualcuno, forse, obietterà che l'innovazione, applicabile anche all'appello del pubblico ministero, restringe parallelamente la possibilità di una riforma dell'assoluzione in condanna; e, almeno in questa parte, può riuscire favorevole all'imputato.

Sì, ma vi è una netta differenza. Mentre è del tutto naturale che, nella zona di possibile concorrenza tra un'assoluzione e una condanna, il giudice d'appello si orienti in favore dell'assoluzione, non sarebbe ammissibile che, in analoga situazione, il giudice d'appello sostituisse una condanna all'assoluzione, senza individuare in quest'ultima un errore o un *deficit* logico. È precisamente per questa ragione che l'appello del pubblico ministero – non tutelato né dalla Costituzione né dalle fonti sovranazionali – dovrebbe essere eliminato, come d'altronde aveva suggerito l'originario progetto di delega presentato dalla Commissione "Lattanzi": a rimediare ad eventuali errori nell'assoluzione appare, infatti, più che sufficiente il ricorso in cassazione.

l'art. 597, comma 1, c.p.p., la cognizione del giudice di appello non verte direttamente sui motivi, ma sui «punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi»; ma, nell'ambito di quei punti, la riforma della decisione implicherà necessariamente una critica e, quindi, l'individuazione di un vizio o di un errore.

Non solo. *In vitro*, la distinzione tra inammissibilità e merito è chiara e passa tra la materiale assenza dei motivi di critica e la loro infondatezza. Ma chiunque comprende che, quando i motivi appaiono manifestamente infondati – categoria dai contorni piuttosto evanescenti – sarà molto semplice sostenere che la loro presenza è solo apparente. Il passaggio dalla mancanza in senso materiale a quella in senso logico è piuttosto agevole (ad esempio, nella lettera *e*) dell'art. 606 c.p.p. la “mancanza” viene pacificamente intesa in senso logico e non materiale); e, a facilitarlo ulteriormente, contribuisce l'aggiunta – in sé del tutto superflua – che l'enunciazione dei motivi di critica dev'essere “puntuale ed esplicita”.

Qualcuno ha osservato che, in fondo, il tenore della disposizione è del tutto innocuo e che sarebbe, anzi, offensivo per gli avvocati muovere dal presupposto che i motivi di appello non siano “puntuali” ed “espliciti”. O *sancta simplicitas!* Come se l'insidia dei due aggettivi non stesse proprio nella loro assoluta ovvietà e ridondanza! È una regola ben nota quella per cui quanto più una formula appare superflua, quindi priva di valore denotativo, tanto più si arricchisce con significati secondi, di carattere connotativo e retorico: codificare l'ovvio nasconde quasi sempre una riserva mentale. Che valore può avere predicare superflua-mente che i motivi siano puntuali ed espliciti, se non quello di esortare il giudice ad una maggiore severità nel vaglio di ammissibilità?

Ampiamente prevedibili le conseguenze. L'avversione del giudice a dichiarare l'improcedibilità, unendosi alla più severa disciplina dei motivi di appello, può creare l'amalgama ideale per uno sfoltimento delle impugnazioni attraverso sistematiche dichiarazioni di inammissibilità; timorosi dei nefasti effetti che, nei loro stessi riguardi, produrrebbe il superamento dei termini di durata massima, i giudici saranno prevedibilmente incoraggiati ad interpretare nel modo più severo i vincoli fissati a pena di inammissibilità per i motivi di appello. Tutto lascia prevedere che anche in appello si assisterà a quella espansione della inammissibilità già realizzatasi in Cassazione, dove sempre più spesso l'alternativa è tra la dichiarazione di inammissibilità del ricorso e l'accoglimento, con una marginale incidenza delle ipotesi di rigetto.

Si è parlato molto di eterogenesi dei fini, meno di eterogenesi dei mezzi: è possibile che l'improcedibilità finisca per garantire, a modo suo, la ragionevole durata, non tanto troncando la prosecuzione dei processi troppo lunghi, quanto favorendo le declaratorie di inammissibilità. Se un rimprovero si può muovere alle Camere penali, è di non avere attentamente soppesato i rischi che sarebbero derivati dalla sostituzione della prescrizione sostanziale con l'improcedibilità.

6. *Questioni interpretative della improcedibilità: rapporti con l'inammissibilità delle impugnazioni, prevalenza sulle cause di non punibilità, regime temporale*

Restano tre specifiche questioni sollevate dalla riforma "Cartabia".

La prima riguarda i rapporti tra improcedibilità e inammissibilità dell'impugnazione. La seconda concerne la possibilità di estendere alla improcedibilità la regola contemplata nell'art. 129, comma 2, c.p.p., per evitare che il sopravvenire dell'improcedibilità temporale precluda, quando ve ne siano i presupposti, il proscioglimento dell'imputato con una formula più favorevole. La terza riguarda il regime temporale della improcedibilità, se debba intendersi regolato dal principio del *tempus regit actum*, tipico delle disposizioni processuali, o dal principio del *tempus commissi delicti*, salva la retroattività della legge più favorevole sopravvenuta, tipico delle disposizioni sostanziali.

Non v'è dubbio, a mio avviso, che nel concorso tra improcedibilità e inammissibilità debba prevalere la inammissibilità. La inammissibilità, infatti, preclude qualsiasi accertamento, sia di merito, sia puramente processuale, nella fase introdotta dall'atto inammissibile; il solo provvedimento da emanare è, per l'appunto, la dichiarazione di inammissibilità che, essendo rilevabile in ogni stato e grado del procedimento, è destinata a prevalere su ogni diverso accertamento eventualmente svolto in presenza di un'impugnazione inammissibile.

Può così accadere che ad una condanna inflitta in primo grado segua in secondo grado una sentenza di improcedibilità per decorso dei termini massimi; e che la Cassazione, a seguito del ricorso proposto dal pubblico ministero, dichiarare l'inammissibilità dell'appello a suo tempo non rilevata, con la conseguente irrevocabilità della condanna. *Idem* nel caso in cui l'inammissibilità dell'appello emerga dopo il superamento, nella medesima fase, dei termini fissati a pena di improcedibilità; o quando, nell'ambito di un ricorso inammissibile l'imputato eccepisca la mancata dichiarazione di improcedibilità nel grado precedente o l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che non consentono l'applicazione della improcedibilità; o, infine, quando la Cassazione rilevi l'inammissibilità del ricorso a termini massimi ormai scaduti, ma prima della dichiarazione di improcedibilità. A prevalere è sempre l'inammissibilità²³, almeno sino a quando la legge non riterrà opportuno porre limiti al suo accertamento.

Poco importa che l'improcedibilità in sede di appello si sia realizzata *prima* della inammissibilità del ricorso: l'effetto di quest'ultima è di privare il giudice del potere di accertare ogni vizio verificatosi in precedenza, inclusa l'improcedibilità non tempestivamente rilevata che non potrà essere dichiarata nel conte-

²³ Ovvio che, come afferma la giurisprudenza, in caso di *abolitio criminis*, il proscioglimento prevalga sull'inammissibilità per evidenti ragioni di economia, volte ad evitare il ricorso al giudice dell'esecuzione (v., ad esempio, Cass., Sez. Un., 17 dicembre 2015, n. 12602).

sto di un ricorso inammissibile (se rilevata, ovviamente, a divenire irrevocabile, per effetto del ricorso inammissibile, sarebbe la sentenza di improcedibilità). In assenza di una norma che dica il contrario – come l'art. 627, comma 4, c.p.p. in rapporto al giudizio di rinvio – l'inammissibilità è rilevabile sino al giudicato, per l'esautiva ragione che non è prevista alcuna sanatoria.

Veniamo alle altre due questioni, entrambe agevolmente risolvibili sulla base della semplice constatazione che l'improcedibilità, a differenza della prescrizione sostanziale, ha carattere processuale, ossia non accerta la sussistenza o l'insussistenza del dovere di punire, ma costringe il giudice a troncane il processo, senza affrontare il tema della punibilità. Ne deriva l'impossibilità di prosciogliere l'imputato con qualsiasi formula che presupponga l'esame del merito; il che esclude l'estensione analogica dell'art. 129, comma 2, c.p.p.

Pertanto, se in sede di appello del pubblico ministero avverso la sentenza assolutoria sopravvenisse l'improcedibilità, questa dovrebbe essere dichiarata, per evidente che sia la prova di innocenza dell'imputato, con una sentenza destinata a riformare quella di primo grado (salvo, naturalmente, che l'imputato abbia precedentemente rinunciato all'improcedibilità). Esito paradossale e senza dubbio pregiudizievole per l'imputato, ma del tutto conforme alla logica della improcedibilità.

Quanto al regime temporale, trova incondizionata applicazione la regola del *tempus regit actum* con immediata operatività delle disposizioni sopravvenute, siano esse favorevoli o no all'imputato.

Qualcuno obietta che anche l'improcedibilità temporale si risolve nella sottrazione dell'imputato alla pena, quindi nella negazione del dovere di punire²⁴. Il discorso non convince perché il dato empirico non va confuso con quello giuridico. È solo sul piano puramente empirico che si può ritenere non punibile l'imputato per effetto dell'improcedibilità. Giuridicamente, l'improcedibilità, lungi dal negare il dovere di punire, si limita ad estinguere il processo, a vietarne la prosecuzione. Ipoteticamente punibile, ma non processabile è, come si notava, la cifra che contraddistingue l'improcedibilità temporale.

La realtà è che, solo dopo l'ingresso nel sistema dell'improcedibilità temporale, si sono iniziati a percepire gli inconvenienti connessi a tale scelta, non solo a scapito dell'accertamento dei reati, ma anche a danno dello stesso imputato. Diversi autori si sono allora impegnati nell'impossibile sfida di sostenere che la prescrizione processuale avrebbe natura ...sostanziale! Tesi inaccettabile. Per lodevole che sia il fine – affermare la regola del *tempus commissi delicti*, tipica delle disposizioni sostanziali, salva la retroattività della legge più favorevole – non si può ammettere questa trasfigurazione in sostanziale di un istituto tipicamente processuale, qual è l'improcedibilità. Come potremmo criticare severamente le sentenze "creative" della giurisprudenza, se non esitassimo a praticare

²⁴ O. MAZZA, A Midsummer Night's Dream, cit.

analoghi metodi, calpestando la logica e la legge, pur di trarne un vantaggio per la difesa? È singolare che *prima* si provveda a convertire un istituto tipicamente sostanziale, come la prescrizione del reato, in rimedio processuale, e *poi* si pretenda di continuare ad applicare al medesimo le regole del diritto sostanziale. Si accettino le conseguenze che derivano dall'improvvido compromesso realizzato con l'improcedibilità e ci si impegni per un ritorno, nella prossima legislatura, alla prescrizione come causa estintiva del reato.

7. *Improcedibilità e azione civile*

Un severo giudizio merita la scelta prevalsa in tema di rapporti tra l'improcedibilità e l'azione civile. La riforma "Cartabia" aveva aggiunto all'art. 578 c.p.p. il seguente comma 1-*bis*:

«Quando nei confronti dell'imputato è stata pronunciata condanna, anche generica, alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati dal reato, a favore della parte civile, il giudice di appello e la Corte di cassazione, nel dichiarare improcedibile l'azione penale per il superamento dei termini di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 344-*bis*, rinviando per la prosecuzione al giudice civile competente per valore in grado di appello, che decide valutando le prove acquisite nel processo penale».

Il decreto legislativo, emanato in attuazione della legge-delega, ratifica ed estende la medesima regola ad ogni caso di impugnazione anche per gli interessi civili:

«Quando nei confronti dell'imputato è stata pronunciata condanna, anche generica, alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati dal reato, a favore della parte civile, e in ogni caso di impugnazione della sentenza anche per gli interessi civili, il giudice di appello e la Corte di cassazione, se l'impugnazione non è inammissibile, nel dichiarare improcedibile l'azione penale per il superamento dei termini di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 344-*bis*, rinviando per la prosecuzione al giudice o alla sezione civile competente nello stesso grado, che decidono sulle questioni civili utilizzando le prove acquisite nel processo penale e quelle eventualmente acquisite nel giudizio civile».

È davvero stupefacente che la parte danneggiata venga, dapprima, sostanzialmente incoraggiata a costituirsi parte civile nel processo penale; e poi, a causa di una sopravvenuta improcedibilità temporale, a lei per nulla imputabile, sia estromessa e costretta a proseguire, con grande dispendio di tempo e di denaro, la causa nella sede civile; soluzione tanto più ingiusta, se si considera che la giurisprudenza europea è concorde nel riconoscere anche alla parte lesa il diritto alla ragionevole durata del processo.

L'improcedibilità riguarda solo il tema penale e non vi è alcuna ragione per-

ché l'azione civile non possa proseguire nella stessa sede in cui è stata esercitata, come d'altronde stabilisce l'art. 578, comma 1, c.p.p. in caso di sopravvenuta estinzione del reato. Nel riconoscere piena legittimità alla prosecuzione dell'azione civile davanti al giudice penale, nonostante l'estinzione del reato, opportunamente la Corte costituzionale si è richiamata alla «necessità di salvaguardare evidenti esigenze di economia processuale e di non dispersione dell'attività di giurisdizione»; all'opportunità di un «bilanciamento tra il principio generale di accessorietà dell'azione civile rispetto all'azione penale [...] e le esigenze di tutela dell'interesse del danneggiato costituito parte civile»; all'esigenza che, in caso di dichiarazione di non doversi procedere per la sopravvenienza di una causa estintiva del reato, «preval[ga] l'interesse della parte civile a conservare le utilità ottenute nel corso del processo che continua dinanzi allo stesso giudice penale». Sono affermazioni riferibili con pari fondamento alla sopravvenuta "improcedibilità". Le differenze che dividono l'improcedibilità dalla prescrizione come causa estintiva del reato, rilevanti a vari effetti, sono del tutto ininfluenti quanto all'esercizio dell'azione civile in sede penale.

La relazione illustrativa del decreto delegato tenta, alquanto maldestramente, di difendere l'incongrua scelta, affermando che

«la "prosecuzione" del processo davanti al giudice civile [...] non determina effetti pregiudizievoli per la parte civile o per l'imputato né dal punto di vista cognitivo, in quanto il giudice competente deve decidere tutte le "questioni civili", [...] né dal punto di vista probatorio, in quanto restano utilizzabili le prove acquisite nel processo penale, in contraddittorio con l'imputato, oltre a quelle eventualmente acquisite nel giudizio civile».

Derisoria spiegazione che svela una notevole indifferenza per la sorte della parte lesa. Come se la piena cognizione del giudice civile fosse sufficiente a giustificare i forti ritardi connessi al trasferimento dell'azione in una sede notoriamente più lenta di quella penale, le maggiori spese che inevitabilmente ne derivano e, come tra breve diremo, l'incognita delle regole probatorie applicabili! Né mi stupirei se la parte danneggiata si trovasse di fatto costretta a transazioni al ribasso, pur di vedere concluso l'accidentato percorso a cui si è trovata esposta senza alcuna colpa.

Infine, continua a restare incerto se il giudice civile decida seguendo le regole del processo civile, come sinora la giurisprudenza è orientata, o quelle del processo penale; con la conseguenza, ad esempio, che nella prima ipotesi non sarebbe ammissibile la testimonianza dell'offeso dal reato. Forse, gli artefici del decreto legislativo intendevano privilegiare la seconda ipotesi attraverso la sostituzione delle parole «utilizzando le prove acquisite nel processo penale» alle parole «valutando le prove acquisite» di cui alla legge-delega. Ma vi è da dubitare che abbiano raggiunto il fine, in vista del quale occorre specificare con chiarezza l'obbligo di applicare le regole probatorie penali. L'utilizzabilità delle pro-

ve è logicamente precedente alla valutazione, perché sta semplicemente a significare il loro potenziale ingresso nel quadro decisorio: dopodiché, restano impregiudicati i criteri di valutazione da seguire nella sede civile dove è trasferita l'azione risarcitoria. Se la giurisprudenza – a mio avviso, non a torto – ritiene applicabili le regole probatorie civili, ben difficilmente muterà indirizzo per effetto di quella variante linguistica.

Può darsi che, in realtà, l'intento della riforma “Cartabia” sia di anticipare, in embrione, un più ampio programma di graduale allontanamento della parte civile dal processo penale; uno spunto in tal senso si legge nella relazione illustrativa, quando si afferma che «la scelta punta a ridurre il carico di lavoro del giudice penale». Tuttavia, se così fosse, non sarebbe il caso di tergiversare con misure ibride e contraddittorie; meglio percorrere, senza esitazione, la strada radicale di una netta separazione tra azione penale e azione civile, senza compromessi né intrugli, sul genere di quello oggi contenuto nel comma 1-*bis* dell'art. 578 c.p.p.²⁵.

8. Una riforma in assenza di modello

Fortunatamente, il clima è, da ultimo, mutato con lo scioglimento delle Camere. Oggi si deplora l'improcedibilità nei programmi di quasi tutte le forze politiche e di varie associazioni (dall'ANM all'UCPI), inclusi i pentastellati che di quella nefasta scelta, votata quasi all'unanimità, furono i maggiori responsabili; e si auspica il ritorno alla prescrizione sostanziale. Prendo atto con grande soddisfazione, pari allo stupore, del nuovo indirizzo, improvvisamente convergente con la linea decisamente minoritaria, che, insieme ad alcuni colleghi, sostenemmo prima dell'approvazione della riforma “Cartabia”²⁶.

Resta il fatto che il sistema processuale appare fortemente compromesso nel suo ordito. Quando si realizza una riforma, si dovrebbe lavorare sulla base di un modello di processo, da individuare prioritariamente e da seguire fedelmente. A

²⁵ Ai sensi dell'art. 573 comma 1-*bis* c.p.p., «Quando la sentenza è impugnata per i soli interessi civili, il giudice d'appello e la Corte di cassazione, se l'impugnazione non è inammissibile, rinviando per la prosecuzione, rispettivamente, al giudice o alla sezione civile competente, che decide sulle questioni civili utilizzando le prove acquisite nel processo penale e quelle eventualmente acquisite nel giudizio civile». Può così accadere che la Corte di appello dichiari inammissibile l'impugnazione per i soli interessi civili, che la parte ricorra in cassazione, che la Cassazione accolga il ricorso e che rinvii al giudice civile.

Due giudici penali che si occupano dell'impugnazione per poi rinviare tutto al giudice civile: un incredibile spreco di attività processuale! Non sarebbe più logico lasciare la competenza al giudice penale o, all'opposto, separare radicalmente l'azione civile e l'azione penale, escludendo la parte civile dal processo penale?

²⁶ V. il documento elaborato da M. DANIELE, P. FERRUA, R. ORLANDI, A. SCALFATI e G. SPAN-
GHER (in *Pen. Dir. proc.*, 27.07.2021).

prescindere dall'intrico di disposizioni spesso indecifrabili, il vizio capitale della riforma "Cartabia" è di essere congegnata in totale assenza di modello, con una frammentaria attività di *bricolage*, disseminata qua e là senza costruito²⁷. Dei tre noti modelli processuali (accusatorio, inquisitorio, misto, più o meno temperati da forme di giustizia negoziata), il più debole e delicato è senza dubbio quello accusatorio, sempre aperto a degenerazioni inquisitorie, le quali, una volta realizzate, diventano quasi sempre irreversibili.

È, per l'appunto, ciò che si verifica con la riforma "Cartabia" che appesantisce di adempimenti e vuoti formalismi la fase delle indagini preliminari, verso la quale si sposta irrimediabilmente l'asse del processo; proprio la fase che, nella logica del modello accusatorio, dovrebbe essere fluida, in quanto irrilevante a fini probatori, diventa il centro di gravità del processo, con la prevedibile conseguenza di uso ancora più intenso della custodia cautelare. La disgregazione del sistema e il suo scollamento dal quadro costituzionale che, bene o male, privilegia il modello accusatorio sembrano giunti a un punto irreversibile. Il risultato è un sovrapporsi di micro- e meta-procedure, spesso connotate da distinzioni oziose o inafferrabili, per effetto delle quali ciò che, alla fine, meno occuperà la mente e l'impegno dei magistrati sarà proprio il tema del merito, ossia il giudizio sulla colpevolezza o innocenza dell'imputato.

Capisco che possa apparire una provocazione, ma – come negarlo? – servirebbe un nuovo codice di procedura penale, accompagnato da una significativa depenalizzazione, sempre invocata e mai realizzata. Che esistano forti ostilità al processo accusatorio, lo si sa da trent'anni allorché la Corte costituzionale dichiarò illegittima la Regola d'Oro, ipotizzando inesistenti contrasti con la Costituzione. Occorre prevenirle con opportuni interventi sull'ordinamento giudiziario, data la stretta connessione che lo lega al processo; e, soprattutto, è necessario che ogni riforma di struttura sia accompagnata da un sistema di educazione, anzi di rieducazione degli operatori che sono chiamati ad applicarla, da una *paideia*, per usare una parola pesante, ma efficace. Infine, a contrastare le interpretazioni "creative" che sviliscono le garanzie, appare del tutto insufficiente puntare sui poteri di interpretazione vincolante delle Sezioni unite, non di rado esse stesse all'origine di letture riduttive. Sarebbe il caso di istituire presso il Parlamento un organo con il compito specifico di vigilare sul rispetto dei diritti fondamentali in materia di giustizia.

²⁷ P. FERRUA, *Riassetto senza modello e scopi deflattivi: la legislazione del bricolage*, in V. MAFFEO (a cura di), *La procedura criminale. Quali riforme*, Università degli Studi di Perugia, 2021, p. 109.

LA GIUSTIZIA PENALE ALLA PROVA DEI FATTI

QUALE GIUSTIZIA PER LE DONNE ROM?

Claudia Pecorella e Massimiliano Dova

«Poi sai come è la legge... dicono che sia uguale per tutti ma non deve essere così. Non mi puoi dare due anni se rubo una mozzarella, non è giusto. Forse la penso male, ma se confesso e faccio il mio dovere, chiedo perdono alle persone alle quali ho rubato, il magistrato dovrebbe prendere in considerazione il mio pentimento».

(Zemka, Casa di Reclusione di Milano-Bollate, 2 dicembre 2015)

SOMMARIO: 1. L'«antiziganismo» nel sistema penale italiano: la discriminazione delle donne Rom. – 2. La “banale” carriera criminale delle donne Rom. – 2.1. La domanda di grazia come unico rimedio a una pena priva di senso. – 3. I condizionamenti culturali ignorati dalla giurisprudenza. – 3.1. Il prezzo da pagare per la ribellione ai padri. – 4. La detenzione delle donne Rom con figli minori di dieci anni negli Istituti a custodia attenuata per donne madri (ICAM).

1. *L'«antiziganismo» nel sistema penale italiano: la discriminazione delle donne Rom*

Sono ormai trascorsi più di dieci anni dalla Comunicazione della Commissione Europea n. 173 del 2011, che ha tracciato, per la prima volta in modo organico, un quadro comune per l'elaborazione da parte degli Stati membri delle strategie nazionali d'integrazione dei Rom fino al 2020. Il tema continua a essere di urgente attualità sia in ambito domestico, sia a livello sovranazionale: nel constatare che «i Rom in Europa continuano a subire discriminazioni ed esclusione sociale ed economica»¹, il 12 marzo 2021 il Consiglio ha emanato un'ulteriore Raccomandazione – dopo quella del 2013² – *sull'uguaglianza, l'inclusione e la partecipazione dei Rom*, alla quale ha fatto seguito, lo scorso 23 maggio 2022, la

¹ È quanto afferma il Considerando (9) della Raccomandazione 2021/C 93/01.

² Raccomandazione 2013/C 378/01 su misure efficaci per l'integrazione dei Rom negli Stati membri.

pubblicazione della nuova strategia nazionale elaborata dall'Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali. All'impegno per l'uguaglianza dei Rom, che si concretizza nella lotta contro ogni forma di discriminazione (il cd. antiziganismo), si affianca lo sforzo di inclusione di questa minoranza. Si tratta di una strategia d'inclusione socioeconomica che si articola su quattro livelli: istruzione, occupazione, assistenza sanitaria e alloggio.

Ciò che colpisce di questa complessa strategia multilivello è la totale mancanza di riferimenti alla giustizia penale, che da quella diffusa discriminazione sociale è oggi fortemente condizionata, sia sul piano del coinvolgimento di persone Rom in attività criminali, sia per la massiccia presenza delle loro donne e dei componenti più giovani nei nostri Istituti penitenziari.

I fattori socioeconomici che ostacolano l'inclusione della popolazione Rom possono, tutt'al più, costituire la premessa dalla quale prende l'analisi del tema che ci proponiamo di affrontare in questa sede; all'interno di un contesto sociale del quale fanno parte anche le donne e i minori Rom, siano essi stranieri o italiani, la promozione dell'uguaglianza sostanziale, nell'ambito della giustizia penale, diviene un compito ineludibile sia per il legislatore, sia per la magistratura.

A questo proposito ci piace ricordare un intervento svolto da Mimmo Pulitanò, come esponente di Magistratura Democratica, al Congresso dell'Associazione Nazionale magistrati del 1976, nel quale constatava la crisi della legalità liberale borghese dinanzi ai mutamenti sociali e politici e sollecitava una riflessione che è essenziale riproporre: «la legalità formale ed astratta può servire alla mediazione fra posizioni formalmente o astrattamente uguali; ma che rapporto ha con i compiti d'intervento dello 'stato sociale', intesi a rimuovere squilibri oggettivi, a perseguire finalità 'promozionali' a riorganizzare e far funzionare istituzioni e formazioni sociali?»³.

L'angolo visuale dal quale intendiamo rispondere a quella sollecitazione è quello della criminalità delle donne Rom: un tema poco arato dalla dottrina penalistica italiana, che del resto non ha mai mostrato molto interesse per il trattamento riservato dalla giustizia penale alle donne in generale⁴. E forse ci saremmo conformati anche noi a questa tendenza se, nel 2016, non avessimo iniziato a operare come volontari all'interno dello "Sportello giuridico" della Casa di reclusione di Milano-Bollate, che se da un lato ci ha consentito un confronto diretto, ogni settimana, con la realtà penitenziaria, dall'altro ci ha fatto conoscere l'esperienza con la giustizia penale delle donne autrici di reato detenute, tra le quali emerge all'evidenza l'assoluta prevalenza di donne Rom.

³D. PULITANÒ, *Verso un nuovo modello di giustizia*, in ID., *Giudice negli anni '70. Un'esperienza di magistratura democratica*, De Donato, Bari, 1977, p. 139.

⁴Sul tema, partendo dall'analisi della giurisprudenza del Tribunale di Milano ed estendendo lo sguardo a diversi ambiti del sapere, cfr. C. PECORELLA (a cura di), *La criminalità femminile. Un'indagine empirica e interdisciplinare*, Mimesis, Milano, 2020.

Nei confronti di queste donne il fattore di genere, nell'intersecarsi con l'appartenenza al popolo Rom, contribuisce a determinare esperienze di discriminazione specifiche: si consideri che secondo le stime, la popolazione Rom in Italia è tra 120 e 180 mila persone, delle quali circa la metà sono italiani da lungo tempo, mentre l'altra metà è costituita da stranieri provenienti dai Balcani occidentali (Bosnia, Serbia e Kosovo). Si tratta dunque di una piccola minoranza della popolazione italiana, che evidentemente finisce con l'essere sovrarappresentata all'interno degli istituti penitenziari⁵.

2. La "banale" carriera criminale delle donne Rom

Tra le ospiti più numerose dei nostri istituti penitenziari, le donne Rom che si incontrano in carcere si riconoscono subito, per i consueti gonnelloni fino alla caviglia che indossano e per lo sguardo triste e rassegnato con il quale chiedono informazioni sulla fine della loro pena, non sapendo come riempire il tempo (vuoto) della detenzione. Sono quasi sempre autrici di reati bagatellari: furti consumati o (più spesso) tentati, che si trasformano in rapine improprie se la donna ha avuto la malaugurata idea di stratonare il vigilante che cercava di fermarla mentre si allontanava da un supermercato con qualche bene di modestissimo valore. Tuttavia, le pene che devono scontare per quei reati sono incredibilmente lunghe, perché frutto del cumulo di numerose sentenze di condanna, intervenute nell'arco di tanti anni e la cui esecuzione è stata sospesa oppure differita per lo stato di gravidanza o per la presenza di un figlio di pochi mesi⁶.

Il nostro sistema penale – non diversamente dal sistema di protezione sociale – non prende in alcuna considerazione il fattore culturale che è all'origine della loro carriera criminale, lasciando che i fatti si ripetano uguali per anni e anni, le

⁵ Sul punto v. S. MISCIOSCIA, *Chiuse fuori. Storie di donne rom, fra devianza e discriminazione*, Centro d'Informazione e Stampa Universitaria (CISU), Roma, 2021, p. 252 ss. Per un'analoga situazione registrata in Spagna, dove pure le donne Rom costituiscono gran parte delle donne detenute, v. T.M. PALOMO, *Mujeres gitanas y el sistema penal*, in *La Ventana. Revista de estudio de género*, 2002, n. 15, p. 149 ss.; ID., *Criminalización y reclusión de mujeres gitanas en España*, in I. Muñagorri-J. Pegoraro (a cura di), *La relación seguridad-inseguridad en centros urbanos de Europa y América Latina*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 343 ss. Cfr. anche, EQUIPO BARAÑÍ, *Mujeres gitanas y sistema penal*, Metyel, Madrid, 2001, che riporta i risultati del Progetto europeo Daphne dedicato a questo tema.

⁶ Come è noto, l'art. 146 c.p. prevede il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena nei confronti di donna incinta o «madre di infante di età inferiore ad anni uno»; ai sensi dell'art. 47-ter, comma 1-ter, o.p. in questi casi la pena (qualunque sia la sua entità), anziché essere differita, potrebbe anche essere eseguita, attraverso la applicazione della misura della detenzione domiciliare. Una soluzione introdotta dalla legge 165 del 1998, che indubbiamente avvantaggia la madre, perché il tempo del differimento, anziché trascorrere "a vuoto", si traduce in tempo di espiazione effettiva della pena.

condanne si sommino tra loro – senza che di regola sia applicata la disciplina della continuazione⁷ – e si pervenga infine a chiuderle in carcere per un tempo che spesso supera i dieci anni: ed è già un buon risultato, che non di rado si deve al successo di un incidente di esecuzione, volto ad ottenere che alla elevatissima somma aritmetica di quelle pene sia applicato il criterio correttivo contenuto nell'art. 78 c.p., evitando così che sia superato il quintuplo della pena più grave inflitta. Talvolta l'incidente di esecuzione può servire anche per ottenere l'esclusione dal cumulo di qualche sentenza, emessa in luoghi diversi della penisola nei quali la donna afferma di non essere mai stata, pur nel girovagare continuo del suo nucleo familiare: una eventualità non rara, che è tuttavia diretta conseguenza del frequente impiego da parte loro di *alias*, per sfuggire alla carcerazione.

In ogni caso, si tratta sempre di pene così elevate che nessuna misura alternativa potrebbe essere astrattamente applicabile. Ha inizio così una lunga detenzione, che ben presto la donna scopre di doverla vivere pressoché integralmente *intra moenia* e che talvolta interviene a distanza di tanti anni dall'ultimo reato, quando la donna – secondo la cultura Rom – ha già cominciato a fare la nonna (giovanissima) dei primi nipoti nati dai suoi numerosi figli e al suo posto nelle strade, sugli autobus e nei grandi magazzini ci sono ragazze giovani e agili, pronte a scappare se necessario (e frequentemente in stato di gravidanza, essendo banditi gli anticoncezionali).

Può anche accadere, tuttavia, che quell'intervallo intercorso tra l'ultima condanna e il momento dell'arresto sia dipeso dalla scelta della donna di allontanarsi dal contesto familiare e culturale in cui stava vivendo e di iniziare una nuova vita. Una eventualità che può riguardare teoricamente tutti gli autori di reato – quanto più il momento dell'esecuzione della pena è lontano dai fatti – ma che nel caso delle donne Rom è un evento rarissimo, proprio per la difficoltà che esse hanno di elaborare scelte di vita in autonomia, essendo nella stragrande maggioranza dei casi prive della istruzione elementare e all'oscuro dei fatti della vita che non siano quelli del nucleo familiare di appartenenza. E proprio per questo, quel cambio di vita, ove si realizzi, dovrebbe essere premiato sul piano penale, prendendo atto che quelle donne “già sono rieducate”, secondo una felice espressione del compianto professor Valerio Onida, che è stato uno dei fondatori dello Sportello giuridico del carcere di Milano-Bollate.

⁷ Difficile vedere applicata la continuazione anche in sede esecutiva, perché le sentenze – che le donne di regola non possiedono – sono tante e sono state emesse da tribunali diversi in anni per di più risalenti nel tempo. Nel caso ad esempio della donna, di cui si parlerà più avanti (§ 2.1.), sono passati quasi due anni dalla istanza che abbiamo presentato al Tribunale di Trieste per il riconoscimento della continuazione tra alcune delle 45 sentenze di condanna che la riguardavano.

2.1. La domanda di grazia come unico rimedio a una pena priva di senso

Esemplare, in questo senso, la vicenda di Brenda, giovane donna Rom che un giorno si è rivolta allo Sportello giuridico perché voleva scrivere una lettera al Presidente della Repubblica con la quale raccontargli la sua storia e chiedergli aiuto; era infatti giunta alla conclusione, dopo alcuni anni di detenzione, che questa fosse l'unica strada ancora da percorrere nella speranza di porre fine alla situazione drammatica che stava vivendo. Si trovava in carcere per scontare una pena di 18 anni e 4 mesi di reclusione (oltre alla pena dell'arresto di 1 anno 2 mesi e 25 giorni e alla multa di euro 9.950,40), inflitta con 45 sentenze di condanna, la prima delle quali ricevuta quando aveva appena 14 anni e l'ultima intervenuta nove anni dopo, per fatti commessi quando aveva 21 anni.

Il suo ingresso in carcere è avvenuto a distanza di 16 anni dall'ultimo reato commesso e 12 anni dopo la sua decisione di cambiare vita, lasciando il marito e (necessariamente) anche i figli e fuggendo in un altro Paese. Questo cambiamento radicale di vita, che appare – vale la pena ribadirlo – più unico che raro, non può essere ignorato, perché a fronte della pretesa impossibilità di intervenire in qualche modo sulla pena inflitta vi è la esiguità delle offese che sono state di volta in volta arrecate al patrimonio altrui, come è tipico della criminalità delle donne Rom. Non si tratta di domandarsi se l'autore di un omicidio debba essere chiamato a scontare la sua pena anche quando, essendo passato molto tempo dai fatti, è oramai un'altra persona, che ha preso le distanze dal contesto nel quale il reato è stato realizzato; qui siamo di fronte a donne che volevano impossessarsi di beni patrimoniali, spesso di modico valore, provocando, nella realtà, fastidio più che paura alle persone che si sono trovate nella loro vicinanza.

Oggi sono passati quasi sei anni da quando Brenda è stata arrestata: non ha ancora beneficiato di alcun permesso premio, ma è stata ammessa al lavoro all'esterno *ex art. 21 o.p.* – che per il momento è tuttavia ancora all'interno dell'Istituto – ed è in attesa di conoscere l'esito della istanza di grazia che l'abbiamo aiutata a presentare, più di due anni fa, in accordo con l'equipe trattamentale del carcere. Dopo un'attenta considerazione del suo caso, anche a noi la grazia è apparsa l'unico rimedio disponibile, pur nella sua aleatorietà, per contenere i guasti che la carcerazione aveva prodotto – e ancora continua a produrre – all'interno della sua vita, anche familiare e lavorativa, come lei stessa ha raccontato, rivolgendosi al Presidente Mattarella:

«A 13 anni sono stata portata in Croazia e venduta dai miei genitori ad un uomo che mi ha addestrato a commettere furti. Questa è una consuetudine propria della cultura Rom in cui la donna viene generalmente considerata come una merce di scambio tra famiglie: la famiglia di origine vende ad un uomo la propria figlia dietro il pagamento di una elevata somma di denaro. [...] Con quell'uomo ho avuto 6 figli e ho vissuto tanti anni di violenze fisiche e psicologiche. Solo nel 2004 sono riuscita a scappare dopo l'ennesimo episodio di violenza e mi sono di-

retta in Francia sperando di trovare accoglienza presso la mia zia materna. In realtà mi sono fermata in Costa Azzurra dove ho trovato lavoro come cameriera presso l'albergo di una famiglia italiana che mi ha anche ospitata. Sin da subito ho cercato di mantenere contatti telefonici con i miei figli rimasti a casa, nonostante le forti minacce del loro padre, per non farli sentire mai abbandonati. Le posso assicurare che le violenze, i dolori e le sofferenze subite a causa di quell'uomo non sono niente in confronto a ciò che ho provato in quel momento dovendo lasciare i miei figli soli con lui. In Francia ho poi conosciuto il mio attuale compagno [...]. Grazie anche al suo aiuto, venivo spesso in Italia per assicurarmi personalmente che i miei figli stessero bene; non potrò mai dimenticare quegli sguardi pieni non solo di felicità nel vedermi ma anche di una grande paura che il padre potesse scoprirci. In realtà le mie due figlie femmine hanno fatto la mia stessa fine costrette anche loro dal padre a commettere furti: nel 2016 sono stata contattata da Madonna, la più grande delle mie figlie, che ho dovuto far uscire dall'istituto per minori nel quale era stata inserita e portare con noi in Francia, perché minacciava il suicidio. A quel punto, anche la più piccola ha voluto raggiungerci. Il mio ex marito ha quindi presentato una denuncia per sottrazione di minori e ha tentato di convincere le ragazze a tornare mandando da noi in Francia mio figlio Marco. Purtroppo, per placare la sua ira entrambe le ragazze sono ritornate in Italia per affrontare la vita difficile delle donne rom. Nel frattempo, nel 2012, è nata Tatiana [...], l'unica delle mie figlie che ha potuto condurre una vita normale, apprendendo i valori della vita e del rispetto verso i genitori e verso la società, l'importanza dello studio per garantirsi un futuro migliore. Prospettiva che però il mio arresto ha messo in pericolo. Tornata in Italia per l'attività commerciale, di import export di prodotti tipici, che avevo nel frattempo intrapreso, sono stata infatti arrestata in conseguenza della denuncia che aveva presentato il mio ex marito, nella quale erano indicati tutti gli alias che io avevo utilizzato in occasione degli arresti da minorenni. Ho appreso in quel momento che dovevo scontare una pena lunghissima dovuta a più di quaranta singoli episodi delittuosi (furti e falsi), l'ultimo dei quali commesso ben 16 anni prima, nel 2000, quando avevo solo 21 anni. Da allora la mia vita si è interrotta e molto complicata è diventata quella del mio nuovo compagno e della nostra piccolina di soli quattro anni, alla quale è stato inizialmente detto che ero ricoverata in una clinica per piccoli problemi di salute. [...] Non potendo esternare il mio dolore e le mie emozioni per non destabilizzarla ulteriormente, mi ritrovo costretta a indossare una maschera perennemente; maschera che oramai non mi appartiene più ma che devo continuare a tenere per non cadere nello sconforto più totale e per continuare ad essere un punto di riferimento per la mia famiglia, con la speranza che un domani non sia troppo tardi per aiutare anche le altre mie figlie che manifestano via mail tristezza continua per la mia lontananza. Tatiana e le altre mie figlie sono la vera ragione della mia vita e mi danno la forza per resistere e per essere ancora ottimista anche se mi restano da scontare 15 anni circa per vicende della mia vita dalle quali ho preso abbondantemente le distanze, cambiando paese, famiglia e soprattutto me stessa. Spero in un Vostro aiuto per mantenere vivo questo mio cambiamento».

Ottenere la grazia dal Presidente della Repubblica è molto difficile, anche se nel caso di Brenda sarebbe già un grande risultato quello di vedere ridotta la pena in modo da poter accedere a una misura alternativa. Un risultato, quest'ultimo, che comporterebbe comunque una rivoluzione nell'ambito della sua (nuova) famiglia, che vive in Francia e non parla italiano e che si vedrebbe costretta a trasferirsi in Italia per poter tornare a vivere con lei⁸. E se è vero che questa situazione è conseguenza dei numerosi reati commessi dalla donna da minorenni, è difficile non percepire la sproporzione che intercorre tra quei fatti – che se singolarmente considerati appaiono di particolare tenuità e la cui ripetizione nel tempo è frutto di un condizionamento culturale più che di una libera scelta – e le conseguenze che la loro valutazione da parte del giudice penale ha prodotto nella vita, sia di chi li ha realizzati (tra l'altro una vittima di quella cultura), sia di persone che, come i figli, ad essi sono del tutto estranei (un aspetto su cui torneremo: v. *infra*, §4). Per non parlare poi del fatto che, come già si è anticipato, in queste situazioni la pena non è più in grado di svolgere alcuna funzione che non sia quella meramente afflittiva e risulta piuttosto marcatamente desocializzante.

Un'ultima considerazione. La peculiarità della vicenda di Brenda trova in parte la sua ragione nel fatto che, a differenza della maggior parte delle donne Rom, lei ha potuto imparare a leggere e scrivere quando era piccola, perché all'interno del campo nomadi di Torino, nel quale viveva con la sua famiglia, ogni mattina arrivavano i volontari di un'associazione benefica che prelevavano i bambini in età scolare per accompagnarli a scuola e garantire loro un'istruzione. Una iniziativa meritoria, che lo oggi Stato italiano è tenuto, in conformità con le fonti internazionali, e replicare ovunque vi sia un insediamento di persone nomadi, perché quella formazione iniziale può davvero essere la spinta per un cambiamento di vita nelle più giovani generazioni e così contribuire alla loro inclusione sociale⁹.

Dell'importanza dell'istruzione sono del resto pienamente consapevoli le stesse donne Rom, come è emerso dalle interviste che abbiamo svolto nell'ambito di un'indagine sulla detenzione femminile presso la Sezione femminile del carcere di Milano-Bollate¹⁰. Da un lato, esse sottolineano spesso con orgoglio che i loro figli, rimasti con i familiari all'esterno del carcere, sono andati a scuo-

⁸ Come noto, sia il trasferimento delle persone detenute all'interno di un istituto penitenziario di un altro Stato dell'Unione Europea (disciplinato dalla Decisione Quadro 2008/909/GAI), sia l'esecuzione in quest'ultimo di risposta punitiva alternativa alla pena detentiva (prevista dalla Decisione Quadro 2008/947/GAI) incontrano spesso difficoltà di attuazione nella prassi.

⁹ Così come stabilito dai parr. 5 e ss. della Raccomandazione 2021/C 93/01.

¹⁰ Cfr. C. PECORELLA, *Donne in carcere: una ricerca empirica tra le donne detenute nella II Casa di Reclusione di Milano-Bollate*, in C.E. PALIERO ET AL. (a cura di), *La pena, ancora. Fra attualità e tradizione*. Studi in onore di Emilio Dolcini, Giuffrè, Milano, 2018, tomo II, p. 663 ss.

la: «ci tenevo che avessero una educazione» afferma una mamma, riferendosi ai suoi 7 figli tornati in Romania al momento del suo ingresso in carcere e affidati alle cure delle loro nonne. Altrettanto significative le parole di un'altra donna, allontanata dal nucleo familiare perché ha tradito il marito, padre dei suoi sei figli («che non mi hanno capito mai, è quello che mi fa più pena»):

«se tu vedi oggi come sono i miei figli pensi che loro non sono zingari: loro hanno studiato (...) vivono fuori, non hanno precedenti, non sono mai stati in carcere. Il padre sta con loro. Lui ora ha una compagna nuova, ma non so di più».

Dall'altro lato, paradossalmente, queste donne vedono come aspetto positivo della loro esperienza detentiva proprio il fatto di aver avuto loro stesse l'opportunità di imparare a leggere e scrivere:

«il mio progetto è quello di rifarmi una vita. Prima, se posso dirlo, il mio lavoro la mattina era quello di andare a rubare. (...) devo ringraziare il Signore che sono riuscita a studiare qua dentro. Io sono mamma di 7 figli; a 28 anni avevo già 7 figli, mi sono sposata a 13 anni, un uomo che non ho scelto: da noi tu sposi qualcuno e stai zitta, che ti piaccia o meno».

Una donna di 36 anni, con 8 anni di detenzione alle spalle, così manifesta la gioia di aver imparato a leggere e scrivere: «purtroppo non c'è più mia mamma, vorrei tanto che vedesse i passi che sto facendo, quando sono entrata in carcere non sapevo neanche scrivere il mio nome».

Un'altra, infine, ha confermato quanto la mancanza di una istruzione sia stata vissuta come una dolorosa privazione:

«Già che ti sposi a 12 anni è una violenza, lo capisci solo dopo. I genitori si conoscono e non importa a nessuno se tu e tuo marito non vi conoscete. Io sono stata sposata a 13 anni. Abitavamo a Parigi in quel periodo e avevamo il campo vicino alla scuola, io vedevo tutte le bambine pulite e ordinate che uscivano da scuola, mi mettevo lì ad osservarle, perché a scuola non ci sono andata. Col tempo abbiamo fatto amicizia e loro hanno cominciato a regalarmi dei libri da leggere, così ho imparato a leggere da sola. Il mio sogno era di poter andare a scuola, ma io non sono mai andata a scuola in vita mia».

3. I condizionamenti culturali ignorati dalla giurisprudenza

La mancata considerazione del fattore culturale da parte della giurisprudenza produce, nel caso delle donne Rom autrici di reato, risultati inaccettabili anche quando commettono reati diversi dalle classiche aggressioni patrimoniali, ma pur sempre strettamente connessi con il contesto culturale di provenienza.

Ancora una volta è l'attività presso lo Sportello giuridico che ci ha consentito di riflettere su questo aspetto, considerando un caso che, pur nella sua peculiarità, è un esempio concreto delle ingiustizie che si possono realizzare facendo una applicazione pedissequa e acritica del dato normativo, senza tener conto delle circostanze che hanno motivato e reso possibile il reato nonché del fatto che a realizzarlo sia stata una donna, che di quella cultura è prima di tutto una vittima.

3.1. Il prezzo da pagare per la ribellione ai padri

Il caso riguarda una donna di origine serba, Mirjana, condannata a 16 anni e 8 mesi di reclusione per sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.) in conseguenza di una faida familiare nella quale si è trovata coinvolta e alla quale aveva involontariamente dato origine essendosi ribellata alla tradizione Rom, secondo la quale – come riferisce Brenda nel suo racconto – sono i capi-famiglia che combinano il matrimonio tra i loro figli, date le conseguenze economiche che quell'evento comporta per loro.

Mirjana aveva 22 anni al momento del fatto, era incensurata come suo marito, che ha sposato perché ne era innamorata, senza consentire a suo padre di decidere alcunché. Per questa ragione, il padre dello sposo non aveva ritenuto di dover pagare al consuocero alcuna somma di denaro, a compensazione dell'uscita della donna dal nucleo familiare originario e del suo ingresso nella nuova famiglia: niente era stato tra loro pattuito per quel matrimonio e la richiesta avanzata comunque dal padre di Mirjana appariva ai suoi occhi eccessiva.

Non avendo ricevuto quanto da lui richiesto, l'uomo ha organizzato il rapimento della cognata quattordicenne di Mirjana, per costringere il consuocero al pagamento della "dote" in cambio della liberazione della figlia.

Il sequestro, consistito nel trasferire la ragazza dal campo milanese, dove abitava con la sua famiglia, nel campo di Napoli, dove abitava la famiglia di Mirjana, è durato 48 ore – non essendoci molti dubbi sul luogo in cui la vittima fosse stata portata e dovesse quindi essere cercata – e ha visto coinvolti Mirjana e altri sei parenti stretti, tra cui un suo fratello ancora minorenne. Tutti sono stati arrestati al momento della liberazione della ragazza da parte della polizia – intervenuta su denuncia dei suoi genitori – e sottoposti a 11 mesi di custodia cautelare. Al termine della carcerazione Mirjana, ritenendo che la vicenda fosse oramai archiviata e desiderosa di prendere le distanze dal padre, si era trasferita con il marito e i suoi 5 figli in Belgio, dove, 8 anni dopo, è stata nuovamente arrestata, in occasione di un controllo delle impronte digitali, effettuato casualmente dalle forze dell'ordine di quel Paese.

Benché i suoi rapporti con la cognata non si siano incrinati, essendo entrambe consapevoli delle dinamiche "violente" proprie (ed esclusive) degli

uomini della famiglia, i giudici hanno attribuito a Mirjana un ruolo tutt'altro che marginale nella vicenda, sulla base di alcune intercettazioni telefoniche dalle quali risultava che fosse lei a trasmettere al suocero le richieste di denaro di suo padre. Di conseguenza lei è stata condannata con la pena più elevata, che ancora sta scontando in carcere, dopo quasi dieci anni dall'arresto¹¹; solo da un anno circa è stata ammessa al lavoro all'esterno e fruisce di permessi premio (art. 30-ter o.p.) nel fine settimana, che le permettono di incontrare suo marito e di dialogare a distanza con i suoi figli, ancora residenti all'estero.

Benché la pena residua da scontare le consentirebbe di chiedere la misura alternativa dell'affidamento in prova ai sensi dell'art. 47 o.p.¹², l'equipe penitenziaria ha preferito procedere con cautela (si tratta pur sempre di una donna Rom: v. *infra*, §4) e farle presentare istanza per la misura della semilibertà ai sensi dell'art. 50 o.p., che le consentirebbe di trascorrere almeno l'intera giornata fuori dall'istituto e di tornarvi solo per dormire. La conquista della libertà è per questa donna (inspiegabilmente) un cammino lento e fatto di piccoli passi, del quale lei stessa fatica a spiegarsi la ragione, soprattutto quando confronta la sua pena con quella (più contenuta) di altre detenute, condannate per fatti che ai suoi occhi (e forse agli occhi di qualunque persona di buon senso) non possono non sembrare ben più gravi e riprovevoli del suo.

4. *La detenzione delle donne Rom con figli minori di dieci anni negli Istituti a custodia attenuata per donne madri (ICAM)*

Una volta entrata in carcere, la donna Rom incontra grosse difficoltà ad accedere alle misure alternative e, ancor prima, a ottenere un beneficio penitenziario, sia esso il lavoro all'esterno o i permessi premio. Per le stesse ragioni culturali prima richiamate, queste donne sono (sempre) ritenute pericolose, per il numero elevato di reati commessi nel corso del tempo, nonostante le molteplici condanne ricevute, e ad alto rischio di fuga, in ragione soprattutto dell'aiuto che potrebbero a tal fine ricevere dal loro nucleo familiare; una eventualità, quella della fuga, che viene considerata tanto più plausibile quando il marito e i figli vivono all'estero.

¹¹ A differenza dei suoi fratelli, usciti dopo poco tempo dal carcere perché condannati a una pena inferiore e comunque a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 68/2012, che ha imposto una diminuzione di pena per le ipotesi di lieve entità, dal momento che la pena altrimenti prevista per questo reato è quella della reclusione da 25 a 30 anni.

¹² La pena effettivamente scontata infatti è molto più alta, dovendosi calcolare gli 11 mesi di custodia cautelare e quasi 900 giorni di liberazione anticipata (art. 54 o.p.) maturati negli anni trascorsi in carcere.

Del resto, l'esperienza ha dimostrato che l'evasione dall'Istituto o il mancato rientro da un permesso possono anche dipendere da una decisione presa dal marito – in presenza, ad esempio, di più bambini da accudire, per i quali appare indispensabile l'intervento della madre – ed essere stati quindi in qualche modo 'imposti' alla donna, costretta a tradire la fiducia in lei riposta dagli operatori penitenziari¹³.

Per tutte queste ragioni, i magistrati di sorveglianza sembrano poco propensi a consentire l'uscita dal carcere alle donne Rom, come dimostra la prassi in tema di concessione della detenzione domiciliare speciale (art. 47-*quinquies* o.p.), che costituisce l'unica misura alternativa di cui esse potrebbero beneficiare, quando – come di regola accade – hanno figli minori di 10 anni e una pena da scontare di lunga durata (superiore a quattro anni)¹⁴.

Senza voler qui ripercorrere i numerosi interventi con i quali, nel corso di più di 25 anni, il legislatore italiano ha affrontato (senza risolverlo) il problema dei minori in carcere al seguito delle loro madri¹⁵, va ricordato che la detenzione domiciliare speciale è una misura che, indipendentemente dalla entità della pena e – grazie alla Corte costituzionale¹⁶ – dal tipo di reato oggetto della condanna, consente alla madre, o al padre in sua vece¹⁷, di espiare la pena «nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di

¹³ Anche tra le donne che abbiamo intervistato nel carcere di Milano-Bollate una ha fornito una simile spiegazione della evasione che ha fatto, 10 anni prima (e che «[le] hanno fatto pagare molto pesantemente»): «anche lì non ho avuto molta scelta: mio marito mi ha detto o evadi e vieni con me o i tuoi figli non li vedi più. Non sono scappata per andare a drogarmi, Per di più mi ha rimandato in Italia a commettere un altro reato sapendo che ero ricercata. Sai quanto volte ho pregato di essere arrestata? Io non avevo il coraggio di costituirmi, poi sono rimasta anche incinta tra l'altro. Ho vissuto brutto veramente. Ogni volta che passava una pattuglia...».

¹⁴ Qualora la pena (anche residua) fosse minore sarebbe applicabile la misura parallela (e di più risalente introduzione: la legge Gozzini del 1986) della detenzione domiciliare (ordinaria) prevista dall'art. 47-*ter* o.p., che peraltro non fa alcun riferimento all'ICAM (v. infra, nel testo).

¹⁵ Per una ricostruzione di questo lungo percorso, sia consentito il rinvio a C. PECORELLA, *La detenzione delle donne madri: la difficoltà di garantire l'interesse superiore del minore*, in N. GANDUS-C. TONELLI (a cura di), *Doppia pena. Il carcere delle donne*, Mimesis, Milano, 2019, p. 31 ss.

¹⁶ Cfr. Corte cost. 12 aprile 2017, n. 76 che ha dichiarato illegittima, per contrasto con l'art. 31 Cost., la preclusione all'accesso al beneficio sin dall'inizio (ossia prima di aver espiato almeno un terzo della pena) per le donne condannate per «taluno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis*»; sulla rimozione della analoga preclusione, con riguardo anche alla speculare misura della detenzione speciale *ex art.* 47-*ter* o.p., implicitamente contenuta nell'art. 4-*bis* o.p., v. Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 239.

¹⁷ Più precisamente, in base all'art. 47-*quinquies*, comma 7, o.p., la misura può essere concessa, al padre detenuto, solo «se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre».

cura, assistenza o accoglienza», fino al raggiungimento dei 10 anni di età del minore¹⁸.

Per beneficiare della detenzione domiciliare è tuttavia necessario che «non sussist[a] un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti» (art. 47-*quinquies*, comma 1, o.p.) e, se si tratta della espiazione del primo terzo della pena, nemmeno un concreto pericolo «di fuga» (art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis*, o.p.); in questi casi, per non sacrificare troppo l'esigenza del minore a stare accanto al genitore durante una fase ancora così delicata per la sua crescita, con la legge 62/2011 si è previsto che madre e figlio possano essere *ristretti* negli istituti a custodia attenuata per detenute madri (ICAM), che avrebbero dovuto essere creati sul modello, avviato dieci anni prima, a Milano¹⁹.

Con la stessa legge vengono anche menzionate per la prima volta le «case famiglia protette» (di cui, peraltro, a distanza di più di dieci anni dalla legge solo due sono state aperte in tutta Italia²⁰), destinate a sopperire alla mancanza di un'abitazione per quelle donne che comunque potrebbero avvalersi della misura alternativa, perché assente il pericolo di fuga o di ricaduta nel reato; in caso contrario, non resta che il carcere, sia pure, laddove presente, nella forma della custodia attenuata tipica dell'ICAM.

Ebbene, chiunque varchi la porta dell'istituto milanese si rende conto che la stragrande maggioranza (se non talvolta la totalità) delle sue ospiti sono donne Rom con uno o due figli al seguito; talvolta insieme a loro si incontra una donna straniera, evidentemente senza validi riferimenti sul territorio e quindi nella stessa condizione delle donne Rom le quali, a dire il vero, un luo-

¹⁸ Ai sensi del comma 8 dell'art. 47-*quinquies* o.p., al compimento dei dieci anni del minore il Tribunale di sorveglianza potrebbe concedere una proroga della misura – in alternativa alla misura della semilibertà, di cui devono ricorrere i presupposti –, ovvero ammettere il genitore, rientrato in carcere, all'assistenza all'esterno del figlio ai sensi dell'art. 21-*bis* o.p.

¹⁹ Ad oggi sono 5 in tutto il Paese, e non tutti presentano peraltro quegli aspetti peculiari che sono il punto di forza dell'esperienza milanese (la lontananza dal carcere, l'assenza delle sbarre alle finestre, l'inserimento nel contesto urbano che agevola una normalità di vita per i bambini che vi sono accolti). Sull'ICAM di Milano, v. M. GRIMALDI, *Tra tutela, diritto e modelli sperimentali. L'esperienza di Milano*, in N. GANDUS-C. TONELLI (a cura di), *Doppia pena*, cit., p. 43 ss.

²⁰ Lo scarso numero di case-famiglia protette fino ad oggi istituite (solo a Milano e Roma) è dovuto essenzialmente alla scelta del legislatore di non assumersi alcun impegno nella loro realizzazione («senza oneri per lo Stato»), lasciando che fossero le Amministrazioni locali a provvedere. Nella precedente legislatura è stata discussa e approvata alla Camera la proposta di legge Siani ed altri (AC 2298) volta a potenziare il ruolo delle case-famiglia protette e la loro istituzione anche con il contributo dello Stato. Cfr. in proposito, C. PECORELLA, *Torna all'attenzione del legislatore il problema dei bambini in carcere al seguito delle loro madri*, in *Sist. pen.*, 4 maggio 2021.

go in cui stare lo avrebbero (spesso il campo nomadi) se la magistratura lo ritenesse adeguato²¹.

Tuttavia, come si è visto, il principale problema di queste donne non è tanto la mancanza di un luogo ritenuto idoneo nel quale poter spiare la pena stando insieme ai loro figli, quanto piuttosto la prognosi sulla possibile fuga e sulla ripetizione del reato che i giudici si trovano a dover fare, perché la legge lo richiede. Ed è stato in effetti un grave errore del legislatore quello di aver espressamente subordinato la concessione della misura a quella prognosi: da un lato, perché ha di fatto reso non applicabile la misura alle donne Rom, vanificando in partenza l'obiettivo dichiarato di ridurre i bambini in carcere (non sapendo, evidentemente, che la maggior parte di quei bambini sono proprio i loro figli)²². Dall'altro lato, perché ha indebitamente sacrificato quello che, enfaticamente, viene definito "l'interesse superiore del minore" – in questo caso, a crescere con i genitori in un ambiente adeguato – per (presunte) esigenze di sicurezza sociale che, come già più volte abbiamo evidenziato, non paiono meritevoli di così attenta considerazione quando si tratta della criminalità "tradizionale" delle donne Rom²³.

Ma vi è di più. L'alta concentrazione di donne Rom all'interno dell'ICAM di Milano induce a sospettare che nei loro confronti si stia realizzando una vera e propria discriminazione da parte dello Stato italiano: la disposizione apparentemente neutra dell'art. 47-*quinquies* o.p. sembrerebbe infatti determinare, nella sua applicazione concreta, un trattamento sfavorevole (la reclusione negli Istituti a custodia attenuata) per un gruppo sociale determinato, avente una caratteristica comune (l'etnia Rom) sulla cui base non sono consentite discriminazioni.

²¹ Merita di essere ricordata la conclusione cui è giunto, sul tema della detenzione domiciliare per le detenute madri, il Tavolo 3 degli Stati generali dell'esecuzione penale, dedicato a Donne e carcere (consultabile sul sito del Ministero della Giustizia): dopo aver sottolineato che questa misura non deve essere negata per mancanza di un luogo ove eseguirla, dovendo in questi casi lo Stato provvedere a reperirne uno, si suggerisce di «prevedere collocamenti in comunità che già ospitano madri con bambini [senza escludere] la possibilità di domiciliazione presso i campi Rom».

²² Eloquenti in proposito i dati pubblicati dal Ministero della giustizia: se al 30 giugno del 2011 (quando la disposizione era stata da poco introdotta) le detenute madri con figli erano 53, l'anno successivo e poi ancora nel 2018 erano 57, essendo invece diminuite, ma in modo chiaramente episodico, negli anni precedenti (erano infatti 51 nel 2013 e ancora 50 nel 2019).

²³ A questo proposito, interessante una recente pronuncia della Corte di cassazione che, con riguardo proprio alla (mancata) applicazione della detenzione domiciliare speciale, sottolinea la necessità che l'interesse "superiore" del minore sia tale anche rispetto alle esigenze di sicurezza della collettività: cfr. Cass. 25 maggio 2020, n. 16945, in *Sist. pen.*, 17 giugno 2020, con nota di N.M. Cardinale.

Saremmo dunque in presenza di quella che, nella legislazione contro le discriminazioni dell'Unione Europea e di riflesso nella giurisprudenza delle Corti europee, viene definita "discriminazione indiretta" e che consiste «nell'effetto sproporzionatamente pregiudizievole di una politica o di una misura generale che, se pur formulata in termini neutri, produce una discriminazione nei confronti di un determinato gruppo»²⁴.

Poiché non è facile provare la sussistenza di una discriminazione indiretta nella applicazione di una disposizione generale, priva all'apparenza di tratti discriminatori, la Corte di Strasburgo ritiene sufficiente che si dimostri una "presunzione di discriminazione" (ad esempio producendo dati statistici sulla frequenza dell'effetto che si presume discriminatorio) che sarà poi lo Stato a dover smentire, fornendo – laddove possibile – una spiegazione convincente del trattamento differenziato e della sua intrinseca ragionevolezza. Una spiegazione che nel nostro caso certo non potrebbe esaurirsi nel ribadire che le donne Rom devono scontare la pena in un regime detentivo, perché elevata è la probabilità che altrimenti tornino a delinquere: agli occhi della Corte europea questo aspetto, più che giustificare misure repressive discriminatorie (per di più in danno anche di minori), dimostrerebbe verosimilmente la necessità di un intervento da parte dello Stato, per porre quelle donne nella condizione di non dover più delinquere, sacrificando se stesse e i loro figli. È del resto questo il dovere che incombe sullo Stato nel momento in cui sia accertata la sussistenza di una discriminazione indiretta in danno di un gruppo protetto: non solo il dovere di rimediare all'effetto (indirettamente) discriminatorio della disposizione o della prassi ma anche di intervenire sulla condizione di difficoltà o di fragilità – che di solito è di carattere strutturale –, nella quale si trova il gruppo o la categoria di persone che ne è vittima²⁵.

Dinanzi alla disuguaglianza di fatto che è all'origine del trattamento discriminatorio subito dalle donne Rom quando entrano in contatto con il sistema della giustizia penale²⁶ è necessario dunque che, in attesa delle azioni positive

²⁴ Cfr. *Manuale di diritto europeo antidiscriminatorio*, a cura della Agenzia dell'Unione Europea per i diritti fondamentali, 2018, p. 56 ss.

²⁵ Nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani diverse sono le sentenze che hanno riconosciuto la sussistenza di una discriminazione indiretta nei confronti di persone Rom: così, ad esempio, nei casi D.H. e altri v. Repubblica Ceca (GC) del 13 novembre 2007 e Orsus e altri v. Croazia del 16 marzo 2010, relative a situazioni nelle quali era esageratamente elevato (e privo di giustificazione) il numero di bambini Rom che frequentavano delle "scuole speciali", create per chi avesse difficoltà linguistiche o di apprendimento particolari. V. anche *Manuale di diritto europeo antidiscriminatorio*, cit., p. 58.

²⁶ Il problema si presenta anche in altri Paesi: si veda, ad esempio, lo studio realizzato in Spagna, partendo dalla più elevata percentuale di pene detentive inflitte alle donne (per lo più Rom) rispetto agli uomini, nonostante la minore gravità dei reati da esse commessi: cfr. A. PEDROSA,

dello Stato, anche la magistratura dia il suo contributo, tenendo conto del contesto nel quale i reati sono stati commessi in sede d'interpretazione e di applicazione della legge penale²⁷: «là dove si tratta della concreta e diretta realizzazione del programma costituzionale, di promuovere l'eguaglianza sostanziale di tutti, [...] le tradizionali e formali "garanzie di libertà" non bastano più»²⁸.

¿Discrimina el Código Penal español a las mujeres?, in *Revista Española de Investigación criminológica* (www.criminologia.net), 2018, n. 16.

²⁷ Sull'importanza della valutazione dei fatti all'interno del contesto nel quale sono stati realizzati v. C. PECORELLA (a cura di), *La legittima difesa delle donne. Una lettura del diritto penale oltre pregiudizi e stereotipi*, Mimesis, Milano, 2022.

²⁸ D. PULITANÒ, *op. cit.*, p. 140.

DIVERSITÀ E IDENTITÀ NEGLI SPAZI DELLA PENA

Marco Pelissero

SOMMARIO: 1. Una riflessione sulle identità personali nel sistema penale tra spazi della pena comminata e spazi della pena eseguita. – 2. Identità e spazi del controllo penale: l'identità come disvalore. – 3. L'identità come valore: il diritto penale come strumento di tutela. – 4. Identità e spazi della pena eseguita. – 4.1. Il contesto e i principi. – 4.2. Sesso biologico. – 4.3. Disabilità. – 4.4. Stranieri. – 4.5. Identità di genere e orientamento sessuale. – 5. Identità personali tra resistenze di sistema e resistenze culturali.

1. Una riflessione sulle identità personali nel sistema penale tra spazi della pena comminata e spazi della pena eseguita

Quando il sistema penale si rapporta alla sfera dell'identità personale, si sviluppano rapporti complessi. Da un lato, l'identità richiama l'idea della flessibilità, non solo perché l'identità personale è permeata dalla individualizzazione del suo contenuto, ma anche perché ha carattere relazionale in rapporto ai soggetti che coinvolge e al contesto nel quale si colloca: l'identità, infatti, si sviluppa, si rafforza o si comprime in ragione della posizione di un soggetto rispetto agli altri; traccia sempre un confine con l'“altro” da sé, indipendentemente dal fatto che quel confine sia assunto come elemento di arricchimento o di tensione dei rapporti sociali; è condizionata anche dal contesto nel quale gli individui manifestano la loro personalità¹. Dall'altro lato, il diritto penale tende a normalizzare entro costruzioni normative: le identità rilevano nella misura in cui siano riferibili ad un gruppo al quale la legge dà rilevanza in modo espresso o attraverso i principi generali del sistema.

Una riflessione sul rapporto tra identità e spazi della pena pone problemi diversi a seconda che questi ultimi siano intesi come “spazi della pena comminata” o come “spazi della pena eseguita”.

¹ Sulla grammatica dell'alterità, v. A. PIRNI (a cura di), *Logiche dell'alterità*, Edizioni ETS, Napoli, 2009.

2. *Identità e spazi del controllo penale: l'identità come disvalore*

Le città costituiscono realtà complesse, espressive di relazioni con un altissimo potenziale di rilevanza giuridica. Sono, infatti, luoghi che sviluppano l'aggregazione funzionale delle attività dell'uomo, nonché accumulano e sedimentano i passaggi degli uomini e l'avvicendamento delle generazioni, custodendo e stratificando le trasformazioni del e nel tempo. Lo spazio della pena comminata indica l'area del controllo penale e delle scelte di incriminazione. Da questa prospettiva, identità e pena sono termini che esprimono posizioni assiologicamente antitetiche. L'identità è per sua natura incerta nella misura in cui valorizza i profili della individualità, esprime il dominio della diversità entro il quadro dei principi costituzionali: lo impongono il rispetto del principio di uguaglianza (art. 3), dei diritti fondamentali della persona (art. 2) e del personalismo che sta alla base dell'impianto costituzionale.

La pena comminata dalla legge, invece, è portatrice di un'esigenza di certezza, legata alla rigidità dei precetti: rinvia al meno flessibile degli strumenti di intervento pubblico che presidia il confine delle condotte vietate (è semmai la pena in fase di commisurazione e di esecuzione a rendere meno gravoso il peso di quel confine).

L'identità tende a differenziare, specie nella complessa società di oggi, multiculturale e multiethnica; dall'altro lato, la pena tende a normalizzare entro i confini di tipi criminali.

Se, però, come ci ricorda Domenico Pulitanò, «l'unica forza dello Stato laico è la sua debolezza, cioè la capacità metodologica di fungere da ospite – e garante – delle diversità»², allora dobbiamo interrogarci sul ruolo che il diritto penale può assumere quando si rapporta con le identità individuali.

Se partiamo da questa accezione di spazio della pena, il diritto penale può essere chiamato a tutelare l'identità o a tradursi in strumento di repressione che carica di disvalore determinate identità. La sua legittimazione è condizionata dal consolidamento in ambito sociale del valore o del disvalore riconosciuto ad una determinata identità e dal rispetto dei criteri di politica criminale.

Vi sono fattispecie che, pur essendo solidamente ancorate alla tutela di definiti beni giuridici, esprimono anche un disvalore rispetto a determinate modalità di espressione dell'identità individuale. Due ambiti mi sembrano particolarmente significativi per comprendere la stretta connessione che si può determinare tra disvalore del fatto e giudizio sull'identità individuale.

Pensiamo anzitutto alle scelte del legislatore in tema di contrasto alla pedopornografia, potenziate in questi ultimi anni, in termini talvolta preoccupanti sul piano della ragionevolezza delle scelte di politica criminale, se decliniamo la ragionevolezza «come saggezza pratica, o, in un senso più stringente, come ade-

²D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 57.

guatezza o coerenza assiologica»³. La tutela dello sviluppo psico-fisico del minore nella sfera della sessualità avviene attraverso fattispecie espressive di un giudizio di disvalore sull'identità sessuale dell'autore del reato che incide non solo sull'area del controllo penale, ma anche sulla differenziazione dei percorsi penitenziari, in quanto nell'accesso alle misure alternative alla detenzione, possibile solo dopo un anno di osservazione in carcere, il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza valuta la positiva partecipazione al programma di trattamento psicologico con finalità di recupero e di sostegno (artt. 4-*bis* e 13-*bis* o.p.): nella misura in cui si mantiene fermo il rispetto del principio di offensività in astratto, il disvalore dell'identità personale diventa un riflesso delle modalità della sua espressione che ledono o mettono in pericolo il bene giuridico tutelato.

Se non che il legislatore, allo scopo di assicurare una tutela sempre più ampia al bene finale (intangibilità del minore nella sfera sessuale), ha finito per anticipare la soglia di incriminazione in termini così ampi che il significato offensivo del fatto trascolora, facendo emergere solo il giudizio di disvalore sul modo di essere dell'autore: la dottrina si è espressa in termini nettamente critici rispetto alla pedopornografia virtuale (art. 600-*quater*.1 c.p.) che arriva a sanzionare la mera detenzione del materiale, in quanto il fatto, non coinvolgendo minori, non presenta connessione con l'oggetto da tutelare⁴. Il passaggio da diritto penale del fatto in diritto penale d'autore è anche alla base del più recente ampliamento del controllo penale in chiave di contrasto alla pedopornografia via internet: l'art. 600-*quater*, comma 3 c.p. sanziona già il mero accesso intenzionale in rete a materiale pedopornografico, di tipo anche puramente virtuale, facendo diventare reato anche il mero "guardare". Ancor più spostato sul disvalore dell'identità sessuale è la recente riforma approvata in Germania nel 2021 con l'introduzione delle fattispecie di immissione sul mercato, acquisto o possesso di bambole sessuali dall'aspetto infantile (§ 184, I *StGB*)⁵.

Un altro ambito nel quale rileva l'identità in chiave di disvalore è rappresentato dal delitto di pratiche di mutilazioni genitali femminili (art. 583-*bis* c.p.): questa fattispecie tutela non solo l'integrità fisica, ma anche la dignità della donna vittima di questi interventi deformanti il corpo e l'anima per assicurare al maschio il controllo della sessualità e del corpo femminile; ma è indubbio che al contempo la nuova fattispecie incanali anche il giudizio di disvalore rispetto alle

³ D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 11.

⁴ A.M. MAUGERI, *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, Pisa University Press, Pisa, 2021, p. 43 ss. Sulla ricostruzione del dibattito v. anche L. PISTORELLI, art. 600-*quater*.1, in E. DOLCINI-G.L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Wolters Kluwer, Milano, 2021, p. 1565.

⁵ Sulla riforma della disciplina italiana in comparazione con le scelte del legislatore tedesco, v. P. CAROLI, *Quando guardare è reato. Accesso intenzionale a materiae pedopornografico e novità normative in materia di reati sessuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 973 ss.

identità culturali che quelle pratiche alimentano⁶. Il diritto penale del fatto si accompagna anche ad un giudizio di squalificazione culturale dell'autore.

In questi ambiti il diritto penale svolge una funzione incriminatrice di specifiche forme di espressione dell'identità personale, non sempre ancorate alla tutela dei diritti fondamentali della persona. Ed è proprio la connessione tra identità dell'autore e fatto ad imporre un attento vaglio sui limiti di legittimazione del controllo penale.

3. *L'identità come valore: il diritto penale come strumento di tutela*

Nelle scelte di incriminazione il richiamo all'identità può giocare un duplice ruolo. Può diventare il vessillo simbolico di una politica criminale che si alimenta dell'ossessione identitaria⁷. Si tratta della soluzione semplificatoria del rapporto tra tutela penale e identità personali. Credo che l'identità nazionale abbia avuto un significato non irrilevante nelle politiche di contrasto all'immigrazione clandestina. In questo specifico contesto, nel nostro ordinamento la passione punitiva della modernità⁸ ha prodotto l'aggravante della clandestinità (art. 61, n. 11-*bis* c.p.) e la contravvenzione di immigrazione clandestina (art. 10-*bis* t.u. immigrazione)⁹ nelle quali il richiamo alla finalità ultima di controllo penale della regolarità dei flussi migratori è così distante dalla capacità di quelle norme di fungere da strumento di tutela effettiva del bene invocato da lasciar trasparire l'identità nazionale come valore emergente: questa prospettiva ha giustificato il maggior disvalore dello stesso fatto se commesso da un cittadino di uno Stato non appartenente all'Unione europea non regolarmente presente sul territorio nazionale; ha giustificato una contravvenzione del tutto incapace di contribuire al rispetto delle condizioni di ingresso e permanenza sul territorio nazionale; ha giustificato scelte ministeriali conflittuali con le norme sovranazionali sulla tutela delle persone in mare¹⁰. In questi casi, l'identità diventa espressione di rigidi-

⁶ In particolare sulle mutilazioni genitali femminili, v. A. PROVERA, *Tra frontiere e confini. Il diritto penale dell'età multiculturale*, Jovene, Napoli, 2018, p. 179 ss.; F. BASILE, *Art. 583-bis*, in E. DOLCINI-G.L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, cit. 1019 ss.; ID., *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 680 ss. Più in generale sulle questioni connesse alla rilevanza del fattore culturale v. C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Edizioni ETS, Napoli, 2010; F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, 2010.

⁷ F. REMOTTI, *L'ossessione identitaria*, Laterza, Bologna, 2010.

⁸ D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Feltrinelli, Milano, 2018.

⁹ Su questa disciplina v. A. CAPUTO, *Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*, in A. CAPUTO-G. FIDELBO (a cura di), *Reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 97 ss.

¹⁰ Sul rapporto tra scelte ministeriali e disciplina sovranazionale sui migranti e sul diritto del

tà valoriale, in termini distonici rispetto al quadro dei principi costituzionali che almeno in relazione alla circostanza aggravante hanno prevalso dinanzi alla Consulta sul populismo penale¹¹.

Quando invece l'identità viene valorizzata in chiave costituzionale come espressione di un diritto fondamentale dell'uomo, la legittimazione del controllo penale a tutela dell'identità si fa più complessa: se nessuno mette in dubbio la rilevanza costituzionale della tutela dell'identità personale, meno chiare sono le condizioni che legittimano il controllo penale, perché si richiede un vaglio articolato alla luce dei principi costituzionali di uguaglianza, determinatezza, libertà di manifestazione del pensiero, proporzione e sussidiarietà del controllo penale. Due esempi mi sembrano efficaci nel riflettere sulla complessità della legittimazione del controllo penale.

Il primo è costituito dal delitto introdotto dalla l. 69/2019 che punisce la deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso (art. 583-*quinquies* c.p.). La norma non amplia l'area di incriminazione, in quanto il fatto era già penalmente rilevante come circostanza aggravante di lesioni gravissime (art. 583 c.p.). La scelta del legislatore si spiega non solo con l'intenzione di sottrarre l'evento aggravatore al giudizio di bilanciamento, in chiave di inasprimento del trattamento sanzionatorio, ma anche con la volontà di dare rilevanza all'offesa all'identità della persona, in quanto il viso è espressione della dimensione relazionale dell'identità individuale¹².

Più complesse sono invece le questioni che ha sollevato l'*iter* di discussione parlamentare del disegno di legge Zan che si proponeva di estendere la tutela penale delle identità personali in relazione a fattori identitari diversi da quelli considerati agli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p.¹³. Lasciando da parte la ragioni politi-

mare, v. L. MASERA, *Immunità della politica e diritti fondamentali. I limiti all'irresponsabilità penale dei ministri*, Giappichelli, Torino, 2020.

¹¹ Corte cost. 8 luglio 2010, n. 249. Sull'aggravante v. G.L. GATTA, *Aggravante della 'clandestinità' (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 713 ss.

¹² A riguardo v. F. BASILE, *Art. 583-quinquies*, in E. DOLCINI-G.L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., p. 1043 ss.

¹³ Su questo disegno di legge e sul precedente (Scalfarotto) si è sviluppata un'ampia discussione: da ultimo v. il volume M. PELISSERO-A. VERCELLONE (a cura di), *Diritto e persone LGBTQI+*, Giappichelli, Torino, 2022, con i contributi di L. GOISIS, *Crimini d'odio omofobico, diritto penale e scelte politico-criminali*, p. 225 ss. e M. PELISSERO, *Il disegno di legge Zan: una riflessione sul percorso complesso tra diritto penale e discriminazione*, p. 245 ss.; nonché il Focus *Il ddl Zan tra diritto penale, democrazia e pluralismo*, *GenIUS*, aprile 2022 (con contributi di G. PALMIERI, L. GOISIS, M. CAIELLI, A. LO GIUDICE, I. FANLO CORTES, M. PELISSERO). Si vedano inoltre: R. BARTOLI, *Costituzionalmente illegittimo non è il d.d.l. Zan, ma alcuni comportamenti incriminati dall'art. 604-bis c.p.*, in *Sist. pen.*, 12 luglio 2021; A. DI MARTINO, *Osservazioni sul d.d.l. «misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità»*, in *discrimen.it*, 5 ottobre 2021; E. DOLCINI, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *Riv. it. dir. proc.*

che che hanno portato alla mancata approvazione di quel progetto e rimanendo sul terreno strettamente giuridico, è indubbio che alla base del fallimento riformatore abbia contribuito la difficoltà di imbrigliare entro i confini delle norme penali la fluidità dell'identità. Vediamo alcuni dei profili di frizione che il controllo penale ha mostrato, quando si è posto il problema dell'estensione della tutela ad alcuni elementi dell'identità sessuale.

Anzitutto, quale identità? A mettere in crisi la discussione politica, il dibattito pubblico e la stessa dottrina sono state le nuove motivazioni di discriminazione connesse alla personalità sessuale per le quali si proponeva l'ampliamento della tutela penale: è rimasto, infatti, ai margini della discussione il fattore della disabilità, mentre ha fatto discutere il richiamo a sesso, genere, orientamento sessuale e identità di genere che il disegno di legge definiva, con una scelta che marcava la differenza rispetto ai fattori di discriminazione già tutelati a far data dalle leggi Reale e Mancino, che si erano ben guardate dal definire quei fattori, sebbene alcuni presentassero un'analogia difficoltà semantica (etnia, religione) o avessero da tempo mostrato l'inconsistenza scientifica (razza).

Da un punto di vista definitorio, poco plausibile è la differenziazione tra sesso e genere, in quanto il secondo, pur essendo una costruzione sociale, indicando «ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini» (così definisce il genere la Convenzione di Istanbul), è in grado di comprendere anche la differenza sessuale biologica. Piuttosto, l'inserimento del riferimento al sesso ha voluto marcare la differenza dall'identità di genere, che ha sollevato i maggiori dubbi sul piano definitorio, nonostante il disegno di legge Zan si fosse sforzato di definirla come «l'identificazione percepita e manifestata di sé in relazione al genere, anche se non corrispondente al sesso, indipendentemente dall'aver concluso un percorso di transizione» (art. 1, lett. *d*). Ebbene, l'identità di genere non ha sollevato particolari polemiche, quando la Corte costituzionale, in una coraggiosa pronuncia l'ha considerata parte dei diritti fondamentali della persona, al punto da giustificare un processo di transizione sessuale anche senza im-

pen., 2014, p. 20 ss.; L. GOISIS, *Hate Crimes in a Comparative Perspective. Reflections on the Recent Italian Legislative Proposal on Homophobic, Gender and Disability Hate Crimes*, in *Genius*, 2020, fasc. 1; F. PALAZZO, *La nuova frontiera della tutela penale dell'uguaglianza*, in *Sist. pen.*, 11 gennaio 2021; A. SPENA, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello "hate speech"*, in *Criminalia*, 2016, p. 577 ss.; C. VISCONTI, *Ancora bigotti? noterelle anti-penalistiche su libera prostituzione e omofobia*, in *Sist. pen.*, 4 febbraio 2021.

Più in generale sui limiti di intervento del diritto penale in relazione alle forme di manifestazione del pensiero, si rinvia a A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020; A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Giappichelli, Torino, 2013; C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Giappichelli, Torino, 2008. Con particolare riguardo ai crimini di odio, v. L. GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Jovene, Napoli, 2019.

porre, proprio a tutela dell'identità personale, anche la modificazione dei caratteri sessuali primari¹⁴. Non ha suscitato discussioni quando è stata richiamata nel riformulato art. 1 o.p., ex d. lgs. 123/2018, che richiede, come vedremo meglio tra breve, un trattamento penitenziario improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni¹⁵. L'identità di genere ha invece assunto una diversa *vis* polemica, quando è stata richiamata da norme penali, perché in questo caso si è dovuta confrontare con il principio di riserva di legge. Una parte del movimento femminista temeva che se si fosse attribuita rilevanza alla disforia di genere, senza una espressa indicazione della discriminazione fondata sul sesso, non si sarebbe valorizzata la donna sul terreno della differenza biologica che è cosa diversa dal percepirsi donna in un corpo biologicamente maschile¹⁶. La discussione che ha portato ad inserire il termine sesso accanto a genere e identità di genere è stata, dunque, essenzialmente identitaria, perché finalizzata a marcare la differenza tra identità biologica e identità psicologica.

Tuttavia, l'identità di genere ha sollevato dubbi anche su un altro versante: se a rilevare è la percezione biologica che il soggetto ha di sé, come si fa ad evitare che la mutevolezza temporale della percezione soggettiva del "se"?

Su altro fronte, la tutela delle identità connesse alla sfera della personalità individuale ha fatto temere che la legge penale potesse porre un bavaglio alle opinioni dissenzienti e più dissacratorie alle quali in una democrazia non protetta dovrebbe essere assicurata la massima espansione. Sebbene il disegno di legge non intendesse estendere la tutela dei nuovi profili identitari in relazione alla fattispecie di propaganda, che presenta le maggiori frizioni con il principio di cui all'art. 21 Cost., non di meno l'art. 604-*bis* c.p. prevede alcune condotte costruite in termini fortemente anticipati, come l'istigazione al compimento di atti di discriminazione nella quale la soglia di rilevanza penale si colloca al confine con la libertà di manifestazione del pensiero¹⁷, confine reso ancor più fragile dalla mancanza di definizione degli atti di discriminazione¹⁸. Se non che, questi elementi di incertezza semantica e di slittamento della fattispecie verso il confine

¹⁴ Corte cost. 5 novembre 2015, n. 221. Sulla sentenza v. I. RIVERA, *Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione personale tra identità e diversità di genere*, in *www.consultaonline*, 2016, p. 175 ss.; A. NOCCO, *La rettificazione di attribuzione di sesso tra Corte Costituzionale n. 221/2015 e fonti sovranazionali*, in *Quest. giust.*, 30 novembre 2015.

¹⁵ V. GREVI-F. DELLA CASA-G. GIOSTRA, *Art. 1*, in F. DELLA CASA-G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, 6 ss.

¹⁶ M. CAIELLI, *Tutelare l'identità di genere attraverso la repressione dell'hate speech: considerazioni a partire dal disegno di legge Zan*, in M. PELISSERO-A. VERCELLONE (a cura di), *Diritto e persone LGBTQI+*, cit., p. 213.

¹⁷ R. BARTOLI, *Costituzionalmente illegittimo non è il d.d.l. Zan*, cit.

¹⁸ G. DODARO, *La problematica criminalizzazione degli "atti di discriminazione" non violenti nei delitti contro l'eguaglianza. Una riflessione a partire da d.d.l. Zan e altri in materia di misure di prevenzione e contrasto delle discriminazioni omo-transfobiche*, in *www.gustiziainsieme*, 10 novembre 2020.

dell'art. 21 Cost. non erano imputabili al disegno di legge, ma erano già presenti nella disciplina penale vigente rispetto agli altri fattori di discriminazione.

A completare il quadro delle argomentazioni contrarie al controllo penale è intervenuta una riflessione più generale sui limiti del controllo penale che non appare lo strumento più efficace per contrastare le discriminazioni, anzi finirebbe per mostrare una valenza simbolica priva di effetti sul piano dell'effettività della tutela.

Gli argomenti addotti in chiave critica rispetto alla proposta di riforma in parte sono fondati, ma rischiano di fondare una irragionevole disparità di trattamento: la fondatezza dei rilievi critici che investono l'anticipazione della punibilità, l'indeterminatezza degli atti di discriminazione, il limite con la libertà di manifestazione del pensiero dovrebbero valere per l'intero impianto degli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p. in relazione ai fattori di discriminazione che la disciplina vigente tutela e non possono essere addotti ora per giustificare la mancata estensione della tutela penale, a fronte del riconoscimento dei fattori relativi alla sfera della personalità sessuale come diritto fondamentale della persona.

4. *Identità e spazi della pena eseguita*

Quando invece l'identità si muove entro "gli spazi della pena eseguita" la prospettiva muta, perché investe il riconosciuto all'identità personale dei detenuti e delle detenute in fase esecutiva. In questo ambito dobbiamo tener conto di alcune coordinate: il contesto; i principi; le resistenze di sistema; le resistenze culturali.

4.1. *Il contesto e i principi*

Il carcere, per usare la terminologia di Michel Foucault, è il luogo dell'eterotopia. Se le utopie sono «spazi privi di un luogo reale», le eterotopie sono

«contro-luoghi, specie di utopie effettivamente realizzate nelle quali i luoghi reali, tutti gli altri luoghi reali che si ritrovano all'interno della cultura vengono al contempo rappresentati, contestati e sovvertiti; una sorta di luoghi che si trovano al di fuori di ogni luogo, per quanto possano essere effettivamente localizzabili»¹⁹.

Come tutte le eterotopie, il carcere rappresenta un luogo assolutamente "altro" dai luoghi che riflette e che deforma: riflette e amplifica i problemi; deforma il tempo e le relazioni; deforma anche le identità che sono relazionali e che in quei luoghi si calano.

¹⁹M. FOUCAULT, *Spazi altri. I luoghi delle eterotopie*, Mimesis, Milano, 2011, pp. 23-24; dello stesso Autore v. anche *Utopie. Eterotopie*, Cronopio, Napoli, 2006.

All'interno del contesto di esecuzione della pena, i principi hanno una funzione di garanzia a tutela delle identità individuali: una funzione di limite, una sorta di resistenza valoriale, rispetto al contesto eterotopico con il quale l'identità è costretta a confrontarsi.

Vengono, anzitutto, in rilievo i principi costituzionali come riletti dalla Corte costituzionale: i diritti fondamentali della persona sono inevitabilmente compresi in ambito carcerario, ma non possono essere soppressi nel loro nucleo fondamentale; la funzione rieducativa impone la personalizzazione del percorso rieducativo come vincolo costituzionale *ex art. 27, comma 3, Cost.*; i percorsi *extracarcerari* imprimono alla pena un mutamento qualitativo che la rende essenzialmente diversa dalla pena eseguita in carcere, con ciò che ne consegue sul piano delle garanzie costituzionali e convenzionali applicabili²⁰.

A completare e dettagliare i principi interviene anche la legge di ordinamento penitenziario, che sin dal 1975, all'art. 1 richiede un trattamento penitenziario conforme a umanità e nel rispetto della dignità della persona, finalizzato, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale, secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati. La persona del detenuto è dunque al centro della riforma che parla di umanità e dignità, dove quest'ultima non è un diritto a sé stante, ma costituisce una sorta di sintesi dei diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti anche nello spazio carcerario²¹.

Già nella versione originaria dell'art. 1 si poneva l'accento sul principio di imparzialità e sul divieto di discriminazioni in ordine a razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose: questa norma fissa un limite valoriale di fronte alla consapevolezza dei rischi del carcere come luogo nel quale sono a rischio le identità personali, che possono essere alterate in un contesto deformante per i rapporti di forza tra detenuti e tra detenuti e personale dell'amministrazione penitenziaria. La riforma dell'ordinamento penitenziario (d. lgs. 123/2018) ha valorizzato il principio di non discriminazione, ampliando i fattori fondati su sesso, identità di genere, orientamento sessuale.

Se questa è la cornice dei principi, i modi attraverso i quali si assicura concreta attenzione alle identità personali nel contesto carcerario richiedono una strategia integrata di intervento, affinché il rispetto dell'identità personale diventi condizione per garantire il pieno rispetto dei principi di umanità e dignità. Così come le identità sono diverse, così non c'è un unico strumento per definire le modalità di intervento. Prenderò in considerazione i fattori di discriminazione che, attraverso disposizioni espresse, l'ordinamento penitenziario ha mostrato di valorizzare, almeno sulla carta.

²⁰ Corte cost. 26 febbraio 2020, n. 32.

²¹ G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2018, p. 11.

4.2. Sesso biologico

Il carcere è fondato in modo divisivo sul sesso biologico. È sul versante della tutela dell'identità femminile che c'è stata la maggior attenzione, già da parte del legislatore nel 1975: l'art. 14 o.p. fissa il principio della separazione dagli istituti o in specifiche sezioni «in numero tale da non compromettere le attività trattamentali». C'è alla base una esigenza indubbia di tutela dell'ordine negli istituti penitenziari, non disgiunta dalla consapevolezza che nel contesto carcerario questa divisione tutela la stessa identità femminile che sarebbe altrimenti esposta a sopraffazioni e violenze. Il principio di separazione ha in sé il rischio che il numero ristretto delle detenute crei maggiori difficoltà nell'organizzare attività trattamentali (al 31 ottobre 2022, erano 2352 su una popolazione penitenziaria di 56.225 detenuti, ossia il 4,1 per cento)²².

Una delle forme più forti e specifiche di espressione della identità femminile è la tutela offerta alla maternità anche in ragione della dimensione relazionale che questa identità ha con il minore e che l'ordinamento penitenziario cerca di valorizzare attraverso la differenziazione dei percorsi delle misure alternative attraverso detenzione domiciliare speciale (art. 47-*quinquies*) al fine di superare l'ossimoro “maternità e carcere”²³.

4.3. Disabilità

La disabilità riporta in primo luogo l'attenzione sul tema, complesso e non adeguatamente affrontato dalla disciplina vigente, della tutela della salute in carcere, che non ha ricevuto la dovuta attenzione anche nella riforma dell'ordinamento penitenziario del 2018, sebbene la l. 103/2017 avesse delegato il Governo a dettare una disciplina per potenziare l'assistenza psichiatrica nell'ambito della disciplina della medicina penitenziaria²⁴.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha statuito che è obbligo dello Stato assicurare che ogni persona sia detenuta in condizioni rispettose della dignità umana senza essere sottoposta a modalità esecutive che provochino un disagio e una sofferenza eccedente rispetto al patimento inevitabilmente connaturato alla

²² Sulla complessità del rapporto tra donne e carcere v. G. MANTOVANI (a cura di), *Donne ristrette*, Giappichelli, Torino, 2018; C. PECORELLA, *Donne in carcere. Una ricerca empirica tra le donne detenute nella II Casa di Reclusione di Milano-Bollate*, in *Studi in onore di E. Dolcini*, II, Giuffrè, Milano, 2018, p. 663 ss.

²³ Sul punto v. A. LORENZETTI, *Maternità e carcere: alle radici di un irriducibile ossimoro*, in *Quest. giust.*, 2019, 2, p. 151 ss.

²⁴ Sull'art. 11 o.p. riformato, v. G. MANTOVANI-A. BERNASCONI, *Art. 11*, in *Ordinamento penitenziario*, cit., p. 125 ss. Per rilievi critici sulla mancata attuazione della riforma v. M. PELISSERO, *Salute mentale e carcere: una necessità dimenticata*, in *Quest. giust.*, 2018, 3, p. 133 ss.; A. DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2018.

privazione della libertà²⁵, ma non sempre la disciplina e la concreta gestione del servizio sanitario nazionale negli istituti penitenziari sono in grado di garantire effettività al diritto alla salute in un contesto che inevitabilmente ne comporta la compressione²⁶. La disabilità, tuttavia, non pone solo un problema di tutela della salute, in quanto investe anche l'identità della persona, soprattutto quando non si tratta di disabilità temporanea: non a caso il disegno di legge Zan ne propone l'inserimento tra i fattori di discriminazione agli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p. Guardando alla disabilità da questa prospettiva, è necessario assicurare le condizioni affinché il carcere non si trasformi in una pena all'interno della pena. L'art. 65 o.p., con una rubrica divenuta obsoleta nella forma ("*Istituti per infermi o minorati*"), prevede che «i soggetti affetti da infermità o minorazioni fisiche o psichiche devono essere assegnati ad istituti o sezioni speciali per idoneo trattamento», quando le loro condizioni non consentono l'inserimento negli istituti ordinari. Tuttavia, *de facto* la maggior parte dei penitenziari italiani non è dotata di strutture idonee per assicurare ai detenuti disabili, fisici e psichici, condizioni di vita adeguate e le sezioni ex art. 65 sono del tutto insufficienti rispetto alle effettive necessità della popolazione penitenziaria. Il fallimento della riforma delle misure alternative alla detenzione, alle quali mirava la l. 103/2017, ha portato con sé anche il blocco di altre due proposte di riforma che avrebbero dato all'infermità psichica specifica attenzione: l'equiparazione tra infermità psichica sopravvenuta a quella fisica ai fini del differimento dell'esecuzione della pena ex art. 148 c.p., con l'effetto favorevole di consentire per entrambe le situazioni l'applicazione della detenzione domiciliare in deroga (art. 47-*ter*, comma 1-*ter* o.p.), e la previsione di una nuova forma di affidamento in prova connotato in chiave terapeutica. A colmare una falla nel sistema è intervenuta la Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*ter*, comma 1-*ter* o.p. nella parte in cui non prevede che la detenzione domiciliare, in deroga ai limiti temporali fissati dal comma 1 dello stesso articolo, sia applicabile anche ai detenuti affetti da grave infermità psichica sopravvenuta²⁷: in particolare la Corte ha sottolineato la necessità costituzionale di percorsi alternativi al carcere per venire incontro alle esigenze terapeutiche dei detenuti affetti da una infermità psichica sopravvenuta. Il sistema deve, dunque, prevedere per i condannati in gravi condizioni di infermità fisica o psichica un sistema che consenta di modu-

²⁵ Corte EDU 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*. Più ampiamente sulla giurisprudenza della Corte europea, v. F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. cont.*, 23 gennaio 2017.

²⁶ Ampiamente sui diversi profili, v. MASSARO (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione*, Roma Tre Press, Roma, 2017. Si veda altresì l'indagine sui reparti che ospitano disabili G. PARISI, *La pena nella pena*, in *Antigone*, maggio 2017. Più ampiamente sulla disabilità nel sistema penale, v. M. RIVERDITI, *Disabilità e diritto penale*, in *Quest. giust.*, 2018, 3, p. 87 ss.

²⁷ Corte cost. 19 aprile 2019, n. 99.

lare l'intervento penale attraverso percorsi extracarcerari, opzione preferibile laddove possibile, e istituti o sezioni idonei a garantire un'esecuzione della pena in carcere funzionale alle esigenze della persona, qualora le esigenze di sicurezza sociale non consentano percorsi extramurari. Ora, se consideriamo che questa condizione di fragilità psichica o fisica è spesso espressione di disabilità, l'indicazione della Corte costituzionale va nella direzione di richiedere la possibilità di percorsi extracarcerari, affinché l'identità sia valorizzata in chiave di differenziazione del trattamento e delle alternative al carcere.

4.4. *Stranieri*

L'identità culturale dei detenuti stranieri è la più complessa da considerare entro la gestione degli istituti penitenziari, non solo per l'elevata presenza degli stranieri in carcere (al 31 ottobre 2022, 31,75 % della popolazione detenuta), ma soprattutto per la pluralità di etnie portatrici di diversi modelli culturali, religiosi, alimentari e di comunicazione. I detenuti stranieri sono i più vulnerabili sul piano dei diritti fondamentali, perché l'espressione dell'identità personale è ostacolata da una serie di elementi spesso presenti, come la mancanza di conoscenze linguistiche (che alterano i rapporti interni al carcere, costantemente cadenzato da comunicazioni verbali e scritte), l'indigenza economica e l'assenza di relazioni con i familiari rimasti nei paesi di origine²⁸. Di questi limiti connessi all'identità degli stranieri detenuti è consapevole il legislatore che all'art. 35, comma 1 reg. penit. dispone che si debba «tener conto delle loro difficoltà linguistiche e delle differenze culturali», favorendo le «possibilità di contatto con le autorità consolari del loro Paese».

La scelta di allocare i detenuti in celle organizzandoli per etnie, se può rappresentare un modo per garantire legami più facili, rischia di creare ghettizzazione e radicalizzazione. Preferibile costruire contesti misti tra stranieri e italiani, con un monitoraggio attento sulle modalità di relazione. Diventa essenziale il ruolo del mediatore culturale (art. 35, comma 2 reg. penit.) e dei corsi di formazione professionale del personale della polizia penitenziaria che ha un quotidiano contatto con questi detenuti.

Se la qualità della pena muta in ragione dei percorsi alternativi al carcere, bene ha fatto la Corte costituzionale a stabilire che l'accesso alle misure alternative prescinde dalla regolarità o clandestinità del detenuto²⁹: è anche questo un modo per assicurare all'identità personale le potenzialità di sviluppo che nel contesto penitenziario sono compresse e che devono trovare, in conformità agli

²⁸ V. VERDOLINI, *Migrazioni e criminalità dentro e fuori le mura. Atlante carcerario, il "contenitore di marginalità"*, in *Antigone*, maggio 2017.

²⁹ Corte cost. 5 maggio 2007, n. 78.

artt. 3 e 27, comma 3, Cost., uguale possibilità di realizzazione anche attraverso percorsi fuori dal carcere.

4.5. *Identità di genere e orientamento sessuale*

Come già evidenziato, il riferimento ad orientamento sessuale e identità di genere è stato inserito nel 2018 all'art. 1 o.p. come fattore di discriminazione da superare, sebbene costituisse un problema ben noto quello della tutela dei detenuti omosessuali e transgender dalle frequenti condotte violente di altri detenuti, e talvolta della stessa polizia penitenziaria³⁰.

In assenza di una disciplina specifica, la prima questione fu quella di contenere il rischio di aggressione, assegnando questi detenuti alle sezioni protette ai sensi dell'art. 32 reg. penit., il cui terzo comma prevede che si curi «la collocazione più idonea di quei detenuti ed internati per i quali si possano temere aggressioni o sopraffazioni da parte dei compagni», utilizzando anche apposite sezioni, con riesame periodico dell'assegnazione al fine di verificare il permanere delle ragioni della separazione delle stesse dalla comunità. Queste sezioni sono diventate sezioni protette promiscue quanto a tipologia di detenuti accomunati dal rischio di vittimizzazione da atti di violenza: detenuti appartenenti alle forze dell'ordine, *sex offender*, autori di reati contro minori, detenuti omosessuali e *transgender*. In tal modo il sistema penitenziario affrontava l'identità di genere e l'orientamento sessuale come fattori di rischio per l'incolumità personale.

È indubbio che questa soluzione delle sezioni protette promiscue non fosse soddisfacente, perché non implicava necessariamente il superamento del rischio di aggressioni, rischiando altresì di far confondere classificazioni di detenuti profondamente diverse (in particolare *sex offender* e omosessuali).

Il d. lgs. 123/2018 modifica l'approccio al tema dell'identità riferito alla personalità sessuale al di là del rischio di vittimizzazione dei detenuti omosessuali o *transgender*. Non interviene solo sulla norma di principio che sancisce espressamente il divieto di discriminazioni, ma in termini più operativi il nuovo art. 14 dispone che

«l'assegnazione dei detenuti e degli internati, per i quali si possano temere aggressioni o sopraffazioni da parte della restante popolazione detenuta, in ragione solo dell'identità di genere o dell'orientamento sessuale, deve avvenire, per categorie omogenee, in sezioni distribuite in modo uniforme sul territorio nazionale previo consenso degli interessati i quali, in caso contrario, saranno assegnati a sezioni ordinarie».

³⁰Sui rapporti tra orientamento sessuale, identità di genere e carcere si rinvia al volume M. PELISSERO-A. VERCELLONE (a cura di), *Diritto e persone LGBTQI+*, cit., e in particolare ai contributi di L. SCOMPARIN-M.M. MARCHISIO, *La detenzione delle persone transgender nel sistema penitenziario italiano*, p. 297 ss. e F. GIANFILIPPI, *Omosessuali e transgender in carcere: tutela dei diritti e percorsi risocializzanti*, p. 315 ss.

Questa norma segna il passaggio dalle sezioni protette promiscue alle sezioni protette per categorie omogenee per tener conto dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere.

Di questa disciplina vanno evidenziati tre elementi importanti, indicatori anche delle difficoltà pratiche di organizzazione. In primo luogo, è necessario acquisire il consenso del detenuto o della detenuta, in mancanza del quale si provvederà all'assegnazione nelle sezioni ordinarie: questo è un elemento essenziale per valorizzare l'identità personale, superando l'assegnazione obbligatoria; anche laddove la mancata istituzione di queste specifiche sezioni lasci il posto alle tradizionali sezioni promiscue, deve essere comunque acquisito il consenso all'assegnazione. In secondo luogo, queste sezioni devono essere distribuite in modo omogeneo sul territorio nazionale, al fine di assicurare un collegamento, quanto più vicino, del detenuto con il territorio di provenienza, considerato che il numero ristretto di detenuti con questa identità non consentirà la previsione di specifiche sezioni in ogni istituti penitenziario e che la scelta di essere assegnati a queste potrebbe comportare l'allontanamento dal luogo di residenza, allentando così i collegamenti con i legami affettivi fuori dal carcere. In terzo luogo, il legislatore è consapevole del rischio che la valorizzazione dell'identità personale nella collocazione dei detenuti possa pregiudicare le opportunità trattamentali in caso di sezioni con pochi detenuti: per questa ragione l'art. 14 dispone che sia «in ogni caso garantita la partecipazione ad attività trattamentali, eventualmente anche insieme alla restante popolazione detenuta». Queste sezioni rischiano, infatti, di accentuare ciò che già accade con l'identità femminile in carcere, che vede una forte riduzione delle opportunità trattamentali: se la sezione protetta omogenea si traducesse in assenza di opportunità trattamentali, uno strumento di tutela dell'identità si tradurrebbe in elemento di forte ghettizzazione e compressione delle forme di espressione dell'identità. A ciò si aggiunga che, se alla sezione protetta omogenea sono assegnati pochi detenuti (o detenute), l'attenzione per l'identità sessuale rischia non solo di ridurre le possibilità di svolgere attività trattamentali, ma anche di tradursi in povertà relazionale.

La riforma dell'art. 14 indica che l'identità connessa all'orientamento sessuale e all'identità di genere non rappresenta solo un elemento da tutelare rispetto a possibili aggressioni, ma viene valorizzata come libertà di esprimere la propria identità, imponendo all'amministrazione penitenziaria interventi attivi per garantire la conciliabilità tra sezioni omogenee, loro distribuzione sul territorio nazionale e offerte trattamentali.

In questo contesto diventa particolarmente vulnerabile la condizione dei detenuti e delle detenute *transgender* che non hanno ancora formalmente completato il percorso di transizione ai sensi della legge n. 164/1982. Due sono i profili di vulnerabilità. Anzitutto, le persone in transizione hanno anagraficamente un'attribuzione sessuale nella quale non si riconoscono e che diventa purtroppo criterio di assegnazione alle sezioni in un carcere regolato sulla base del sesso

biologico. La categoria più fragile è costituita dalle detenute *transgender* con transizione MtF, non solo perché è più elevato il numero di presenze nell'ambito delle persone con disforia di genere, ma soprattutto perché corrono maggiori rischi per l'incolumità personale rispetto ai *transgender* FtM che, proprio in ragione del criterio di assegnazione per sesso biologico, sono collocati negli istituti o nelle sezioni femminili, dove c'è una più ampia accettazione della diversità con scarsi rischi per l'incolumità personale, presenti, invece, nelle sezioni maschili.

Il secondo profilo di vulnerabilità connesso all'identità di genere investe più direttamente la salute e riguarda la terapia ormonale che stavano seguendo prima di entrare in carcere. Il d. lgs. 123/2018 ha opportunamente garantito l'accesso alla terapia ormonale, stabilendo che

«ai detenuti e agli internati che, al momento della custodia cautelare in carcere o dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione, abbiano in corso un programma terapeutico ai fini di cui alla legge 14 aprile 1982, n. 164, sono assicurati la prosecuzione del programma e il necessario supporto psicologico» (art. 11, comma 10 o.p.).

La norma, finalizzata ad evitare i danni alla salute derivanti dalla improvvisa interruzione della terapia, è formulata in modo da essere certamente applicabile a coloro che abbiamo iniziato un percorso "formale" di transizione nel rispetto della procedura di cui alla l. 164/1982. Tuttavia, in molti casi la terapia ormonale viene assunta in modo autonomo (spesso si tratta di *transgender* MtF straniere) ed anche nei loro confronti si pone ugualmente un problema di rischio per la salute in caso di interruzione della terapia. Valorizzando l'art. 32 Cost., l'interesse primario alla tutela della salute della persona impone di includere nel principio di continuità della terapia anche le persone che abbiano avviato un'auto-terapia ormonale, previa valutazione del personale medico.

5. *Identità personali tra resistenze di sistema e resistenze culturali*

Il sistema penitenziario è il più esposto alle resistenze di sistema che portano alla discrasia tra norme scritte e loro applicazione effettiva. La difficoltà di costruire un'esecuzione penitenziaria rispettosa delle identità di cui detenuti e internati sono portatori ed allo stesso tempo capace di offrire percorsi trattamentali nasce anche da difficoltà logistico-organizzativo e dai limiti negli investimenti di risorse finanziarie per garantire le condizioni, affinché per chi esprime specifiche identità il carcere non diventi una ulteriore ragione di sofferenza. Non basta aver implementato i fattori sui quali si fonda il divieto di discriminazione nell'art. 1 o.p., se poi il principio si scontra con le difficoltà di attuazione: i limiti alle opportunità trattamentali per le detenute e internate; l'insufficienza delle sezioni per i detenuti con infermità fisiche o psichiche; le difficoltà che incon-

trano gli stranieri in carcere e nell'effettivo avvio di percorsi extracarcerari, nonostante la posizione assunta dalla Corte costituzionale; la complessità nell'attuare l'art. 14 o.p. per superare la logica puramente securitaria nell'approccio all'omosessualità e alla disforia di genere in carcere e garantire condizioni migliori per esprimere la propria identità sessuale, pur in un contesto eterotopico.

Guardando da questa prospettiva il rapporto tra identità individuali e spazi della pena, emerge un elemento ulteriore che investe tanto lo spazio della pena eseguita, quanto lo spazio della pena comminata: si tratta delle resistenze di tipo culturale.

Lo spazio della pena eseguita chiama in causa una importante scommessa culturale che *in primis* investe il personale dell'amministrazione penitenziaria (DAP, provveditori, direttori di carcere, polizia penitenziaria), perché è necessaria un'opera di sensibilizzazione ai temi dell'identità in carcere. Più complesso è anche svolgere un lavoro culturale con i detenuti di riflessione sulla pluralità delle identità.

Lo spazio della pena comminata chiama in causa una scommessa altrettanto impegnativa. È indubbio che anche in questo ambito i limiti del controllo penale impongano politiche, in primo luogo sul terreno culturale ed educativo, di forte attenzione al rispetto delle diversità ed alla valorizzazione del confronto tra i punti di osservazione. È sul piano della prevenzione delle discriminazioni che si deve intervenire, ma questo non implica che la politica penale debba rimanere silente. Si tratta allora di ripensare ai limiti di legittimazione del diritto penale antidiscriminatorio, liberi da precomprensioni morali o da posizioni politiche di tutela dei gruppi. Che si vada nella direzione dell'estensione della tutela penale, valorizzando così il valore della dignità della persona nei suoi profili identitari, o che si prediliga la contrazione degli spazi della pena nel bilanciamento con la libertà di manifestazione del pensiero e in vista di una più accentuata sussidiarietà del controllo penale, è necessario che i fattori di discriminazioni, sui quali si è oramai pienamente consolidata l'attenzione nell'ordinamento giuridico, trovino una corrispondente unitaria considerazione sul versante delle norme penali: se il principio di uguaglianza impone «vincoli di coerenza intrasistemica»³¹, un sistema a due velocità, in ragione del fattore di discriminazione, rende il diritto penale antidiscriminatorio irragionevolmente discriminatorio.

³¹D. PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 122.

DISUGUAGLIANZA E IMMIGRAZIONE

Melissa Miedico

«Il trend della legislazione italiana recente, verso una crescente maggiore severità, è espressione di linee politiche in cui prevale la ricerca di consensi. Sono scelte politicamente discutibili. In una società che attribuisca davvero un valore elevato alla ‘inviolabile’ libertà personale, sarebbe ragionevole – economico sotto ogni aspetto, non solo economico – un drastico abbassamento sia dei livelli massimi di pena detentive, mantenendo adeguate differenziazioni, sia dei livelli minimi, anche in ragione di aperture a percorsi alternativi (in tutto o in parte) all’esecuzione in carcere».

(D. PULITANÒ, *Il penale tra teoria e politica*, in *Sist. Pen.*, 2020)

SOMMARIO: 1. Il fenomeno migratorio: cenni. – 2. La regolarizzazione dei migranti: una sfida possibile alla vulnerabilità. – 3. Stranieri e intervento penale: discriminazioni e diritti negati. – 4. Conclusioni.

1. *Il fenomeno migratorio: cenni*

Le migrazioni costituiscono un fenomeno innato nella storia dell’umanità, potremmo dire inesorabile ed inevitabile¹. Da sempre le migrazioni impongono (anche) un incontro fra usi, lingue e culture, spesso contrastato e, comunque, non facile da realizzare²: esse sono ancora oggi massicce e vissute come una vera e propria emergenza in diversi Paesi del mondo, catalizzando paure e insicurez-

¹ V. CALZOLAIO-T. PIEVANI, *Libertà di migrare*, Einaudi, Torino, 2016; A. BARBERO, *Immigrati, profughi, deportati nell’Impero romano*, Laterza, Roma, Bari, 2022; D. CIOFFI-M. PATTI-F. PARISI, *Migrazioni. Diritto e Società*, Cedam, Padova, 2018; P. CORTI, *Storia delle migrazioni internazionali*, Laterza, Roma-Bari, 2005; M. LIVI BACCI, *In cammino: breve storia delle migrazioni*, il Mulino, Bologna, 2014.

² P. DUSI, *Flussi migratori e problematiche di vita sociale*, Vita e pensiero, Milano, 2006; M. AMBROSINI, *Un’altra globalizzazione: la sfida delle migrazioni internazionali*, il Mulino, Bologna, 2008.

ze della società, talvolta ampiamente strumentalizzate³. I dati confermano negli ultimi trenta anni un progressivo e incisivo aumento infatti nel numero di migranti internazionali⁴.

Tabella 1 – Numero di migranti (1970-2020)

Year	Number of international migrants	Migrants as a % of the world's population
1970	84 460 125	2.3
1975	90 368 010	2.2
1980	101 983 149	2.3
1985	113 206 691	2.3
1990	152 986 157	2.9
1995	161 289 976	2.8
2000	173 230 585	2.8
2005	191 446 828	2.9
2010	220 983 187	3.2
2015	247 958 644	3.4
2020	280 598 105	3.6

Source: UN DESA, 2008; UN DESA, 2021a.

Note: The number of entities (such as States, territories and administrative regions) for which data were made available in the UN DESA International Migrant Stock 2020 was 232. In 1970, the number of entities was 135.

Come emerge dal World Migration Report del 2022⁵, sono – in ordine – l'Europa, l'Asia e il nord-America ad aver registrato la più ampia presenza di immigrati negli anni fra il 1990 e il 2020. L'Europa ha avuto anche l'aumento numericamente maggiore, passando da quasi 50 milioni di migranti nel 1990 a 86.7 milioni nel 2020, con un incremento di 30 milioni di persone e superando così tutti gli altri continenti per numero di migranti presenti⁶. In Europa i migranti giungono soprattutto dall'Est (Europa dell'Est e Asia) e dall'Africa: percorrono varie rotte, ma la più battuta è la rotta del Mediterraneo⁷.

³ M. AMBROSINI, *L'invasione immaginaria. L'immigrazione oltre i luoghi comuni*, Laterza, Roma-Bari, 2020; A. COLOMBO, *Fuori controllo? Miti e realtà dell'immigrazione in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2012.

⁴ IOM Un Migration, *World Migration Report 2022*, consultabile in publications.iom.int/books/world-migration-report-2022.

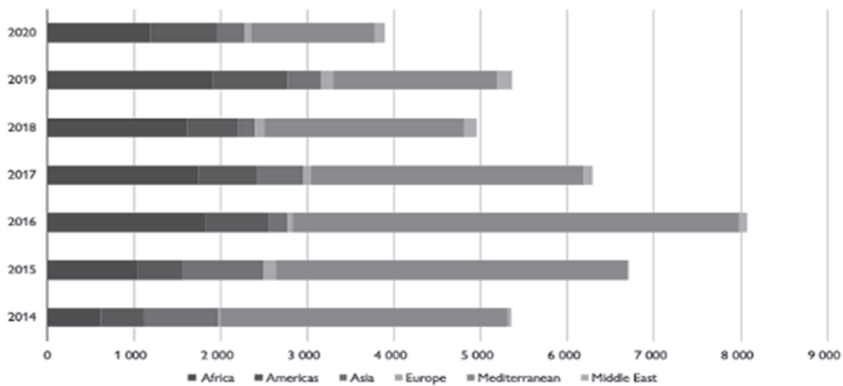
⁵ IOM Un Migration, *World Migration Report 2022*, consultabile in publications.iom.int/books/world-migration-report-2022.

⁶ IOM Un Migration, *World Migration Report 2022*, consultabile in worldmigrationreport.iom.int/wmr-2022-interactive/.

⁷ R. ROBERTS, *Ongoing mobility trajectories: lived experiences of global migration*, Singapore, 2019; L. ZANFRINI, *The challenge of migration in a Janus-faced Europe*, Cham (Svizzera), 2019; IOM, *The World Migration Report 2022*, Iom, Ginevra, 2022. Interessante l'analisi globale della migrazione, portata avanti valorizzandone i fattori di complessità e analizzando la realtà europea e statunitense, senza trascurare i profili etici in gioco, in J.C. GARCIA-ZAMOR, *Ethical dilemmas of migration: moral challenges for policymakers*, Cham (Svizzera), 2018. V. anche T. LACROIX-A. DESILLE (a cura di),

La migrazione è un fenomeno complesso e difficile da semplificare; il migrante, soprattutto se irregolare, è spinto a spostarsi prevalentemente per motivi umanitari (guerre, gravi conflitti sociali o politici, carestie, disastri ambientali o naturali, malattie) a cui si connettono spesso anche ragioni economiche⁸. Lo spostamento rende il migrante un soggetto vulnerabile (soprattutto quando si tratti di richiedenti asilo, migranti economici, minori e malati)⁹: tali condizioni sono ancora più gravi se l'accesso ai Paesi di destinazione è ostacolato e la regolarità della loro permanenza è sottoposta a processi complessi e lunghissimi. Un segnale inequivocabile in questo senso è, fra l'altro, il numero di morti e dispersi negli ultimi anni nel Mediterraneo, che ci fornisce una chiara idea del livello di disperazione di coloro che si sottopongono a viaggi così pericolosi¹⁰.

Figura 1 – Migranti deceduti per regione (2014-2020)¹¹



Source: IOM, n.d. (accessed 20 September 2021).

Note: Data include recorded deaths as well as those reported as missing. See the Missing Migrants Project webpage for details of methodology and geographic regions (<https://missingmigrants.iom.int/>).

International migrations and local governance: a global perspective, Cham (Svizzera), 2018; T. LINHARD-T.H. PARSONS (a cura di), *Mapping Migration, Identity and Space*, Cham (Svizzera), 2019.

⁸ *Ex multis*: G. TALAMO, *Migrazioni forzate per cause ambientali e cambiamenti climatici: un'analisi socio-economica*, in *Mondi migranti 2021*, p. 169; F. PEROCCHI, *Tortura e migrazioni*, Sapere l'Europa 2019; V. SINGHAL, *Migration: Causes, Challenges and Legal Rights*, in *Intern. Jour. Of Law Managm. and Humanities*, 2022, vol. 5, I. 1, p. 1177; T.J. HATTON, *The age of mass migration: causes and economic impact*, Oxford Univ., 1998; J. RUIST, *Causes and consequences of global migration*, Anthem, 2021; AA.VV., *Routledge Handbook of Asian Migration*, Routledge, 2018; AA.VV., *Routledge Handbook of Environmental Displacement and Migration*, Routledge, 2018.

⁹ T. DI IORI, *Migrazioni, mutilazioni genitali femminili e status di rifugiato, strategie europee tra corpi violati e diritti ineludibili*, in *Vergentis*, 2019, p. 75; U. VERGARI, *Migrazioni e cittadinanza: dinamiche di esclusione e possibilità di integrazione*, in *Eunomia*, 2016, p. 457; M. LIVI BACCI, *Un mare di guai: il Mediterraneo e le migrazioni*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 67.

¹⁰ G. TEREZZI, *La rotta del Mediterraneo Centrale: le spinte migratorie, i percorsi tracciati e il profilo socioeconomico dei migranti sbarcati in Italia*, in *Dem. sic.*, 2016, 4, p. 181.

¹¹ IOM Un Migration, *World Migration Report 2022*, consultabile in publications.iom.int/books/world-migration-report-2022.

2. La regolarizzazione dei migranti: una sfida possibile alla vulnerabilità

Un fattore di grande vulnerabilità dipende proprio dai tempi e dalle incertezze nella regolarizzazione delle persone migranti che si trovano in un Paese¹²; in questo senso, particolarmente allarmante il dato relativo all'attuale ritardo nell'esame delle richieste di sanatoria presentate nell'estate del 2020 e che a marzo 2022 risultavano esaminate solo nel 50% dei casi, circa 105.000 domande su 207.000¹³; anche le richieste di asilo in Lombardia, come denunciato dalle associazioni Naga e Asgi, sono un vero e proprio calvario: appuntamenti fissati a più di un anno di distanza, accampamenti fuori dagli uffici per riuscire a presentare la domanda, moduli reperibili solo in italiano ecc.¹⁴.

Tali ostacoli e lungaggini burocratiche, cui si uniscono politiche anti-immigrazione e strumentalizzazioni mediatiche¹⁵, accentuano la vulnerabilità dei migranti e li espongono al rischio di povertà, segregazione, scarso accesso al lavoro e alla produttività del Paese di arrivo: questo produce conseguenze gravi sull'economia complessiva di questo stesso Paese ospitante sotto molteplici aspetti¹⁶. I migranti irregolari facilmente sono spinti ad entrare nel mercato nero del lavoro, alimentando gravi forme di sfruttamento da parte di attività produttive¹⁷, con

¹² V. FERRARIS, *Becoming legal through illegality. How immigration law produces deviance*, Dottorato di ricerca in Criminologia, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, 2007; D. MELOSSI, *Immigrazione e insicurezza: un'introduzione*, in *Dei delitti e delle pene*, 2003, 3, p. 7.

¹³ V. CURIGLIANO-F. MASON, *La regolarizzazione straordinaria del 2020: una prima analisi*, in *Dir. imm. citt.*, 2021, 3, p. 300; G. SANTORO, *Sanatoria 2020 e ritardi: al via la Class action promossa da stranieri e associazioni*, in *meltingpot.org*, 11 luglio 2022; W. CHIAROMONTE-M.D. FERRARA, *L'integrazione dei migranti attraverso il lavoro, fra luci e ombre. riflessioni su regolarizzazione e ruolo del sindacato*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2022, 2, 323; V. BERLINGÒ, *L'humanitas e la fundamentalità del diritto: il 'trattamento' degli immigrati irregolari*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 529.

¹⁴ Milano, la negazione del diritto di asilo, *meltingpot.org* 15 luglio 2022; F. PASCELLA, *Immigrazione, richieste di asilo: l'attesa in Lombardia è un calvario. "Diritti negati"*, in *il Giorno*, 17 novembre 2022.

¹⁵ A. CERETTI-R. CORNELLI, *Oltre la paura. Affrontare il tema della sicurezza in modo democratico*, Feltrinelli, Milano, 2018; M. MANERI, *Il panico morale come dispositivo di trasformazione dell'insicurezza*, in *Rass. it. soc.*, 2001, p. 5; M. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2008; D. MELOSSI, *Il giurista, il sociologo e la 'criminalizzazione' dei migranti: che cosa significa 'etichettamento' oggi?*, in *Studi quest. crim.*, 2008, 3, p. 9.

¹⁶ E. REYNERI, *Immigrazione ed economia sommersa*, il Mulino, Bologna, 1998; ID., *Migrants in irregular employment in the Mediterranean countries of the European Union*, in *International migration papers*, 41, 2001; ID., *Immigrants in a segmented and often undeclared labour market*, in *Journal of modern Italian Studies*, IX, 2004, 1, p. 71; ID., *Immigrazione ed economia sommersa nell'Europa meridionale*, in *Studi Emigrazione*, 2004, XLI, 153, p. 91. M. ROCCELLA, *La condizione del lavoro nel mondo globalizzato fra vecchie e nuove schiavitù*, in *Rag. prat.* 2010, 2, p. 419; C. SPINELLI, *Immigrazione e mercato del lavoro: lo sfruttamento dei migranti economici*, in *Riv. dir. sic. soc.* 2020, p. 343.

¹⁷ F. COIN (a cura di), *Gli immigrati, il lavoro, la casa. Tra segregazione e mobilitazione*, Franco Angeli, Milano, 2004; A. LONGO, *Immigrazione e lavoro nero in Italia: attualità di un fenomeno*

enormi costi sociali di lungo periodo: mancato pagamento di tasse e contributi, spese in caso di infortuni, malattie, occupazioni abusive, maggiore rischio di segregazione e fragilità per l'intera famiglia del lavoratore 'in nero'.

Si affaccia inesorabilmente, in questi casi, il rischio di un coinvolgimento in attività criminali di soggetti con un percorso migratorio alle spalle, verso il quale contribuiscono la loro fragilità economica e sociale, l'isolamento, la segregazione, il difficile accesso ai diritti, anche quello allo studio (soprattutto nel caso delle seconde generazioni)¹⁸. Espone a un maggior rischio in questo senso la scarsità di efficaci progetti e percorsi di inclusione nei confronti dei migranti e l'ampio ricorso, invece, a politiche penali 'del nemico'¹⁹.

Le ricadute in termini di costi sono così alte che dovrebbero indurre a favorire la regolarizzazione, anche sperimentando nuove forme e modalità²⁰, soprattutto nei casi in cui il respingimento e l'accompagnamento nel Paese di origine sia irrealizzabile, perché Paese non sicuro e perché non vi siano in atto accordi con il Paese di origine per il rimpatrio (che comprendono anche i costi del vettore aereo)²¹.

socio-economico, in *AGel-Geotema*, 2011-2012, p. 158; P. SAITTA, *Il lavoro integra? Alcune note su immigrati, reputazione e crimine*, in *Studi quest. crim.*, 2008, 3, p. 45.

¹⁸M. ROMITO, *Migrazioni, marginalizzazione e resistenze nei processi di orientamento scolastico*, in *Mondi migranti*, 2014, p. 31; V. FERRARIS, *Border control: a new frontier for automated decision making and profiling?*, in N. CREEMERS-D. GUAGNIN-B.J. KOOPS (a cura di), *Profiling Technologies in Practice. Applications and Impact on Fundamental Rights and Values*, Wolf Legal Publisher, p. 89; ID., *L'obbligata illegalità: l'impervio cammino verso un permesso di soggiorno*, in *Studi quest. crim.*, 2008, 3, p. 25; M. AMBROSINI, *Da braccia a persone. Ambiguità e precarietà di un processo di affrancamento*, in M. BARBAGLI-A. COLOMBO-G. SCIORTINO (a cura di), *I sommersi e i sanati. Le regolarizzazioni degli immigrati in Italia*, il Mulino, Bologna, 2004, p. 139; M. CARFAGNA, *I sommersi e i sanati. Le regolarizzazioni degli immigrati in Italia*, in A. COLOMBO-G. SCIORTINO (a cura di), *Stranieri in Italia. Assimilati ed esclusi*, il Mulino, Bologna, 2002, p. 53.

¹⁹J.A.B. GARCIA, *Controllo dei migranti e diritto (penale) del nemico. Note su esclusione e inclusione in Spagna*, in *Studi quest. crim.*, 2012, 2, p. 31; M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, in *Pol. dir.* 2011, p. 239; S. SILVERIO, *Sulla condizione dello straniero extracomunitario: in particolare sull'immigrato clandestino ovvero irregolare*, in *Pol. dir.* 2009, p. 639; E.G. COHN-M. COCCIA-S. KAKAR, *The relationship between crime, immigration and socioeconomic factors*, in *Rass. it. crim.* 2021, 180; G.C. BLANGIARDO, *Immigrazione e criminalità: la parola ai dati statistici*, in *Libertà civili*, 2010, p. 92; V. FERRARIS, *Immigrazione e criminalità*, Carocci, Bari, 2021; *La strumentalizzazione del rapporto fra criminalità e migranti*, in *Openpolis*, 3 giugno 2022; M. MANERI, "Vengono per delinquere", logiche e cicli di criminalizzazione dell'immigrazione, in *Riv. pol. soc.*, 2019, p. 63; M. BARBAGLI, *Immigrazione e criminalità*, il Mulino, Bologna, 1998; L. MASERA, *Il diritto penale "dei nemici". La disciplina in materia di immigrazione irregolare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 804; G.L. GATTA, *La pena nell'era della 'crimmigration': tra Europa e Stati Uniti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 675.

²⁰V. CESAREO-M. LOVI BACCI, *Governare le migrazioni*, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 1019; W. CHIAROMONTE-M.D. FERRARA, *L'integrazione dei migranti attraverso il lavoro, fra luci e ombre. riflessioni su regolarizzazione e ruolo del sindacato*, cit., p. 319; M. AMBROSINI, *La fatica di integrarsi*, il Mulino, Bologna, 2001.

²¹F. PASTORE, *Che fare di chi non dovrebbe essere qui? La gestione della presenza straniera irre-*

Alcune ricerche dimostrano in modo chiaro e netto che il superamento di ostacoli alla regolarizzazione sul territorio comporta un decisivo abbattimento del rischio di commissione di reati e di emersione del lavoro irregolare, innesta un processo virtuoso di inserimento e inclusione, che si ripercuote sulle prime ma anche sulle seconde generazioni, e favorisce processi di immigrazione legale virtuosi e proficui per il Paese ospitante²². Allo stesso tempo, politiche di sviluppo e supporto all'immigrazione possono favorire il raggiungimento di migliori risultati anche in relazione al tema della sicurezza interna ed internazionale²³.

Aiuti allo sviluppo, accoglienza delle minoranze etniche, ingressi regolari e sicuri, numericamente consistenti per richiedenti asilo e migranti economici, nonché la regolarizzazione di immigrati entrati irregolarmente producono effetti innegabilmente positivi per il Paese ospitante²⁴.

golare in Europa, tra strategie nazionali e misure comuni, in M. BARBAGLI-A. COLOMBO-G. SCIORINO, *I sommersi e i sanati*, cit., p. 19.

²² G. CATALDI-A. LIGUORI-M. PACE (a cura di), *Migration in the Mediterranean area and the challenges for "hosting" European society*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017: in particolare si veda il contributo ivi contenuto di S.P. ALVAREZ TINAJER, *The Challenge of Future Migration Governance of Migration as an Inherent Aspect of Development*, p. 83.

²³ M. TAWAT, *Frontiers of Fear: Immigration and Insecurity in the Unites States and Europe Survival Migration: Failed Governance and the Crisis of Displacement*, in *Governance*, 2016, 3, p. 446. Interessante lo studio di J.S. FETZER che dimostrerebbe, sulla base di rilevazioni e studi, che qualsiasi effetto significativo di una immigrazione più ampia (sul mercato del lavoro, della casa, sull'istruzione ecc.) può essere gestito, con la sola eccezione della criminalità. In J.S. FETZER, *Open borders and international migration policy: the effects of unrestricted immigration in the United States, France and Ireland*, Cham (Svizzera), 2016; G.H. HANSON-R. ROBERTSON-A. SPILIMBERGO, *Does Border Enforcement Protect U.S. Worker From Illegal Immigration?*, in 84 *The Review of Economics and Statistics*, 2002, 1, p. 73.

²⁴ W. CHIAROMONTE-M.D. FERRARA, *L'integrazione dei migranti attraverso il lavoro, fra luci e ombre. Riflessioni su regolarizzazione e ruolo del sindacato*, cit., p. 343; L. MARCHIORI-P. PIERETTI-B. ZOU, *Immigration, Occupational Choice and Public Employment*, in *Annals of Economics and Statistics*, n. 131, sept. 2018, p. 83; M. HANSEN-M. SCHULTZ-NIELSEN-T. TRANÆS, *The fiscal impact of immigration to welfare states of the Scandinavian type*, in 30 *Journal of Population Economics*, 2017, 3, p. 925; L. AZOULAI-K. DE VRIES, *Legal Migration Law, Legal Complexities and Political Rationales*, Oxford University Press, Oxford, 2014; G. PERI, *The Effect Of Immigration On Productivity: Evidence From U.S. States*, in 94 *Review of Economics and Statistics*, 2012, 1, p. 348; G.S. GIRMA-Z. YU, *The Link between Immigration and Trade: Evidence form the United Kingdom*, in 138 *Weltwirtschaftliches Archiv*, 2002, 1, p. 115; G. CALVELLINI, *L'integrazione come fattore di sviluppo dell'economia locale: analisi di un Progetto innovativo*, in *Dir. imm. citt.*, 2019, 3, p. 158. Sono interessanti, ad esempio, in Italia le considerazioni svolte da Tito Boeri sull'incidenza positiva dell'immigrazione nel complessivo bilancio delle casse dell'Inps. Considerando il calo demografico, la relazione annuale Inps del 2018 afferma che "azzerando l'immigrazione, secondo le stime di Eurostat, perderemmo 700.000 persone con meno di 34 anni nell'arco di una legislatura"; ancora più interessanti, ai nostri fini, le considerazioni circa l'esigenza di *governance* di una più ampia immigrazione regolare: "tutti sono d'accordo sul fatto che bisogna contrastare l'immigrazione irregolare. Bene, ma si dimentica un fatto importante: per ridurre l'immigrazione clandestina il nostro Paese ha bisogno di aumentare quella regolare. (...) Dunque c'è una forte domanda

Altre ricerche dimostrano, altresì, il significativo contenimento della criminalità prodotto dalla regolarizzazione dei migranti irregolari (ad esempio, nel caso di ingresso dal 2007 della Romania e Bulgaria nell'UE)²⁵. Riconoscono, a tal fine, la significativa efficacia di strumenti alternativi alla criminalizzazione dell'immigrazione: la riduzione del carico fiscale e la lotta all'evasione contribuirebbero infatti in modo incisivo al contrasto alla criminalità irregolare²⁶.

Nell'attesa di un auspicabile cambio di rotta nelle politiche interne e internazionali sull'immigrazione efficaci (anche) nel nostro Paese, nel senso fino ad ora pur sommariamente tracciato, si riscontra nella realtà una situazione di grande disuguaglianza, emarginazione e vulnerabilità delle comunità di migranti, soprattutto sul piano sociale con un incisivo impatto nel precludere l'accesso ai diritti²⁷.

Ho dunque deciso di dedicare le pur sintetiche considerazioni che seguono ad un contesto di disuguaglianza e violazione dei diritti. Mi pare peraltro questo un tema particolarmente adatto alla trattazione in questo volume, in onore di Domenico Pulitanò, che ha sempre dimostrato grande attenzione nell'ostacolare il ricorso alla penalità come strumento di disuguaglianza, di populismo penale o di consenso politico, sottolineando con estrema chiarezza il rigore con cui il legislatore (ed il giudice) devono ricorrere alla sanzione più grave di tutte, in conformità al criterio di *extrema ratio* del diritto penale e ai principi costituzionali di riserva di legge, certezza del diritto e uguaglianza (artt. 2, 3, 13, 25, 27 Cost.)²⁸.

di lavoro immigrato in Italia. In presenza di decreti flussi del tutto irrealistici, questa domanda si riversa sull'immigrazione irregolare degli *overstayer*, di chi arriva in aereo o in macchina, non coi barconi ma coi visti turistici e rimane in Italia a visto scaduto. (...) Il numero di lavoratori domestici extracomunitari iscritti alla gestione Inps tende inesorabilmente a ridursi, non compensato (o compensato in minima parte) dall'aumento dei lavoratori comunitari o italiani che non hanno problemi con i visti" *Relazione annuale del Presidente Inps*, 4 luglio 2018. Si veda anche il richiamo a queste considerazioni di E. DI PASQUALE-A. STOPPANI-C. TORCHION, *Migranti economici cercasi*, in *lavoce.info*; nello stesso senso si vedano i contributi di N. SARTOR, *Invecchiamento, immigrazione, economia: quali politiche pubbliche*, Bologna, 2010; J.A. LACOMBA-F. LAGOS, *Immigration and Pension Benefits in the Host Country*, in 77 *Economica*, 306/2010, pp. 283-295; A. RAZIN-E. SADKA-B. SUWANKIRI, *Migration and the welfare state: political-economy policy formation*, Cambridge (MA), 2011.

²⁵ P. PINOTTI, *Clicking on Heaven's Door: The Effect of Immigrant Legalization on Crime*, in 107 *American Economic Review*, 2017, 1, p. 138; G. MASTROBUONI-P. PINOTTI, *Legal status and the criminal activity of immigrants*, *Dondena working papers*, 2012, in *dondena.unibocconi.eu*; U. VERGARI, *Migrazioni e cittadinanza: dinamiche di esclusione e possibilità di integrazione*, in *Eunomia*, 2016, p. 457.

²⁶ C. CAMACHO-F. MARIANI-L. PENSIEROSO, *Dealing with Illegal Immigration: The Role of Informality, Taxation and Trade*, in AA.VV., *Le sfide dell'immigrazione*, in *Economia Italiana*, 2018, 1, p. 97.

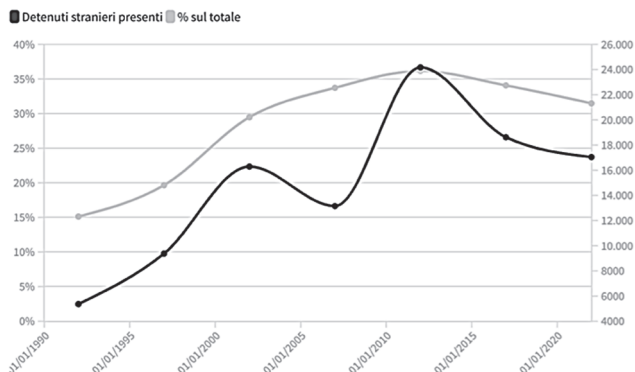
²⁷ G. TERENZI, *La rotta del Mediterraneo centrale*, cit., p. 202.

²⁸ Si vedano fra gli altri D. PULITANÒ, *Il penale tra teoria e politica*, in *Sist. pen.*, 9 novembre 2020; ID., *Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*,

3. Stranieri e intervento penale: discriminazioni e diritti negati

I perduranti ostacoli all'inserimento del migrante che si trovi in libertà non possono che trovare corrispondenza nel sistema penale, nel Leviatano, che rivela la sua natura di mostro orribile nei confronti dei deboli e degli ultimi: preclusioni insostenibili all'accesso ai benefici, regole vecchie e poco chiare per le procedure necessarie al reinserimento del condannato straniero impattano troppo spesso sul trattamento del detenuto in modo ingiustificatamente afflittivo. Nel carcere le fragilità di ciascuno si sommano all'essere detenuti e appaiono ancora più odiose dal momento che il soggetto, pur privato della libertà personale per il reato commesso, non dovrebbe subire ulteriori afflittive conseguenze indirette derivanti dal suo *status* di migrante, poiché si tratta di violazioni ingiustificate e inaccettabili sul piano della conformità alla Costituzione della sanzione. L'assenza di regole e procedure previste in modo mirato nei confronti dei migranti detenuti o ancora le scarse risorse e i progressivi tagli del personale, in contrapposizione ad un progressivo aumento di detenuti di origine straniera, realizzano una ingiustificabile disuguaglianza nel trattamento di cittadini (italiani ed europei) e non.

Figura 2 – Detenuti stranieri presenti e percentuale sul totale della popolazione detenuta (1991-2021)²⁹



Si è assistito negli ultimi anni ad una flessione del numero di stranieri presenti rispetto al picco del 2013³⁰, la situazione è però rimasta complessa (soprattutt-

2003, p. 108; ID., *Ragionevolezza e diritto penale*, Esi, Napoli, 2012; ID., *Pena e carcere alla prova dell'emergenza*, in *Dir. dif.*, 2020; ID., *Welfare e diritto penale. Variazione sul tema di Garland*, in *Crim.*, 2016, p. 77.

²⁹ Da XVIII Rapporto sulle condizioni di detenzione – Stranieri, pubblicato da Antigone su dati Dap consultabile sul sito rapportoantigone.it.

³⁰ E. SCHLEIN, *Le carceri 'nere'. Criminalizzazione e sovrarappresentazione dei migranti nelle carceri europee*, in AA.VV., *Studi di Storia Contemporanea*, 2010, vol. 2, p. 1.

to negli istituti di pena del Nord-Italia, ove si concentrano il maggior numero di detenuti di origine straniera); poco efficaci appaiono ancora gli strumenti introdotti per farvi fronte, come cercheremo di illustrare in queste brevi ultime considerazioni³¹.

È innegabile la discriminazione dei detenuti stranieri rispetto all'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative³²: al di là di enunciazioni di principio i migranti che commettono delitti sono numericamente molti e scarsissimo è il loro accesso alle misure in libertà.

La situazione di irregolarità dei migranti detenuti o la scadenza dei permessi durante la detenzione riducono notevolmente l'accesso a misure alternative fuori dal carcere che non siano l'espulsione. Anche la possibilità di un lavoro, che è strumento essenziale del trattamento rieducativo finalizzato alla risocializzazione del condannato e all'incisivo contenimento del rischio di ricaduta nel reato, è preclusa a chi non possa ottenere la regolarizzazione o non riesca ad ottenere il rinnovo dei documenti durante la detenzione, stante il divieto di assunzione di lavoratori irregolari³³. Parimenti, la presa in carico da parte dei servizi sociali per prestazioni di assistenza è preclusa per i migranti irregolari o senza residenza anagrafica regolare³⁴: risultano – di fatto – lettera morta sia le enunciazioni di

³¹ S. MATERIA, *Welfare penitenziario e percorsi di vita dei migranti*, in *Studi quest. crim.*, 2014, 1-2, p. 64; A. MACULAN, *La criminalizzazione non è uguale per tutti. Percorsi biografici di detenuti stranieri in Italia*, in *Etnografia e ricerca qualitativa*, 2014, 1, p. 71; P. SAIITA, *Il lavoro integra? Alcune note su immigrati, reputazione e crimine*, in *Studi quest. crim.*, cit., p. 47; J.A.B. GARCIA, *Controllo dei migranti e diritto (penale) del nemico. Note su esclusione e inclusione in Spagna*, in *Studi quest. crim.*, 2012, 2, p. 31; P. PACINI VOLPE, *Il tempo del carcere: aspetti criminologici e sociologici della prigione attuale: modelli a confronto tra Francia e Italia*, Pisa Univ., Pisa, 2022; A. SBRACCIA-F. VIANELLO, *Razzismi, discriminazioni, disuguaglianze: analisi e ricerche sull'Italia contemporanea*, in A. ALETTI (a cura di), *Sistema penitenziario e discriminazione*, Mimesis, Milano, 2018. Molto interessante l'analisi sul ciclo della penalità proposto da D. MELOSSI, *Il diritto della canaglia: teoria del ciclo, migrazioni e diritto*, in *Studi quest. crim.*, 2010, 2, p. 51.

³² C. VIGNALI, *Essere stranieri in carcere. Criticità e carenze del sistema penitenziario nella gestione della detenzione multiculturale e multireligiosa*, in *The Lab's Quarterly*, 2021, XXIII, p. 113.

³³ E. SANTORO, *L'esecuzione penale nei confronti dei migranti irregolari e il loro "destino" a fine pena*, in *Dir. imm. citt.*, 2004, n. 4, p. 23; A. ROIATI, *Sulla compatibilità tra concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale e la condizione di clandestinità dello straniero che si trovi irregolarmente in Italia*, in *Riv. pen.*, 2004, 7-8, p. 718; C. RENOLDI, *stranieri irregolari e misure alternative alla detenzione*, in *Quest. giust.*, 2006, 1, p. 209; M. PAVARINI, *Misure alternative alla detenzione dal 1986 ad oggi. Risultati di incongruenze del sistema sanzionatorio nell'attuale contesto normativo*, in *Rass. penit. crim.*, 2003, 1-2, p. 207; L. PAGANO, *Più della deflazione conta il reinserimento*, in *Guida dir.*, 3 giugno 2006, 22, p. 58; G. DI ROSA, *Ricade sul magistrato di sorveglianza l'assenza di una coerenza sistematica*, in *Guida dir.*, 3 giugno 2006, 22, p. 54; S. CIAPPI, *Vuoti a perdere, ovvero sulla condizione giuridica e sociale dello straniero in carcere*, in *Quad. soc.*, 2006, 1, p. 43.

³⁴ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Residenza, dimora, domicilio e condizione alloggiativa nella disciplina del permesso di soggiorno*, in *Dir. imm. citt.*, 2019, 3, p. 1; E. GARGIULO, *L'appartenenza negata: la residenza e i suoi significati, tra ambivalenze interpretative e conflitti politici*, in *Dir. imm. citt.*, 2019, p. 2.

principio del legislatore³⁵, non sostenute da disposizioni di attuazione e nemmeno da risorse sufficienti per la loro realizzazione, sia alcune importanti pronunce delle Corti³⁶.

La situazione appare oggi infatti molto chiara a chi osservi i dati a disposizione, forniti dal Dipartimento per la Giustizia minorile e di comunità e dal Ministero della Giustizia³⁷.

I detenuti presenti negli istituti penitenziari risultavano essere – a fine 2021 – 54.134 di cui 17.043 stranieri (31% circa di detenuti stranieri). In carico, invece, all'UEPE erano – sempre a fine 2021 – 114.566 soggetti (in misura esterna 69.177 e 45.389 in attività di indagine e consulenza). Sui 114.566 in carico all'UEPE solo 21.162 erano stranieri (18% circa di soggetti in carico all'UEPE sono stranieri).

I dati confermano, con innegabile chiarezza, la scarsa accessibilità a tali misure in libertà dei condannati stranieri. Ciò non sorprende: la dottrina conferma da tempo la sostanziale scarsa applicazione delle misure alternative agli stranieri esclusa quella dell'espulsione, che pure presenta profili di complessità³⁸. Lo sta-

³⁵ L'art. 35 del Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure private e limitative della libertà del 30 giugno 2000 n. 230 ha previsto disposizioni rivolte ai cittadini stranieri, "Detenuti ed internati stranieri": "1. Nell'esecuzione delle misure private della libertà nei confronti di cittadini stranieri, si deve tenere conto delle loro difficoltà linguistiche e delle differenze culturali. Devono essere favorite possibilità di contatto con le autorità consolari del loro Paese. 2. Deve essere, inoltre, favorito l'intervento di operatori di mediazione culturale, anche attraverso convenzioni con gli enti locali o con organizzazioni di volontariato".

³⁶ Cass. SS.UU. 28 marzo 2006, n. 7458, in *Dir. imm. citt.*, 2006, 2, p. 180 annotata da S. TOVANI, *Misure alternative alla detenzione e status dello straniero irregolare al vaglio delle Sezioni Unite*; C. cost. 5 marzo 2007, n. 78, in *penale.it*. M. D'ONOFRIO, *Cittadini extracomunitari clandestini e misure alternative alla detenzione*, in *Riv. pen.*, 2005, 12, p. 1281; E. LANZA, *Stranieri e misure alternative alla detenzione carceraria. Considerazioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 2007*, in *Rass. penit.*, 2007, 2, p. 27. Affrontano in chiave molto empirica e pratica diverse questioni applicative come quella dell'accesso al permesso di soggiorno, al trattamento penitenziario, ai rapporti con la famiglia, all'istruzione e formazione professionale, alla concessione delle misure alternative, di permessi e della detenzione domiciliare N. COSENTINO, *L'operatore penitenziario e i detenuti stranieri: un'indagine esplorativa*, in *Essere stranieri in carcere – Contributi per una conoscenza del fenomeno nel sistema penitenziario*, in *Quaderni ISSP*, 12 giugno 2013; D. MUSSO, *Detenuti immigrati, risorse e criticità del mondo carcere*, in D. PAJARDI (a cura di), *Oltre a Sorvegliare e punire. Esperienze e riflessioni di operatori penitenziari su trattamento e cura in carcere*, Giuffrè, Milano, 2008.

³⁷ Si vedano i dati pubblicati sul sito *giustizia.it*.

³⁸ V. D'ALESSIO, *L'espulsione dello straniero come misura alternativa alla detenzione*, in *Ius in itinere*, 13 settembre 2019, consultabile sul sito *iusinitinere.it*, in cui in cui si esaminano alcune cause impedienti il provvedimento di espulsione; I. SCORDAMAGLIA, "Non c'è sicurezza, senza diritto". *La permanenza dello straniero sul territorio nazionale ed il processo penale*, in R. DEL COCOE, PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Carocci, Bari, 2014; S. CARNEVALE, *Stranieri a processo: meccanismi di espulsione e accertamento penale*, in O. GIOLO-M. PIFFERI (a cura di), *Diritto contro: meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Giappichelli, Torino, 2009.

to di regolarità del detenuto straniero del resto continua ad essere elemento di essenziale rilevanza rispetto all'applicabilità di misure alternative alla detenzione: l'irregolarità anche sopraggiunta durante l'esecuzione della pena impedisce l'applicazione di misure in libertà e costituisce grave violazione del principio di uguaglianza e della rieducazione del condannato.

Anche il XVIII rapporto di Antigone "*Diritti dei migranti. Stranieri e detenzione*" riferisce che "sebbene la condizione detentiva non sia giuridicamente di ostacolo alla presentazione della domanda amministrativa di rinnovo del permesso di soggiorno, alla luce delle generali facoltà accordate dall'art. 123, comma 1, c.p.p., tuttavia, si tratta di una procedura che non avviene in modo automatico nel contesto intramurario e che prevede l'attivazione in prima persona dello straniero detenuto".

Emerge poi netta la difficoltà, o meglio l'impossibilità, per molti detenuti stranieri di rinnovare il permesso di soggiorno dal carcere³⁹.

Un ulteriore aspetto problematico, richiamato dallo stesso Rapporto Antigone, oltre che da attenta dottrina, è collegato alla difficoltà di comunicazione e comprensione della normativa vigente, delle opportunità trattamentali offerte e delle modalità per farvi accesso che dipende anche dal *gap* linguistico e culturale dei detenuti stranieri che potrebbe implicare l'impossibilità del pieno godimento dei propri diritti, ma anche all'esatto adempimento dei loro doveri. La conseguenza è un'irregolarità amministrativa che condiziona la permanenza del detenuto in Italia e l'infusione di possibili espulsioni, spesso difficili da sanare⁴⁰. Tali difficoltà dovrebbero essere bilanciate dalla presenza in carcere di mediatori linguistici e culturali specificamente preparati a tale scopo e disponibili ad incontri e chiarimenti con educatori ed avvocati. In realtà, l'ampio bisogno di tali figure specializzate nelle diverse lingue è inascoltato: i dati relativi al 2020 indicano la presenza di 1 mediatore ogni 100 detenuti circa. Si tratta di numeri scarsamente rilevanti, come confermato dalla dottrina⁴¹.

Una ulteriore conferma della situazione delineata ora è riscontrabile grazie all'esperienza di sportello giuridico dentro un noto carcere milanese: da diversi anni infatti con l'Università Bocconi e l'Università degli Studi di Milano-Bicocca, collaboro ad uno sportello avviato – anni or sono – dal prof. Onida e da altri avvocati e volontari della Associazione Cominetti. Tale esperienza consente a tutti noi di toccare con mano le complessità nella applicazione delle procedure

³⁹ Si veda il XVIII Rapporto della Associazione Antigone sul sito rapportoantigone.it.

⁴⁰ Interessanti le ampie considerazioni svolte in G. CAPUTO, *Carcere e diritti sociali*, CESVOT, 2010.

⁴¹ F. BRIOSCHI, *Stranieri e sistema penale. C'è discriminazione?*, 13 febbraio 2018, consultabile sul sito antigoneonlus.medium.com; E. DI MOLFETTA, *La traduzione degli atti per lo straniero allo glotto: un diritto incompiuto tra incertezze legislative e resistenze giurisprudenziali*, in *Dir. imm. citt.*, 2019, 2; ANTIGONE, *L'assenza di mediazione tra le cause di discriminazioni nelle carceri*, consultabile sul sito mediatoreinterculturale.it.

dirette al rispetto dei diritti dei detenuti stranieri, oltre che di realizzare con l'impegno di docenti, studenti e professionisti quanto in nostro potere per fornire supporto in tali situazioni.

Anche in questo caso, trovano riscontro le condizioni di difficoltà per i detenuti stranieri in carcere ad ottenere la residenza anagrafica presso il carcere. La disposizione prevista all'art. 45 ord. pen., integrata nel 2018 (d.lgs. 213/2018), intende garantire una più sicura attuazione degli adempimenti anagrafici all'interno degli istituti quale preconditione ai fini della erogazione delle prestazioni sociali in ambito territoriale⁴². A questi fini, però, il Comune richiede al detenuto di essere in possesso di una carta d'identità rilasciata da un Comune italiano non scaduta oppure di una residenza già in essere presso il Comune (con carta d'identità valida o anche scaduta) oppure ancora il possesso di un passaporto del Paese di origine, valido e riportante i timbri doganali relativi al momento di ingresso in Italia⁴³.

In assenza di queste precondizioni è richiesto al detenuto di farsi rilasciare un'attestazione di identità da parte delle rappresentanze diplomatiche del Paese di origine del detenuto (Consolato o Ambasciata). Dal punto di vista pratico, questa richiesta pone il detenuto in condizione di estrema difficoltà: ovvie sono le ragioni che impediscono ad esso di comunicare agilmente con le proprie rappresentanze diplomatiche, di recarsi personalmente presso tali Autorità nei giorni stabiliti per l'appuntamento e l'impossibilità per gli operatori del carcere di sostenere un carico di lavoro così ingente, quando pure sia ammessa la procedura con delega dalle rappresentanze diplomatiche. L'attestazione nazionale di identità, quando sia finalmente rilasciata (con le diverse procedure previste a seconda dell'Autorità a cui ci si rivolge) deve poi essere legalizzata in Prefettura, con pagamento di marca da bollo di euro 16, circostanza questa che crea ulteriori complicazioni. Solo a questo punto può essere richiesta la residenza nel Comune dove si trova la struttura.

Anche solo la necessità di apporre tale marca da bollo comporta un'ulteriore difficoltà per il detenuto, che in molti casi non ha provviste a tal fine sufficienti sul proprio conto corrente. Inoltre, è impossibile acquistare direttamente in carcere le marche da bollo necessarie per le legalizzazioni, nemmeno tramite spesa con il sopravitto.

Le difficoltà connesse alla procedura per l'ottenimento dell'attestazione suddetta, anche in presenza della disponibilità di volontari, può essere paralizzata dall'impossibilità per alcune Autorità straniere di rilasciare l'attestazione senza la presenza del detenuto presso il loro ufficio, opzione impossibile quando non vi siano i presupposti per l'applicazione di una qualche misura anche ecceziona-

⁴² Si vedano i lavori della Commissione Giostra e il commento all'art. 45 di A. CIAVOLA, in F. FIORENTIN-F. SIRACUSANO, *L'esecuzione penale*, Giuffrè, Milano, 2019.

⁴³ G. CAPUTO, *Detenuti stranieri e diritti sociali*, in ID., *Carcere e diritti sociali*, cit., p. 173.

le che consenta la fuoriuscita dall'istituto del detenuto straniero, perché questi non ha maturato il diritto all'accesso ai benefici o il magistrato non lo ritenga applicabile nel caso concreto.

Le difficoltà connesse all'ottenimento dei documenti suddetti e, dunque, anche della residenza producono alcune conseguenze gravi: precludono l'ottenimento della tessera sanitaria e, quindi, l'erogazione di prestazioni socio-sanitarie in ambito territoriale, essenziali ai fini dell'accesso a benefici e attività trattamentali (presa in carico da parte del Sert o, comunque, delle Comunità territoriali, anche ai fini della concessione dell'affidamento in prova dei tossicodipendenti; presa in carico da parte del Celav, per la ricerca di una attività lavorativa; l'impossibilità di partecipare ai bandi per l'assegnazione delle case di edilizia convenzionata).

Parimenti complessa è la procedura per il rilascio dei permessi di soggiorno: non sono disponibili kit da compilare per il rilascio o il rinnovo; quand'anche questi siano recuperati, è incerta la procedura da utilizzare per l'invio alla Autorità dei documenti in assenza di accordi con le Poste Italiane. Difficile è anche la presentazione delle richieste di protezione internazionale che deve essere presentata dal richiedente asilo di fronte al personale della Questura: con evidenti difficoltà pratiche che si pongono al detenuto che non possa allontanarsi dal carcere.

Nel complesso, si realizza, a nostro parere, una grave violazione dei diritti dei detenuti, i quali – senza documenti, codice fiscale né permessi – non possono pensare nemmeno lontanamente ad un futuro, verosimile reinserimento nella società (dove spesso hanno famiglia e legami che non hanno nel Paese di origine). Non sono infrequenti, di conseguenza e come prevedibile, casi in cui il detenuto, al momento del rilascio dal carcere, sia immediatamente accompagnato ad un CPR e questo crea non poca preoccupazione e frustrazione⁴⁴.

4. Conclusioni

Le conclusioni di questo breve lavoro non potranno certo che limitarsi ad alcuni cenni sulle possibili proposte di intervento.

La prima di ordine generale consiste in un significativo cambio di rotta delle politiche anti-immigrazione a favore della introduzione di rapide e semplici procedure di regolarizzazione, sostenute da incisive politiche di inclusione e *welfare* potenziato nei confronti di soggetti più vulnerabili, con investimenti nei contesti territoriali (a livello comunale e regionale) in cui sia più alta la concentrazione

⁴⁴S. GRECO, *Detenuti stranieri e (ir)regolarità del soggiorno in Italia*, in Rapporto Antigone. XVIII Rapporto sulle condizioni di detenzione, consultabile sul sito dell'Associazione Antigone, rapportoantigone.it.

dell'immigrazione. Permesso, casa e lavoro sono i tre pilastri intorno ai quali articolare l'intervento a favore degli adulti, scuola, istruzione e attività extrascolastiche sono invece le direttive di intervento verso i minori non italiani che giungano in Italia o qui nascano.

Tali interventi comporteranno una diminuzione del disagio e della criminalità nei contesti di maggiore vulnerabilità e consentiranno l'inserimento inclusivo dei migranti, che potranno contribuire al progresso del nostro Paese.

Sul piano del trattamento in carcere, si auspicano da tempo semplificazioni delle procedure di regolarizzazione in carcere che facciano ricorso agli strumenti già a disposizione: rilievi identificativi dattiloscopici, cooperazione diretta dell'istituto di pena con la Questura, la Prefettura e le rappresentanze internazionali.

Particolare attenzione andrebbe dedicata alla cura dei documenti in possesso del detenuto, nelle fasi di arresto, trasferimento e carcerazione: troppo spesso osserviamo il difficile reperimento degli stessi, persi e difficilmente recuperabili in queste fasi.

Anche l'accesso alle decisioni che lo riguardano dovrebbe essere agevolato: spesso il detenuto non le ha comprese, quando anche le abbia avute; durante la detenzione, tra l'altro, i contatti con il legale sono più rari e complessi e, dunque, non agevolano l'informazione su quello che è accaduto o sta ancora accadendo nella fase di esecuzione. La chiara comprensione, attraverso idonee attività di mediazione, della sentenza di condanna è un passo essenziale per la comprensione di quanto deciso e per l'avvio di un percorso trattamentale. Va certamente favorito il ricorso dunque a mediatori linguistici e culturali, in tutte le fasi del processo e dell'esecuzione⁴⁵.

Ben vengano poi forme di supporto alla introduzione di misure alternative per i detenuti stranieri, con la predisposizione di alloggi pubblici e privati a ciò destinati, che si realizzino con il contributo di quanto versato nella Cassa delle Ammende⁴⁶.

⁴⁵ *Relazione di accompagnamento al Rapporto finale presentato da Tavolo 7 – Stranieri e esecuzione penale, nell'ambito di Stati Generali dell'Esecuzione Penale*, sul sito del Ministero della Giustizia, giustizia.it.

⁴⁶ *Relazione sulla performance organizzativa per l'anno 2021 della Cassa delle Ammende*, consultabile sul sito del Ministero della Giustizia, cit.

IL NEGAZIONISMO COME DISTORSIONE METODOLOGICA

Silvia Buzzelli

SOMMARIO: 1. Il concetto e le sue implicazioni. – 2. Gli elementi per affrontare il tema. – 3. L'apparente esaurimento di canali di ricerca. – 4. Un doppio fenomeno: l'accostamento al revisionismo e l'estensione del campo semantico. – 5. L'attacco al metodo e alla neutralità del ricercatore. – 6. La "verità negata": un'opinabile formula di alto impatto emotivo. – 7. Una domanda. – 8. Ripudiare il negazionismo.

1. Il concetto e le sue implicazioni

Ragionare intorno al negazionismo e ai numerosi risvolti della prassi è buona cosa; si tratta di un esercizio impegnativo che richiama subito molte altre parole da maneggiare con cura e da pronunciare con rispetto, stando in piedi: verità, memoria, storia, processo, tanto per cominciare. Termini che possiedono un potenziale semantico amplissimo e generano alcune solide coppie di opposti, conosciute e impiegate in svariati settori del sapere: memoria/dimenticanza, ricordo/oblio, oblio/giustizia, vero/falso, giudice/storico.

L'elenco appena indicato è davvero minimale, mentre le combinazioni effettuabili sono molteplici. Il contrario dell'oblio non risulterà essere sempre e solo il ricordo, o una generica forma di giustizia, in quanto sul lato opposto dell'oblio potremmo incontrare la conoscenza dei fatti controversi nel processo penale. Andrebbe creato un po' di scompiglio tra questi vocaboli e la miriade di specie che riescono a produrre: ad esempio, la verità si scinde in verità storica e giudiziale (da qualche decennio sta circolando la post-verità), la memoria si divide in individuale, collettiva, pubblica, istituzionalizzata¹, comune², post-memoria³ e così via.

¹ Per un approccio, cfr. A. MASTROMARINO, *Stato e memoria. Studi di diritto comparato*, Franco Angeli, Milano, 2018; in prospettiva antropologica, v., invece, C. DI PASQUALE, *Antropologia della memoria. Il ricordo come fatto culturale*, il Mulino, Bologna, 2019.

² ... un concetto privo di senso poiché non c'è niente di più soggettivo della memoria: queste le parole di Claudio Pavone pronunciate nel corso di un'intervista (A. CARIOTI, *Pavone: non servono memorie condivise*, in *Corriere della Sera*, 26 novembre 2010, p. 50).

³ D. BIDUSSA, *Come ricorderemo la Shoah quando se ne sarà andato anche l'ultimo testimone?*,

L'operazione principale che ci si è prefissati è ancor più interessante se si parte da un articolo del 2015 in cui Domenico Pulitanò, ponendosi «di fronte al negazionismo e al discorso d'odio»⁴, sottolinea quanto la previsione del negazionismo come circostanza aggravante non sia «uno strumento tecnicamente utile»⁵, in grado di fungere da valido deterrente: anzi rischierebbe di «favorire il fenomeno che si vuole combattere», offrendo ai negazionisti «occasioni di pubblicità» che li trasformano in vittime della censura. Pulitanò discute sui mezzi, stigmatizza la legislazione penale simbolica, addita il diritto penale ineffettivo. E si chiede:

«[p]uò piacere e andar bene persino il valore simbolico di una circostanza aggravante, che ci mette in pace con l'Europa e con i buoni sentimenti di molti. Ma non con la buona coscienza. Tutta aperta resta la domanda: *che fare* per combattere efficacemente negazionismo e fondamentalismo, nell'intransigente salvaguardia dell'eguale libertà di tutti?»⁶.

2. Gli elementi per affrontare il tema

L'articolo di Pulitanò ha il pregio di toccare, in maniera sintetica, gran parte degli elementi che di solito vengono menzionati quando si intende affrontare l'argomento in questione, elementi così riassumibili, seppure alla rinfusa.

Per prima cosa non si può non tener conto dei dubbi e delle contrarietà apertamente manifestate dagli storici – Adriano Prosperi⁷, Carlo Ginzburg⁸, i firmatari dell'appello per la libertà della storia⁹ –; la repressione penale del negazionismo

in www.linkiesta.it, 1° ottobre 2012, in cui riflettendo sulla morte di Shlomo Venezia, sopravvissuto ad Auschwitz, riprende alcuni temi già trattati nel volume *Dopo l'ultimo testimone*, Einaudi, Torino, 2007.

⁴ Si intende far riferimento allo scritto di D. PULITANÒ comparso sulla rivista *Diritto penale contemporaneo* il 16 marzo 2015 (il contributo è stato pubblicato nel n. 4/2015 della Rivista trimestrale).

⁵ La previsione di circostanze non facilita mai l'attività della macchina giudiziaria penale, caso mai la complica, chiedendo un di più di accertamenti e di valutazioni formalizzate (p. 6 dell'articolo appena citato).

⁶ Cfr. p. 10 del lavoro citato *supra*, nota 4. Leggendo un altro intervento dell'Autore – *Cura della verità e diritto penale*, in G. FORTI-G. VARRASO-M. CAPUTO (a cura di), *“Verità” del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Jovene, Napoli, 2014 – si comprende come la punibilità del negazionismo sia questione ancora da risolvere e non da archiviare.

⁷ A. PROSPERI, *La malattia negazionista*, in *la Repubblica*, 25 giugno 2012, p. 33; cfr., dello stesso Autore, *Un tempo senza storia. La distruzione del passato*, Einaudi, Torino, 2021.

⁸ Cfr. *infra*, nota 51.

⁹ *Libertà per la storia. Un appello contro il negazionismo*, in reteparri.it, 27 ottobre 2013; in precedenza, v. *Contro il negazionismo, per la libertà della ricerca storica*, in www.storiairreer.it, 22 gennaio 2007.

simo non convince chi studia la storia per professione e lascia, poi, perplessa la maggioranza dei giuristi che sono disposti ad avanzare numerose critiche¹⁰.

Da solo, però, il panorama della dottrina è insufficiente se non lo si completa con l'esame dei casi decisi specialmente dalla Corte europea¹¹ e con l'analisi delle singole vicende giudiziarie nazionali più famose, come quelle che hanno avuto, nel tempo, per protagonisti David Irving¹², Ernst Zündel¹³, Richard Williamson¹⁴. Lentamente, allora, prendono forma le libertà in gioco – espressione, religione, insegnamento – e l'eventuale loro abuso, stando all'art. 17 CEDU che ha un peso preponderante nell'*iter* decisionale dei provvedimenti di Strasburgo¹⁵.

Inoltre, se si prosegue nell'elenco, un po' in ordine sparso, affiora a livello europeo il distinguo – all'interno dei reati di stampo razzista e xenofobo – tra crimine d'odio e negazionismo: «negare non è necessariamente incitare all'odio»¹⁶; nei discorsi d'odio l'incitamento alla violenza colpisce un gruppo di persone, o un suo membro (art. 1, comma 1, lett. a decisione quadro 2008/913/GAI)¹⁷; nel

¹⁰ Per G. INSOLERA – *Tempo, memoria e diritto penale. Quale memoria per quale diritto penale?*, in *Dir. pen. cont.*, 19 marzo 2018, p. 7, – «entro determinati confini si prospetta necessaria la repressione (anche) penale della negazione della Shoah».

¹¹ M. CASTELLANETA, *La repressione del negazionismo e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 5, 2011, p. 65 ss.

¹² Cfr. I. PATRONE, *L'Olocausto, il giudice inglese ed il «caso Irving»*, in *Quest. giust.*, 2000, 4, p. 747 ss.; v. *infra*, nota 40.

¹³ R. FAURISSON, *Il revisionismo in Canada. I processi Zündel*, in *radioislam.org*, che riporta l'articolo apparso nelle *Annales d'Histoire révisionniste*, 5, estate-giugno 1988; l'Autore, a sua volta, ha sostenuto l'inesistenza delle camere a gas (cfr. *Le problème des chambres à gaz*, in *Défense de l'Occident*, 8, 1977, p. 32-40, reperibile in italiano sul sito *vho.org*). In proposito, v. P. VIDAL-NAQUET, *Gli assassini della memoria. Saggi sul revisionismo e la Shoah*, Viella, Roma, 2008, p. 129 ss.

¹⁴ Per un commento alla decisione della Corte EDU 31 gennaio 2019, Richard Williamson c. Germania, v. M. CASTELLANETA, *Il negazionismo tra abuso del diritto e limite alla libertà di espressione in una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *medialaws.eu*, 2019, 2, p. 311 ss.

¹⁵ Cfr. *supra*, note 11 e 14; *infra*, nota 54.

¹⁶ V., in proposito, E. FRONZA, *Il negazionismo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 112 ss. (sul caso Varela e la sentenza del *Tribunal Constitucional* spagnolo, caso di cui ha avuto modo di occuparsi la Corte EDU sent. 5 marzo 2013, Varela Geis c. Spagna).

¹⁷ In generale, si rinvia a P. TANZARELLA, *Discriminare parlando. Il pluralismo democratico messo alla prova dai discorsi d'odio razziale*, Giappichelli, Torino, 2020; A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3, 2013, p. 77 ss.; L. MORASSUTTO, *La spada e lo scudo*, in *Quest. giust.*, 2013, 6, p. 66 ss.; cfr., sul versante giurisprudenziale, CGUE sent. 17 settembre 2020, C-12/19 P, Mylène Troszczynski, in cui è stata negata l'immunità parlamentare a una deputata europea per dichiarazioni portatrici di un discorso d'odio; al di fuori dello spazio giudiziario europeo, v. *South African Human Rights Commission obo South African Jewish Board of Deputies v Masuku and Another* [2022] ZACC 5.

Per un'estensione della lista dei crimini transnazionali al femminicidio e ai discorsi d'odio, v. PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione* 16 settembre 2021 recante raccomandazioni alla Commissione

secondo caso, il diritto penale persegue «l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, quali definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale» (art. 1, comma 1, lett. c decisione quadro 2008/913/GAI) e «l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini definiti all'articolo 6 dello statuto del Tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945» (art. 1, comma 1, lett. d).

Un simile riferimento alla decisione quadro 2008/913/GAI permette, infine, di transitare dal monitoraggio della legislazione europea e delle sue forme attuative¹⁸ alla legislazione dei singoli Stati¹⁹: a volte sono gli stessi giudici di Strasburgo a delimitare i contesti normativi, tratteggiando un quadro delle fonti assai utile per lo studioso²⁰.

3. L'apparente esaurimento di canali di ricerca

Sembrirebbe non esserci altro da inserire se non un aggiornamento che, magari, prenda spunto da notizie di cronaca recenti come quella divulgata dalle agenzie di stampa il 23 marzo 2022: il giornalista Èric Zemmour, candidato per l'estrema destra alle presidenziali francesi del 2022, è stato denunciato da varie associazioni per aver negato la deportazione a causa dell'orientamento sessuale; il triangolo di stoffa rosa²¹ – apposto sulle giubbe e sui pantaloni dei “pezzi” (*Stück*) giunti nei lager²² – sarebbe, a suo parere, una mera «leggenda»²³.

ne concernenti l'identificazione della violenza di genere come nuova sfera di criminalità tra quelle elencate all'articolo 83, paragrafo 1, TFUE (2021/2035(INL)), in GUUE 11 marzo 2022, C 117, p. 88 ss.; COM(2021)777, Bruxelles, 9 dicembre 2021, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – A more inclusive and protective Europe: extending the list of EU crimes to hate speech and hate crime*.

¹⁸ Cfr. M. MONTANARI, *L'attuazione italiana della decisione quadro 2008/913/GAI in materia di negazionismo, nel rapporto della Commissione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 18 febbraio 2014; G. DELLA MORTE, *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazioniste nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, 22 giugno 2016, in *sidiblog*; M. DONINI, *Negazionismo e protezione della memoria. L'eredità dell'Olocausto e la sua sfida per l'etica pubblica e il diritto penale*, in *Sist. pen.*, 10 febbraio 2021, p. 8 ss.; v., inoltre, COM(2014)27, Bruxelles, 27 gennaio 2014, *Relazione della Commissione al parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione della decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale*.

¹⁹ Cfr., ancora, E. FRONZA, *Il negazionismo*, cit., p. 15 ss.

²⁰ Cfr., ad esempio, C. EDU sent. 17 dicembre 2013, Perinçek c. Svizzera, § 52 ss.

²¹ Sul cosiddetto Omocausto degli omosessuali e delle lesbiche, v. M. CONSOLI, *Homocaust. Il nazismo e la persecuzione degli omosessuali*, Kaos, Milano, 1984.

²² In proposito, v. D. CERRI, *La lingua del nazismo*, in *www.giustiziainsieme.it*, 26 gennaio 2022.

²³ In precedenza, era stato sanzionato per gli appellativi impiegati nel corso di una trasmissione

La rassegna delle novità ricomprende, ovviamente, il versante delle prassi giurisprudenziali²⁴ e gli sviluppi normativi²⁵.

Si possono ribadire, con maggior chiarezza, precedenti prese di posizione a sostegno di tesi già elaborate che necessitano ora di qualche ulteriore sfumatura. Oppure, sempre con l'intento di registrare le mutazioni politiche in corso, andrebbero catalogati i nuovi riconoscimenti di vecchi genocidi "prevedibili": solo nel maggio 2021, al termine di una serie di negoziati, il Ministro degli esteri tedesco è giunto ad ammettere i crimini compiuti in Namibia tra il 1904 e il 1908²⁶; dal canto suo, nello stesso mese, il presidente Macron non ha nascosto più le enormi responsabilità francesi nel genocidio ruandese²⁷.

Il tema, a parte tutto ciò, appare indagato in maniera esaustiva; a ben guardare, invece, rimangono ancora parzialmente scoperti degli aspetti che, con una certa probabilità, meritano maggiore considerazione.

4. *Un doppio fenomeno: l'accostamento al revisionismo e l'estensione del campo semantico*

Il negazionismo si presenta – di consueto – imparentato con il revisionismo²⁸,

televisiva durante la quale aveva qualificato i minori migranti non accompagnati come "ladri", "assassini", "stupratori".

²⁴ Cfr., ad esempio, Corte EDU 11 maggio 2021, Kilin c. Russia (la condanna, da parte delle corti nazionali, per condivisione in rete di contenuti estremisti di incitamento alla violenza risulta essere un'ingerenza proporzionata, da qui la non violazione dell'art. 10 CEDU); Corte EDU decisione 25 gennaio 2022, Bonnet c. Francia: l'ingerenza nel diritto alla libertà di espressione del ricorrente era «necessaria in una società democratica» ex art. 10 CEDU e il ricorso manifestamente infondato; pur essendo l'Olocausto un fatto storico notoriamente accertato, le autorità francesi si sono non di rado confrontate con episodi di negazionismo e revisionismo.

²⁵ A. GALLUCCIO, *Modificata l'aggravante di negazionismo e inserito l'art. 3 c. 3-bis l.654/1975 nel novero dei reati presupposto ex d.lgs.231/2001*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2017.

²⁶ *Foreign Minister Maas on the conclusion of negotiations with Namibia*, in *auswaertiges-amt.de*.

²⁷ Cfr. *Discours du Président de la République au mémorial du génocide perpétré contre les Tutsis*, 27 maggio 2021, in *elysee.fr*. V. anche, il poderoso Rapporto Duclert – redatto dalla Commissione di ricerca sugli archivi e presentato a Macron il 26 marzo 2021 – *La France, le Rwanda et le génocide des Tutsi (1990-1994)*, Armand Colin; il rapporto dello studio legale statunitense Muse preparato su richiesta del governo ruandese nel 2017 dal titolo *Un génocide prévisible*, in *gov.rw/musereport*.

²⁸ «Sebbene impervio, il tentativo di tracciare un *discrimen* tra revisionisti e negazionisti non andrebbe abbandonato. A questa distinzione» – prosegue M. CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2014, p. 20 – «dovrebbe corrispondere un uso residuale della sanzione penale per l'ipotesi più grave della completa e radicale negazione dell'accadimento storico, mentre al fascio delle ri-elaborazioni quantitative e qualitative, ancorché

che peraltro ha seguito una strada diversa ed è concetto più datato nel tempo: mentre il primo, infatti, è stato grosso modo introdotto da Henry Rousso, nel 1987, trattando della “sindrome di Vichy”, per scoprire le origini teoriche e politiche del secondo bisogna risalire presumibilmente all'Ottocento, all'affare Dreyfuss, e poi alla prassi marxista, in cui lo scontro, duro ma sempre di alto livello, restò circoscritto al dibattito ideologico. In un'altra accezione il revisionismo si sviluppa al termine della Seconda guerra mondiale in ambito storiografico (per correggere opinioni o tesi dominanti ritenute scorrette sulla scorta di revisioni documentali), senza però le connotazioni che solo l'abbinamento con il negazionismo finisce per produrre²⁹.

Quel che conta – per il discorso che si sta tentando di fare – è la segnalazione di un fenomeno letteralmente scoppiato nel corso degli ultimi anni, un fenomeno le cui ripercussioni hanno causato effetti significativi sul vocabolo “negazionismo”. La parola in questione ha incrementato a dismisura la propria sfera di operatività, finendo usata (e addirittura superando spesso la soglia dell'abuso) in settori assai lontani rispetto all'area applicativa originaria: tacciati di negazionismo sono stati, di volta in volta, i cosiddetti no-vax, durante la recente fase di emergenza sanitaria legata al propagarsi del Covid, chi non ravvisa alcun tipo di cambiamento climatico³⁰, i cantanti neomelodici napoletani, rei di esaltare – attraverso le loro canzoni – la criminalità organizzata³¹.

Se così stanno le cose, è consigliabile allora estrema cautela, oltre a un utilizzo del termine costantemente al plurale.

Oramai, a seguito della forzatura lessicale, i negazionismi non sono tutti uguali. Al contrario, la loro natura varia, molti di essi vengono considerati leciti, tranne alcuni reputati illeciti; in base all'attuazione delle fonti europee – prima richiamate – per mezzo del diritto penale si combattono la critica radicale della Shoah e dei crimini di competenza della Corte penale internazionale (proceden-

sgradevoli e destituite di fondamento, sembra meglio attagliarsi l'arena del dibattito pubblico e storiografico»; cfr. E. FRONZA, *Memory and punishment. Historical Denialism, Free Speech and the limits of Criminal law*, Springer, Berlino, 2018. V. pure E. TRAVERSO, *Il passato: istruzioni per l'uso. Storia, memoria, politica*, Ombrecorte, Verona, 2008 (spec. il capitolo 6 dedicato a revisione e revisionismo).

²⁹ Per «la condanna del revisionismo storico e la glorificazione dei collaboratori nazisti in alcuni Stati membri dell'UE», cfr. PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del 19 settembre 2019 sull'importanza della memoria europea per il futuro dell'Europa* (2019/2819 (RSP)), punto 6.

³⁰ WU MING, *A cosa serve l'epiteto “negazionista” e quale realtà contribuisce a nascondere*, 15 novembre 2020, in *wumingfoundation.com*; G. SCHINAIA, *Cambiamenti climatici. Interessi politici ed economici dietro i negazionisti del clima*, in *Avvenire*, 24 settembre 2021, e diffusamente sull'argomento, S. LEVANTESI, *I ‘bugiardi del clima’. Potere, politica, psicologia di chi nega la crisi del secolo*, Laterza, Bari-Roma, 2021.

³¹ C. BAFFI, *“Smettere di esaltare i boss”: la proposta per punire l'apologia della mafia*, in *il Domani*, 15 maggio 2021; V. ERRANTE, *Neomelodici a favore della criminalità, una legge per sanzionarli*, in *il Messaggero*, 15 maggio 2021.

do i singoli Paesi disordinatamente, in assenza di un criterio comune, con riferimento ad altre vicende genocidiarie)³².

5. *L'attacco al metodo e alla neutralità del ricercatore*

Abbandonata la prospettiva generale, i problemi adesso vanno visti con gli occhi del processualpenalista, di solito allenato alle regole e alle griglie concettuali del processo giusto. Negare, in questo modello, è attività rientrante nella strategia difensiva: l'accusato si difende per l'appunto negando (respingendo gli addebiti), rimanendo in silenzio, talvolta dicendo persino il mendacio.

Con le opzioni dell'ordinaria dialettica probatoria, il negazionismo condivide la stessa radice (negare), ma non sembra avere niente di più in comune; sprigiona, infatti, una potente carica sfavorevole e ostile, affetto com'è da una grave distorsione metodologica derivante dall'adozione indiscussa della coppia antitetica amico/nemico, oltre che dal ricorso ad affermazioni ripetute a oltranza, con netta ostinazione, non seguite da un adeguato corredo giustificativo, spesso da nessun corredo.

Moving the goalposts si usa dire: nel *ludus* negazionista i pali della porta subiscono improvvisi spostamenti, il materiale probatorio finisce ignorato, continuamente ne è richiesto dell'altro, oppure si insiste esigendo una singola prova³³. Risalta una complessa pianificazione e un'attenta cura dei vocaboli per celare il messaggio autentico³⁴; al tempo stesso, il negazionista sceglie il massacro eristico – l'arte del battagliare a parole, la discussione velenosa in cui ogni argomento è buono, indipendentemente dalla qualità, purché colpisca il nemico – e pratica la dismisura, l'arroganza verbale, la sopraffazione dell'avversario. Una serie di eccessi del genere, pertanto, disaggregano il metodo.

La condizione di disordine – la subdola *perversio ordinis* che mira a rovesciare l'intera metodologia dialettica (come conosciuta dentro e fuori il processo penale) – oltraggia la neutralità del ricercatore³⁵ e calpesta l'assenza di pregiudizio: atteggiamenti che dovrebbero ispirare sia chi scrive la *historia*, sia chi redige

³²Emblematico il caso della Francia: in proposito, cfr. Conseil constitutionnel, 28 febbraio 2012, décision n. 2012-647 DC (per il testo della sentenza e per un commento, v. F.M. BENVENUTO, *Sulla dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge francese che incrimina la contestazione dell'esistenza dei genocidi "riconosciuti come tali dalla legge francese"*, in *Dir. pen. cont.*, 21 marzo 2012).

³³M. CAPUTO, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, cit., p. 7.

³⁴Cfr. Corte EDU dec. 3 ottobre 2019, Pastörs c. Germania, § 46.

³⁵Un'opportuna neutralità non come fine, ma come mezzo, serve per indirizzare correttamente lo svolgimento dell'attività giurisdizionale; è una condizione di «indifferenza psicologica»: così P. CALAMANDREI, *Nota 1*, in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* [1764], le Monnier, Firenze, 1950, p. 380.

le sentenze. Rimangono violati i canoni della ricostruzione estenuante, faticosa degli eventi passati che sfuggono «alle determinazioni matematiche»³⁶ e non sono né veri, né falsi³⁷: nella realtà contestabile, i fatti non si presentano con tratti oggettivi e assoluti, non sono qualcosa di esterno e preesistente all'indagine³⁸, sono il passato di cui ci si deve impossessare.

6. La “verità negata”: un’opinabile formula di alto impatto emotivo

La storia del processo penale dovrebbe aver trasmesso che l’incognita del problema sta proprio nell’individuare quale delle enunciazioni contraddittorie riguardanti il singolo accadimento sia vera e quale sia falsa. Tra gli scopi del processo comparirebbe il raggiungimento di una verità giudiziale (o giudiziaria)³⁹ – separata dalla verità storica – da ricostruire attraverso le regole del processo semplicemente giusto, non accusatorio, nemmeno inquisitorio, men che meno esemplare.

Purtroppo, al pari di tutte le altre storie anche l’evoluzione delle pratiche penali insegna, senza però (secondo l’amara constatazione gramsciana di cent’anni fa) attrarre intorno a sé discepoli.

Non basta accontentarsi di bollare i comportamenti negazionisti riconducendoli alla “verità negata”, volendo prendere in prestito il titolo di un film del 2016 dedicato al versante processuale inglese del caso Irving⁴⁰: l’espressione è di certo accattivante, di forte impatto emotivo, ma preoccupa, e parecchio, chi è abituato a fare i conti con i pre-giudizi, mai morti, della mentalità inquisitoria.

L’arte della supposizione, ben nota all’*inquisitio*, sarebbe strumento per sconfiggere l’inguaribile negazionista. Il marchio d’infamia, impresso su chi nega, dipenderebbe dal suo opporsi – ereticamente – al dogma della Verità assoluta che l’Unione Europea ha fatto circolare e rivelato attraverso le fonti legislative: in questo modo, si sacralizzano gli avvenimenti, assicurando un alone di irripetibilità all’Olocausto⁴¹. Congelare il «crimine dei crimini», ovvero lo stermi-

³⁶ M. BLOCH, *Apologia della storia*, Einaudi, Torino, 1950, p. 39.

³⁷ Caratteristica di un fatto «che si sostiene accaduto nel passato può essere la sua esistenza, ma non la sua verità»: G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 91.

³⁸ Sul punto, A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 14.

³⁹ R.G. CONTI, *Il diritto alla verità nei casi di gross violation nella giurisprudenza Cedu e della Corte interamericana dei diritti umani*, in F. BUFFA-M.G. CIVININI (a cura di), *Gli speciali di Questione Giustizia – La Corte di Strasburgo*, aprile 2019, p. 432 ss.; G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema penale*, cit., p. 129 e, più di recente, *Sistema di procedura penale, I, principi generali*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 72.

⁴⁰ *La verità negata* (Denial) è un film tratto dal libro *La verità negata. La mia battaglia in tribunale contro chi ha negato l’Olocausto* scritto da D. LIPSTADT, Mondadori, 2016.

⁴¹ Olocausto – secondo Z. BAUMAN, *L’ultima lezione*, Laterza, Roma-Bari, 2018 – sarebbe termine improprio: meglio ricorrere a omicidio categoriale (per ribadire la irripetibilità).

nio «per odio antisemita, di sei dei dodici milioni di ebrei europei»⁴², fino ad ammetterne l'unicità, perché non fu un genocidio normale⁴³, è cosa scoraggiante e potenzialmente dannosa⁴⁴, vi giunge – rammarica appurarlo – il Parlamento europeo con una Risoluzione del 2009⁴⁵, poi ripresa nel 2019⁴⁶.

Ieri come oggi: troppe storie si intrecciano fra loro e mostrano, anzi dimostrano, che la logica ferrea dello sterminio è stata messa in pratica in differenti occasioni dopo la fine della Seconda guerra mondiale e anche agli inizi del “secolo breve” inaugurato proprio dal massacro genocidiario del popolo armeno. Declassificare quest'ultimo poiché non è stato oggetto di una “Norimberga turca” (la Turchia addirittura ha introdotto il reato di affermazionismo)⁴⁷ suona ancora più oltraggioso nei confronti delle vittime⁴⁸.

La linea migliore su cui assestarsi è la stessa di Primo Levi che metteva in guardia dalla presunta irripetibilità della “soluzione finale”, avvertendo saggiamente che quanto accaduto può accadere di nuovo, può ripetersi e dappertutto non esistendo luoghi immuni. I germi della logica eliminazionista, del resto, emergono nel programma della giunta argentina all'indomani del golpe del generale Videla nel marzo 1976⁴⁹, si concretizzano negli odierni campi libici, ad esempio a Bani Walid, in cui c'è «una situazione paragonabile a quella di un lager nazista»⁵⁰.

⁴² I. RAMONET, *Lezioni di storia. Il lato oscuro della seconda guerra mondiale*, in *Le Monde diplomatique*, 2005, 5, p. 11; v. almeno, G. HAUSNER, *Sei milioni di accusatori. La relazione introduttiva del procuratore generale al processo Eichmann* (1961), Einaudi, Torino, spec. p. 40 ss.

⁴³ Non «fu un genocidio “normale”, un “genocidio-mezzo”, ma un “genocidio-fine”»: M. DONINI, *Negazionismo e protezione della memoria. L'eredità dell'Olocausto e la sua sfida per l'etica pubblica e il diritto penale*, cit., p. 1.

⁴⁴ T. JUDT, *È difficile raccontare bene la Shoah*, in *Le Monde diplomatique*, 2008, 6, p. 20.

⁴⁵ PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione* (2 aprile 2009) *coscienza europea e totalitarismo*, in GUUE 27 maggio 2010, C 137, p. E/25 ss.

⁴⁶ Per un commento al «testo che cumula ispirazioni e orientamenti differenti e che si espone al rischio di letture equidistanti di fenomeni politici non equiparabili», v. G. BATTARINO, *La risoluzione del Parlamento europeo del 19 settembre 2019 sull'importanza della memoria europea per il futuro dell'Europa*, in *www.questionegiustizia.it*, 23 settembre 2019.

⁴⁷ Sul punto, cfr. E. FRONZA, *Il negazionismo*, cit., p. 54 ss.

⁴⁸ V. la ricca Opinione condivisa parzialmente dissenziente dei giudici Vucinic e Pinto de Alburquerque alla sentenza Corte EDU 17 dicembre 2013, Perincek c. Svizzera; per il testo italiano, v. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 146 ss.

⁴⁹ «Prima uccideremo i sovversivi, poi uccideremo i loro collaboratori, poi i simpatizzanti, poi gli indifferenti e infine i timidi» minacciò il governatore militare della provincia di Buenos Aires; e non fu solo una minaccia, in pochi anni svani, *desaparecida*, un'intera generazione: per una lucida testimonianza, v. M. BECHIS, *La solitudine del sovversivo*, Guanda, Milano, 2021.

⁵⁰ Così il pubblico ministero Marcello Tatangelo nella requisitoria finale davanti alla Corte d'Assise di Milano nel processo a carico di Matammud Osman (alias Mahamud Osman) conclusio-

7. Una domanda

Queste sono cose da portare in tribunale?

Il no, convinto, si basa su tre motivi, almeno. Anzi su quello che potrebbe definirsi un rischio triplice.

L'effetto boomerang costituisce l'insidia temuta da più parti; non è da scartare l'eventualità che sanzionando penalmente il negazionismo, si creino dei martiri, offrendo per giunta un'enorme cassa di risonanza alle posizioni di certi "farabutti"⁵¹: non usa mezzi termini Carlo Ginzburg, e concorda sul punto anche Domenico Pulitanò. Chi avrebbe mai conosciuto Irving o Mbala (condannato a quattro mesi di carcere e a un'ammenda di diecimila euro)⁵² se non fossero stati protagonisti di casi giudiziari?

Ci sono poi le dannose conseguenze legate alla intangibilità e alla incompatibilità dell'Olocausto⁵³, cui si è fatto cenno prima che vanno a sommarsi al pericolo di spostare l'attenzione dal centro dei problemi ai margini. Si infliggono sanzioni a chi nega i crimini allarmanti, magari sostenendo che ha inteso disapprovare la "cultura del ricordo"⁵⁴, mentre non si perseguono gli autori di quei crimini. Restano intatte le questioni principali: rendere giustizia alle vittime di atrocità che si stentano a immaginare⁵⁵ e, nel contempo, sono banali⁵⁶: sembra

si con sentenza di condanna (10 ottobre 2017, confermata nel 2019): M. VEGLIO (a cura di), *L'attualità del male. La Libia dei Lager è verità processuale*, Edizioni Seb 27, Torino, 2018. Volendo, S. BUZZELLI, *Deumanizzazione e diritti umani. La cartina di tornasole dello ius migrandi*, in *Minority Reports*, 1, 2020, p. 218 ss.

⁵¹ S. FIORI, *Ginzburg: "perché è un errore punire i negazionisti"*, in *la Repubblica*, 22 ottobre 2013, in cui lo storico spiega le ragioni che lo vedono contrario alla norma che punisce un fenomeno ignobile; a suo parere è inaccettabile fare del negazionismo un reato.

⁵² Corte EDU sent. 20 ottobre 2015, Dieudonné M'bala M'bala c. Francia. Cfr. G. ROMA, *Perché si discute tanto della "censura" dello spettacolo di Dieudonné*, 18 gennaio 2014, in *questione giustizia.it*.

⁵³ A. CIERVO, *Prestare ascolto alle lacune. Appunti per uno studio giuridico sull'introduzione del reato di «negazionismo» nell'ordinamento italiano*, in *Quest. giust.*, 2013, 6, p. 92 ss.

⁵⁴ Corte EDU dec. 3 ottobre 2019, Pastörs c. Germania, § 35; il ricorrente, nel corso di un'assemblea legislativa, aveva definito Auschwitz e l'Olocausto «bugie» utilizzate per scopi propagandistici e politici contro il popolo tedesco (§ 7-10) ed era stato condannato a otto mesi di reclusione. La Corte, nel respingere le doglianze dell'uomo politico, afferma che il ricorrente ha sfruttato la propria libertà d'espressione per promuovere idee contrarie allo spirito e al testo convenzionale, integrando un'ipotesi di abuso del diritto *ex art. 17 CEDU* (§ 46).

⁵⁵ Gli "eventi traumatici" – guerre, periodi di dittatura, violenze genocidarie – si trasformano nello spazio processuale penale in crimini di guerra, crimini contro l'umanità, genocidi e sono composti da tanti accadimenti "inimmaginabili": l'aggettivo si ritrova nel preambolo dello Statuto della Corte penale internazionale e, in qualche occasione, è usato nelle sentenze (cfr. Trib. Militare La Spezia 22 giugno 2005, Sommer e altri, p. 200-201) per indicare fatti che esorbitano da ogni riferimento, inconcepibili, però non per questo eccezionali o sorprendenti, anzi.

⁵⁶ La qualificazione prescelta, lasciata senza ridefinizioni, potrebbe risultare irriverente nei con-

di trovarsi dinanzi a «cose per le quali non c'è alcun giudice». Parole antiche, queste ultime, dette da Filocle e riportate da Plutarco⁵⁷ per escludere che la condotta in guerra possa essere oggetto di un processo. Nonostante si sia arrivati, da una manciata di decenni, a punire i “crimini di obbedienza”, che si snodano lungo la catena del comando, quella frase millenaria detiene ancora una carica e un senso particolare, rimarcando la difficoltosa individuazione di un giudice competente, sia esso nazionale che internazionale, pure in sede civile⁵⁸.

Quandanche lo si fosse trovato, il giudice, una beffa attenderebbe comunque le vittime: la cancellazione della loro dignità corrisponde, anziché essere inversamente proporzionale, alla mole insormontabile di intralci che preclude giustizia e risarcimenti. L'esame del materiale legislativo e giurisprudenziale induce a una constatazione disincantata, che mette bene in luce alcuni momenti precisi in cui gli ingranaggi processuali si inceppano. Una serie di ostacoli – prescrizione, istituti premiali (grazia, amnistia), segreti di Stato – si diffonde in spregio ai trattati internazionali in tema di diritti umani e in senso opposto alla migliore prassi giurisprudenziale, indizi di una cultura dell'impunità e di una voluminosa interferenza statale, incurante dell'obbligo di proteggere e riparare «torti di sconvolgente disumanità»⁵⁹.

C'è inoltre il disinteresse degli Stati – compreso il nostro – a chiedere la consegna degli individui condannati dopo un equo processo: la pena detentiva resta ineseguita⁶⁰, una pena che, anche se fosse scontata, avrebbe come fine più la

fronti delle vittime e apparire un mero ossequio al celebre resoconto di H. Arendt che seguì il processo Eichmann svoltosi a Gerusalemme nel 1961. Né irriverente, né scontato, l'aggettivo compare qui nell'accezione di “normale”, addirittura doppiamente normale, in termini quantitativi, cioè di frequenza, e in termini qualitativi, in antitesi con la sfera della follia e della mostruosità (i comportamenti appaiono conformi a lucidi programmi criminali, non essendo opera di esseri bestiali o pazzi).

⁵⁷ PLUTARCO, *Vita di Lisandro*, 13, 1.

⁵⁸ Cfr. CGUE sent. 17 giugno 2021, C-800/19, sull'individuazione del giudice competente nell'ipotesi di lesione dei diritti della personalità via web; un sopravvissuto al campo di sterminio di Auschwitz, reputandosi leso da un articolo pubblicato di un giornale tedesco accessibile su Internet, si è rivolto al tribunale di Varsavia (ove risiede). Il cittadino polacco ha ritenuto violata la sua dignità, in quanto nell'articolo si faceva riferimento al «campo di sterminio polacco di Treblinka», corretto poi, su richiesta di altre vittime, in «campo di sterminio nazista situato nella Polonia occupata». A parere della Corte di Lussemburgo la competenza non spetta al giudice polacco, bensì a quello tedesco in base al titolo generale di giurisdizione del domicilio del convenuto.

⁵⁹ Così Trib. Firenze, sez. II civile, ord. 21 gennaio 2014, p. 15, quando sollevò questione di legittimità costituzionale, dubitando della tenuta della legge n. 5 del 2013 che ha integrato l'obbligo di dare esecuzione alla sentenza della Corte internazionale di Giustizia, cristallizzando il diritto secondo la ricostruzione operata dalla stessa Corte di giustizia nel febbraio 2012. V., di recente, M. CASTELLANETA, *Con decreto legge l'Italia blocca l'azione della Germania all'Aja*, 11 maggio 2022, consultabile in marinacastellaneta.it; L. BAIADA, *Niente “ristoro” per stragi e deportazioni*, in terzogiornale.it, 11 novembre 2022.

⁶⁰ Cfr. ANSA, *Morti gli ultimi 2 ergastolani nazisti condannati in Italia. Responsabili degli eccidi di Cefalonia e dell'Appennino tosco-emiliano*, Roma, 28 febbraio 2021: il Procuratore generale mi-

punizione che l'intento rieducativo, scopo al quale la giustizia è consapevole di dover abdicare, avendo dinanzi «delinquenti per convinzione»⁶¹.

8. Ripudiare il negazionismo

Lenta, inadeguata, inefficace, inefficiente: le caratteristiche che contrassegnano la giustizia penale nel momento in cui appresta una risposta ai grandi crimini sono tutte negative, o quasi; i conti con il passato non si riescono proprio a fare, oppure si fanno piuttosto male. In questo scenario, colpire giudizialmente gli assassini della memoria⁶² sembra uno spreco di energie processuali. Chi nega andrebbe sommerso, se non addirittura travolto, da idee forti e ben argomentate; ma, resta da aggiungere, lontano e fuori del processo: in area politica⁶³, «fino in fondo e senza riprodurre, anche involontariamente, nuove discriminazioni»⁶⁴, in ambito educativo⁶⁵ (nonostante questa proposta abbia raccolto delle critiche)⁶⁶. Che senso ha visitare Auschwitz, meta di tanti treni della memoria, promossi e finanziati da vari enti⁶⁷, se Auschwitz diventa un videogioco (*The Cost of*

litare Marco De Paolis ha confermato la morte del centenario K.W. Stark e di A. Stork (97 anni). Nessuno dei due ha mai fatto un giorno di carcere o di detenzione domiciliare.

⁶¹ Di nuovo ci aiuta D. PULITANÒ, *Significato e funzioni della pena nella giustizia penale internazionale*, in *Quest. Giust.*, 2007, p. 74 e v. anche p. 84.

⁶² P. VIDAL-NAQUET, *Gli assassini della memoria. Saggi sul revisionismo e la Shoah*, cit., spec. p. 173 ss.

⁶³ «[I]nvece di sancire delle “verità di Stato” che, se negate pubblicamente, conducono al carcere, sarebbe forse auspicabile che gli appartenenti ad una comunità politica si facessero carico di un vero e proprio “dovere di conoscenza” del proprio passato, inteso quest’ultimo come dovere civico, nell’accezione più letterale del termine» (A. CIERVO, *Quale condanna per i negazionisti? Alcune riflessioni sul recente ddl in materia di “negazionismo”*, in *www.questionegiustizia.it*, 20 dicembre 2013).

⁶⁴ D. LOSURDO, *Condanna dell'ebreoicidio e condanna delle infamie coloniali del terzo Reich. Vera e falsa critica del negazionismo*, in *L'Ernesto*, 2007, p. 84.

⁶⁵ In un intervento dell'aprile 2006 Vaclav Havel – ex Presidente della Repubblica ceca – metteva in guardia i ministri dell'istruzione dei paesi membri del Consiglio d'Europa dal cosiddetto «cripto-fascismo», la tendenza a minimizzare il significato dei campi di sterminio, distinguendo «i campi estremamente brutali e gli altri», aggiungendo che «l'Olocausto, o gli Olocausti sono la vergogna non solo di un paese piuttosto che di un altro, ma di tutta l'umanità» (Comunicato Consiglio d'Europa, 3 maggio 2006).

⁶⁶ La tesi secondo cui il negazionismo «si combatte attraverso la cultura e l'educazione rischia di trascurare la natura composita del fenomeno negazionista. ... La cultura può certamente innalzare la soglia di ragionevolezza, consegnare agli individui gli strumenti utili a corazzarsi da tesi false e tendenziose ma non può ambire a sconfiggerle del tutto. Come non concordare del resto con l'affermazione della filosofa Di Cesare secondo cui “chi nega non ignora”? In definitiva, la cultura è uno strumento indispensabile ma non risolutivo» (N. PALAZZO, *Bugie di carta: un argine penale al negazionismo*, in *Nomos*, 2017, 2, p. 19).

⁶⁷ V. le osservazioni di L. FONTANA, *Folgorati lungo la via di Auschwitz? La memoria non è (purtroppo) un vaccino contro il male*, 2010, in *italia-liberazione.it*.

Freedom) in cui vince il giocatore capace di stipare più persone sul vagone ferroviario⁶⁸?

Le sanzioni penali, insomma, non paiono «efficaci, proporzionate e dissuasive» (art. 3, comma 1, decisione quadro 2008/913/GAI), quanto le «armi della cultura»⁶⁹. Osserva Domenico Pulitanò:

«[i]n situazioni di crisi, di indebolimento delle forze di coesione morale, assai più che il diritto penale servono risorse di civiltà e capacità del confronto pubblico. Capacità di confrontarsi razionalmente anche con discorsi inaccettabili; anche con quelli per i quali il problema di valutazione penalistica si ponga seriamente. Non è dal diritto penale in azione che possiamo attenderci la risposta a punti di crisi dell'*ethos* liberale e del discorso pubblico»⁷⁰.

Punire è «un mero palliativo»⁷¹, una comoda ipocrisia che squaderna il disinteresse verso la responsabilità/responsabilizzazione collettiva⁷². Specie in periodi di sconsiderata *escalation* verbale, i negazionismi, al pari degli affermazionismi, andrebbero ripudiati: e la scelta del verbo non risulta casuale, ricadendo sullo stesso verbo che la nostra Carta fondamentale impiega, all'art. 11, a proposito della guerra⁷³. Uno sguardo va rivolto, quindi, alla Costituzione e uno, indietro, al passato; i greci concepirono l'arte del dimenticare e gli ateniesi festeggiarono la vittoria contro i trenta tiranni (403 a.C.) con una formula paradossale e misteriosa per noi che siamo abituati alla retorica: *ou mnesikakèso* “non ricorderò i mali accaduti”. La forza di questo giuramento rischia di sfuggirci: nell'attimo in cui si giura di scordare, arrivando a sospendere la memoria, i mali riemergono con prepotenza.

⁶⁸ V., tra le tante, la notizia *Ukraine developers forced to scrap Auschwitz-themed video game after outcry*, in *timesisrael.com*, 3 novembre 2018.

⁶⁹ UNIONE CAMERE PENALI ITALIANE, *Comunicato*, 16 ottobre 2013, in *camerepenali.it*

⁷⁰ D. PULITANÒ, *Legge penale, fascismo, pensiero ostile*, in *medialaws.eu*, 2019, 1, 20 dicembre 2018.

⁷¹ «[...] il tappeto sotto cui nascondere il fallimento di politiche sociali e culturali che non sono riuscite a perseguire con efficacia l'obiettivo della tolleranza tra i popoli» (P. TANZANELLA, *Negazionismo: aggiornamenti da Strasburgo*, in *giurcost.org* (Consulta online), 15 febbraio 2014, p. 5).

⁷² Cfr., in questa direzione, M. DONINI, *Negazionismo e protezione della memoria. L'eredità dell'Olocausto e la sua sfida per l'etica pubblica e il diritto penale*, cit., pp. 3-4.

⁷³ Da ultimo, cfr. A. CELOTTO, *L'Italia, l'art. 11 e la guerra*, consultabile in *www.giustiziainsieme.it*, 18 marzo 2022.

DIRITTI FONDAMENTALI E DIRITTO PENALE AL CONGEDO DALLA VITA: ESPERIENZE ITALIANE E STRANIERE A CONFRONTO

Francesco Viganò*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Rifiuto di trattamenti salvavita. – 3. Interruzione di trattamenti di sostegno vitale a pazienti incapaci. – 4. Aiuto al suicidio ed eutanasia attiva. – 4.1. Non esiste un «diritto a morire»: le pronunce della Corte Suprema USA, della House of Lords inglese e della Corte EDU alle soglie del nuovo secolo. – 4.2. I giudici supremi inglesi riconsiderano la questione nel caso Nicklinson. – 4.3. I primi riconoscimenti giurisprudenziali del «diritto a morire»: le sentenze della Corte costituzionale colombiana e della Supreme Court canadese. – 4.4. La sentenza nel caso Cappato della Corte costituzionale italiana. – 4.5. Le sentenze delle Corti costituzionali tedesca e austriaca. – 4.6. “Controlimiti” al «diritto a morire»? Le più recenti pronunce delle Corti costituzionali portoghese e italiana. – 5. Qualche considerazione conclusiva.

1. Introduzione

Pochi studiosi come Mimmo Pulitanò hanno dedicato costante attenzione – sin dai primi magistrali contributi sulla libertà di manifestazione del pensiero, agli esordi della sua lunga carriera scientifica¹ – ai rapporti tra diritto penale e diritto costituzionale, indagando i molteplici *limiti* che la Costituzione impone al legislatore e al giudice penale, e assieme – a partire almeno da un notissimo saggio del 1983² – la tuttora *vexata quaestio* degli *obblighi* di tutela che dalla Costituzione discendono a carico del sistema penale nel suo complesso. Questa sua spiccata sensibilità gli ha consentito di fornire contributi fondamentali su temi di grande attualità da prospettive sempre nuove, vivificate dalla sua acuta sensibilità politico-istituzionale e da una costante attenzione alle dinamiche reali

* Le opinioni espresse in questo contributo sono unicamente attribuibili all'autore, e non riflettono necessariamente la posizione della Corte costituzionale italiana, della quale è componente.

¹D. PULITANÒ, *Spunti critici in tema di vilipendio della religione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 223 ss.; ID., *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, in *Quest. giust.*, 1970, p. 192.

²D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484 ss.

del sistema penale, con uno sguardo che va molto al di là delle categorie dogmatiche che troppo spesso ingabbiano lo sguardo dei penalisti.

Non è un caso, allora, che uno dei temi ai quali Pulitanò ha spesso rivolto la propria attenzione, soprattutto in anni recenti, sia stato quello del diritto penale di fronte alle decisioni sul momento finale della vita umana³: un tema fitto di implicazioni umane ed emotive, sul quale convergono norme penali, discipline civilistiche e amministrativistiche, e naturalmente diritti e principi costituzionali di sommo rilievo – come vita, dignità, libertà –, in problematico reciproco rapporto.

Nelle brevi riflessioni che seguono, a lui dedicate, proverò ad accostarmi nuovamente a questo tema, che appare in verità in rapida evoluzione dal punto di vista del diritto comparato: non solo perché negli ultimi anni si stanno moltiplicando gli ordinamenti nei quali il legislatore sta optando per la legalizzazione di talune forme di eutanasia attiva o di suicidio assistito, ma anche perché – laddove manchi un intervento legislativo in tal senso – molte corti supreme o costituzionali stanno muovendo passi significativi in questa direzione utilizzando la forza espansiva dei diritti fondamentali. Strumenti, questi ultimi, utilizzati per invalidare, o comunque per limitare l'ambito applicativo di, incriminazioni fortemente radicate nella tradizione di molti ordinamenti, come l'omicidio del consenziente o l'aiuto al suicidio.

La precisa fisionomia del diritto fondamentale che in queste decisioni viene chiamato in causa non è, però, del tutto chiara, e mi pare necessiti di una più approfondita riflessione. Anche perché dalla precisa definizione del diritto fondamentale in gioco derivano conseguenze assai rilevanti sull'estensione dei limiti alla discrezionalità del legislatore che da tale diritto si vogliono derivare.

2. Rifiuto di trattamenti salvavita

Convieni per prima cosa fare un piccolo passo indietro nel tempo, e riflettere un poco sulle prime questioni in materia di disciplina del fine vita affrontate dalla giurisprudenza utilizzando argomenti tratti dal diritto costituzionale: e cioè le questioni relative al *rifiuto* di trattamenti salvavita da parte di pazienti capaci.

Sul punto, conviene rammentare che la posizione standard della dottrina italiana sino almeno agli anni Settanta era pressappoco la seguente. Se una persona rifiuta un trattamento medico necessario per la sua sopravvivenza, essa sta – di

³ Ad esempio in D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 6, p. 1195; ID., *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 7-8, p. 57 ss.; ID., *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, in *Sist. pen.*, 21 ottobre 2021; ID., *Morte assistita. Forza dei fatti e problemi della politica*, in *Sist. pen.*, 7 luglio 2022.

fatto – *disponendo* della propria vita; e poiché la vita è considerata dal legislatore come un bene indisponibile, come dimostrano gli artt. 579 e 580 c.p. nonché – sulla base di un piano argomento *a fortiori* – l'art. 5 c.c., tale rifiuto deve esso pure considerarsi giuridicamente irrilevante. Conseguenza: il medico è senz'altro *facoltizzato* a effettuare l'intervento, anche laddove ciò comporti il compimento di atti in via generale penalmente rilevanti, come la violenza privata integrata dall'uso di forza fisica per costringere il paziente a subire l'intervento. Un tale intervento è infatti coperto dallo stato di necessità di cui all'art. 54 c.p., in relazione alla necessità di salvare la vita del paziente medesimo, che è bene prevalente rispetto alla sua libertà temporalmente limitata dal medico⁴. Anzi, a ben guardare l'intervento del medico deve qui considerarsi *doveroso*, posto che in caso contrario egli verrebbe meno al suo obbligo di tutela della vita del paziente, che assume le vesti di un obbligo impeditivo della sua morte, rilevante ai sensi dell'art. 40, secondo comma, c.p. Il medico che rinunciasse a intervenire per rispettare la volontà del paziente risponderebbe dunque per omicidio doloso in forma omissiva, stante la sua piena coscienza (e volontà, almeno nei termini di un dolo diretto di secondo grado) di non impedirne la morte.

È solo a partire dagli anni Settanta che comincia a farsi strada, grazie a una fondamentale monografia di Ferrando Mantovani⁵, l'idea che i *diritti costituzionali* della persona possano far vacillare questi assunti, apparentemente così solidi. Di fronte a dilemmi come il rifiuto di emotrasfusioni da parte di testimoni di Geova e lo sciopero della fame di imputati per reati di terrorismo nei primi anni Ottanta, la dottrina italiana comincia in particolare a valorizzare il ruolo dell'art. 32, secondo comma, Cost.⁶: norma che, prima ancora di esprimere principi, enuncia un *divieto*, e dunque una precisa regola – il divieto cioè di “obbligare” chicchessia a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge, e salvi comunque i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Naturalmente, il rilievo di questa disposizione costituzionale rispetto alla tematica generale del rifiuto del trattamento salvavita dipende da una serie di assunti, ai quali non sempre si dedica la dovuta attenzione: primo fra tutti, il riconoscimento che il divieto da essa espresso, e il correlativo *diritto* della persona a non essere obbligata al trattamento indesiderato, abbiano efficacia anche nei rapporti *orizzontali* tra gli individui (nei termini, dunque, di una loro *Drittwirkung*),

⁴ Così, ad esempio, C.F. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 229.

⁵ F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Cedam, Padova, 1974, spec. p. 226 ss.

⁶ A partire proprio da D. PULITANÒ, *Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva*, in *Quest. giust.*, 1982, p. 373 ss. Più o meno negli stessi anni cfr. anche gli importanti contributi di M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute, Diritto e società*, 1980, p. 769 ss.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari “non obbligatori” e Costituzione, Dir. e società*, 1982, p. 310 ss.; V. ONIDA, *Dignità della persona e diritto di essere malati*, in *Quest. giust.*, 1982, p. 367 ss.

e non soltanto in quelli verticali tra autorità e individuo. Un tale riconoscimento, tuttavia, non appariva nel complesso problematico: sia perché rispetto ai casi problematici concreti del rifiuto di emotrasfusioni e di nutrizione artificiale ai detenuti in sciopero della fame era indubbia la circostanza che i sanitari che avrebbero dovuto praticare il trattamento erano funzionari del servizio sanitario pubblico o dell'amministrazione penitenziaria; sia perché la dottrina della *Drittwirkung* ha trovato storicamente, nel nostro ordinamento, un campo di applicazione privilegiato proprio nell'art. 32, primo comma, Cost., valorizzato dalla giurisprudenza civile quale fondamento della risarcibilità del danno biologico, a sua volta antesignano del moderno danno da lesione di un diritto fondamentale. Sicché del tutto ovvio dovette apparire applicare la medesima logica anche al diritto riconosciuto dal secondo comma dell'art. 32 Cost.

Ed allora, fu agevole costruire un'argomentazione di segno opposto a quella tradizionale, poc'anzi rammentata: se ciascuna persona ha diritto a non essere "obbligata" – e *a fortiori* "costretta"⁷ – a subire un trattamento medico al di fuori di una esplicita previsione di legge, nessun trattamento medico rifiutato dal paziente potrà essere praticato in assenza di una tale legge, l'art. 54 c.p. non potendo considerarsi norma idonea a soddisfare la riserva di legge stabilita dall'art. 32, secondo comma, Cost. (che esige l'individuazione di un "determinato" trattamento imposto per legge). Di più: costringere con la forza un paziente a subire un trattamento medico invasivo, come un'emotrasfusione o l'alimentazione forzata, significa *anche* limitarne gravemente la stessa libertà personale sancita dall'art. 13 Cost., il cui significato minimo coincide con il *diritto a non subire coercizioni nel corpo*⁸; ciò che comporta la duplice necessità che ogni trattamento coattivo sia autorizzato da una *legge* che specifichi "casi e modi" della limitazione di libertà, e che esso sia altresì autorizzato da un *giudice*. Infine, la Corte costituzionale – sia pure nel contesto di sentenze aventi a oggetto la ripartizione di competenze tra Stato e Regioni – cominciò altresì a evocare, a fondamento del principio del consenso informato del paziente quale normale fondamento di liceità del trattamento medico, la clausola aperta dei "diritti inviolabili" della persona di cui all'art. 2 Cost.⁹, evidentemente con riferimento al diritto "innominato" alla integrità fisica, necessariamente compromesso da un trattamento medico invasivo del corpo del paziente.

La riallocazione dell'argomentazione, così realizzata, sul piano dei diritti fondamentali della persona consente anche di reimpostare su basi completa-

⁷ Sulla distinzione tra trattamento "obbligatorio" e "coattivo" cfr., da ultima, Corte cost. n. 22/2022, *Considerato in diritto* n. 5.3.1.

⁸ Cfr. da ultimo l'ampia ricapitolazione della giurisprudenza costituzionale sul punto in Corte cost. n. 127/2022, *Considerato in diritto* n. 4 (e, specificamente in materia di trattamento sanitario coattivo, Corte cost. n. 22/2022, *Considerato in diritto* n. 5.3.1.).

⁹ Corte cost. n. 438/2008.

mente differenti da quelle tradizionali la questione della tutela della vita del paziente, che corrisponde pure al diritto posto al vertice di un'ideale gerarchia dei valori costituzionali – se non altro perché la vita costituisce l'essenziale presupposto per il godimento di qualsiasi diritto. Impregiudicato restando il problema della sua disponibilità o indisponibilità in base alle indicazioni dei codici penale e civile – fonti pur sempre di rango ordinario –, e ferma restando altresì l'idea che dall'art. 2 Cost. discende un generale dovere dell'ordinamento di tutelare la vita umana, il riconoscimento che ogni trattamento coattivo comporta una interferenza con l'area di tutela di diritti costituzionali assistiti da riserve di legge (rafforzata nel caso dell'art. 13 Cost.) comporta che, laddove pure il legislatore intendesse tutelare la vita di un paziente che rifiuti un trattamento necessario per la sua sopravvivenza, un tale obiettivo potrebbe essere raggiunto soltanto attraverso una legge che espressamente disciplini tale trattamento, entro i limiti segnati dal rispetto della persona umana; risultando per converso incompatibile con la Costituzione ogni percorso argomentativo che intendesse assicurare la salvaguardia della vita del paziente – in adempimento di un supposto dovere discendente direttamente dall'art. 2 Cost. – attraverso un trattamento coattivo non previsto in alcun modo dalla legge.

Sulla base, sostanzialmente, di queste considerazioni – anche se non sempre declinate in tutti i corollari menzionati – la pressoché totalità dei giuristi italiani, pratici e accademici assieme, ritiene che non possa ritenersi giustificato – nemmeno ai sensi dell'art. 54 c.p.¹⁰ – alcun intervento medico nei confronti di un paziente che tale trattamento rifiuti, anche laddove esso sia necessario per garantirne la sopravvivenza¹¹. Ovvio, a questo punto, il risvolto penalistico: l'omissione del trattamento rifiutato dal paziente è giuridicamente doverosa, e non può per tale ragione essere rimproverata al medico ai sensi dell'art. 40, secondo comma, Cost.; onde la morte del paziente non gli potrà essere imputata – già per difetto di tipicità – a titolo di omesso impedimento dell'evento.

La cogenza di questa conclusione, come è noto, è stata testata una quindicina d'anni fa nel notissimo caso di Piergiorgio Welby, in cui veniva peraltro in considerazione non già il rifiuto *ab initio* di un trattamento, bensì la richiesta del paziente – gravemente sofferente a causa della malattia degenerativa di cui soffriva, ma ancora pienamente capace di autodeterminarsi – che fosse *interrotta* la ventilazione artificiale che ne garantiva la sopravvivenza (ciò che poneva la difficoltà supplementare rappresentata dalla necessità, per il medico, di porre in essere una condotta attiva quale lo spegnimento del respiratore). Il procedimento

¹⁰ Ho affrontato questo tema, ormai molti anni or sono, in F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 523 ss.

¹¹ Sul punto, limpidamente, A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 70.

penale per omicidio del consenziente avviato nei confronti del medico che aveva attuato questo suo desiderio, somministrandogli contestualmente dei sedativi per eliminarne le sofferenze prima del decesso, si concluse con una sentenza di non luogo a procedere pronunciata in udienza preliminare, in cui fu ravvisato bensì un fatto tipico di cui all'art. 579 c.p., ma si ritenne operante la causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere di cui all'art. 51 c.p., con riferimento al divieto gravante sul medico (e discendente dall'art. 32, secondo comma, Cost.) di "obbligare" il paziente a subire la prosecuzione del trattamento di sostegno vitale indesiderato, e al correlativo diritto del paziente medesimo (discendente dalla stessa disposizione costituzionale) di rifiutare il trattamento¹².

Il caso Welby non approdò in Cassazione, per difetto di impugnazione da parte della pubblica accusa; ma la soluzione cui pervenne quella sentenza fu, cessate le polemiche iniziali, accolta come la naturale conseguenza di principi da tempo operanti nel sistema¹³, tanto che tali principi furono puntualmente recepiti nella legge 22 dicembre 2017, n. 219, che per la prima volta ha dettato nel nostro ordinamento una disciplina organica in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento.

L'art. 1, comma 1, della legge, dopo un richiamo alla triade di disposizioni costituzionali poc'anzi menzionate (artt. 2, 13 e 32 Cost.), enuncia infatti il principio secondo cui «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge»; precisa, al comma 5, che «[o]gni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, [...] qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patolo-

¹² Sul caso Welby, si consenta qui il rinvio all'ampia discussione svolta in F. VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e "attivismo giudiziale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1594 ss.

¹³ Principi di lì a pochissimo enunciati puntualmente dalla sentenza della Cassazione che decise il caso *Englaro* (Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748), su cui ci soffermeremo nel prossimo paragrafo. Particolarmente significative, in proposito, le seguenti affermazioni (paragrafi 6 e 6.1): «il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: senza il consenso informato l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente [...]. Il principio del consenso informato [...] ha un sicuro fondamento nelle norme della Costituzione: nell'art. 2, che tutela e promuove i diritti fondamentali della persona umana, della sua identità e dignità, nell'art. 13, che proclama l'inviolabilità della libertà personale, nella quale «è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo» (Corte cost. n. 471/1990); e nell'art. 32, che tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo, oltre che come interesse della collettività, e prevede la possibilità di trattamenti sanitari obbligatori, ma li assoggetta ad una riserva di legge, qualificata dal necessario rispetto della persona umana [...]. Il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale [...]. Deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita».

gia o singoli atti del trattamento stesso», nonché «di revocare in qualsiasi momento, con le stesse forme di cui al comma 4, il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento», chiarendo altresì che «ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale». Il comma 6 dispone poi, a scanso di ogni equivoco, che «il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità».

Sovrapponibile negli esiti, e nella sostanza dell'itinerario argomentativo al di là delle differenti basi giuridiche, è lo stato del diritto in materia di rifiuto di trattamenti salvavita in numerosi altri ordinamenti contemporanei.

In *Germania*, già in una famosa sentenza del 1957 il Tribunale Supremo Federale aveva stabilito che il diritto alla inviolabilità fisica riconosciuto (espressamente) nell'art. 2, paragrafo 2, della Legge Fondamentale attribuisce al paziente il diritto a che il medico rispetti la sua decisione di non sottoporsi a un'operazione chirurgica pure necessaria per la sua sopravvivenza, come l'amputazione di una gamba in cancrena¹⁴. Il dovere del medico di salvare la vita del paziente e di lenire le sue sofferenze, argomenta il Tribunale, trovano il proprio limite invalicabile nella libera autodeterminazione della persona sul proprio corpo. Questo principio si è imposto come pacifico presso la dottrina e la giurisprudenza successive¹⁵; ed è oggi scontato, in quell'ordinamento, che ogni intervento medico realizza una *ingerenza* (*Eingriff*), assieme, nel diritto fondamentale alla inviolabilità fisica della persona e in quello (pure espressamente riconosciuto dall'art. 2, paragrafo 2, della Legge Fondamentale) al libero sviluppo della propria personalità, sicché esso necessita di una speciale *giustificazione* dal punto di vista del diritto *costituzionale* – giustificazione normalmente rappresentata dal consenso libero e informato del paziente, allorché questi possieda la capacità di formare decisioni autoresponsabili¹⁶. Altrettanto significativa la situazione negli *Stati Uniti*. Sino all'incirca alla metà degli anni Settanta del secolo scorso, varie corti statali avevano invero autorizzato interventi medici necessari alla sopravvivenza su pazienti dissenzienti, argomentando sulla base della prevalenza dell'interesse alla salvaguardia della vita del paziente rispetto alla tutela della sua libertà e della sua stessa integrità corporea. La situazione mutò però completamente quando alcune corti

¹⁴ BGHSt 11, 111.

¹⁵ Al punto che nel "Progetto alternativo di una legge sull'eutanasia" (J. BAUMANN U. A., *Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe*, Thieme, Stuttgart-New York, 1986), elaborato alla metà degli anni ottanta del secolo scorso da vari professori tedeschi, austriaci e svizzeri, si consideravano non punibili, già *de iure condito* – e dunque senza che fosse necessario alcun intervento legislativo in proposito –, l'omissione e la interruzione di trattamenti di sostegno vitale allorché il paziente avesse richiesto espressamente e seriamente tale omissione o interruzione.

¹⁶ Per un caso, deciso dal Tribunale Costituzionale Federale di rifiuto di emotrasfusioni da parte di una donna, madre di quattro figli, BVerfG 32, 98.

statali cominciarono a utilizzare in questa materia il diritto alla *privacy*, sviluppato negli anni Sessanta dalla Corte Suprema Federale come diritto della persona “a essere lasciata sola” nelle decisioni che più intimamente concernono la propria esistenza, prime fra tutte quelle che attengono al proprio corpo: quello stesso diritto che aveva condotto la stessa Corte Suprema in *Roe*, nel 1973, a riconoscere un pressoché incondizionato diritto della donna ad abortire nei primi due trimestri di gravidanza¹⁷. A partire, in particolare, dal caso *Quinlan* – deciso dalla Corte Suprema del New Jersey nel 1976 –, le corti americane presero a riconoscere che il diritto fondamentale alla *privacy* include il diritto a rifiutare qualsiasi trattamento, ancorché necessario per la sua sopravvivenza; e che di tale diritto è titolare anche il paziente incapace, che lo esercita attraverso i suoi rappresentanti legali¹⁸. Tale diritto – alla fine avallato, nonostante qualche ambiguità, dalla stessa Corte Suprema Federale¹⁹ – è stato così applicato a pazienti capaci ma sottoposti a sofferenze intollerabili, che rifiutavano trattamenti di sostegno vitale come la ventilazione artificiale²⁰ o l'alimentazione enterale²¹.

Interessante dal punto di vista del diritto comparato è anche lo sviluppo della giurisprudenza *inglese* in questa materia. Pur non potendo basarsi su argomenti

¹⁷ *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973), peraltro – come è noto – recentemente *overruled* da *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, pubblicata lo scorso 23 giugno 2022.

¹⁸ *Quinlan*, 355 A.2d 647 (Supreme Court of New Jersey, 1976).

¹⁹ In *Cruzan v. Director, Missouri Dep't of Health*, 497 U.S. 261 (1990) – l'unico caso sul diritto a rifiutare trattamenti medici necessari per la sopravvivenza deciso dalla Corte Suprema americana – la *opinion of the Court* redatta dal Presidente Rehnquist si limitò in effetti ad affermare che l'esistenza di questo diritto *avrebbe potuto* dedursi dai precedenti in materia di *right to privacy*, aggiungendo che, *anche se si fosse partiti da questo presupposto*, la legislazione statale esaminata dalla Corte – che stabiliva requisiti stringenti per determinare la volontà presunta, da parte del paziente, di rifiutare trattamenti di sostegno vitale – avrebbe dovuto in ogni caso ritenersi costituzionalmente legittima, con riguardo alla sua finalità di proteggere la vita dei pazienti contro il rischio di errori e di abusi (p. 2789). Al riguardo, l'opinione concorrente di Scalia negò invece, in maniera radicale, che dalla Costituzione potesse derivarsi tale diritto fondamentale: «I would have preferred that we announce, clearly and promptly, that the federal courts have no business in this field; that American law has always accorded the State the power to prevent, by force if necessary, suicide – including suicide by refusing to take appropriate measures necessary to preserve one's life; that the point at which life becomes “worthless” and the point at which the means necessary to preserve it become “extraordinary” or “inappropriate” are neither set forth in the Constitution nor known to the nine Justices of this Court any better than they are known to nine people picked at random from the Kansas City telephone directory; and hence, that even when it is demonstrated by clear and convincing evidence that a patient no longer wishes certain measures to be taken to preserve her life, it is up to the citizens of Missouri to decide, through their elected representatives, whether that wish will be honored» (p. 293).

²⁰ *Satz v. Perlmutter* 379 So.2d 359 (Supreme Court of Florida); *Bartling v. Superior Court*, 209 Cal Rptr 220 (Superior Court, County of Los Angeles, 1984).

²¹ *Bowvia v. Superior Court*, 225 Cal. Rptr. 297 (Cal. App. 2 Dist., 1986); *In the Matter of Farrell*, 529 S.2d 404 (Supreme Court of New Jersey, 1987); *McKay v. Bergstedt*, 801 P.2d 617 (Nevada Supr. Court, 1990).

di diritto costituzionale, già la giurisprudenza precedente allo *Human Rights Act* del 1998 era da tempo pervenuta – sul solido fondamento del *common law* – alla conclusione che qualsiasi intervento medico sul paziente espone il medico a una possibile responsabilità civile e penale (rispettivamente, per il *tort* di *battery*, ovvero per il corrispondente reato) per l'intrusione così realizzata nel corpo del paziente stesso, laddove non sussista una idonea causa di giustificazione, rappresentata di regola dal suo consenso libero ovvero, rispetto ai pazienti incapaci, da una situazione di necessità medica. In assenza di giustificazione, il medico non ha dunque alcun potere di intervenire sul paziente: principio, quest'ultimo, affermato prima dalla *House of Lords* in relazione a pazienti incapaci, e poi applicato dalla *Court of Appeals* per affermare la legittimità – o meglio, la doverosità – dell'omissione o della interruzione di trattamenti necessari per la sopravvivenza ma rifiutati dal paziente, come l'amputazione di un piede in cancrena²² o la interruzione della ventilazione artificiale²³.

A livello nazionale e internazionale, si registra dunque un ampio consenso non solo sulla legittimità, ma sulla stessa *doverosità*, per il medico, di *astenersi dal porre in essere, o proseguire*, trattamenti consapevolmente *rifiutati* da un paziente capace di autodeterminarsi; e ciò anche nelle situazioni in cui il rifiuto esponga il paziente ad una morte imminente e sicura, come nel caso paradigmatico della richiesta di interruzione della ventilazione artificiale, risolto in modo uniforme in tutti gli ordinamenti appena considerati, nei quali è ormai pacifico che il medico che esegua la volontà del paziente non si espone ad alcuna responsabilità penale – né per omicidio comune od omicidio del consenziente (in forma attiva od omissiva), né per aiuto al suicidio.

Tale soluzione si appoggia, a ben guardare, su due distinte linee argomentative che spesso si intrecciano e si sovrappongono, ma restano analiticamente ben distinguibili.

In primo luogo, la *ratio* del diritto del paziente di rifiutare qualsiasi trattamento medico viene ravvisata nel suo diritto alla *inviolabilità fisica*: un diritto ben radicato nel *common law* angloamericano, e che nei Paesi provvisti di una Costituzione assurge a diritto fondamentale, resistente come tale a possibili scelte in senso contrario da parte dello stesso legislatore. Tale diritto è espressamente riconosciuto nella Legge fondamentale tedesca, così come nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che all'art. 3 – subito dopo aver proclamato, al paragrafo 1, il diritto di ciascuno «alla propria integrità fisica e psichica» – enuncia il connesso principio del rispetto del «consenso libero e informato» della persona nelle pratiche mediche (paragrafo 2, lettera 1). Un tale punto di vista è largamente presente anche nella riflessione teorica italiana, laddove si sottolinea che ogni trattamento coattivamente imposto al paziente si traduce in

²² *Re C (adult: refusal of medical treatment)* (1994) 1 All ER 819.

²³ *Re B (Adult: Refusal of Treatment)* (2002) 2 All ER 449.

una intrusione nel suo corpo, e pone un problema di giustificazione ai sensi dell'art. 13 Cost., inteso come norma posta in causa – appunto – da qualsiasi coazione sul corpo, nonché ai sensi dello stesso diritto alla integrità fisica, riconducibile al novero dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. Infine, lo stesso diritto alla *privacy* elaborato dalla giurisprudenza costituzionale nordamericana pare evocare l'idea dell'inviolabilità di uno spazio fisico attorno alla persona, nella quale lo Stato non è autorizzato a entrare – uno spazio del quale il *corpo* della persona costituisce il nucleo minimo. Come ero solito spiegare ai miei studenti, l'idea forte è, qui, che esiste un diritto della persona a che nessuno *entri nel suo corpo* senza il suo consenso.

C'è però una diversa logica che può essere chiamata a fondare il diritto a rifiutare il trattamento medico, che si ricollega a un'idea di *libertà*, piuttosto che di inviolabilità del corpo. Tale diversa logica è evocata quando si parla di *auto-determinazione terapeutica*, ossia del diritto di ciascuno di *decidere* che cosa debba accadere del proprio corpo, della propria salute e – in definitiva – della propria stessa vita, trattandosi delle decisioni che più intimamente attengono alla propria esistenza e che solo indirettamente producono effetti su terzi. Coerente con questa logica è il richiamo, corrente nell'esperienza giuridica tedesca, al diritto fondamentale al libero sviluppo della personalità, pure tutelato dall'art. 2, paragrafo 2, della Legge Fondamentale e invocato anch'esso, assieme alla inviolabilità fisica, a fondamento del diritto a rifiutare trattamenti indesiderati. Lo stesso art. 32, secondo comma, Cost. è letto frequentemente come *diritto di libertà*, posto in causa non solo nelle ipotesi in cui il trattamento sia coattivamente imposto, ma anche allorché esso sia meramente obbligatorio, e cioè assistito da sanzioni nel caso di inosservanza. Il diritto di *privacy* della tradizione statunitense appare anch'esso, per così dire, geneticamente connotato da quest'ambiguità di fondo, come diritto che tutela da un lato uno *spazio fisico* attorno alla persona immune da interventi statali (lo Stato non può entrare nella camera da letto delle persone, vietando l'uso di contraccettivi o vietando relazioni sentimentali interrazziali), e dall'altro la *libertà* della persona di assumere senza condizionamenti statali le decisioni che più intimamente riguardano la propria esistenza – tra cui quella, riconosciuta in *Roe* e ora negata dopo cinquant'anni da *Dobbs*, se portare a termine una gravidanza, o se sottoporsi a un trattamento medico.

Come subito vedremo, privilegiare l'una o l'altra logica non è scelta priva di conseguenze rispetto alle ulteriori costellazioni di ipotesi che stiamo per esaminare.

3. Interruzione di trattamenti di sostegno vitale a pazienti incapaci

Questioni di più difficile soluzione sono poste dai casi in cui si tratta di decidere se, e a quali condizioni, sospendere trattamenti di sostegno vitale nei confronti di pazienti incapaci di assumere decisioni autoresponsabili.

Sino alla notissima decisione della Cassazione del 2007 sul caso Englaro, la posizione standard nel nostro ordinamento era, pressappoco, la seguente. Anche ammessa l'esistenza di un diritto (fondamentale) del paziente a rifiutare qualsiasi trattamento, compresi quelli necessari per la sopravvivenza, questo diritto non viene in gioco quando il paziente non è in grado di esprimere alcuna volontà, e dunque non è in grado di esprimere alcun rifiuto al trattamento stesso. Pertanto, il trattamento necessario a preservarne la sopravvivenza deve considerarsi giuridicamente doveroso, salvo che non appaia esso stesso come una forma di accanimento terapeutico, produttivo di maggiori danni che benefici ad un paziente comunque prossimo alla morte. Sicché, l'omissione o l'interruzione del trattamento necessario per la sopravvivenza del paziente (in quanto non consistente in accanimento terapeutico) pareva senz'altro penalmente rilevante, ai sensi dell'art. 40, secondo comma, c.p., in quanto omesso impedimento dell'evento letale.

Il nodo venne al pettine, come tutti sappiamo, con il caso Englaro, relativo a una giovane donna che versava ormai da molti anni in stato vegetativo permanente. Difficile, qui, qualificare la somministrazione di liquidi e alimenti per via enterale come un accanimento terapeutico: sia perché un paziente in tali condizioni non è affatto terminale, potendo sopravvivere, se opportunamente idratato e alimentato, per molti anni, sia perché nella verosimile assenza di ogni residuo di coscienza non è plausibile ipotizzare che l'alimentazione e l'idratazione artificiale producano una qualsivoglia sofferenza ingiustificata. Eppure ineludibile è, in queste situazioni, la domanda su che senso abbia continuare a sostenere le funzioni vitali di un paziente che abbia ormai perso – a giudizio dei medici irrimediabilmente – ogni percezione di se stesso.

Negli *Stati Uniti*, il dilemma era stato affrontato, più di trent'anni prima, nel già menzionato *seminal case Quinlan*, deciso nel 1976 dalla Corte Suprema del New Jersey: il rappresentante legale di una paziente in stato vegetativo permanente fu autorizzato a disporre la sospensione della ventilazione assistita nei suoi confronti, risultando da un complesso di evidenze che lei stessa avrebbe assunto quella decisione se ne avesse avuto la possibilità. Il criterio individuato dalla Corte, poi adottato da numerosi casi successivi, fu quello del cosiddetto *substituted judgment* da parte del legale rappresentante: posto che anche un paziente incapace deve ritenersi titolare del diritto fondamentale a rifiutare ogni trattamento, quale corollario del più ampio diritto fondamentale alla *privacy*, occorre che esso sia esercitato dal legale rappresentante, il quale è chiamato a esprimere la volontà che il paziente avrebbe verosimilmente espresso, in base alla sua visione del mondo e ai suoi convincimenti.

A identica conclusione era giunto, nel 1994, il Tribunale Supremo Federale tedesco in un caso penale, in cui si discuteva della responsabilità per omicidio tentato a carico del figlio di una paziente essa pure in stato vegetativo permanente e dei sanitari che l'avevano in carico, i quali avevano sospeso il trattamento di alimentazione enterale che la teneva in vita, ed erano stati denunciati da altri sanitari prima che la paziente morisse²⁴. Il Tribunale aveva qui assolto gli imputati, essendovi prova che la interruzione del trattamento corrispondesse alla *volontà presunta* della paziente, pur in assenza di una sua esplicita manifestazione di volontà in questo senso. Il criterio era stato poi confermato da una decisione civile del Tribunale Superiore di Francoforte²⁵ e da una successiva sentenza di una sezione civile del Tribunale Supremo Federale, nella quale si sottolineò come una manifestazione di volontà anticipata costituisca il più sicuro indizio della volontà presunta del paziente, e si chiarì definitivamente la necessità – in assenza di disposizioni anticipate – di un'autorizzazione del giudice tutelare alla interruzione del trattamento di sostegno vitale²⁶.

Del tutto diversa, invece, la logica che aveva condotto la House of Lords inglese, nel caso *Bland* del 1992, ad autorizzare l'interruzione dell'alimentazione e idratazione artificiale che teneva in vita un giovane in stato vegetativo permanente in seguito a gravi lesioni di origine traumatica²⁷. Muovendo dal già ricordato principio che ogni trattamento costituisce una intrusione nel corpo del paziente e necessita, pertanto, di una specifica giustificazione, i supremi giudici inglesi indagarono se – in assenza di consenso del paziente – il trattamento di sostegno vitale potesse considerarsi coperto dalla *defence di medical necessity*. E la risposta cui pervennero fu negativa, dal momento che il mero mantenimento delle funzioni vitali non può considerarsi come un apprezzabile obiettivo terapeutico, non rispondendo ad alcun reale interesse del paziente, incapace di percepire alcun beneficio dalla propria sopravvivenza. Il trattamento in queste circostanze deve piuttosto considerarsi *futile*, e pertanto obiettivamente non giustificato; con l'ovvia conseguenza che il medico non può considerarsi penalmente responsabile nel momento in cui interrompa il trattamento e permetta che la morte del paziente faccia il proprio corso, in difetto di un corrispondente dovere giuridico di somministrare il trattamento stesso.

Il diritto comparato fornisce, dunque, due risposte assai diverse al nostro quesito di fondo. Il modello statunitense e tedesco sviluppa la medesima prospettiva utilizzata per risolvere la questione del rifiuto di cure da parte del paziente capace, valorizzando anche qui l'idea di un corrispondente *diritto fondamentale* del paziente, esercitabile in concreto attraverso il suo legale rappresentante, chiamato a ricostruire – eventualmente con il controllo del giudice tutela-

²⁴ BGHSt 40, 257 (1994).

²⁵ NJW 1998, 2749.

²⁶ BGHZ 154, 205 (2003).

²⁷ *Airedale NHS Trust v Bland* [1993] 1 All ER 821.

re – la volontà che il paziente stesso avrebbe espresso se ne avesse avuto la possibilità. Il modello inglese fa invece gravare la decisione sui soli sanitari, sulla base di un criterio puramente *clinico* di appropriatezza o, all'opposto, di futilità delle cure, avuto riguardo al criterio secondo cui ogni trattamento deve potersi giustificare in relazione al beneficio che è in grado di apportare al paziente – criterio, quest'ultimo, che inevitabilmente conduce, in talune circostanze, a situazioni di conflitto tra sanitari e congiunti del paziente, animati dalla speranza di un possibile miglioramento delle condizioni del loro caro, in futuro.

Come è noto, la Corte di cassazione nel caso Englaro si orientò, nel 2007, verso il primo modello, nel contesto di una sentenza che valorizza ampiamente i principi costituzionali per colmare la lacuna di disciplina positiva sul punto nell'ordinamento italiano²⁸.

Riaffermata la centralità del consenso del paziente quale generale condizione di liceità di ogni trattamento medico, anche di quelli necessari per la sopravvivenza, la Corte affermò – in stretta aderenza rispetto allo schema contenuto nella Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina di Oviedo, sottoscritta ma non ratificata dall'Italia, ampiamente citata dalla sentenza – che nel caso del paziente incapace la liceità del trattamento dipende di regola dal consenso del suo legale rappresentante, il quale è chiamato a decidere nell'esclusivo interesse dell'incapace, orientandosi più in particolare al criterio della *volontà presunta* del paziente, cui già si richiama la legislazione vigente in materia di sperimentazione clinica sugli adulti incapaci (art. 4 del d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211). Volontà che, in assenza di espresse manifestazioni anticipate di volontà, ben può essere desunta dai «desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche», nonché dalla «idea di dignità della persona dallo stesso rappresentato manifestata, prima di cadere in stato di incapacità, dinanzi ai problemi della vita e della morte»²⁹. Rilevato che

«– accanto a chi ritiene che sia nel proprio miglior interesse essere tenuto in vita artificialmente il più a lungo possibile, anche privo di coscienza – c'è chi, legando indissolubilmente la propria dignità alla vita di esperienza e questa alla coscienza, ritiene che sia assolutamente contrario ai propri convincimenti sopravvivere indefinitamente in una condizione di vita priva della percezione del mondo esterno».

la Corte osserva che

²⁸ Cfr. Cass. civ., n. 21748 del 2007, cit., su cui cfr., volendo, F. VIGANÒ, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1035 ss. e ID., *Doveri di cura e rispetto per la morte*, in *Politeia*, 2008, p. 97 ss.

²⁹ Paragrafo 7.3 della sentenza.

«uno Stato, come il nostro, organizzato, per fondamentali scelte vergate nella Carta costituzionale, sul pluralismo dei valori, e che mette al centro del rapporto tra paziente e medico il principio di autodeterminazione e la libertà di scelta, non può che rispettare anche quest'ultima scelta»³⁰.

Sicché

«all'individuo che, prima di cadere nello stato di totale ed assoluta incoscienza, tipica dello stato vegetativo permanente, abbia manifestato, in forma espressa o anche attraverso i propri convincimenti, il proprio stile di vita e i valori di riferimento, l'inaccettabilità per sé dell'idea di un corpo destinato, grazie a terapie mediche, a sopravvivere alla mente, l'ordinamento dà la possibilità di far sentire la propria voce in merito alla disattivazione di quel trattamento attraverso il rappresentante legale»³¹.

Spetterà in questo caso al giudice tutelare il compito di controllare la legittimità della scelta del legale rappresentante nell'interesse dell'incapace, e autorizzare così la scelta compiuta dal tutore

«(a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona»³².

La sentenza della Cassazione fu, come è noto, oggetto di amplissimo dibattito presso la dottrina italiana, e talvolta aspramente criticata; ma i suoi principi furono poi in buona parte recepiti dalla già menzionata legge n. 219 del 2017, che all'art. 3 assegna al legale rappresentante o all'amministratore di sostegno del paziente incapace il potere di esprimere o rifiutare il consenso alle cure tenendo conto della volontà del beneficiario, rinviando alla decisione del giudice nel caso di contrasto tra legale rappresentante o amministratore di sostegno e il medico; e che all'art. 4 disciplina in maniera articolata le disposizioni anticipate di trattamento, con le quali può essere espresso «il consenso o il rifiuto» rispetto alle future terapie. Terapie tra le quali – vale la pena di rammentarlo – sono com-

³⁰ Paragrafo 7.5.

³¹ *Ibidem*.

³² Paragrafo 8, e dispositivo.

prese anche, in forza della disposizione generale di cui all'art. 1, comma 5, la nutrizione e l'idratazione artificiale.

Resta, peraltro, in qualche misura dubbio se la soluzione della possibile liceità (o doverosità?) dell'interruzione di trattamenti di sostegno vitale nei confronti del paziente incapace possa sempre fondarsi sul rispetto del suo diritto fondamentale a rifiutare quei trattamenti. Se la soluzione appare invero solidamente plausibile nel caso in cui il paziente abbia redatto disposizioni anticipate di volontà in questo senso, indicando – come consentito dall'art. 4, comma 1, della legge n. 219 del 2017 – un fiduciario che possa provvedere, assieme al medico, ad adattare le disposizioni stesse alla concretezza della situazione clinica e all'eventuale mutato quadro delle opzioni terapeutiche disponibili (art. 4, comma 5), la ricerca di una volontà meramente presunta del paziente in ogni altra ipotesi lascia sempre residuare una qualche impressione di artificiosità e di astrattezza, oltre che – forse – di intrinseca contraddittorietà (ha davvero senso parlare di “auto” determinazione terapeutica di fronte a una scelta che è, irrimediabilmente, compiuta da un soggetto *altro* rispetto al paziente?). Senza contare che tale criterio appare strutturalmente inutilizzabile rispetto a pazienti (come i neonati, o i bambini in tenera età) che non abbiano mai avuto una personalità definita nel proprio passato, comprensiva di visioni del mondo sulla vita e sulla morte.

Di qui l'interrogativo se non sia in fin dei conti più franco il modello di soluzione proposto nel caso *Bland* dalla *House of Lords* inglese, imperniato sulla domanda se la prosecuzione (o l'esecuzione *ab initio*) del trattamento risponda, o meno, a un interesse apprezzabile del paziente, ovvero se si risolva in un mero sostegno alle sue funzioni vitali, senza che il paziente sia però in grado di trarre alcun beneficio, né nel presente né – presumibilmente – nel futuro, dalla preservazione della sua esistenza fisica; o se, addirittura, il trattamento stesso risulti contrario ai suoi stessi interessi, comprensivi di quelli che Ronald Dworkin, in una celebre monografia, definiva gli interessi «critici» del paziente, destinati a sopravvivere alla sua stessa morte – quelli, cioè, a lasciare ai propri cari un certo ricordo di sé, a concludere la propria vita in modo conforme alla propria idea di dignità, così come a non costringere i propri familiari alla prolungata sofferenza determinata da un infinito processo di morte, che impedisca loro di elaborare il lutto legato a una perdita, nei fatti, già avvenuta³³.

Anche adottando un tale modello – si noti – ben potrebbe pervenirsi alla conclusione della piena liceità (e dunque, della irrilevanza penale) della omissione o interruzione di terapie salvavita, allorché esse non siano più funzionali alla salvaguardia degli interessi del paziente. Come già ritenuto dalla *House of Lords* nel caso *Bland*, tali terapie non potrebbero infatti essere giudicate giuridicamente doverose: sicché per ciò stesso verrebbe meno la possibilità di rimproverare al medico, *ex art.* 40, secondo comma, c.p., la loro mancata esecuzione.

³³ R. DWORKIN, *Life's Dominion*, Random House USA Inc., New York, 1993, p. 209 ss.

4. Aiuto al suicidio ed eutanasia attiva

Ancora più problematiche – anche nell’esito – sono le questioni che sorgono a proposito delle condotte di aiuto al suicidio o di eutanasia attiva, consistente quest’ultima nella diretta causazione della morte del paziente da parte del sanitario.

Un numero crescente di ordinamenti ha sancito per via legislativa la liceità dell’una o di entrambe queste condotte, a volte – peraltro – consacrando soluzioni che già si erano imposte per via giurisprudenziale, per lo più sulla base di itinerari argomentativi basati sui diritti fondamentali della persona³⁴. Senza alcuna pretesa di completezza, l’aiuto al suicidio e/o l’eutanasia attivi praticati nei confronti di pazienti gravemente sofferenti che chiedano la propria morte sono oggi consentiti, in presenza di condizioni sostanziali e procedurali diverse da ordinamento a ordinamento, in vari Stati nordamericani³⁵ e ormai in tutti quelli australiani³⁶, in Olanda³⁷, Belgio³⁸, Lussemburgo³⁹, Svizzera⁴⁰, Canada⁴¹, e – da ultimi – in Nuova Zelanda⁴² e Spagna⁴³.

³⁴Per recenti studi comparati sulle legislazioni in materia di eutanasia, cfr. S. ACETO DI CAPPRIGLIA, *Fine vita tra riforme legislative straniere e la proposta referendaria italiana: un confronto tra modelli*, in *federalismi.it*, 14, 2022, p. 125 ss.; G. BATTISTELLA, *Le legislazioni sul fine vita: profili di politica legislativa e di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2021, p. 197 ss.; e, nella letteratura penalistica, L. GOISIS, *Riflessioni comparatistiche in tema di eutanasia e aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1085 ss.

³⁵Dopo l’Oregon, che si dotò di una legge *ad hoc* sin dal 1997 (www.oregon.gov; ultimo accesso 31 ottobre 2022), seguirono altri Stati, tra cui la California (leginfo.legislature.ca.gov; ultimo accesso 31 ottobre 2022) e lo Stato di Washington (app.leg.wa.gov; ultimo accesso 31 ottobre 2022).

³⁶Per un quadro complessivo, cfr. end-of-life.qut.edu.au (ultimo accesso 31 ottobre 2022).

³⁷Si vedano le informazioni essenziali, in inglese, sul contenuto della legge nel sito ufficiale del Governo www.government.nl; ultimo accesso 31 ottobre 2022.

³⁸Loi relative à l’euthanasie du 28 mai 2002 (www.ejustice.just.fgov.be; ultimo accesso 31 ottobre 2022).

³⁹Loi du 16 mars 2009 sur l’euthanasie et l’assistance au suicide (legilux.public.lu; ultimo accesso 31 ottobre 2022).

⁴⁰Secondo l’art. 115 del codice penale svizzero, «[c]hiunque per motivi egoistici istiga alcuno al suicidio o gli presta aiuto è punito, se il suicidio è stato consumato o tentato, con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria». Sull’interpretazione di tale clausola nel senso di consentire l’assistenza medica al suicidio, e in generale sulla disciplina svizzera in materia, cfr. C. SILVA, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 308 ss.

⁴¹Cfr. gli art. 241 e 241.1. del codice penale federale (laws-lois.justice.gc.ca; ultimo accesso 31 ottobre 2022).

⁴²End of Life Choice Act 2019 (www.legislation.govt.nz; ultimo accesso 31 ottobre 2022).

⁴³Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (www.boe.es; ultimo accesso 31 ottobre 2022), su cui cfr. F. LAZZERI, *Dum Romae non consulitur, la Spagna approva*

Nella maggior parte degli ordinamenti contemporanei, però, le due condotte continuano a costituire il reato di istigazione o aiuto al suicidio, nonché di omicidio volontario (comune ovvero, per un numero importante di ordinamenti, di omicidio del consenziente o a richiesta del soggetto passivo). Rispetto a questi ordinamenti, la domanda che sempre più spesso viene rivolta alle corti è se tali incriminazioni siano compatibili con i diritti fondamentali della persona malata.

La logica di questi *constitutional claims* si lascia ricondurre a due itinerari principali.

Il primo è quello che porta alle logiche conseguenze una delle due anime sottese al diritto fondamentale al rifiuto del trattamento medico, poc'anzi illustrate: quella, in particolare, che muove dall'idea di una sfera di *libertà e autonomia* della persona nelle scelte che più intimamente concernono la propria esistenza. Se, infatti, la *ratio* del diritto a rifiutare il trattamento medico è identificata non tanto nella protezione della sfera fisica dell'individuo contro ingerenze esterne – protezione che si traduce nella pretesa negativa del paziente a che nessuno entri nel suo corpo senza il suo consenso –, ma, appunto, nell'autodeterminazione della persona su ciò che debba accadere al proprio corpo, la stessa *summa divisio* tra eutanasia passiva e attiva – tra *lasciare morire* e *uccidere* il paziente – perde gran parte del proprio significato, e tende a confluire nell'idea secondo cui ciascuna persona ha un diritto fondamentale a stabilire autonomamente il tempo e le modalità della propria morte, intesa come momento culminante della propria intera esistenza.

Il secondo itinerario è quello segnato dalla logica del principio di *eguaglianza*, che vieta irragionevoli differenze di trattamento tra situazioni simili. Una volta acquisita l'idea secondo cui il paziente ha un diritto costituzionale a rifiutare ogni trattamento medico, anche se necessario per la propria sopravvivenza, esponendosi così alla prospettiva di una morte certa e imminente per sfuggire a sofferenze che egli ritiene ormai intollerabili, ci si chiede perché questo stesso diritto non debba assicurargli anche la possibilità di sfuggire a queste sofferenze attraverso la somministrazione di un trattamento finalizzato a causare la propria morte, specie nelle situazioni in cui il paziente non sia in grado di darsi la morte semplicemente rifiutando un trattamento di sostegno vitale già in corso. Se, insomma, un paziente tetraplegico e in preda a gravi sofferenze può legittimamente darsi la morte chiedendo e ottenendo l'interruzione della ventilazione artificiale che lo tiene in vita, perché – ci si domanda – un paziente oncologico in fase terminale, in preda a sofferenze in ipotesi non trattabili mediante terapie palliative, non potrebbe ottenere di essere liberato dalla sofferenza e di congedarsi dalla vita assumendo un farmaco letale?

una legge che disciplina l'eutanasia attiva, in *Sist. pen.*, 22 marzo 2021; A. TIGRINO, *La riflessione penalistica spagnola in materia di fine vita: dalle elaborazioni d'epoca franchista alla "Ley Organica de regulacion de la eutanasia" del 18 marzo 2021*, in *Legisl. pen.*, 2021, p. 119 ss.

4.1. *Non esiste un «diritto a morire»: le pronunce della Corte Suprema USA, della House of Lords inglese e della Corte EDU alle soglie del nuovo secolo*

Entrambi gli itinerari appena schizzati sono stati sperimentati, dapprima senza successo, negli Stati Uniti alla fine degli anni Novanta.

Un caso deciso nel 1994 dalla la Corte Suprema del Nevada, *Bergstedt*, aveva plasticamente evidenziato la prossimità delle situazioni di rifiuto del trattamento di sostegno vitale e di aiuto al suicidio. Un paziente tetraplegico dall'età di undici anni – giunto all'età di trent'anni, e avendo ormai perso la madre e saputo della grave malattia che affliggeva il padre – era stato autorizzato dalla Corte a ottenere l'interruzione della ventilazione artificiale che lo teneva in vita⁴⁴. La maggioranza della Corte aveva qui concluso che, rifiutando la prosecuzione di quel trattamento, il paziente chiedeva qui il riconoscimento del proprio diritto a una «morte naturale», attraverso l'eliminazione dell'ostacolo artificiale – rappresentato dallo stesso trattamento – che lo manteneva artificialmente in vita. Un giudice dissenziente aveva però ravvisato qui una vera e propria ipotesi di suicidio, e aveva argomentato nel senso della *inesistenza* di un diritto costituzionale a ottenere un aiuto rispetto a un tale proposito, a fronte di una tradizione legislativa che aveva, invece, da sempre criminalizzato l'assistenza all'altrui suicidio.

La tenuta della distinzione tra rifiuto del trattamento di sostegno vitale e suicidio viene, in effetti, di lì a poco al pettine, quando la Corte di appello federale per il secondo circuito, in *Quill v. Vacco*, afferma che l'estensione della criminalizzazione dell'assistenza al suicidio, fondata su una norma del codice penale di New York, a pazienti gravemente malati e in preda a sofferenze refrattarie ai trattamenti palliativi viola la *Equal Protection Clause* stabilita dal secondo emendamento, rispetto ai pazienti che abbiano la possibilità di darsi la morte semplicemente rifiutando trattamenti di sostegno vitale⁴⁵. Pressoché contemporaneamente, la Corte d'appello federale per il non circuito decide, in *Compassion in Dying v. Washington*, nel senso dell'incostituzionalità dell'analoga norma del codice penale dello Stato di Washington per violazione di un «diritto a morire» dedotto dal più ampio diritto di ogni persona ad assumere le decisioni che più intimamente concernono la propria esistenza – un diritto invero non assoluto, argomenta la Corte, che tuttavia prevale in concreto su qualsiasi interesse contrario, nel caso di pazienti terminali le cui sofferenze non possano essere eliminate in alcun modo⁴⁶.

Accogliendo all'unanimità i due appelli contro entrambe le decisioni, nel 1997 la Corte Suprema Federale disattende entrambe le linee argomentative, e conferma la compatibilità con la Costituzione delle due norme penali in discussione. In *Vacco*, la Corte esclude la violazione del principio di eguaglianza, sottolineando, da un lato, che solo nel caso dell'assistenza al suicidio il medico causa

⁴⁴ *McKay v. Bergstedt*, 801 P.2d 617 (Nevada SC).

⁴⁵ *Quill v. Vacco*, 80 F.3d 716 (US Court of Appeal, Second Circuit, 1996).

⁴⁶ *Compassion in Dying v. Washington*, 79 F.3d 790 (US Court of Appeal, Ninth Circuit, 1996).

attivamente la morte, la quale invece per contro si produce come effetto della malattia che già affligge il paziente nel caso di interruzione del trattamento; e, dall'altro, evidenza che, dal punto di vista dell'elemento soggettivo, solo nel primo caso il medico ha la volontà di produrre la morte⁴⁷. In *Washington v. Glucksberg*, la Corte respinge poi con fermezza l'idea che esista un diritto costituzionale (non scritto) a morire, inteso come diritto a stabilire le condizioni della propria morte. Un esame comparato delle legislazioni penali degli Stati mostra, invece, una generalizzata criminalizzazione delle condotte di aiuto al suicidio, ciò che rende impossibile affermare che l'invocato diritto sia «profondamente radicato nella storia della nazione», come sarebbe necessario per poterlo riconoscere in via giurisprudenziale, in assenza di un riconoscimento esplicito nella Costituzione. Nulla vieta agli Stati, aggiunge ancora la Corte, di modificare questa tradizione, e di introdurre norme che facoltizzino, a certe condizioni, la partecipazione all'altrui suicidio; ma la Costituzione federale non pone alcun vincolo al riguardo⁴⁸ – nemmeno a partire dalla logica del diritto alla *privacy*, che non gioca alcun ruolo nel contesto della sentenza e si conferma ormai in netto declino nella giurisprudenza della Corte, dopo l'apogeo raggiunto in *Roe* nel 1973.

I due fondamentali itinerari vengono, senza successo, riproposti anche in Inghilterra nel notissimo caso *Pretty*, deciso prima dalla *House of Lords* inglese nel 2001 e poi, l'anno successivo, dalla Corte EDU.

La ricorrente – una donna affetta da una grave malattia degenerativa del sistema nervoso, ormai completamente paralizzata – aveva richiesto alla procura una dichiarazione di esenzione preventiva dalla responsabilità penale per il reato di assistenza al suicidio in favore del marito, al quale aveva chiesto di essere aiutata a morire. La ricorrente invocava, in proposito, una serie di disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, direttamente applicabili nell'ordinamento inglese in forza dello *Human Rights Act* del 1998. In particolare, la donna assumeva che la criminalizzazione esistente violasse: il proprio diritto alla vita (art. 2 CEDU, inteso anche nel suo risvolto negativo di diritto a rinunciare alla vita stessa); il proprio diritto a non essere costretta a subire le intollerabili sofferenze legate alla malattia, costituenti un vero e proprio trattamento inumano e degradante (art. 3 CEDU); il proprio diritto alla vita privata (art. 8 CEDU), comprensivo di un diritto a stabilire quando e come morire; e il divieto di discriminazioni nel godimento dei diritti convenzionali (art. 14 CEDU), sotto lo specifico profilo della irragionevole differenza di trattamento, creata dalla legislazione vigente, tra chi sia in grado di togliersi la vita da sé, e chi come lei non abbia questa possibilità.

Tanto la *House of Lords*⁴⁹ quanto la Corte EDU⁵⁰ ritennero non fondate le

⁴⁷ *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997).

⁴⁸ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

⁴⁹ *The Queen on the Application of Mrs Dianne Pretty (Appellant) v. Director of Public Prosecutions (Respondent) and Secretary of State for the Home Department (Interested Party)*, [2001] UKHL 61.

⁵⁰ *Pretty c. Regno Unito* (Grande Camera), 29 maggio 2002.

doglianze della ricorrente, osservando anzitutto come dal diritto alla vita non sia deducibile un diritto a ottenere la propria morte, e come le sofferenze provocate dalla malattia non possano essere considerate alla stessa stregua di «trattamenti inumani o degradanti» provocati da una condotta umana. Quanto al diritto alla vita privata, il cui richiamo era stato giudicato non pertinente in questo contesto dai giudici inglesi, la Corte EDU ammette invero che, in linea di principio, esso si possa estendere anche alle decisioni relative alla conclusione della propria vita, che attengono a un nucleo di decisioni espressioni della dignità e della autodeterminazione della persona alla cui salvaguardia è funzionale l'intera Convenzione. Se tuttavia deve riconoscersi che la criminalizzazione dell'aiuto al suicidio nell'ordinamento inglese rappresenta una *interferenza* rispetto al diritto di cui all'art. 8 CEDU, essa non può – secondo i giudici europei – ritenersi *illegittima*, essendo non solo «prevista dalla legge», ma anche «necessaria in una società democratica» rispetto alla legittima finalità, perseguita dal legislatore, di tutelare le persone più vulnerabili, che potrebbero essere indotte da una legislazione più permissiva a congedarsi anticipatamente dalla vita. Nel perseguire questa finalità, osserva ancora la Corte EDU, gli Stati parte della Convenzione godono di un ampio margine di apprezzamento, ben potendo decidere se prevedere un divieto assoluto di assistenza al suicidio – come accade appunto nell'ordinamento inglese – ovvero creando eccezioni specifiche e procedimenti per accertare nel caso concreto l'effettiva assenza di vulnerabilità della persona interessata. Quanto, infine, all'allegato divieto di discriminazione, la difficoltà di fissare in astratto una linea precisa tra le persone in grado di darsi da sé la morte e quelle che, come la signora Pretty, non sono in condizioni di farlo parimenti esclude, secondo la Corte, la violazione del divieto da parte del legislatore inglese.

4.2. I giudici supremi inglesi riconsiderano la questione nel caso *Nicklinson*

Nel 2014, tuttavia, la Corte Suprema del Regno Unito – erede della *House of Lords* – riconsidera in *Nicklinson*⁵¹ la questione della possibile liceità del suicidio assistito, giungendo a un passo dalla dichiarazione di incompatibilità con il diritto 8 della Convenzione della medesima disciplina già scrutinata in *Pretty*.

I due ricorrenti vivevano da anni in condizioni di gravissima disabilità, essendo completamente o quasi completamente paralizzati, e chiedevano di poter essere lecitamente aiutati a porre fine alla propria vita, non potendo raggiungere tale scopo attraverso il mero rifiuto di trattamenti medici di sostegno vitale.

Tutti e nove i giudici concordano nell'accettare il principio – fissato dalla Corte europea in *Pretty* e da essa ribadito in una serie di casi successivi⁵² – secondo cui il diritto alla vita privata di cui all'art. 8 CEDU comprende il diritto di

⁵¹ R (*on the Application of Nicklison and another*) v Ministry of Justice and o., [2014] UKSC 38.

⁵² *Haas c. Svizzera*, 20 gennaio 2011; *Koch c. Germania*, 18 luglio 2012; *Gross c. Svizzera*, 14 maggio 2013.

decidere come e quando porre fine alla propria vita. Il disaccordo tra i giudici concerne però, da un lato, la questione se il legislatore inglese sia legittimato a limitare tale diritto, ai sensi dell'art. 8, paragrafo 2, CEDU attraverso la norma penale all'esame.

Un primo gruppo di quattro giudici (Lord Sumption, Lord Hughes, Lord Clarke e Lord Reed) ritengono che il ricorso debba essere rigettato sostanzialmente per le medesime ragioni già espresse dalla *House of Lords* e poi dalla Corte EDU in *Pretty* – seppur con l'esaminata significativa correzione in materia di art. 8 CEDU. In particolare, essi insistono sulla meritevolezza dello scopo, perseguito dal legislatore, di tutelare le persone più vulnerabili, particolarmente esposte a quella che Lord Sumption definisce una possibile «pressione sociale indiretta», derivante dalla convinzione – possibilmente indotta da una legislazione più permissiva in materia di aiuto al suicidio – che le loro vite siano divenute un peso per le persone che stanno attorno a loro⁵³. Su questo sfondo, la decisione su quanto rischio per le persone vulnerabili una società sia disposta a tollerare per tutelare le persone non vulnerabili, come i ricorrenti nel caso di specie, riflette questioni di politica sociale e scelte di valore su cui non vi è consenso nella società, e che comunque non possono essere decise soltanto sulla base dell'evidenza empirica⁵⁴. Pertanto, queste decisioni non dovrebbero essere compiute dalle corti, che difetterebbero di «ogni legittimità costituzionale» ove lo facessero, ma soltanto dal Parlamento nell'esercizio della sua discrezionalità⁵⁵.

Un secondo gruppo di tre giudici (il Presidente Lord Neuberger, Lord Mance e Lord Wilson) concorda nell'esito, ma adotta una posizione più sfumata. Premesso che dal riconoscimento da parte della Corte EDU di un ampio margine di apprezzamento agli Stati parte non può trarsi un divieto, per le giurisdizioni ciascuno Stato membro, di valutare l'eventuale contrasto di una norma che criminalizza l'aiuto al suicidio con i diritti riconosciuti dalla Convenzione, così come recepiti nell'ordinamento interno, i tre giudici osservano che nulla vieterebbe alla Corte Suprema inglese di riconoscere nel caso concreto il carattere sproporzionato della limitazione imposta al diritto di cui all'art. 8 CEDU dalla disposizione penale all'esame; e anzi, dalle considerazioni di Lord Neuberger emerge chiaramente la sua valutazione di gravità dell'interferenza con il diritto fondamentale in questione dei pazienti, e la non persuasività degli argomenti invocati dal Governo in favore della legge in vigore⁵⁶. Dal momento però che negli anni immediatamente precedenti alla decisione vari progetti di legge in materia erano stati oggetto di intense discussioni presso le due Camere, una decisione della Corte Suprema sarebbe prematura e, comunque, inappropriata dal punto di vista istituzionale; e ciò anche in considerazione della delicatezza della questione dal punto di vista morale e religiosa, che richiede un approccio particolarmente cauto delle corti

⁵³ *Ibidem*, per Lord Sumption, par. 228.

⁵⁴ *Ibidem*, per Lord Sumption, par. 229.

⁵⁵ *Ibidem*, per Lord Sumption, par. 230.

⁵⁶ *Ibidem*, per Lord Neuberger, par. 111.

in questa materia⁵⁷. Il tutto nell'ottica – sottolinea ancora il Presidente – di un fruttuoso «dialogo», o «collaborazione» delle corti con il Parlamento⁵⁸.

Ben più netta, invece, la posizione di Lady Hale e Lord Kerr, a parere dei quali invece la Corte avrebbe dovuto dichiarare formalmente l'incompatibilità di un divieto assoluto di aiuto al suicidio con l'art. 8 CEDU, così come interpretato dalla Corte stessa nell'esercizio di quel margine di apprezzamento riconosciuto a ciascuno Stato dalla Corte di Strasburgo. Tale incompatibilità, osserva Lady Hale, non si radica nell'esistenza del divieto in sé, ma nella sua assolutezza. La futura Presidente della Corte rammenta il caso della signora *B*, deciso nel 2001 della *Court of Appeals* in materia di rifiuto della prosecuzione di un trattamento di ventilazione artificiale⁵⁹, sottolineando come sia difficile spiegare a pazienti nelle condizioni dei ricorrenti perché ad essi non sia concessa la stessa possibilità di liberarsi dalle proprie sofferenze che è concessa a pazienti che versino nelle condizioni della signora *B*. Ancora, Lady Hale evidenzia la fragilità della linea che separa la condotta, lecita, di chi preme il tasto del respiratore – un atto considerato ancora come un'omissione dalla legge, equivalente a un «lasciar morire» il paziente di una morte naturale – e chi invece gli somministra un farmaco letale – equivalente in diritto a «uccidere» il paziente stesso –⁶⁰. Se, d'altra parte, la finalità legittima della norma penale ben può essere ravvisata nella finalità di tutela delle persone vulnerabili, la questione davvero cruciale secondo i due giudici dissenzienti è se una proibizione *assoluta* dell'aiuto al suicidio costituisca una limitazione *proporzionata* del diritto di cui all'art. 8 CEDU, allo scopo di tutelare i pazienti più vulnerabili da indebite pressioni. E la risposta, osserva Lady Hale, dovrebbe essere *negativa*: un divieto senza eccezioni costringe pazienti nelle condizioni dei ricorrenti, la cui volontà certamente non è condizionata da indebite pressioni, a continuare a vivere (e a soffrire) non già nel loro interesse, ma nell'interesse esclusivo di *altre* persone⁶¹.

4.3. I primi riconoscimenti giurisprudenziali del «diritto a morire»: le sentenze della Corte costituzionale colombiana e della Supreme Court canadese

Sostanzialmente alle medesime conclusioni di Lady Hale e Lord Kerr sono giunte un numero ormai nutrito di sentenze di altre corti supreme o costituzionali che, in diverse parti del mondo, hanno apertamente concluso nel senso dell'illegittimità costituzionale delle norme penali che, nei diversi ordinamenti, vietavano l'aiuto al suicidio o addirittura l'omicidio su richiesta, nella parte in cui tali norme erano applicabili anche a pazienti gravemente sofferenti (a loro volta variamente indentificati) e intenzionati a essere aiutati a morire.

⁵⁷ *Ibidem*, per Lord Neuberger, par. 113 e 116.

⁵⁸ *Ibidem*, per Lord Neuberger, par. 117.

⁵⁹ Cfr. *supra*, nota 23.

⁶⁰ *Ibidem*, per Lady Hale, par. 302 ss.

⁶¹ *Ibidem*, per Lady Hale, par. 313.

La Corte costituzionale colombiana è stata verosimilmente la prima, nel panorama comparato, a riconoscere *expressis verbis* l'esistenza di un vincolo costituzionale ad assicurare la non punibilità di talune condotte eutanasiche, traendone le inevitabili conseguenze circa l'inapplicabilità *in parte qua* della norma incriminatrice – presente nel codice penale di quel Paese – dell'omicidio per pietà.

Nella sua prima pronuncia sul tema⁶², risalente addirittura al 1997, la Corte incentrò la propria argomentazione sul valore cruciale della *dignità*, che implica la considerazione della persona come soggetto autonomo e autoresponsabile. Da tale valore – che già fonda il diritto del paziente a rifiutare anche trattamenti necessari per la sopravvivenza, pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale – discende, secondo la Corte, un divieto a carico dello Stato di costringere la persona a continuare a vivere, allorché essa consideri la propria sopravvivenza come contraria alle proprie convinzioni. Il dovere statale di proteggere la vita umana incontra il proprio limite di fronte alla situazione di un malato terminale in preda a sofferenze insopportabili, incompatibili con la propria idea di dignità, il quale chieda liberamente ad un medico di essere liberato da tali sofferenze, abbreviando così il percorso che lo avrebbe comunque condotto, in un breve lasso di tempo, alla morte. Una diversa soluzione, osserva ancora la Corte, equivarrebbe a imporre al paziente un trattamento crudele e inumano, vietato dalla Carta costituzionale. Spetterà al legislatore – conclude la Corte – dettare una regolamentazione organica dell'eutanasia, fissandone presupposti e procedimento attuativo.

Dopo avere constatato, nel 2014, la prolungata inerzia del legislatore rispetto a quel monito e avere dettato essa stessa una embrionale disciplina procedimentale per dare pratica attuazione al diritto riconosciuto nella pronuncia del 1997⁶³, la Corte colombiana è più volte ritornata sul tema negli ultimi anni in decisioni concernenti casi di singoli pazienti che si dolevano (a volte mediante i legali rappresentanti) del mancato accesso alle procedure eutanasiche⁶⁴, e ha infine ampliato – in una importante sentenza del 2021 – i presupposti applicativi del diritto all'eutanasia, attraverso l'eliminazione il requisito della malattia terminale del paziente⁶⁵. Dopo aver integralmente confermato la logica della propria prima pronuncia, e in particolare l'ancoraggio alla necessità di tutela della dignità umana e del suo corollario rappresentato dall'autonomia del paziente, la Corte enuncia qui il principio secondo cui il «diritto fondamentale a morire con dignità»

⁶² Sentenza C-239/97.

⁶³ Sentenza T-970 del 2014.

⁶⁴ Sentenze T-132 del 2016 (relativo a un paziente detenuto), T-322 del 2017, (relativa a una paziente anziana in situazione di abbandono familiare e depressione profonda), T-423 del 2017 (relativa a una paziente oncologica in condizioni terminali), T-544 del 2017 (relativa a un bimbo di 13 anni con gravi patologie cerebrali), T-721 del 2017 (relativa a una paziente in stato vegetativo permanente), T-060 del 2020 (relativa a una paziente gravemente sofferente ma non in condizioni terminali).

⁶⁵ Sentenza C-233/21.

comprende tre diversi aspetti: il diritto a ricevere cure palliative, il diritto a non subire trattamenti di sostegno vitale suscettibili di recare sofferenze sproporzionate ai benefici attesi e, appunto, il diritto a ottenere prestazioni specifiche finalizzate a provocare il decesso, ricorrendone le condizioni⁶⁶. Tra tali condizioni la Corte ritiene che debba essere abbandonato il requisito del carattere terminale della malattia: a ciò la Corte perviene, in esito a un ampio *excursus* di diritto comparato nel quale vengono valorizzate, in particolare, le recentissime pronunce delle Corti costituzionali tedesca e austriaca delle quali diremo tra qualche istante, e nelle quali si rigetta espressamente una possibile limitazione del diritto del paziente a ottenere un aiuto a morire alle situazioni di malattie terminali. Negare infatti l'eutanasia a pazienti interessati da sofferenze gravi e refrattarie ai trattamenti palliativi, ancorché non in stato terminale, equivarrebbe – osserva la Corte colombiana – a erigere una barriera di accesso al diritto costituzionale del tutto ingiustificata, risolvendosi anche in questo caso nella sottoposizione del paziente a un trattamento crudele, inumano e degradante⁶⁷.

Il percorso della Corte colombiana si conclude – almeno per ora – con una recentissima sentenza del 2022, che – con una maggioranza di sei giudici a tre – dichiara parzialmente incostituzionale la disposizione del codice penale che, a seguito di una riforma del 2000, aveva previsto una figura privilegiata rispetto al delitto base di istigazione e aiuto al suicidio per l'ipotesi in cui tale istigazione o aiuto fosse diretta a porre fine a intense sofferenze causate da una lesione corporea o una malattia grave e incurabile – ipotesi per la quale il legislatore prevedeva la pena da diciassette a trentasei mesi di reclusione, notevolmente più lieve rispetto a quella stabilita per il delitto base⁶⁸. La Corte dichiara illegittima tale disposizione nella parte in cui include tra le condotte penalmente rilevanti anche quelle di aiuto materiale al suicidio (a) prestata da un medico, (b) con il consenso libero, cosciente e informato del soggetto passivo, e sempre che (c) il paziente soffra un'intensa sofferenza fisica o psicologica, derivante dalla lesione corporea o dalla malattia grave e incurabile. La dichiarazione di illegittimità costituzionale si fonda qui su una gamma assai vasta di violazioni di principi e diritti costituzionali: in primo luogo, dei principi costituzionali che specificamente limitano lo *ius puniendi*, e in particolare dei principi di necessità, frammentarietà, *ultima ratio*, offensività (quest'ultimo in ragione dell'argomento per cui un medico che agevola la realizzazione materiale della volontà del titolare di un bene giuridico che legittimamente ne voglia disporre non compie alcuna interferenza lesiva in un bene giuridico⁶⁹) e proporzionalità; in secondo luogo, dei diritti alla dignità umana, a una vita degna e al libero sviluppo della personalità; nonché, in terzo luogo, del principio di solidarietà sociale, posto in causa da una disciplina che vieta al medico di prestare il proprio aiuto a un paziente che desidera liberarsi dalle proprie sofferenze.

⁶⁶ *Ibidem*, paragrafo 297.

⁶⁷ *Ibidem*, paragrafi 395-408.

⁶⁸ Sentenza C-164/22.

⁶⁹ *Ibidem*, paragrafo 145.

Particolarmente significativa appare poi, nel panorama del diritto comparato, la decisione della Corte Suprema canadese nel caso *Carter*, resa appena l'anno successivo della sentenza *Nicklinson* della Corte Suprema inglese.

Una giudice della British Columbia, decidendo un ricorso promosso da una paziente sofferente di una grave malattia neurogenerativa, aveva dichiarato costituzionalmente illegittima la proibizione rivolta a ogni medico, in forza della norma del codice penale canadese che incrimina l'aiuto al suicidio, di prestare aiuto a pazienti affetti da gravi e intollerabili sofferenze in conseguenza di malattie incurabili. La competente Corte d'appello, a maggioranza, aveva tuttavia annullato la decisione, sottolineando come la questione fosse stata già risolta in senso opposto nel 1993 da una sentenza della Corte Suprema, *Rodriguez*, che – parimenti a maggioranza – aveva ritenuto la conformità alla Costituzione della disposizione in questione, e che pertanto doveva ritenersi vincolante per tutti i giudici inferiori⁷⁰.

La Corte Suprema, tuttavia, accoglie il ricorso contro la decisione della Corte d'appello, e con una decisione unanime in effetti rovescia il proprio precedente, dichiarando costituzionalmente illegittima la disposizione del codice penale nella parte in cui vieta al medico di prestare aiuto al suicidio di un paziente adulto e capace che (1) esprime un chiaro consenso a porre fine alla propria vita, e (2) soffre di una patologia grave e incurabile che gli causa una sofferenza intollerabile⁷¹.

Secondo la Corte, la disposizione censurata interferisce con i diritti tutelati dalla sezione 7 della Carta canadese dei diritti, e in particolare; con il *diritto alla vita*, creando il rischio di indurre taluni pazienti a togliersi la vita prematuramente, per il timore di non essere più in grado di farlo da sé in un secondo momento, allorché le loro sofferenze divengano insopportabili; con la *libertà della persona* (che implica «a notion of personal autonomy involving ... control over one's bodily integrity free from state interference»⁷²), negandole il diritto di assumere autonomamente le decisioni che concernono la propria integrità fisica e i trattamenti medici cui la persona intende sottoporsi; e con la *sicurezza della persona*, costringendola a tollerare sofferenze insopportabili. La norma penale in questione, d'altra parte, è eccessivamente lata (*overbroad*) nella propria pur legittima finalità di tutelare le persone vulnerabili, finendo per abbracciare nel divieto anche persone che stanno certamente al di fuori della classe di persone che la norma stessa intende proteggere⁷³; e non è comunque proporzionata rispetto allo scopo perseguito, dal momento che – come dimostrano le esperienze di altri ordinamenti che, oggi, consentono a certe condizioni il suicidio medicalmente assistito – la tutela delle persone vulnerabili può essere assicurata mediante procedure appropriate, con le quali può essere valutata caso per caso l'effettiva capacità e informazione del paziente, non essendo invece necessaria una proibizione assoluta di

⁷⁰ *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519.

⁷¹ *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5.

⁷² *Ibidem*, par. 64, citando *Rodriguez (v. supra, nota 70)*.

⁷³ *Ibidem*, par. 86.

ogni forma di assistenza al suicidio. Proprio per dar modo al legislatore di approvare un'adeguata disciplina di tale procedura, gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale furono sospesi per i successivi dodici mesi, poi prorogati di altri quattro su richiesta del legislatore. Sulla base di questa pronuncia, nel 2016 il Canada si aggiunse dunque alla lista dei paesi che hanno legalizzato il suicidio assistito⁷⁴.

4.4. *La sentenza nel caso Cappato della Corte costituzionale italiana*

Sullo sfondo di questo panorama internazionale ormai in rapida evoluzione si collocano le decisioni della Corte costituzionale, del 2018 e 2019⁷⁵, originate dalla notissima vicenda Cappato. Senza che sia qui necessario riprendere nel dettaglio quelle pronunce, notissimi del resto a ogni lettore, vale qui la pena soltanto di evidenziare schematicamente i loro passaggi essenziali:

– dal *diritto alla vita* – riconosciuto implicitamente dall'art. 2 Cost., quale primo dei «diritti inviolabili dell'uomo», in quanto presupposto per il godimento di ogni altro diritto, ed esplicitamente proclamato dall'art. 2 CEDU – discende «il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire»;

– un simile diritto a morire non può neppure essere dedotto da un «generico *diritto all'autodeterminazione individuale*» che il rimettente assumeva fondato sugli artt. 2 e 13 Cost., dovendo anzi ritenersi che l'incriminazione dell'aiuto al

⁷⁴ Cfr. *supra*, nota 41.

⁷⁵ Corte cost. (ord.) n. 207/2018 e n. 242/2019. La letteratura sulle pronunce è ormai sterminata, e di essa non è pertanto possibile dare conto in questa sede. Senza alcuna pretesa di completezza, si vedano, tra i molti penalisti che hanno commentato una o entrambe, S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato: riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, ESI, Napoli, 2019, nonché in *Dir. pen. cont.*, 14 marzo 2019; C. CUPELLI, *Il caso Cappato e i nuovi confini di liceità dell'agevolazione al suicidio. Dalla "doppia pronuncia" della Corte costituzionale alla sentenza di assoluzione della Corte di assise di Milano*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1428 ss. (e *ivi* per ulteriori, vastissimi, rif. bibl.); M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione "non penalistica" della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 2855 ss.; ID., *Libera nos a malo: i diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *Sist. pen.*, 10 febbraio 2020; L. EUSEBI, *Un diritto costituzionale a morire «rapidamente»? Sul necessario approccio costituzionalmente orientato a Corte cost. (ord.) n. 207/2018*, in *discrimen.it*, 2018, p. 1 ss.; F. PALAZZO, *La sentenza Cappato può dirsi storica?*, in *Pol. dir.*, 2020, p. 3 ss.; M. ROMANO, *Istigazione o aiuto al suicidio, omicidio del consenziente, eutanasia, dopo le pronunce della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1793 ss.; S. SEMINARA, *Morte assistita, suicidio ed eutanasia (tra Corte costituzionale, quesito referendario e Parlamento)*, in *Dir. pen. e proc.*, 2022, p. 935 ss.; A. VALLINI, *Il "caso Cappato": la Consulta autorizza e "disciplina" il suicidio assistito*, in *Giur. it.*, 2020, p.1198 ss.

suicidio sia funzionale alla tutela della vita umana, «soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio». Tale incriminazione «assolve allo scopo, di perdurante attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere»; e

«conserva una propria evidente ragion d'essere anche, se non soprattutto, nei confronti delle persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita, qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione di una loro scelta suicida, magari per ragioni di personale tornaconto».

«Al legislatore penale» – prosegue la Corte –

«non può ritenersi inibito, dunque, vietare condotte che spianino la strada a scelte suicide, in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite. Anzi, è compito della Repubblica porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in simili situazioni di fragilità, rimuovendo, in tal modo, gli ostacoli che impediscano il pieno sviluppo della persona umana»;

– neppure, infine, la norma in questione si pone in linea generale in contrasto con il *diritto alla vita privata* di cui all'art. 8 CEDU, secondo i principi enunciati dalla Corte europea nelle sentenze *Pretty*, *Hass* e *Koch*⁷⁶, che ritengono l'incriminazione delle condotte di aiuto al suicidio non sproporzionata rispetto alla finalità legittima di protezione delle persone deboli e vulnerabili, riconoscendo un ampio margine di apprezzamento a ciascuno Stato parte nel bilanciamento del diritto alla vita privata rispetto a tale finalità;

– tuttavia, la norma incriminatrice censurata *eccede quanto necessario* rispetto a tale scopo, nella misura in cui il suo ambito di applicabilità si estende alla specifica sottofattispecie all'aiuto al suicidio prestato a

«persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli»;

⁷⁶Cfr. *supra*, nota 52.

– in tale ipotesi, il paziente ha già la possibilità, garantitagli dall'art. 32, secondo comma, Cost. e dalla legge n. 219 del 2017, di lasciarsi morire, ottenendo l'interruzione dei trattamenti e la contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua;

– una tale modalità di congedo dalla vita potrebbe però essere, per il paziente, «meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care»;

– d'altra parte, se è vero che un paziente in quelle condizioni è certamente ascrivibile alla categoria delle persone vulnerabili, alla cui tutela mira in via generale legittimamente la disposizione censurata, è altrettanto vero che l'ordinamento gli consente oggi di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti; sicché

«non si vede perché il medesimo soggetto debba essere ritenuto viceversa bisognoso di una ferrea e indiscriminata protezione contro la propria volontà quando si discuta della decisione di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri, quale alternativa reputata maggiormente dignitosa alla predetta interruzione»;

– il divieto assoluto di aiuto al suicidio anche in questa situazione finisce pertanto per

«limitare la *libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie*, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della *dignità umana*, oltre che dei principi di *ragionevolezza* e di *uguaglianza* in rapporto alle diverse condizioni soggettive (art. 3 Cost.: parametro, quest'ultimo, peraltro non evocato dal giudice a quo in rapporto alla questione principale, ma comunque sia rilevante quale fondamento della tutela della dignità umana)».

Nel 2018, affrontando per la prima volta la questione, la Corte ritenne come è noto di non poter porre immediatamente rimedio, sottolineando come l'auspicata dichiarazione di illegittimità costituzionale, seppur parziale, della norma censurata, avrebbe spalancato una lacuna di tutela del diritto alla vita di pazienti vulnerabili, esposti a possibili abusi in conseguenza dell'assenza di qualsiasi disciplina in grado di prevenire tali abusi, e assieme di assicurare al paziente concrete possibilità di accesso a

«cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua [...], sì da porlo in condizione di vivere con intensità e in modo dignitoso la parte restante della propria esistenza». Conseguentemente, la Corte – dichiaratamente ispirandosi ai

precedenti *Nicklinson* della Corte Suprema inglese e *Carter* della Corte Suprema inglese, poc'anzi analizzati – decise di rinviare di un anno la propria decisione, per «consentire [...] al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che [...] una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale».

L'anno successivo, preso atto della mancanza di alcun intervento da parte del legislatore, la Corte ritiene di non poter più rinviare il proprio intervento, e – reiterando la propria recente giurisprudenza sulla possibilità di colmare, con le proprie pronunce di illegittimità costituzionale, eventuali lacune di disciplina con soluzioni ricavate «dalle coordinate del sistema vigente», ancorché «non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento» – dichiara l'illegittimità costituzionale *in parte qua* dell'art. 580 c.p., fissando al contempo un quadro procedimentale minimo⁷⁷, ispirato a quello già previsto dalla legge n. 219 del 2017 per l'ipotesi di interruzione di trattamenti di sostegno vitale, per l'accertamento delle condizioni che legittimano l'aiuto al suicidio da parte di una struttura pubblica del servizio sanitario, previo parere del comitato etico territorialmente competente. Al tempo stesso, la Corte precisa che la propria sentenza «si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici»; sicché «[r]esta affidato [...] alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato».

Anche la Corte italiana ha dunque ritenuto – con una sino ad allora inedita decisione a due tappe – che la disciplina penale dell'aiuto al suicidio fosse parzialmente in contrasto con i diritti costituzionali di pazienti gravemente sofferenti, allorché non necessariamente terminali, che abbiano espresso liberamente e consapevolmente la propria decisione di congedarsi dalla vita, subordinatamente però alla condizione che la loro vita già dipenda da trattamenti di sostegno vitale. Quest'ultima condizione – che limita in maniera rilevante l'ambito di applicazione della sentenza n. 242 del 2019⁷⁸ – deriva a ben vedere dalla *ratio decidendi* essenziale della pronuncia: che non risiede né nel diritto alla vita (né tantomeno in un suo opposto “diritto a morire”, o “diritto al suicidio”), né in

⁷⁷ Il che non significa, almeno a sommo avviso del sottoscritto, che la Corte abbia in tal modo introdotto nell'ordinamento una scriminante esclusivamente o prevalentemente “procedurale”, come spesso si afferma. In realtà, la Corte ancora la liceità dell'aiuto al suicidio a una ben precisa (sotto)fattispecie costruita attorno ai quattro requisiti *sostanziali* già enucleati nell'ordinanza n. 207/2018, cui si aggiungono ora i due requisiti procedurali minimi che ne consentono l'accertamento nel caso concreto; lasciando poi agli interpreti la questione se tale (sotto)fattispecie debba qualificarsi dogmaticamente come causa di esclusione del tipo, come causa di giustificazione o come causa scusante (sul punto, M. ROMANO, *Istigazione*, cit., p. 1807); S. SEMINARA, *Morte assistita*, cit., p. 941 ss.

⁷⁸ Sul punto, cfr. S. SEMINARA, *Morte assistita*, cit., p. 938 ss.

quello all'autodeterminazione individuale⁷⁹, né ancora in quello al rispetto della vita privata; quanto piuttosto nella riscontrata congiunta violazione della *dignità* della persona e, soprattutto, del principio di *eguaglianza-ragionevolezza* (espressamente evocato dalla sentenza quale componente essenziale della stessa dignità umana), da parte di una disciplina positiva che da un lato permette a un paziente in quelle condizioni di morire rifiutando i trattamenti, e dall'altro non gli consente di pervenire al medesimo risultato in una modalità più rapida e diretta, in ipotesi considerata più conforme al proprio concetto di dignità⁸⁰.

D'altra parte, è evidente la distanza che separa le due pronunce dalle concezioni tradizionali che riconoscevano il carattere radicalmente *indisponibile* della vita umana da parte del suo titolare, e a volte assumevano addirittura l'esistenza di un dovere del singolo di continuare a vivere⁸¹. L'idea del dovere è piuttosto evocata dalla Corte con riferimento allo Stato: è dal *diritto* alla vita del singolo che deriva, sulla base dello stesso art. 2 Cost., il *dovere* dello Stato di proteggere tale diritto, anche contro le scelte suicide delle persone più vulnerabili, la cui decisione di morire – ancorché non determinata da indebiti condizionamenti da parte di terzi – è spesso espressione di disagio interiore, e sottende una richiesta di soccorso e solidarietà⁸². Ma tale protezione incontra, quanto meno, il limite della dignità della persona che intenda, in una situazione affatto diversa da quel paradigma di vulnerabilità, congedarsi dalla vita con la modalità che la persona stessa ritenga più confacente, appunto, alla propria dignità.

Rispetto ai due possibili itinerari di fondo sopra tracciati, la decisione della Corte italiana si colloca, all'evidenza, all'interno della logica del secondo di essi: e cioè nella logica del principio di eguaglianza, ancorché illuminato dal riferimento alla dignità della persona. La Corte intende rimuovere una irragionevole disparità di trattamento creata dallo stesso legislatore che – in adempimento, peraltro, dell'obbligo costituzionale discendente dall'art. 32, secondo comma, Cost. – già riconosce la legittimità della scelta di morire da parte del paziente la cui vita dipende da trattamenti di sostegno vitale, come la respirazione, l'alimentazione e l'idratazione artificiale. Conseguentemente, le decisioni in parola si arrestano a una soglia ben anteriore rispetto a quella raggiunta dalle corti colombiana e canadese, non riconoscendo né un generale diritto della persona a

⁷⁹ Lo nota, in particolare, F. PALAZZO, *La sentenza*, cit., p. 8 ss.

⁸⁰ Questa fondamentale *ratio decidendi* era stata già proposta, in un saggio sul caso Cappato pubblicato prima dell'ordinanza n. 207/2018, proprio dall'Autore cui queste pagine sono dedicate: D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., p. 71. Sul ruolo del principio di eguaglianza nell'economia delle decisioni nel caso Cappato, cfr., ampiamente, S. SEMINARA, *Morte assistita*, cit., p. 936 s. In senso critico sull'effettiva similitudine tra le due situazioni, e sul senso della distinzione tra lasciarsi morire e suicidarsi, così come tra eutanasia passiva e attiva, cfr. peraltro le considerazioni di M. ROMANO, *Istigazione*, cit., p. 1805 ss. e 1811.

⁸¹ Lo osserva, tra gli altri, A. VALLINI, *Il "caso Cappato"*, cit., p. 1199.

⁸² Sul punto, ancora, A. VALLINI, *Il "caso Cappato"*, cit., p. 1199 s.

decidere come e quando morire, né *a fortiori* ritenendo prevalente questo diritto rispetto allo scopo di tutela dei pazienti più vulnerabili – scopo che la Corte italiana sottolinea, anzi, corrispondere a un preciso dovere discendente dallo stesso art. 2 Cost.

4.5. *Le sentenze delle Corti costituzionali tedesca e austriaca*

Ben più radicale è invece l'approccio delle Corti costituzionali tedesca e austriaca, chiamate a decidere, nel 2020, sulla compatibilità delle norme in materia di aiuto al suicidio previste nei rispettivi ordinamenti. In entrambi i casi, la decisione è nel senso della loro illegittimità costituzionale (totale, nel primo caso; parziale, nel secondo), all'esito di itinerari argomentativi che valorizzano il diritto della persona alla libera autodeterminazione nelle scelte fondamentali della propria esistenza, tra cui quella di decidere come e quando morire.

La sentenza del Tribunale Costituzionale Federale di Karlsruhe⁸³ è dettata in risposta a numerosi ricorsi individuali – promossi in parte da pazienti gravemente sofferenti desiderosi di essere aiutati a morire, in parte da associazioni create per aiutare i pazienti in quelle condizioni, e in parte da medici e avvocati sostenitori di questa posizione – che impugnavano direttamente il nuovo paragrafo 217, primo comma, del codice penale tedesco, in quanto lesivo dei loro diritti fondamentali. La norma, introdotta dal legislatore nel 2015, incriminava per la prima volta nell'ordinamento penale tedesco – dall'entrata in vigore del codice penale del *Reich* del 1871 in poi – la fattispecie di aiuto al suicidio, subordinatamente alla condizione che la condotta fosse prestata da soggetti «esercenti un'attività commerciale» («geschäftsmässig»). L'intenzione del legislatore del 2015 era dunque quella di confermare la generale liceità dalla condotta individuale di aiuto al

⁸³ Secondo Senato, sentenza 26 febbraio 2020, 2 BvR 2347/15 e altri. Sulla sentenza, e sui suoi profili differenziali rispetto alle pronunce della Corte italiana nel caso Cappato, cfr. fra gli altri, in vario senso, G. BATTISTELLA, *Il "Bundesverfassungsgericht" dichiara incostituzionale la fattispecie penale di "favoreggiamento commerciale del suicidio" (par. 217 StGB): una lettura in parallelo con il "caso Cappato"*, in *BioLaw J.*, 2020, 2, p. 319 ss.; G. FORNASARI, *Paternalismo hard, paternalismo soft e antipaternalismo nella disciplina penale dell'aiuto al suicidio. Corte Costituzionale e Bundesverfassungsgericht a confronto*, in *Sist. pen.*, 11 giugno 2020, p. 1 ss.; F. LAZZERI, *La Corte costituzionale tedesca dichiara illegittimo il divieto penale di aiuto al suicidio prestato in forma commerciale*, in *Sist. pen.*, 28 febbraio 2020; A. MANNA, *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca*, in *Criminalia*, 2019, p. 203 ss.; M. ROMANO, *Suicidio assistito e Corti costituzionali italiana e tedesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 33 ss.; A. NAPPI, *A chi appartiene la propria vita? Diritto penale e autodeterminazione nel morire: dalla giurisprudenza della Consulta alla epocale svolta del Bundesverfassungsgericht*, in *La Legislazione penale*, 2020, 3, p. 1 ss.; A. TIGRINO, *Il Bundesverfassungsgericht in tema di aiuto al suicidio prestato in forma commerciale. Verso un approccio realmente liberale al fine vita?*, in *Arch. pen.*, 2020, 3, p. 1 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della Corte Europea dei diritti umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, in *Legisl. pen.*, 2020, 3, p. 1 ss.

suicidio – tradizionalmente derivata presso la dottrina tedesca dalla non punibilità della condotta principale (il suicidio, appunto) cui la condotta di aiuto accede, e confermata esplicitamente dal secondo comma del nuovo paragrafo 217 in relazione ad ogni altro soggetto, tra cui i parenti e le persone vicine alla persona che abbia ottenuto l'aiuto al suicidio –; ma, al tempo stesso, di vietare la creazione e l'attività in Germania di cliniche che prestassero professionalmente aiuto al suicidio sul modello di quelle da tempo ormai operanti in Svizzera.

La Corte tedesca ritiene, tuttavia, questa nuova disposizione incompatibile con il generale diritto alla personalità (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), dedotto dalla giurisprudenza costituzionale dell'art. 2, secondo comma, della Costituzione in combinato disposto con il principio dell'inviolabilità della dignità umana sancito dall'art. 1, primo comma.

La Corte rammenta che il diritto fondamentale in questione copre, secondo la propria consolidata giurisprudenza, tutte quelle libertà «innominate» che non trovano specifica tutela in altre norme costituzionali, e che non sono tuttavia di minore importanza nel loro significato costitutivo della personalità individuale, risultando direttamente connesse al valore della dignità umana: valore che a sua volta si fonda sull'idea della libera autodeterminazione dell'uomo nello sviluppo della propria personalità. La funzione essenziale del diritto fondamentale in questione sta, dunque, nell'assicurare che la persona possa «trovare, sviluppare e conservare in maniera autonoma la propria identità e individualità»⁸⁴. Tale diritto – osserva la Corte – non può non comprendere anche il «diritto a una morte autodeterminata», che a sua volta include il «diritto al suicidio»⁸⁵. La decisione di morire tocca infatti come nessun'altra l'identità e l'individualità della persona. Essa non può coincidere soltanto con il diritto a rifiutare il trattamento medico, ma comprende necessariamente anche il diritto a porre fine, di propria mano, alla propria vita; anzi, il «diritto alla disponibilità della propria vita»⁸⁶ non può considerarsi limitato alle situazioni di malattie gravi o incurabili, né a particolari fasi della malattia; né, ancora, il suo riconoscimento può dipendere dai motivi che inducono la persona a una tale decisione, che deve essere sempre rispettata da parte dello Stato e della società in quanto atto in cui si esprime la sua autonomia costituzionalmente tutelata. Né, infine, potrebbe sostenersi che, disponendo della propria vita, la persona si privi della propria dignità, ché, anzi, proprio nella libera disposizione della propria vita si esprime immediatamente l'idea del libero sviluppo della personalità, che è coesenziale al concetto stesso di dignità: «la decisione di morire, per quanto estrema, è espressione di dignità»⁸⁷.

Il diritto al suicidio così enucleato comprende, d'altra parte, anche la libertà di chiedere aiuto a terzi, nella misura in cui questi decidano di cooperare volontariamente. Ciò vale specialmente, prosegue la Corte, rispetto a pazienti che dipendano dall'aiuto di medici per concludere la propria vita in modo dignitoso.

⁸⁴ Secondo Senato, sentenza 26 febbraio 2020, 2 BvR 2347/15 e altri, paragrafo 207.

⁸⁵ *Ibidem*, paragrafo 208.

⁸⁶ Così, testualmente, *ibidem*, paragrafo 210.

⁸⁷ *Ibidem*, paragrafo 211.

Poste queste premesse, la Corte ha facile gioco nell'affermare che l'incriminazione censurata limita la libertà in questione; onde il problema si sposta sulla questione se tale limitazione possa considerarsi costituzionalmente legittima. La Corte riconosce che il legislatore ha inteso perseguire la *legittima finalità* di tutelare la vita e la stessa autodeterminazione del singolo, a fronte del rischio – sottolineato da tutte le sentenze che nel mondo si sono occupate del tema – di abusi e di indebite pressioni, anche sociali, sui malati e in generale sulle persone più vulnerabili, che potrebbero essere indotti a considerare la scelta del suicidio assistito come modalità normale di concludere la propria vita. La disposizione censurata può inoltre considerarsi mezzo *idoneo* per conseguire tale finalità; ma – impregiudicata restando la questione se essa costituisca anche un mezzo *necessario* rispetto allo scopo – a fare difetto è certamente la sua *adeguatezza* rispetto allo scopo, ossia la sua proporzionalità in senso stretto. Nell'intento di tutelare la libertà di autodeterminazione della persona da possibili condizionamenti indebiti, il legislatore finisce infatti per sopprimere completamente la sua libertà, opponendo un divieto in pratica assoluto di ricorrere all'aiuto di terzi, sulla base di una presunzione altrettanto assoluta di difetto di libertà da parte di chi decide di porre fine alla propria vita. Con la conseguenza – argomento, questo, che, come il lettore attento rammenterà, era già stato utilizzato dalla Corte Suprema canadese – che taluni pazienti affetti da malattie degenerative potrebbero essere indotti a suicidarsi anzitempo, quando ancora possiedono le forze per farlo, per timore di non poter essere assistiti da terzi in un momento successivo. D'altra parte, nonostante il legislatore abbia confinato la rilevanza penale alle condotte compiute in forma imprenditoriale, le opzioni che residuano alla persona che intenda chiedere aiuto per togliere la vita sono impraticabili o comunque inesigibili: la maggior parte dei medici non è in effetti disposta ad assistere altri al suicidio, anche in ragione del divieto sancito in proposito dalle federazioni professionali dei medici in diversi *Länder* tedeschi, ciò che rende particolarmente importanti i servizi offerti da associazioni e istituzioni sul modello di quelle da tempo operanti in Svizzera. Né appare accettabile la prospettiva che un diritto fondamentale della persona possa avere tutela soltanto all'estero, dove chi desideri l'assistenza al suicidio sarebbe costretto, a proprie spese, a recarsi.

Nel dichiarare, dunque, costituzionalmente illegittima la disposizione censurata del codice penale, il Tribunale Costituzionale Federale sottolinea come il legislatore sia libero di intervenire per tutelare la vita e l'autodeterminazione di tutti coloro che potrebbero essere soggetti a indebite pressioni, in particolare attraverso idonee procedure tendenti ad assicurare l'effettiva libertà e capacità della persona che chiede di essere aiutata a morire. Tuttavia, non potrebbe essere lecito al legislatore – sottolineano espressamente i giudici di Karlsruhe – condizionare l'esercizio di tale diritto fondamentale ad una situazione di malattia incurabile, e tanto meno al suo carattere terminale. E ogni eventuale regolamentazione dovrebbe in ogni caso preoccuparsi di assicurare anche la possibilità concreta di esercitare il proprio diritto fondamentale, ottenendo l'aiuto di terzi – i quali peraltro non potranno mai essere considerati obbligati a prestare tale aiuto.

Su una linea argomentativa non dissimile si colloca, con una decisione soltan-

to di qualche mese successiva, il Tribunale Costituzionale austriaco, il quale pure fonda la dichiarazione di illegittimità costituzionale parziale della norma del codice penale sull'aiuto al suicidio sul diritto alla libera autodeterminazione della persona⁸⁸.

Anche in questo caso, l'intervento della corte era stato sollecitato da vari ricorsi diretti, provenienti tra l'altro da due pazienti affetti da malattie neurologiche degenerative, uno dei quali intendeva essere accompagnato in Svizzera da una persona che si era dichiarata disposta a farlo, ma che era cosciente di esporsi in tal modo a una possibile condanna per il delitto di aiuto al suicidio. I ricorsi miravano, anche qui, direttamente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma, che – analogamente all'art. 580 del codice penale italiano – puniva la condotta di chi «induce» taluno a uccidersi, ovvero gli «presta aiuto» a tale scopo.

La Corte ricapitola anzitutto i principi vigenti nell'ordinamento austriaco in materia di trattamento medico, in base ai quali il medico che pratici un trattamento nonostante il rifiuto del paziente incorrerebbe in una responsabilità penale ai sensi del paragrafo 110, che incrimina il trattamento medico arbitrario; e ciò anche nell'ipotesi in cui il trattamento sia necessario per la vita del paziente. La Corte ribadisce, quindi, l'esistenza di un mandato costituzionale di tutela della vita, ma anche della libertà, e in particolare del diritto fondamentale alla libera autodeterminazione della persona, desumibile dall'art. 8 CEDU e dal principio di eguaglianza sancito dall'art. 7 della Costituzione austriaca; diritto che comprende sia il diritto a conformare liberamente la propria vita, sia il «diritto a una morte dignitosa»⁸⁹, secondo i propri convincimenti e valori⁹⁰. Tale diritto comprende anche, come già ritenuto dal Tribunale Costituzionale Federale tedesco, il diritto a ottenere l'aiuto di terzi che siano disposti a ciò, specialmente allorché chi intenda porre fine alla propria vita non sia in grado di farlo da sé.

La Corte concentra quindi la propria attenzione sulla sola seconda parte della disposizione censurata, relativa alla prestazione di *aiuto materiale al suicidio*, sottolineando come essa rappresenti una limitazione particolarmente incisiva al diritto fondamentale in gioco, vietando senza eccezioni ogni forma di cooperazione con l'altrui proposito suicida; ciò che potrebbe condurre – argomento ormai ben noto al lettore – il paziente a compiere anzitempo il proprio suicidio, nel timore di non essere più in grado di farlo in un momento successivo. La corte respinge quindi nettamente l'idea, avanzata dal Governo nelle proprie difese, secondo cui la norma rifletterebbe un bilanciamento tra il diritto alla vita e quello all'autodeterminazione del paziente, dal momento che dal diritto alla vita non può essere

⁸⁸ Sentenza G 139/2019-71 dell'11 dicembre 2020. Sulla pronuncia, cfr. G. BATTISTELLA, *Il reato di aiuto al suicidio al vaglio della Corte costituzionale austriaca*, in *BioLaw Journal*, 2021, p. 315 ss. A. DE PETRIS, *La Corte costituzionale austriaca cancella il divieto di assistenza al suicidio*, in *Nomos*, 2020, 3, p.1 ss.

⁸⁹ *Ibidem*, paragrafo 65.

⁹⁰ *Ibidem*, paragrafo 73.

dedotto in alcun modo un dovere per il singolo di continuare a vivere⁹¹. Esiste piuttosto un dovere a carico del legislatore di assicurarsi che la volontà del paziente sia realmente espressione di autodeterminazione, e di tutelare in tal modo sia la sua libertà, sia la sua stessa vita; il che implica la necessità di un intervento del legislatore per disciplinare le modalità di espressione del consenso, la sua revocabilità in qualsiasi momento, la capacità del paziente e la serietà del suo proposito, la completezza della sua informazione, l'assenza di vizi della volontà.

A questi argomenti, di per sé sufficienti a fondare la sua decisione, la Corte affianca peraltro anche il rilievo della contraddittorietà della disposizione censurata rispetto alla più generale disciplina delle decisioni di fine vita già vigente nell'ordinamento austriaco, che consente al paziente di accedere all'eutanasia passiva, rifiutando consapevolmente le cure necessarie per la propria sopravvivenza, e che – in seguito all'introduzione, nel 2019, di un nuovo paragrafo 49a nella legge sull'attività medica – regola altresì espressamente la pratica della cosiddetta eutanasia indiretta, e più in particolare la somministrazione di terapie palliative che possono accorciare la vita del paziente, qualora tale somministrazione sia proporzionata al rischio ad esse associato. In un tale quadro, risulta contraddittorio non consentire che l'autodeterminazione del paziente con riguardo alla decisione di morire si possa esplicare non solo mediante la richiesta di interruzione di cure o di terapie palliative in grado di provocare la morte come effetto collaterale, ma anche mediante la richiesta di un farmaco direttamente finalizzato a provocare la morte.

La Corte dichiara dunque l'illegittimità costituzionale della disposizione, nella parte in cui incrimina l'aiuto materiale al suicidio. La sentenza si conclude peraltro con una serie di *caveat*, assenti nella decisione dal Tribunale Costituzionale Federale tedesco, miranti a sottolineare l'estrema delicatezza della materia, e in definitiva l'opportunità di un sollecito intervento del legislatore. La Corte non nasconde, più in particolare, che la libera autodeterminazione della persona è sempre condizionata dalle concrete circostanze sociali, familiari ed economiche nelle quali essa versa, e dalla disegualianza fattuale di tali condizioni, così come dalla maggiore o minore disponibilità di assistenza medica e, in particolare, di terapie palliative, che spetta al legislatore assicurare ai pazienti che desiderino accedervi.

4.6. "Controlimiti" al «diritto a morire»? Le più recenti pronunce delle Corti costituzionali portoghese e italiana

In una direzione diametralmente opposta, nel quadro appena tracciato, si collocano infine due recentissime sentenze delle corti costituzionali portoghese e italiana, che intervengono a segnalare l'esistenza di limiti costituzionali alla stessa libertà per il legislatore – o, nel caso italiano, per lo stesso corpo elettorale, attraverso lo strumento del referendum – di legalizzare l'eutanasia. Se dunque i diritti fondamentali della persona – o quanto meno il principio di eguaglianza – si op-

⁹¹ *Ibidem*, paragrafo 84.

pongono a una criminalizzazione a tutto tondo dell'aiuto al suicidio o addirittura dell'omicidio su richiesta, le ragioni di tutela della vita umana e in definitiva della stessa autodeterminazione individuale che sostengono tali incriminazioni a loro volta si oppongono, secondo queste due pronunce, a una decriminalizzazione indiscriminata, ponendosi in certo senso quali «limiti dei limiti», dal punto di vista del diritto costituzionale, alle fattispecie penali in questione.

Il Tribunale Costituzionale portoghese viene adito dal Presidente della Repubblica a esaminare in via preventiva la compatibilità con la Costituzione di una disposizione della legge sulla «anticipazione della morte medicalmente assistita», approvata nel febbraio 2021 dal Parlamento, ma la cui promulgazione era stata sospesa dallo stesso Presidente proprio in ragione dei dubbi sulla sua costituzionalità, in ragione – in particolare – dell'allegata indeterminatezza del requisito della «sofferenza intollerabile determinata da una lesione definitiva di estrema gravità secondo l'opinione condivisa nella scienza medica ovvero da una malattia incurabile e fatale»⁹². Secondo il ricorrente, tanto il concetto di «sofferenza intollerabile» quanto quello di «lesione definitiva di estrema gravità secondo l'opinione condivisa nella scienza medica» sarebbero affetti da irrimediabile vaghezza, e non risulterebbero determinabili in sede applicativa.

Il Tribunale decide tuttavia di porsi anzitutto il problema preliminare se la legalizzazione dell'eutanasia, attuata dal legislatore mediante una disciplina che dichiara espressamente non punibili i fatti di omicidio su richiesta e di aiuto al suicidio compiuti in presenza delle condizioni disciplinate dalla legge, sia essa stessa compatibile con le esigenze costituzionali del diritto “inviolabile” alla vita, riconosciuto dall'art. 24, primo comma, della Costituzione portoghese. La sentenza esclude, in primo luogo, che dal diritto alla vita possa desumersi un diritto a decidere come e quando e morire. Un tale diritto *potrebbe* – osserva la Corte – essere derivato dal diritto al libero sviluppo della personalità sancito dall'art. 26, primo comma, della Costituzione: ma certamente nell'ordinamento portoghese, che da sempre ha conosciuto l'incriminazione tanto dell'omicidio su richiesta quanto dell'aiuto al suicidio, non può ravvisarsi – a differenza di quanto accade nell'ordinamento tedesco – un generale diritto fondamentale della persona alla disponibilità della propria vita⁹³. Piuttosto, deve affermarsi in via generale l'esistenza di un *dovere statale* di proteggere la *vita* e la stessa *libertà* della persona che desidera darsi la morte. Peraltro, questo dovere non preclude – sulla medesima linea di quanto stabilito dalla Corte costituzionale italiana nelle decisioni sul caso Cappato, puntualmente citate dal Tribunale – la possibilità di riconoscere, a determinate condizioni, la liceità dell'anticipazione della morte di una persona che consapevolmente e liberamente chiede che sia posto fine alle proprie sofferenze, in chiave di tutela della sua stessa dignità⁹⁴. L'aiuto al suicidio non può dunque es-

⁹² Sentenza 123/2021 del 12 aprile 2021.

⁹³ *Ibidem*, paragrafo 29.

⁹⁴ *Ibidem*, paragrafo 32.

sere considerato oggetto di una pretesa costituzionale positiva da parte del paziente, salvo che nella misura in cui sia in causa la stessa *dignità* di chi chiede di morire: il che avviene laddove una proibizione *assoluta* di ogni condotta che anticipi la morte del paziente determinerebbe «la riduzione della persona a mero oggetto di trattamenti indesiderati, e, in definitiva, la sua condanna a una sofferenza senza significato di fronte a una morte comunque inevitabile»⁹⁵.

A fronte però delle conseguenze irreversibili della scelta di morire, si impone anche in questi casi una robusta disciplina da parte del legislatore in grado di minimizzare il rischio di condotte abusive o comunque pregiudizievoli per persone che versano necessariamente in una situazione di speciale vulnerabilità. Al riguardo, il Tribunale esclude di dover esaminare i lamentati difetti di precisione della disciplina sotto il profilo del principio di legalità in materia penale, dal momento che tale disciplina opera come causa di giustificazione (o addirittura come causa di esclusione della tipicità penale), e produce pertanto l'effetto di restringere l'area del penalmente rilevante. Vi è però, secondo il Tribunale, una esigenza di sufficiente precisione che si impone, in virtù del principio del rispetto dello stato di diritto (a sua volta fondato sugli artt. 2 e 165, primo comma, Costituzione), a qualsiasi norma che incida in senso limitativo sui diritti fondamentali della persona, come il diritto alla vita. A questo metro, il Tribunale ritiene sufficientemente determinabile, con l'aiuto della scienza medica, il concetto di «sofferenze intollerabili», ma ritiene invece irrimediabilmente imprecisa la nozione di «lesione definitiva di estrema gravità secondo l'opinione condivisa nella scienza medica», dichiarando così l'illegittimità costituzionale della disciplina censurata – e precludendone, allo stato, l'entrata in vigore.

La sentenza è peraltro corredata da numerose opinioni separate, di tenore peraltro eterogeneo.

Quattro dei dodici giudici, in particolare, avrebbero dichiarato costituzionalmente illegittima l'intera disciplina in quanto incompatibile con il principio di inviolabilità della vita sancito dalla Costituzione portoghese, diritto che essi ritengono anche indisponibile da parte del suo titolare. La risposta alle sofferenze del malato terminale, sottolineano i giudici concorrenti, non può essere l'eutanasia, ma unicamente il potenziamento dell'offerta di terapie palliative⁹⁶.

Cinque giudici sono invece su posizioni diametralmente opposte, esprimendo il proprio dissenso sulla decisione di incostituzionalità pronunciata dal Tribunale⁹⁷. I giudici di minoranza non concordano sulla insufficiente precisione dei requisiti normativi riscontrata dalla maggioranza; ma soprattutto dissentono sul complessivo *iter* argomentativo della decisione, che ritengono divergere in modo significativo da quelli che sono divenuti ormai gli standard costituzionali comuni ad altri ordinamenti, soprattutto europei. Essi criticano l'enfasi della sentenza

⁹⁵ *Ibidem*, paragrafo 33.

⁹⁶ *Ibidem*, *declaração de voto* dei giudici Rangel de Mesquita, Mata-Mouros, Rodrigues Ribeiro e Teles Pereira.

⁹⁷ *Ibidem*, *declaração de voto* dei giudici Canotilho, Abrantes, Raimundo e Vaz Ventura e *declaração de voto* del giudice de Almeda Ribeiro.

sulla tutela del diritto alla vita a discapito del diritto al libero sviluppo della personalità, ciò che equivale all'affermazione di un inesistente dovere di continuare a vivere in qualunque circostanza, non deducibile dalla proclamazione costituzionale del "diritto" alla vita (cui è correlato, invece, il divieto in capo a terzi di uccidere persone che desiderino continuare a vivere).

Né – sottolinea il giudice de Almeida Ribeiro, nella propria opinione dissenziente – ha alcun significato *bilanciare* diritto alla vita e diritto all'autodeterminazione in situazioni di sofferenza: un simile bilanciamento equivarrebbe a riconoscere che alcune vite abbiano meno valore di altre, e che il "peso" dell'autodeterminazione può variare a seconda della qualità delle ragioni che supportano la scelta di morire, secondo il discrezionale apprezzamento del legislatore. All'opposto, occorrerebbe francamente riconoscere che la vita umana è diritto *disponibile* da parte del suo titolare, e che nessuno può legittimamente essere costretto a continuare a vivere, giacché ciò ridurrebbe la persona a oggetto per il perseguimento di scopi che la trascendono. Vero è che, in molte ipotesi, la scelta di togliersi la vita è frutto di decisioni irriflesse e precipitate, e che pertanto il legislatore è legittimato a intervenire per tutelare la vita delle persone, presumendo una non libertà della scelta; ma altrettanto ineccepibile dal punto di vista costituzionale si dovrebbe considerare una legge che, come quella all'esame, inverte tale presunzione, in presenza di circostanze oggettive come quelle puntualmente descritte dalla legge medesima.

In direzione ancora più netta in difesa della vita umana di fronte a situazioni normative che liberalizzino l'eutanasia si è mossa la Corte costituzionale italiana, nella recentissima sentenza che ha dichiarato l'inammissibilità del referendum abrogativo avente a oggetto l'art. 579 c.p.⁹⁸.

Come è noto, la Corte ha anzitutto sottolineato come, per effetto del «ritaglio» della disposizione proposta dal Comitato promotore, in caso di accoglimento della proposta referendaria l'art. 579 c.p. si sarebbe limitato a estendere la medesima pena già prevista per l'omicidio volontario alle ipotesi di invalidità del consenso per incapacità dell'offeso o per un vizio nella sua formazione, sancendo così – *a contrario sensu*, ma inequivocabilmente – la generale *liceità* dell'omicidio del consenziente *in ogni altra ipotesi*. La non punibilità non sarebbe dunque rimasta confinata a condotte compiute nei confronti di persone affette da malattie gravi e irreversibili, ma si sarebbe estesa a qualsiasi situazione in cui la persona chiede la propria morte per effetto di situazioni di disagio (affet-

⁹⁸ Sentenza n. 50/2022, su cui cfr., in vario senso, A. ALBERTI, *L'omicidio del consenziente come norma a contenuto costituzionalmente vincolato o a contenuto necessario/obbligatorio? Brevi note alla sent. n. 50 del 2022*, in *federalismi.it*, 2022, 14, p. 176; A. MASSARO, *La natura costituzionalmente necessaria dell'art. 579 c.p.: la Consulta dichiara inammissibile il referendum in materia di eutanasia legale*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 2174 ss.; D. PULITANÒ, *Morte assistita*, cit.; A. PUGIOTTO, *Eutanasia referendaria. Dall'ammissibilità del quesito all'incostituzionalità dei suoi effetti: metodo e merito nella sent. n. 50/2022*, in *Rivista AIC*, 2022, p. 83 ss.; S. SEMINARA, *Morte assistita*, cit., p. 949 ss.

tivo, familiare, sociale, economico), o anche solo per *taedium vitae*; e si sarebbe prodotta a prescindere dalla qualità del soggetto attivo (non necessariamente un sanitario), dalle ragioni della volontà di morire, dalle forme di manifestazioni del consenso, dai mezzi utilizzati per provocare la morte, abbracciando anche l'ipotesi di consenso prestato per effetto di errore spontaneo, non provocato dall'altri suggestione.

Un tale risultato – ritenuto non schermabile attraverso un'esegesi della normativa di risulta come quella ipotizzata dai promotori del referendum (i quali avevano sostenuto l'applicabilità, in via sostanzialmente analogica, della procedura medicalizzata prevista dalla legge n. 219 del 2017 per il rifiuto di terapie salvavita) – viene giudicato dalla Corte incompatibile con le *esigenze minime di tutela della vita umana* discendenti dalla Costituzione. L'art. 579 c.p. costituisce infatti una legge «costituzionalmente necessaria», ancorché non a contenuto vincolato, essendo posta a tutela della vita umana, che l'ordinamento ha un preciso dovere – discendente dall'art. 2 Cost. – di tutelare. La *ratio* della norma, esattamente come nel caso dell'art. 580 c.p., è quella di tutelare la persona – specialmente se versante in condizioni di particolare debolezza e vulnerabilità – contro scelte estreme e irreparabili, assunte in situazioni di momentanea difficoltà o sofferenza, o comunque non sufficientemente meditate; dovendosi respingere – sottolinea ancora la Corte, riprendendo un passaggio della propria ordinanza n. 207/2018 nel caso Cappato – una «concezione astratta dell'autonomia individuale» che ignori «le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite».

Secondo la Corte costituzionale italiana, dunque, non può essere consentito al legislatore referendario determinare, attraverso la proposta abrogazione, il completo venir meno di tale livello minimo di tutela.

5. Qualche considerazione conclusiva

Il percorso si conclude qui, almeno, per ora, restituendo un quadro con qualche punto fermo, e molti punti ancora da definire, nella ricostruzione di quelle che potremmo definire come un nucleo in formazione di “tradizioni costituzionali comuni”, in una vasta area geografica che comprende ormai vari paesi europei e americani.

(a) Un punto fermo comune a tutti gli ordinamenti esaminati è quello relativo alla esistenza, in ciascun ordinamento, di un *diritto fondamentale a rifiutare ogni trattamento medico*, inclusi quelli necessari a garantire la sopravvivenza del paziente (a loro volta comprendenti i trattamenti di alimentazione e idratazione artificiale).

Il fondamento normativo e la stessa *ratio* di questo diritto non sono, d'altra parte, sempre individuati in modo omogeneo.

Nel diritto costituzionale italiano, il riferimento normativo ormai consolidato è alla triade rappresentata dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., che – nel loro insieme – paiono evocare l'idea della tutela del *corpo* del paziente contro ingerenze non consentite da parte di qualsiasi terzo, e dunque anche da parte del medico. La medesima idea si ritrova nel *common law* inglese, in un orizzonte culturale in cui manca del tutto il formante costituzionale, laddove l'intervento medico senza il consenso del paziente è da sempre considerato costitutivo sia del *tort* sia del *crime* di *battery* in assenza di una idonea causa di giustificazione alternativa, come la *medical necessity* – oggi pacificamente ritenuta insussistente nell'ipotesi di consapevole rifiuto del trattamento da parte di un paziente capace di autodeterminarsi. Anche nell'ordinamento tedesco il diritto fondamentale alla *invulnerabilità fisica*, riconosciuto dall'art. 2, paragrafo 2, della Legge fondamentale è stato a lungo considerato l'essenziale fondamento normativo del diritto (costituzionale) al rifiuto di qualsiasi trattamento. Infine, pure il diritto fondamentale alla *privacy* enucleato dalla Corte Suprema americana tra gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso contiene una dimensione di *tutela di uno spazio fisico della persona* (la cui sfera minima coincide, per l'appunto, con il suo *corpo*) nella quale lo Stato non è autorizzato a entrare, e in cui la persona ha il diritto di essere lasciata sola.

In ciascuno di questi ordinamenti, si fa però sempre più strada un diverso ancoraggio del diritto a rifiutare i trattamenti medico: quello, cioè, che ne individua la fonte nel diritto all'*autodeterminazione*, o al *libero sviluppo della propria personalità*, pure riconosciuto espressamente o implicitamente nel diritto costituzionale di molti paesi. Se in Italia manca ancora una organica elaborazione pretoria di questo diritto, esso è spesso evocato – specie nell'elaborazione dottrinale – proprio in relazione alla materia dei trattamenti medici, ove viene ancorato nello stesso art. 32, secondo comma, Cost., in combinato disposto con l'art. 2 Cost., *sub specie* questa volta di diritto all'"autodeterminazione terapeutica". Esplicita è, invece, l'individuazione della sua base normativa, presso la dottrina e la giurisprudenza tedesca, nell'art. 2, paragrafo 2, della Legge fondamentale, che accanto al diritto all'invulnerabilità fisica riconosce, appunto, il *diritto al libero sviluppo della personalità*. E lo stesso diritto costituzionale di *privacy*, nell'esperienza della giurisprudenza della Corte Suprema USA, è stato letto – prima almeno del suo ormai sempre più inarrestabile declino – come espressione di una sovranità dell'individuo sulle scelte più intimamente attinenti alla propria esistenza, a cominciare da quelle sul proprio corpo.

Come poc'anzi rilevato, le due prospettive appaiono fungibili per giustificare il diritto al *rifiuto* del trattamento; ma soltanto la seconda possiede potenzialità espansive capaci di proiettarsi sulla tematica dell'eutanasia attiva, dove non si pone un problema di *tutela del corpo contro ingerenze esterne*, quanto piuttosto un problema di tutela della *libertà della persona di decidere sul proprio corpo*, e in definitiva sulla propria stessa vita. La prima prospettiva supporta ancora la fon-

damentale distinzione tra “lasciar morire” e “uccidere”; la seconda tende a far saltare questa linea discrezionale, e ad accomunare tanto l’una, quanto l’altra ipotesi, come semplici espressioni di un unico, onnicomprensivo “diritto a morire”.

(b) Rispetto poi alla distinta tematica della omissione o, più spesso, interruzione di trattamenti di sostegno vitale a *pazienti incapaci*, va pure registrato un consenso crescente in molti ordinamenti – e certamente nella totalità di quelli sin qui considerati – a considerare lecita tale interruzione non solo in presenza di una manifestazione anticipata di volontà da parte del paziente, ma anche nelle ipotesi in cui tale volontà anticipata manchi, e il trattamento sia invero in sé idoneo a prolungare, anche in modo considerevole, la vita del paziente, ma questi versi in uno stato di totale incoscienza e sia pertanto incapace di ricavare alcun beneficio dal proprio stesso mantenimento in vita, come nel caso paradigmatico del paziente in stato vegetativo permanente.

Anche in questo caso, però, si è visto come il fondamento normativo e la stessa logica della soluzione non sia uniforme.

In molti casi, alla soluzione si è pervenuti – sul piano, ancora, del diritto costituzionale – attraverso una espansione della logica del *diritto fondamentale a rifiutare il trattamento*, immaginandone un suo esercizio *in nome e per conto del paziente* da parte di altri – normalmente, il legale rappresentante –, sulla base di una valutazione *ipotetica* su ciò che il paziente stesso avrebbe verosimilmente desiderato, ove fosse stato in grado di esprimere la propria volontà. Si tratta della soluzione individuata nel caso Englaro in Italia, sul modello dei precedenti statunitensi e della giurisprudenza, civile e penale, del Tribunale Supremo Federale tedesco.

Altrove, e in particolare nel Regno Unito, la soluzione è stata individuata dalla giurisprudenza a partire dalla logica secondo cui qualsiasi trattamento, in quanto pratica invasiva del corpo del paziente, necessita di una specifica giustificazione, che si radica alternativamente nel consenso del paziente stesso, ovvero – in caso di incapacità di quest’ultimo – della sua oggettiva utilità rispetto ai suoi interessi. Ciò posto, si nega che il mero mantenimento delle funzioni vitali di un paziente totalmente incosciente possa essere considerato un obiettivo terapeutico apprezzabile, in assenza di qualsiasi prospettiva di recupero della coscienza secondo il giudizio della scienza medica. La prospettiva è, dal punto di vista teorico, totalmente differente rispetto alla prima: non già quella del rispetto di un diritto del paziente a rifiutare il trattamento esercitato dal suo legale rappresentante, bensì quella della non doverosità della prosecuzione di *trattamenti oggettivamente ritenuti futili* dal medico, e pertanto *inutilmente invasivi del corpo* del paziente stesso.

(c) Infine, il quadro che emerge dall’analisi comparata delle giurisprudenze di numerose corti supreme e costituzionali è ancora frammentato riguardo alla

tematica dell'*aiuto a morire*: tanto nella forma del suicidio medicalmente assistito, quanto in quella della vera e propria eutanasia attiva praticata dal medico.

Nel panorama di diritto comparato, sino al 2015 soltanto la Corte costituzionale colombiana aveva affermato (fin dal 1997) l'esistenza di un diritto a morire con dignità, incompatibile con una criminalizzazione senza eccezione dell'omicidio su richiesta della vittima; mentre la Corte Suprema USA, la Corte EDU, la *House of Lords* in *Pretty* e poi ancora la Corte Suprema inglese in *Nicklinson* avevano rifiutato di riconoscere un diritto fondamentale di ciascuno a determinare come e quando morire, rigettando i corrispondenti ricorsi che ne assumevano l'esistenza a partire dall'estensione della logica del diritto a rifiutare i medici salvavita.

La situazione è però radicalmente mutata negli ultimi sette anni, per effetto del susseguirsi di decisioni che, in misura più o meno estesa, hanno dichiarato l'incostituzionalità totale o parziale delle disposizioni che, in diversi ordinamenti, incriminavano l'assistenza al suicidio. Alla sentenza della Corte Suprema canadese che, nel 2015, ha aperto la strada alla legalizzazione a livello federale del suicidio assistito, hanno fatto seguito nel 2018-2019 la coppia di decisioni italiane sul caso Cappato, le sentenze delle Corti costituzionali tedesca e austriaca, e altre decisioni della Corte costituzionale colombiana che hanno ulteriormente allargato l'area di non punibilità delle condotte eutanasiche e di aiuto al suicidio. Contemporaneamente, nuove legislazioni (Spagna, Nuova Zelanda e vari Stati australiani) si sono aggiunte a quelle (Olanda, Svizzera, Belgio, Lussemburgo, oltre a taluni Stati nordamericani e australiani antesignani) che già da tempo avevano consentito l'eutanasia attiva o, quanto meno, il suicidio assistito. In Portogallo, invece, l'entrata in vigore della legge di legalizzazione dell'eutanasia è stata bloccata *in extremis* dal Presidente della Repubblica e dal Tribunale costituzionale, in nome della necessità di non indebolire eccessivamente la tutela della vita – una preoccupazione, questa, che ha ispirato anche la recentissima pronuncia della Corte italiana sul referendum in materia di omicidio del consenziente.

Il quadro comparato in materia può pertanto ritenersi, dunque, in tumultuosa evoluzione, facendo emergere un'alternativa fondamentale: quella, cioè, tra il riconoscimento di una piena e integrale libertà *di ciascuno* di determinare *come e quando morire*, concepita come espressione particolare del più ampio diritto fondamentale all'autodeterminazione (o al libero sviluppo della propria personalità), secondo il modello tedesco e austriaco; e il riconoscimento, invece, di un più circoscritto diritto *del paziente* a essere liberato da *sofferenze* intollerabili⁹⁹ –

⁹⁹ Cfr., sul punto, F. PALAZZO, *La sentenza*, cit., p. 11: l'orizzonte della libertà riconosciuta dalla Corte italiana «è segnato in modo pregnante dalla malattia e dalla *sofferenza*: è questa la bussola che orienta in materia e che ha orientato fundamentalmente la Corte»; è solo «nell'orizzonte tracciato dalla *sofferenza*» che, secondo questa prospettiva, «la libertà di autodeterminazione si

un diritto, dunque, che nasce attorno a situazioni di malattia grave (terminale o meno che sia), e non si estende pertanto a qualsiasi scelta di morte, come nel modello colombiano, canadese o italiano¹⁰⁰.

Rispetto a ciascuna di queste prospettive, si pone invero il medesimo problema – che necessariamente richiede l'intervento del legislatore – di assicurare che la volontà del paziente sia esente da indebiti condizionamenti, e sia sorretta da completa informazione. Tuttavia, le due impostazioni restano profondamente diverse nelle rispettive ispirazioni¹⁰¹, e conducono a risultati applicativi necessariamente differenti. Per la prima, la malattia (e la sofferenza connessa) è soltanto uno dei possibili presupposti fattuali idonei a sorreggere la scelta della persona di concludere la propria vita¹⁰², che l'ordinamento è in ogni caso tenuto a rispettare se la persona sia capace e la scelta medesima sia pienamente libera e informata; per la seconda, la malattia e la sofferenza rappresentano il presupposto indispensabile per la sussistenza del suo stesso diritto fondamentale a decidere come e quando porre fine a tale sofferenza.

Sullo sfondo resta, dunque, il bisogno di una riflessione ulteriore sull'estensione dei due grandi diritti in gioco: il *diritto alla vita*, e i correlati doveri di protezione in capo allo Stato che hanno a oggetto la vita stessa; e il *diritto al libero sviluppo della personalità*, o all'autodeterminazione, inteso come diritto fondamentale autonomo o – almeno – come parte del diritto alla vita privata, riconosciuto dall'art. 8 CEDU, e sempre più considerato come inclusivo della decisione su come e quando morire.

Difficile negare, in effetti, che la scelta di concludere la propria vita – meglio, la decisione su come e quando concluderla – debba essere considerato come una componente di quest'ultimo diritto. Ma pressante, e drammatica, è la domanda – che il presente contributo non può che lasciare senza risposta – se e in che misura lo Stato sia legittimato, o addirittura abbia il dovere costituzionale, di limitare nel caso concreto questa libertà, per tutelare la persona di fronte a una scelta definitiva, che preclude in radice ogni esercizio futuro di libertà, almeno laddove la decisione di morire non sia determinata da una sofferenza acuta e senza speranza, tale da precludere alla persona ogni realistica prospettiva di

espande e trova una ragion d'essere, un fondamento sostanziale e positivo, che non sia solo il mero «volere», nella salvaguardia della dignità».

¹⁰⁰ Auspicano l'adozione del primo approccio anche nell'ordinamento italiano, criticando conseguentemente l'approccio più circoscritto della Corte costituzionale, A. MANNA, *Esiste un diritto a morire?*, cit., p. 216 ss.; A. TIGRINO, *Il Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 11 ss. In favore di quest'ultimo approccio, cfr. invece G. BATTISTELLA, *Il Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 347.

¹⁰¹ Sul punto, ampiamente, M. ROMANO, *Suicidio assistito*, cit., p. 36.

¹⁰² Scelta che, nella prospettiva del Tribunale costituzionale federale tedesco, dovrebbe essere sempre rispettata in quanto espressione di un «diritto al suicidio non delimitato né delimitabile dall'esterno, non legato a malattie o fasi della vita, non sindacabile in alcun modo nelle ragioni che ne provocano l'esercizio» (così M. ROMANO, *Suicidio assistito*, cit., p. 54).

ulteriore sviluppo della propria esistenza. O se invece, come affermano all'unisono le Corti tedesca e austriaca, la libertà in questione si concretizzi in un diritto costituzionale «a una morte dignitosa», o in un vero e proprio «diritto al suicidio».

Un dilemma, questo, che a sua volta rimanda alla questione, evocata dalla Corte costituzionale italiana ma anche da quella austriaca nella parte finale della propria sentenza, del “peso” da attribuire alle circostanze concrete in cui si forma la decisione di morire. Si tratta di circostanze della più diversa natura – economica, sociale, familiare, caratteriale, etc. –, che inevitabilmente condizionano quella decisione, e che sollecitano le Corti e lo stesso legislatore a interrogarsi se la libertà e consapevolezza di una scelta come quella di morire – considerata dal Tribunale Federale Costituzionale tedesco come espressione ultima e suprema della stessa dignità della persona – possano davvero essere valutate soltanto con lo strumento della verifica dell'assenza di vizi della volontà, e della presenza di una generica capacità di decidere circa i propri interessi; o se, piuttosto, il dovere di solidarietà (e di «compassione»¹⁰³) verso la situazione di sofferenza che sorregge realisticamente ogni scelta di morire reclaims dall'ordinamento, e dalla società nel suo complesso, qualcosa di più e di diverso dal mero rispetto della libertà di morire della persona, sotto forma di aiuti concreti ed effettivi che possano offrirle qualche ragione in più per continuare a vivere.

¹⁰³ È l'espressione utilizzata, proprio in questo contesto, da M. DONINI, *Libera nos*, cit., p. 19.

AIUTO A MORIRE, PATERNALISMO PENALE E LAICITÀ. UN DIALOGO A DISTANZA CON DOMENICO PULITANÒ

Patrizia Borsellino

SOMMARIO: 1. Introduzione. I recenti sviluppi in tema di fine vita come occasione per proseguire il dialogo. – 2. Proposta referendaria di abrogazione parziale dell’art. 579 c.p., giudizio di inammissibilità e paternalismo penale. – 3. Il paternalismo penale e la sua giustificazione nella regolazione del fine vita. – 4. Paternalismo e antipaternalismo nel fine vita. Una contrapposizione superabile se contestualizzata. – 5. Il terzo destinatario della richiesta di aiuto a morire al centro. – 6. Scelte normative sul fine vita e difesa del pluralismo. Quali le strade praticabili?

1. Introduzione. I recenti sviluppi in tema di fine vita come occasione per proseguire il dialogo

L’iniziativa intrapresa, nel corso del 2021, con l’obiettivo di pervenire all’abrogazione parziale, per via referendaria, dell’art. 579 c.p. (Omicidio del consenziente), e la successiva sentenza n. 50 del 15 febbraio 2022, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la richiesta di referendum, hanno rappresentato gli ultimi eventi “giuridicamente rilevanti”, che, facendo seguito ai numerosi, susseguitisi negli anni precedenti, hanno confermato come anche in Italia, non diversamente da quello che era già avvenuto in altri Paesi europei e, prima che negli altri contesti, negli Stati Uniti fino dagli anni settanta, sia proprio il diritto a rappresentare l’ambito nel quale prendono corpo o, quantomeno, si prospettano con il più alto livello di problematicità, le questioni rientranti nell’ambito della bioetica, in generale, e della bioetica di fine vita, in particolare¹.

A riprova, d’altra parte, di quanto sia lontana la stagione – quella che ha coinciso con i primi due, tre lustri dello sviluppo della bioetica nel continente europeo e, soprattutto, in Italia – contrassegnata dalla scarsa attenzione dei giuristi per il problema dell’adeguatezza del diritto vigente e/o della sua rimodula-

¹ Cfr., al proposito, P. BORSELLINO, *Bioetica tra “moralì” e diritto. Nuova edizione aggiornata*, Raffaello Cortina, Milano, 2018, in particolare, il secondo capitolo, *Bioetica e diritto*, pp. 67-109.

zione in presenza di mutati scenari di intervento sulla vita umana (e non umana), si è assistito a un ampio dibattito che, lungi dall'essere monopolizzato dagli studiosi di bioetica di matrice filosofico-morale, ha visto la partecipazione di giuristi di diversa specializzazione e, tra questi, in particolare di costituzionalisti e di penalisti, scesi in campo accanto a filosofi del diritto che, come chi scrive, si sono (già da tempo) impegnati in una riflessione critica sui criteri *propriamente* giuridici delle prassi in ambito sanitario e, in generale, degli interventi sul corpo, realizzata con l'intento di evidenziarne i rapporti con i criteri reperibili negli altri sistemi regolativi delle condotte individuali e sociali, in particolare, nelle visioni morali e nelle deontologie degli esercenti le professioni sanitarie.

Non v'è da stupirsi che, anche nella più recente fase del dibattito sulle trasformazioni normative da ritenersi ammissibili e auspicabili in materia di decisioni di fine vita, sia stata chiamata in causa la filosofia del diritto, posto che, già negli anni passati, essa è parsa configurare l'ambito disciplinare privilegiato nel quale affrontare i problemi di fondo di cui la regolazione giuridica delle questioni bioetiche presuppone la soluzione o, quantomeno, richiede il chiarimento². Tuttavia, se, in linea con l'insegnamento di Norberto Bobbio³, si condivide, come sono personalmente persuasa che si debba fare, la tesi che la riflessione filosofico-giuridica di cui ci si può utilmente avvalere (anzi, di cui non si può fare a meno) per raggiungere un sicuro dominio conoscitivo del complesso universo culturale rappresentato dal diritto, così come per far chiarezza sulle operazioni che ne influenzano la costruzione, è quella per la quale Bobbio aveva coniato la formula "filosofia del diritto dei giuristi", non si può dubitare che il lavoro critico-riflessivo da porre in essere sia quello che, nel costante riferimento ai complessi insiemi discorsivi in cui consistono le norme, così come nel riferimento ai discorsi sulle norme, vale a dire ai discorsi dei giuristi, investiti dell'interpretazione e dell'elaborazione teorica del diritto nei molteplici ambiti in cui si articola, ha la condizione per mantenere un solido ancoraggio all'esperienza giuridica.

In altre parole, la riflessione filosofico-giuridica lontana dalle "evoluzioni nei cieli della metafisica"⁴, proprie della filosofia del diritto di carattere speculativo, e, per contro, contrassegnata dall'adozione di uno stile di lavoro analitico⁵ e dal

² Sul punto, cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica e filosofia del diritto. Un incontro opportuno anzi necessario*, in P. NERHOT (a cura di), *L'identità plurale della Filosofia del diritto*. Atti del XXVI Congresso Nazionale della Società italiana di Filosofia del diritto", ESI, Napoli, 2009, pp. 283-302.

³ Cfr. N. BOBBIO, *Natura e funzione della Filosofia del diritto*, in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, pp. 37-51. Cfr., anche, P. BORSELLINO, *Bobbio "filosofo del diritto dei giuristi"*, in M. SAPORITI (a cura di), *Norberto Bobbio: rigore intellettuale e impegno civile*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 29-45.

⁴ U. SCARPELLI, *Filosofia e diritto*, in AA.VV., *La cultura filosofica italiana dal 1945 al 1980*, Guida Editori, Napoli, 1981, p. 175.

⁵ A fondamento della preferenza per il quale Bobbio esprimeva la convinzione che "pur essendo sintesi e analisi momenti necessari di ogni ricerca, è pur sempre preferibile un'analisi senza

radicamento in una approfondita conoscenza del diritto nella concretezza delle sue espressioni e dei suoi sviluppi nei diversi contesti e momenti storici, non può far altro che tenere nella più attenta considerazione le argomentazioni della dottrina giuridica e individuarvi l'imprescindibile punto di avvio di un lavoro di scandaglio critico, volto a confermarne la solidità o a evidenziarne le debolezze.

Una prospettiva, questa, nella quale non solo si profila un rapporto di continuità tra il lavoro del filosofo del diritto e quello del giurista, ma si evidenzia l'opportunità di un dialogo dal quale soltanto può derivare un reciproco arricchimento. Se questo vale in generale, vale, a maggior ragione, in relazione a un autorevole penalista come Domenico Pulitanò, il quale ha sovente indossato i panni – per dirla sempre con Bobbio, – del “giurista filosofo”⁶, incline a interrogarsi sugli assunti valutativi delle soluzioni normative adottate dal diritto penale, nonché sull'impatto che sulla disciplina giuridica di una determinata materia può avere la configurazione dei rapporti tra il diritto e la dimensione morale.

In questo scritto, che ho accettato con piacere di realizzare per il volume a lui dedicato in occasione del suo ottantesimo compleanno, mi propongo di proseguire, idealmente, il dialogo avviato in precedenti occasioni, soprattutto negli anni della nostra condivisa attività accademica nell'Università di Milano-Bicocca, prendendo spunto dalle riflessioni in tema di interventi di fine vita con le quali Pulitanò non ha mancato di far sentire la sua voce nel recente sopra richiamato dibattito.

2. Proposta referendaria di abrogazione parziale dell'art. 579 c.p., giudizio di inammissibilità e paternalismo penale

Nella discussione innescata dalla proposta di referendum per l'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p., la prima, e decisiva, divergenza di valutazione, che si è profilata tra i giuristi intervenuti, e che ha giocato un ruolo significativo nell'adozione di una posizione favorevole o contraria alla dichiarazione di ammissibilità, di cui era investita la Corte costituzionale, ha riguardato gli effetti giuridici comportati dall'accoglimento del quesito referendario. Da una parte, ha, infatti, trovato accoglienza la tesi dei proponenti che, con l'abrogazione referendaria, il presidio penale contro l'omicidio del consenziente non sarebbe stato “totalmente” eliminato, restando ferma la rilevanza penale per le ipotesi sia di condotte contro persone in un particolare stato di vulnerabilità, quali i minori e le persone inferme di mente o affette da deficienza psichica, sia per le ipotesi di

sintesi ..., che una sintesi senza analisi, ..., la prima procurando almeno materiali buoni per costruire, la seconda costruendo case di sabbia in cui nessuno andrebbe ad abitare” (N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, p. 44).

⁶N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, pp. 43-44.

consenso non libero, estorto o carpito con l'inganno, secondo la previsione del terzo comma dell'art. 579 c.p., non incluso nella richiesta di referendum, bensì, sarebbe stato oggetto di una "riperimetrazione", tale da escludere l'illiceità della condotta del terzo che pone fine alla vita di chi gliene ha fatto richiesta, solo al ricorrere delle condizioni alle quali la Consulta ha subordinato la liceità dell'assistenza al suicidio. D'altra parte, numerosi sono stati, invece, i sostenitori di una erosione della tutela approntata dall'art. 579 c.p., ben più ampia e incisiva di quella sopra prefigurata, dal momento che, in presenza della norma derivata dall'accoglimento del quesito referendario, si sarebbe assistito al venir meno della penalizzazione dell'omicidio del consenziente in qualsiasi caso in cui fosse un soggetto capace di intendere e di volere a chiedere a un'altra persona di togliergli la vita, e in un'ampia gamma di situazioni di vulnerabilità non contemplate dal terzo comma dell'art. 579.

Intervenendo sulla questione prima e dopo il giudizio pronunciato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 50/2022, Domenico Pulitanò, si è collocato tra i sostenitori della seconda posizione.

Rilevata «la distanza tra l'obiettivo dichiarato e la più ampia portata del quesito referendario»⁷, egli ha, infatti, ritenuto condivisibile la tesi – poi affermata dalla Consulta nel successivo giudizio di inammissibilità della proposta referendaria – che, dall'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p., sarebbe derivata «una norma che sancisce la piena disponibilità della vita da parte di chiunque sia in grado di prestare un valido consenso alla propria morte, facendo cadere la preclusione assoluta nei confronti dell'aiuto a morire senza alcun riferimento limitativo»⁸. Inoltre, in linea con l'interpretazione della Corte, egli ha preso le distanze dalla tesi di una possibile restrizione dell'effetto abrogativo dell'art. 579 c.p., mediante «un'operazione ermeneutica in *malam partem* sulla norma penale rimodulata da un esito positivo del referendum»⁹.

Con altri giuristi intervenuti nel dibattito, Pulitanò ha, peraltro, condiviso la tesi che la normativa di risulta in materia di omicidio del consenziente avrebbe rappresentato un forte elemento di discontinuità, creando uno iato non facilmente sanabile, rispetto all'impianto ordinamentale vigente e, in particolare, rispetto sia alla legge, la n. 217/2019, "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento", sia alla sentenza della Corte costituzionale, la n. 242/2019, che pur hanno segnato punti di svolta nel quadro normativo italiano in tema di fine vita. La prima, sancendo il diritto al rifiuto dei trattamenti salvavita, e legittimando la desistenza terapeutica, così come la sedazione palliativa profonda.

⁷ D. PULITANÒ, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, in *Sist. pen.*, 19 ottobre 2021, p. 2.

⁸ Corte cost. n. 50/2022, § 3.2.

⁹ D. PULITANÒ, *Morte assistita, forza dei fatti e problemi della politica*, in *Sist. pen.*, 7 luglio 2022, p. 3.

La seconda, facendo cadere la preclusione assoluta nei confronti dell'aiuto a morire, nella modalità dell'assistenza al suicidio, se pur prestata esclusivamente a soggetti irrimediabilmente sofferenti e dipendenti da trattamenti di sostegno vitale.

Quella della discontinuità è una tesi che, secondo Pulitanò, può trovare conferma se, avendo, nello specifico, riguardo alle pronunce della Corte costituzionale in materia di suicidio assistito, si considera che, nella sentenza n. 242/2019 e, in precedenza, nell'ordinanza n. 207/2018, la Consulta ha respinto la questione di legittimità dell'art. 580 c.p., così come sollevata dalla Corte di Assise di Milano, ritenendo che l'incriminazione del suicidio assistito non possa essere considerata incompatibile con la Costituzione in tutte le situazioni nelle quali, a prescindere dalle condizioni del soggetto passivo e dalle ragioni del suo gesto, vi sia stata un'agevolazione dell'altrui suicidio, che non abbia inciso sulla decisione di chi è stato aiutato a morire, ma che, al contrario, nonostante il tramonto della concezione della vita umana come bene indisponibile, soprattutto in funzione dell'interesse della collettività, di cui era portatore il legislatore del 1930, e, per contro, il necessario riferimento a un quadro costituzionale che guarda alla valorizzazione della libertà personale come valore in sé, permangano buone ragioni per continuare a considerare la criminalizzazione non solo dell'istigazione, ma anche della cooperazione materiale al suicidio, funzionale alla protezione di interessi meritevoli di tutela, in particolare, funzionale alla protezione di «persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere»¹⁰.

La decisione adottata nella sentenza n. 242/2019, e già prefigurata nell'ordinanza del 2018, si è presentata come una pronuncia di carattere complesso, nella quale la Corte ha sì respinto, in via generale, l'eccezione di costituzionalità della criminalizzazione dell'agevolazione del suicidio di un soggetto che abbia liberamente maturato la volontà di concludere la propria vita, contenuta nell'art. 580 c.p., per poi, però, dichiarare l'illegittimità dello stesso articolo nella parte in cui non esclude la punibilità degli atti compiuti per agevolare il suicidio di persone affette da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze psico-fisiche per loro intollerabili, che abbiano maturato consapevolmente e manifestato una volontà in tal senso. Con specifico riguardo a questi soggetti, il divieto assoluto di aiuto al suicidio è stato considerato tale da comportare un'irragionevole e ingiustificata limitazione della libertà del malato di autodeterminarsi rispetto a qualunque trattamento, fondata negli artt. 2, 13 e 32, c. 3 della Costituzione.

Ora, è senz'altro la seconda la parte della sentenza suscettibile di essere valutata come innovativa, se non addirittura come "rivoluzionaria"¹¹, ed è in questa

¹⁰ Corte cost. (ord.) 24 ottobre 2018, n. 207, § 6.

¹¹ Cfr. G. D'ALESSANDRO-O. DI GIOVINE (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Giappichelli, Torino, 2020, e, nel volume,

che è stato dato forte rilievo alla valorizzazione dell'autodeterminazione, e al diritto di compiere scelte destinate ad incidere sulla fine della vita, di una tutt'altro che ristretta platea di soggetti, quella di coloro – in situazioni “inimmaginabili” all'epoca in cui fu introdotta la norma incriminatrice, per dirla con la stessa Consulta – che la scienza medica è divenuta capace di strappare alla morte, senza, tuttavia, poter «restituire loro una sufficienza di funzioni vitali»¹². È, invece, la prima parte della sentenza quella su cui Domenico Pulitanò focalizza l'attenzione, trovandovi conferma dell'adesione, da parte della Corte, all'assetto valoriale, dalle «radici storiche ed etiche assai più profonde dell'ideologia autoritaria da cui è nato il codice Rocco»¹³, che individua nella vita il valore da tutelare anche quando il soggetto al quale la vita appartiene esprime una volontà diversa, non aprendo a una «rimodulazione dell'impianto di tutela»¹⁴ approntato dalle norme penali, in forza della quale fosse la libertà di autodeterminazione del singolo ad assumere la valenza di “bene giuridico” da tutelare (in via prioritaria), anche quando è in gioco la conclusione della vita.

In altre parole, anche le decisioni sul suicidio assistito non avrebbero segnato affatto il superamento (o anche solo il ridimensionamento) del “paternalismo penale”, che «protegge il soggetto da decisioni in suo danno, punendolo se egli stesso agisce od omette o punendo un terzo se agisce od omette per lui con il suo consenso»¹⁵, ma avrebbero consolidato un'impostazione che, tanto sarebbe stata contraddetta dall'eventuale ingresso nell'ordinamento di una norma che affida alla volontà di un soggetto la scelta di concludere la propria vita, e di poterlo fare con l'aiuto di un terzo, quanto sarebbe, invece, risultata in un rapporto di sostanziale sintonia e continuità con la successiva decisione che la Consulta ha adottato nella sentenza n. 50/2022. In questa, la valutazione della norma oggetto del quesito referendario come “costituzionalmente necessaria”, se pur non a contenuto costituzionalmente vincolato e, in quanto tale, sottratta al referendum, (anche se modificabile per via legislativa), è, infatti, stata supportata dalla Corte con l'argomento che il suo venir meno comprometterebbe

«il diritto alla vita riconosciuto implicitamente dall'art. 2 Cost, ... da iscriversi tra i diritti inviolabili, e cioè tra quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione, per così dire, privilegiata, in quanto appartengono “all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana”»¹⁶.

P. BORSELLINO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019: presupposti, punti fermi e questioni aperte*, pp. 39-58.

¹² Corte cost. (ord.) 24 ottobre 2018, n. 207, § 8.

¹³ D. PULITANÒ, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, cit., p. 3.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ivi*, p. 5.

¹⁶ Corte cost. n. 50/2022, § 5.2.

Una sentenza, questa, di cui è incontestabile l'intento paternalistico di proteggere gli individui, nelle più diversificate situazioni, da decisioni che potrebbero recare loro danno, così come lo è l'identificazione del danno nel sacrificio della vita, bene supremo, sulle ragioni della cui tutela – dice la Consulta – «la libertà di autodeterminazione non può mai prevalere incondizionatamente ... risultando, al contrario, sempre costituzionalmente necessario un bilanciamento, che assicuri una sua tutela minima»¹⁷.

3. *Il paternalismo penale e la sua giustificazione nella regolazione del fine vita*

Se non si possono avere dubbi sull'impronta paternalistica della sentenza n. 50/2022, è mia opinione che si possa, invece, avanzare qualche riserva circa il fatto che in una analoga intenzione (e preoccupazione) paternalistica possa essere individuato l'elemento maggiormente caratterizzante delle precedenti pronunce in tema di suicidio assistito. A ben guardare, infatti, nell'ordinanza del 2018, così come nella successiva sentenza n. 242 del 2019, la Corte, quando poneva l'accento sulla necessità di «scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere»¹⁸, sembrava preoccupata di prevenire il rischio di improprie intromissioni nella volontà di soggetti che versano in situazioni problematiche, più che di affermare con forza l'indisponibilità della vita come paradigma di riferimento nella delicata materia delle scelte di fine vita. D'altra parte, il rilievo dato, in funzione giustificante la rilevanza penale dell'aiuto al suicidio, all'esigenza di protezione degli individui deboli e vulnerabili, si accompagnava al riconoscimento che, nel multiforme orizzonte della vulnerabilità, rientrano soggetti, come i malati inguaribili e/o in condizioni irrimediabilmente invalidanti, ai quali non può essere preclusa, in nome dell'esigenza di protezione, la possibilità di sottrarsi a una sopravvivenza segnata da sofferenze divenute per loro insostenibili, e di farlo anche ricevendo assistenza nel porre termine alla loro vita, mediante il suicidio assistito, quando la soluzione, valutata come adeguata dagli interessati, non è offerta dalla non attivazione e dalla sospensione dei trattamenti e dalla messa in atto della sedazione palliativa profonda, vale a dire dalle strade per «lasciarsi morire», sulla cui praticabilità – rilevava la Corte – non si possono avere più dubbi dopo la legge n. 219/2017.

Ora quale che sia l'interpretazione di tali pronunce, una riflessione sul paternalismo penale, mirata a valutarne la giustificazione e a dare risalto agli «even-

¹⁷ Corte cost. n. 50/2022, § 3.2.

¹⁸ Corte cost. (ord.) n. 207/2018, § 6.

tuali limiti di legittimità di una tutela paternalistica della vita»¹⁹, si impone anche, e soprattutto, in vista di quella disciplina legislativa sugli interventi di fine vita, che, da una parte, la Corte costituzionale ha espressamente sollecitato nell'ordinanza del 2018 e nella sentenza del 2019, ma ha individuato come strada percorribile anche nella sentenza n. 50/2022, e che, dall'altra parte, i sostenitori della proposta referendaria hanno considerato, a loro volta, necessaria, pur in presenza di un esito favorevole del referendum.

Tale riflessione ha occupato una posizione di rilievo nei più recenti scritti in cui Domenico Pulitanò si è interrogato sulle scelte di fine vita e, in particolare, sulla regolazione del suicidio assistito e dell'eutanasia, dall'angolo visuale di una politica legislativa rispettosa dei limiti segnati dai principi costituzionali, e capace di fare i conti con il pluralismo dei valori e delle visioni del mondo, che in una democrazia liberale e laica «hanno uguale titolo a confrontarsi nella sfera pubblica»²⁰, e lo ha fatto, realizzando un percorso argomentativo articolato in alcune tesi relative a questioni di fondo, dalla questione dei presupposti valoriali su cui radicare la valutazione degli atti che incidono sulla fine della vita, nonché della legittimità/illegittimità delle norme (penali) che li vietano; alla questione del punto di vista da cui considerare la legittimazione dell'intervento della norma penale; alla questione della sfida che il diritto in generale, e il diritto nella delicata materia del fine vita, in particolare, si trova ad affrontare, per garantire, laicamente, il rispetto e il temperamento di differenti visioni morali.

Su tali tesi intendo portare l'attenzione nei seguenti paragrafi di questo scritto, assumendole come punto di riferimento per proporre, a mia volta, alcune riflessioni sui rilevanti temi affrontati da Pulitanò, con il sopra menzionato intento di realizzare con lo studioso quel confronto dialettico, che, ritengo, possa essere alimentato anche, e soprattutto, da posizioni non sempre coincidenti.

4. *Paternalismo e antipaternalismo nel fine vita. Una contrapposizione superabile se contestualizzata*

La riflessione sulla legittimità della tutela paternalistica della vita, posta a fondamento della criminalizzazione dell'uccisione di chi ne faccia richiesta, nell'art. 579, e dell'aiuto prestato all'altrui suicidio, nell'art. 580, non può prescindere dal fare i conti con quel paradigma antipaternalistico/disponibilista, che, dalla considerazione della vita come orizzonte non «di necessità, bensì di possibilità e di libertà»²¹, fa discendere l'idea che il diritto alla vita, in quanto stru-

¹⁹ D. PULITANÒ, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, cit., p. 4.

²⁰ *Ivi*, p. 8.

²¹ G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico-giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia*, UTET, Milano, 2020, p. 348.

mento per l'attuazione della libertà come autodeterminazione, possa essere declinato in modalità tanto positiva, quanto negativa e, quindi, sia come diritto di vivere, sia come diritto di rinunciare a vivere.

Si tratta di un paradigma, ritenuto idoneo a fornire la cornice teorica ed etica entro cui collocare le decisioni di fine vita, in generale, e il suicidio assistito e l'eutanasia, in particolare, da autorevoli studiosi ben presenti a Pulitanò, in particolare, Feinberg²² e Fornero²³, per i quali un valido esercizio dell'autodeterminazione offre un sufficiente criterio di giustificazione, sul piano morale, non meno che sul piano giuridico, di scelte e linee d'azione che incidono sulla vita in tutte le fasi del suo svolgersi, ed anche sulla sua conclusione.

Ma l'autodeterminazione, elevata a fondamentale principio di riferimento, consente davvero l'attrazione nell'ambito decisionale di ogni individuo con sufficiente grado di maturità e di consapevolezza di un'ampia gamma di decisioni di fine vita, che vi trovano il comune presupposto, dalle decisioni, espresse in forma attuale, o affidate a disposizioni anticipate, di rifiutare trattamenti salvavita, a quelle che sostanziano, in diverse modalità, la rinuncia a vivere? Oppure, nei casi in cui, per dare attuazione alla volontà di un soggetto di concludere la propria vita, è necessario il coinvolgimento di altre persone, come avviene nel caso del suicidio assistito e dell'eutanasia, non basta appellarsi all'autodeterminazione e al "diritto" di ogni individuo di veder rispettate le sue scelte, anche relative al modo in cui morire?

Pulitanò si è espresso a favore della seconda alternativa, prendendo le distanze dalla tesi che quella dell'autodeterminazione possa essere la prospettiva nella quale inquadrare i problemi dell'aiuto al suicidio e dell'eutanasia, posto che queste fattispecie sollevano (a differenza del suicidio) «problemi di rapporti fra libertà contrapposte»²⁴, in presenza dei quali, secondo lo studioso, l'appello all'autodeterminazione non è un criterio risolutivo, perché focalizza tutta l'attenzione sul richiedente l'aiuto a morire e non consente di tenere nella dovuta considerazione la posizione del soggetto chiamato ad agire, che è il destinatario del precetto di cui si tratta di valutare la legittimità.

Sono persuasa che chi guarda con fiducia al principio di autonomia, se non come all'unico criterio, tuttavia pur sempre come all'irrinunciabile e prioritario criterio da mettere in campo per la giustificazione di azioni dal rilevante impatto nel piano di vita delle persone, non possa eludere, se consapevole dell'inscindibile nesso che lega la libertà individuale e la responsabilità²⁵, la questione delle

²² J. FEINBERG, *The moral limits of criminal law*, Oxford, 1984-1988.

²³ G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico-giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia*, cit.

²⁴ D. PULITANÒ, *Morte assistita, forza dei fatti e problemi della politica*, cit., p. 6.

²⁵ Una tesi, questa, che, in linea con l'insegnamento del mio maestro Uberto Scarpelli, ho sostenuto in numerosi miei lavori e, in particolare, in P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto. Nuova edizione aggiornata*, cit.

ricadute che le scelte dei soggetti più direttamente interessati possono avere su altri soggetti (a vario titolo e in misura più o meno significativa) coinvolti (e sulla società nel suo complesso), né possa mettere in secondo piano il problema, richiamato da Pulitanò, del non facile contemperamento fra le contrapposte libertà degli individui che entrano in relazione. Penso, d'altra parte, che tenere nella dovuta considerazione i complessi intrecci tra le sfere di autonomia degli individui e il loro possibile conflitto, guardando, peraltro, con favore a scelte individuali e a soluzioni normative suscettibili della più ampia condivisione, non debba voler dire trascurare le specificità di situazioni e di ambiti di azione, nei quali, in considerazione degli interessi in gioco, si può, con fondate ragioni, ritenere che le autonomie in gioco non stiano sullo stesso piano, ma che ve ne sia una meritevole, in via di regola, di prevalere, con il supporto di adeguate garanzie apprestate dal diritto.

È proprio questo il caso del suicidio assistito e dell'eutanasia, per il cui appropriato inquadramento nel dibattito riattualizzato, da alcuni anni a questa parte, sul piano teorico e sul piano politico-istituzionale, bisogna, avvedersi, non diversamente che per altri interventi di fine vita ad esse talora impropriamente assimilate, della necessità di una loro contestualizzazione²⁶ a scenari di protrazione dell'esistenza che riguardano specificamente soggetti affetti da patologie irreversibili e in condizioni senza rimedio invalidanti.

Gli scenari in questione sono, ad esempio, quelli caratterizzati dalla presenza di patologie cronic-degenerative, la cui evoluzione è accompagnata da un pesante deterioramento della qualità della vita e dal manifestarsi di situazioni di ingravescente sofferenza con cui i malati possono convivere anche a lungo. Oppure quelli in cui, a causa di gravissime lesioni conseguenti a eventi accidentali, persone, spesso ancora in giovane età, sfuggono sì alla morte, grazie alla messa in atto di tecniche rianimatorie e di trattamenti di sostegno vitale, ma vengono a trovarsi in situazioni di vera e propria sospensione tra la vita e la morte, quale lo stato vegetativo permanente, come è avvenuto nel caso di Eluana Englaro o nel caso, solo di recente salito agli onori delle cronache, di Samantha D'Incà²⁷, mentre in altri casi – quale quello di Fabiano Antoniani – non subiscono compromissioni delle loro facoltà cognitive, ma sperimentano una condizione di deprivazione motoria e sensoriale, oltre che di esposizione alla sofferenza, di tale gravità da far apparire la prosecuzione della vita come un'insostenibile prigionia.

Tali scenari, nei quali si realizzano le situazioni "inimmaginabili" fino a pochi decenni orsono, di cui parlava la Consulta nell'ordinanza n. 207/2018, si sono andati delineando a seguito degli straordinari progressi conseguiti da una medicina

²⁶ Cfr., al proposito, P. BORSELLINO, *Il referendum sull'art. 579 c.p. e l'aiuto attivo a morire. Una "contestualizzazione" necessaria*, in *Forum quad. cost. Rass.*, 1, 2022.

²⁷ Su questo caso, cfr. P. BORSELLINO, *Il caso Samantha D'incà. Quali scenari a tredici anni dal caso Englaro?*, in *Bioetica*, 2021, 3, pp. 481-504.

che, a partire dalla metà del secolo scorso, per un verso, si è dotata di strategie risolutive per molte malattie in precedenza considerate mortali, e, per altro verso, ha, comunque, acquisito la capacità di protrarre la sopravvivenza di individui pur non liberati dalla malattia, disegnando percorsi del morire nuovi e sempre più sottratti al caso e alla necessità. Con ciò si è andato configurando un vero e proprio controllo sulla morte, resa sempre più dipendente da scelte, che incidono non solo sul “quando”, ma anche sul “come si giunge alla conclusione dell’esistenza”.

Se si tiene fermo il riferimento a quegli scenari del morire profondamente mutati, e si coglie che a caratterizzarli è stata la riconduzione dell’evento morte in un orizzonte di possibili, anzi, inevitabili scelte, con l’implicazione di portare in primo piano e di far apparire come ineludibile la domanda sulla spettanza delle scelte stesse, ci si trova nella posizione migliore per superare la contrapposizione in astratto tra indisponibilità e disponibilità della vita, e possiamo agguingere, l’alternativa tra affermazione e negazione del valore della vita, e, al tempo stesso, per comprendere come a essere in primo piano, e a richiedere adeguate soluzioni sul piano normativo, sia stato, e sia tuttora, con specifico riguardo ai soggetti di cui sono gli interventi medici a rendere possibile la sopravvivenza, il problema di tutelare la dignità della vita, riconosciuta come diritto (non come dovere) e come valore, nella valenza biografica e non solo biologica.

È su questo sfondo, e avendo riguardo al problema della tutela della dignità, sino alla fine della vita, di individui gravemente sofferenti, che la risposta antipaternalistica e “disponibilista”, secondo cui le scelte e le decisioni destinate a incidere anche sul modo in cui si conclude, oltre che sul modo in cui si svolge la vita, non possono che rientrare nella sfera della libertà (e della responsabilità) di coloro ai quali la vita appartiene, può presentarsi come quella non solo preferibile, ma addirittura come quella obbligata, se non si vuole cadere nel paradosso di legittimare, in presenza di scelte ineludibili, che siano altri a decidere e, quindi, a “disporre” dei modi in cui si conclude la vita degli individui di cui si mortifica la possibilità di scelta, dopo aver teorizzato, come fa l’indisponibilista intransigente, che non v’è disponibilità della vita propria, ma nemmeno, e ancor prima, della vita altrui.

Si tratta, a ben guardare, della prospettiva improntata a conciliare l’affermazione del valore della vita con il riconoscimento, ai soggetti in condizioni di sofferenza, del diritto di assumere decisioni destinate a incidere anche sulla conclusione della vita stessa²⁸, grazie alla cui adozione già la legge n. 219/2017 ha ricondotto nella disponibilità di ogni individuo malato la facoltà di sottrarsi alla

²⁸ Cfr. per una lettura in questa prospettiva della l. n. 219/2017 e della sentenza costituzionale n. 242/2019, P. BORSELLINO, *La legge n. 219/2017 “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”: una risposta normativa orientata al superamento del conflitto sui principi*, Working Paper “Laboratorio di Politica comparata e Filosofia pubblica”, 3, 2019, in *Annali 2019 del Centro ricerche e documentazione Luigi Einaudi*, pp. 1-15; ID., *La sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019: presupposti, punti fermi e questioni aperte*, cit.

prosecuzione di una sopravvivenza divenuta per lui insostenibile, rifiutando la messa in atto di trattamenti di sostegno vitale o richiedendone l'interruzione. Ed è la stessa prospettiva nella quale, nel 2019, la Corte ha individuato, nella sentenza n. 242, nell'aiuto del malato a morire, nella forma dell'assistenza al suicidio, l'ulteriore strada di cui riconoscere la praticabilità, andando oltre il punto al quale si è fermata la l. n. 219/2017, se non si vogliono privare, ledendone i diritti, persone malate e sofferenti dell'unica modalità con cui poter essere liberate dalla prigionia della loro insostenibile condizione.

La sentenza n. 242/2019 ha allargato la platea dei soggetti affetti da patologie inguaribili e in condizioni irrimediabilmente invalidanti per i quali sembra aprirsi la possibilità di sottrarsi a una sopravvivenza avvertita come lesiva della loro dignità, ricevendo assistenza nel suicidio. E lo ha fatto ponendo in primo piano il problema di predisporre, in relazione a questa delicata tipologia di intervento di fine vita, percorsi e procedure in grado di preservare da ogni forma di abuso, così da garantire al meglio tanto i soggetti aiutati a porre termine alla loro vita, quanto coloro che pongono in essere gli atti di aiuto.

La Corte ha comunque circoscritto il suo giudizio alla fattispecie del suicidio assistito, vale a dire all'aiuto prestato a un soggetto che, nonostante la compromissione delle condizioni in cui versa, è ancora in grado, come lo è stato DJ Fabio, di compiere da solo l'ultimo atto che conduce alla morte, e ha con ciò investito, se pur implicitamente, tale residua "autosufficienza" della valenza di ulteriore, non trascurabile requisito per individuare la platea di coloro per i quali si apre l'opzione di essere aiutati a morire.

Ne discende che, nonostante l'ineccepibile contestualizzazione dell'assistenza al suicidio alle situazioni di protrazione della sopravvivenza in condizione di insostenibile sofferenza, che, come si è già più volte sottolineato, è stata la medicina stessa a rendere possibili, grazie alla vasta gamma di presidi terapeutici e di modalità di intervento di cui si è dotata, la Corte non ha scongiurato il rischio che non tutti coloro che vi avrebbero interesse si possano avvalere della pur relevantissima trasformazione dell'assetto normativo in materia di fine vita avviata dalla decisione.

Resta, infatti, da affrontare e risolvere il problema dei soggetti che, per incapacità fisica, non possono attivare essi stessi il processo che conduce alla morte con un atto suicidario, ma necessitano dell'intervento di terzi con un atto propriamente eutanacico. È questo un atto la cui discontinuità, prima di tutto sotto il profilo etico, rispetto al suicidio assistito, può essere fortemente ridimensionata, ove lo si consideri come la più compiuta forma di "assistenza" nel morire e, quindi, potremmo dire, capovolgendo la rappresentazione tradizionale, come l'ipotesi di assistenza al suicidio appropriata alle situazioni dei soggetti nell'impossibilità di compiere qualunque azione.

Ci si sarebbe potuti attendere che la Corte lo contemplasse, perlomeno in sede di sollecitazione rivolta al legislatore, posto che a richiederlo è, innanzitutto, il principio di eguaglianza sancito all'art. 3 della nostra Costituzione, che, nel delegit-

timare disuguali trattamenti riservati ai cittadini (e a tutti gli individui) sulla base delle “condizioni personali”, tra le quali sono in primo piano le condizioni di salute, offre la prima forte ragione giuridica, oltre che etica, per garantire il diritto a una morte dignitosa anche a coloro che, proprio per le condizioni cliniche in cui versano, anche dopo la sentenza n. 242/2019 non potrebbero vederlo riconosciuto.

Ed è proprio questa, comprensiva dell’aiuto a morire nella modalità dell’eutanasia, oltre che del suicidio assistito, la direzione nella quale è auspicabile che il legislatore realizzi la disciplina della materia, ridefinendo gli scenari delineati dalla Corte, fermi restando i requisiti sia della volontà “autonomamente e liberamente” formatasi del richiedente, sia del grave e irreversibile stato patologico e dell’intollerabile sofferenza fisica e/o psicologica.

5. Il terzo destinatario della richiesta di aiuto a morire al centro

La contestualizzazione degli atti finalizzati all’aiuto a morire agli scenari di protrazione della sopravvivenza, che sono stati gli interventi medici a instaurare e a rendere possibili, porta senz’altro a circoscrivere coloro che potrebbero avvalersi della morte assistita ai malati inguaribili e/o in condizioni irrimediabilmente invalidanti, che la scienza medica è stata capace di strappare alla morte, senza, tuttavia, restituire loro una qualità di vita per loro accettabile, e, con riferimento a tale platea, in cui rientra, peraltro, la stragrande maggioranza dei soggetti (anche saliti agli onori delle cronache), dai quali è pervenuta la richiesta di assistenza nel suicidio e/o di eutanasia, rafforza la strategia argomentativa che, facendo leva sul principio di autodeterminazione, supporta il modello di una regolazione legislativa ferma nel riconoscere agli individui direttamente interessati il diritto di scegliere i tempi e i modi della propria morte.

Potrebbe, tuttavia, trattarsi di una strategia argomentativa ancora troppo focalizzata sui richiedenti l’aiuto a morire, e poco attenta alla posizione dei soggetti terzi destinatari delle richieste, vale a dire dei soggetti colpiti dai divieti di cui agli artt. 579 e 580 c.p., disposizioni che non parlano di suicidio (medicalmente) assistito e di eutanasia, ma nel cui ambito di applicazione si è dato per scontato che quelle fattispecie potessero essere attratte.

Proprio dal rilievo di tale insufficiente attenzione muove l’analisi di Pulitanò, secondo il quale la valutazione dei limiti di legittimità dei divieti, a impronta paternalistico/indisponibilista, degli atti di aiuto a morire compiuti da terzi, richiede un cambio di prospettiva che li ponga al centro, alla ricerca di una risposta alla domanda se i summenzionati divieti «incidano sulla libertà giuridica e morale del destinatario della richiesta di aiuto a morire»²⁹.

²⁹D. PULITANÒ, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, pp. 4-5.

Posto che «portare in primo piano il problema dell'incidenza del divieto sul suo destinatario significa recuperare il punto di vista da cui usualmente si guarda ai problemi di legittimazione del penale»³⁰, Pulitanò afferma che

«là dove divieti *indirettamente* paternalistici non intaccano interessi legittimi dei destinatari, non si pone il fondamentale limite morale, all'intervento penale, cioè la protezione *dei destinatari dei precetti* da ingiustificate restrizioni della loro libertà»³¹.

Questo, secondo lo studioso, sarebbe il caso dei divieti di aiuto al suicidio e di uccisione di chi ne faccia richiesta, per i quali andrebbe ravvisata «una ragionevole giustificazione di principio, in quanto regole ragionevoli del rapporto tra più persone»³². Trovando «una giustificazione forte, largamente accettata»³³ nella tutela della vita, si potrebbe, infatti, ritenere che «il divieto protegge, paradossalmente, anche i suoi destinatari. Non pregiudica alcun loro legittimo interesse»³⁴. Al contrario, li terrebbe al riparo dall'esposizione a un problema – quello di farsi carico di richieste di morte – di fronte al quale nessuno dovrebbe essere posto «in condizioni normali»³⁵, dal momento che «nessuno ha il diritto di scaricare su altri un tale problema»³⁶.

Condivido con Pulitanò la tesi che la situazione soggettiva del destinatario della richiesta di aiuto a morire debba essere fatta oggetto di un'attenzione assai maggiore di quella che le è stata riservata nel dibattito sulle possibili (e auspicabili) soluzioni legislative in materia. Ritengo, tuttavia, che l'utilizzo di approcci pur consolidati in dottrina e, in particolare, nella dottrina penalistica, non possa trascurare la specificità degli ambiti nei quali se ne fa applicazione, né omettere di considerare che le aumentate possibilità di intervento sulla vita, al centro della riflessione bioetica, richiedono rimodulazioni categoriali tanto necessarie, quanto, talora, ostacolate dalla riluttanza ad abbandonare strade collaudate e già utilmente percorse³⁷.

Nel caso specifico della morte assistita, la valutazione della legittimità della

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem.*

³² *Ivi*, p. 5.

³³ *Ibidem.*

³⁴ *Ivi*, p. 7.

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ In merito alla possibilità e alla necessità di tali rimodulazioni, rinvio alle considerazioni svolte in P. BORSELLINO, *Storicità del diritto e filosofia di orientamento analitico-linguistico. Quale rapporto?*, in A. BALLARINI (a cura di), *Storicità del diritto ed esistenza materiale*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 107-128.

disciplina a impronta proibitiva, prevalsa (con poche eccezioni) nella maggior parte dei Paesi europei ed extra-europei, va (utilmente) collocata sullo sfondo delle accresciute capacità di protrazione della sopravvivenza acquisite dalla medicina moderna e, come in precedenza osservato, e come – di fatto – indicato dalla stessa Corte costituzionale nelle pronunce sul caso D J Fabo-Cappato – va ricondotta all'interno della relazione di cura.

Non perdere di vista questa cornice è importante per affrontare nella giusta prospettiva anche la questione della posizione dei destinatari delle norme penali proibitive, e, posto che questi vanno identificati con gli operatori sanitari e, in particolare, con i medici, per chiedersi se i divieti indirettamente paternalistici che precludono loro interventi eutanasi (e di assistenza al suicidio) siano davvero tali da non intaccare loro interessi legittimi, o siano, invece, tali da limitarli (indebitamente) nel più appropriato e compiuto esercizio della loro attività.

Si tratta, in altre parole, di portare l'attenzione sulle regole (deontologiche e giuridiche) che oggi tracciano i confini della relazione di cura e del mandato della medicina, dalle quali esce delineato il paradigma assistenziale destinato a improntare l'attività e a definire i doveri di coloro che della cura sono investiti.

Quale paradigma? Quello che, per un verso, tiene fermo il riferimento alla vita come valore da tutelare, ma, per altro verso, riserva decisivo spazio, nelle decisioni cliniche, alla loro incidenza sulla qualità della vita, e alla valutazione che ne formula il soggetto al quale la vita appartiene. E, soprattutto, il paradigma, nel quale il mantenimento della sopravvivenza, in qualunque condizione e ad ogni costo, ha lasciato il posto alla risposta alla sofferenza come dovere inderogabile che gli operatori sanitari sono chiamati ad adempiere.

Se si considera con attenzione tale paradigma, recepito dalla legge n. 217/2019, nella linea già tracciata dalla legge n. 38/2010 "Disposizioni per l'accesso alla terapia del dolore e alle cure palliative", vi si trova, senz'altro, in primo luogo, la (forte) giustificazione del rifiuto dei trattamenti salvavita, non più tollerati dal paziente, così come della desistenza terapeutica e della sedazione palliativa profonda, ma, traendone tutte le implicazioni, vi si può trovare anche la premessa di una strategia giustificativa, da considerare non alternativa, ma sinergica rispetto a quella incentrata sul principio di autodeterminazione, a favore del suicidio assistito e dell'eutanasia.

In questa prospettiva, si può ritenere che il medico che assiste un soggetto nel suicidio o che gli pratica l'eutanasia, quando non v'è altra strada per liberarlo dalla prigionia della sua insostenibile condizione, operi in piena conformità con il sopra richiamato paradigma, che gli richiede di percorrere tutte le strade possibili per sollevare le persone dalla sofferenza, e si può, d'altra parte, ritenere che la permanenza di norme proibitive possa rappresentare per il medico un (indebito) ostacolo nello svolgimento dei compiti di cui è investito, ledendone il diritto al miglior svolgimento della sua professione.

Una volta che si consideri meritevole di attenzione la strategia giustificativa

volta a supportare, se pur entro i confini sopra definiti, la linea “permissiva” nella regolazione dell’aiuto a morire, guardando alla posizione della peculiare categoria di destinatari della richiesta, rappresentati dagli operatori sanitari, non si può, comunque, eludere la domanda relativa all’esistenza o meno, in capo ai sanitari, di un dovere inderogabile di porre in essere gli atti di assistenza che procurano la morte di colui che li richiede.

Viene qui in considerazione la questione dell’obiezione di coscienza, che non è stata, né poteva essere prevista dalla legge n. 217/2019, in relazione al rifiuto di un trattamento salvavita (ancora da attuare e/o soprattutto già posto in essere)³⁸ senza intaccare il complessivo impianto di un provvedimento che individua nella volontà del paziente l’imprescindibile presupposto per la messa in atto o la prosecuzione di qualunque intervento sul corpo di una persona e, si può aggiungere, senza mettere in discussione il prerequisito, adducibile a giustificazione della richiesta obiettorica, rappresentato dalla sussistenza di un rapporto di diretta causalità tra l’evento nella cui produzione non si vuole essere coinvolti e la condotta da cui si pretende di essere esonerati. Nel caso di non attuazione e/o sospensione di un trattamento salvavita rifiutato dal paziente, a “causare” la morte non sono, infatti, i trattamenti omessi o sospesi ma, in concomitanza con l’evolvere della patologia, il giungere a compimento del processo del morire, che i trattamenti omessi avrebbero potuto solo prolungare. Diversamente, nel caso dell’aiuto a morire realizzato non solo mediante l’eutanasia, ma anche mediante l’assistenza nel suicidio, tra gli atti che, in attuazione della volontà del paziente, i medici sarebbero chiamati a porre in essere e l’evento morte, che ne costituirebbe l’effetto, sussisterebbe, fatte salve le differenze tra le due fattispecie³⁹, quello stesso rapporto “specifico e diretto”, in presenza del quale (e richiedendo la presenza del quale) la legge n. 194/1978 ha riconosciuto, nell’art. 9, il diritto degli operatori sanitari di sollevare obiezione e di essere esonerati dagli interventi interruttivi della gravidanza, qualora intollerabilmente contrastanti con i loro convincimenti morali.

³⁸Sul punto cfr. P. BORSELLINO, *La legge n. 219/2017 “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”: una risposta normativa orientata al superamento del conflitto sui principi*, cit.

³⁹Nonostante le quali, contrariamente all’opinione a lungo prevalsa, e tuttora riproposta, può, come in precedenza osservato, essere sostenuta l’assimilabilità, sotto il profilo etico e giuridico, delle due modalità di aiuto a morire, posto che, per un verso, anche nel suicidio assistito, la collaborazione del medico ha un ruolo determinante nella morte del soggetto che desidera concludere la propria vita, e, per altro verso, l’eutanasia si presta a essere considerata come un’ipotesi di assistenza nel suicidio, quella appropriata alle situazioni in cui il soggetto non è in grado di compiere alcun atto. Cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra “moralità” e diritto. Nuova edizione aggiornata*, cit., pp. 440-44. Nella stessa linea, A. SANTOSUOSSO, *Il diritto di non soffrire*, in *Quad. cure pall.*, 1996, 4, e G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico-giuridica del suicidio assistito e dell’eutanasia*, cit.

Quella realizzata nel '78, disciplinando la delicata e controversa materia dell'interruzione della gravidanza, è stata una scelta che il legislatore ha adottato in ossequio al principio del più ampio rispetto possibile dei convincimenti profondi degli individui anche nell'esercizio della propria professione, senza, peraltro, mettere in discussione (e alla rigorosa condizione di non mettere in discussione) il modello della relazione che si instaura tra il medico e la paziente, e dei rispettivi diritti, doveri e poteri, quello secondo il quale «la bussola che guida le scelte di un medico non può essere la fede o il suo credo, ma deve essere la volontà del paziente»⁴⁰. Ed è in questa prospettiva che l'obiezione alle pratiche di interruzione della gravidanza è stata subordinata al rispetto di limiti e condizioni introdotte con l'obiettivo, peraltro, spesso non conseguito, di evitare abusi e di garantire, in ogni caso, l'accesso alle donne interessate alle prestazioni consentite dalla legge.

Vi sono fondate ragioni per ritenere che una disciplina legislativa auspicabilmente estesa all'aiuto a morire anche nella forma dell'eutanasia, oltre che del suicidio assistito, su cui si è espressa la Corte costituzionale, possa, anzi debba, conciliare il riconoscimento del diritto dei soggetti irrimediabilmente sofferenti a essere liberati dalla prigionia della loro condizione anche con queste tipologie di interventi, con la tutela della coscienza di quegli operatori sanitari, per i quali la messa in atto di quegli interventi rappresenta un'intollerabile lesione della loro integrità morale.

Resta fermo che, nella disciplina della materia, non andrà perso di vista l'obiettivo di dare la più ampia attuazione possibile al modello di assistenza che si fa carico di apprestare efficaci risposte alla sofferenza, assicurando a tutti la possibilità di concludere la vita senza che ne sia mai stata compromessa la dignità, con la forte implicazione che la tutela della coscienza degli operatori sanitari non potrà essere così estesa da compromettere quell'obiettivo e dovrà andare di pari passo con un forte impegno "istituzionale", grazie al quale siano le strutture sanitarie a garantire che il diritto a ricevere aiuto nel morire non sia vanificato.

6. *Scelte normative sul fine vita e difesa del pluralismo. Quali le strade praticabili?*

La preoccupazione per l'adozione, in relazione alle questioni bioeticamente rilevanti, in generale, e alle questioni di fine vita, in particolare, di soluzioni normative laicamente rispettose del pluralismo e aliene da qualunque forma di fondamentalismo, ha rappresentato un elemento centrale nel mio personale percorso di riflessione nell'ambito della bioetica e del biodiritto non meno che nei

⁴⁰U. VERONESI, *Perché difendo le donne e la 194*, in *la Repubblica*, 12 aprile 2016, p. 33.

contributi in materia di Domenico Pulitanò. Non lasciano dubbi, al riguardo, l'affermazione dello studioso secondo la quale

«il pluralismo nella riflessione bioetica è un'esigenza che riguarda la dimensione valoriale, affidata al dialogo fra linguaggi morali diversi, ma non incomunicabili e intraducibili, che possono raggiungere mediazioni tra prospettive diverse, non qualificabili come mediocri concessioni reciproche, ma come autentiche soluzioni condivise»⁴¹,

e, con specifico riferimento alla tematica eutanassica, l'accento posto sull'incombere, sulla discussione, del rischio «del fondamentalismo (di qualsiasi matrice: religiosa o laica) quale visione politica in cui non vengono prese sul serio le opinioni degli altri, tendente a tradursi in pretesa di coercizione etica»⁴².

A fronte di questa condivisa preoccupazione, supportata dalla convinzione che le diverse concezioni comprensive dell'etica presenti nell'orizzonte etico pluralistico «hanno uguale titolo a confrontarsi nella sfera pubblica politica»⁴³, Pulitanò ha auspicato l'adozione di «scelte normative che possano essere accettate a partire da concezioni comprensive diverse, sulla base di valori condivisi, attraverso possibili consensi per intersezione»⁴⁴, individuandovi quelle di cui v'è bisogno in una democrazia liberale.

Dietro l'idea rawlsiana⁴⁵ del consenso per intersezione vi sono assunti di grande rilievo per chi riconosce come proprio un orizzonte etico-politico di tipo liberale e laico. Vi è la presa di distanza da una concezione "veritativa" dell'etica, che alimenta la pretesa di una prospettiva valoriale in posizione privilegiata, meritevole di essere posta a fondamento delle decisioni, anche, e soprattutto, nel momento in cui si produce la regola di diritto destinata a valere per tutti. E, a fronte della legittimazione, riconosciuta, in via di principio, a ogni posizione etica, a entrare nel pubblico dibattito, vi è la fiducia che si possa pervenire all'accordo intorno a un nucleo di valori sostanziali condivisi, a condizione che si intensifichi l'impegno a prendere in considerazione le ragioni che supportano le altrui posizioni etiche, e anche a rivedere le proprie, all'interno di una approfondita riflessione etica capace di andare oltre semplicistiche contrapposizioni (prima fra tutte quella tra cattolici e laici), per interrogarsi sulle radici e la consistenza dei dissensi etici e valutarne la superabilità.

⁴¹ D. PULITANÒ, *Morte assistita, forza dei fatti e problemi della politica*, cit., p. 9.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ D. PULITANÒ, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, cit., p. 8.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* (1971), Feltrinelli, Milano, 1982 e ID., *Liberalismo politico* (1993), Edizioni di Comunità, Milano, 1994.

Non v'è dubbio che quella dell'apertura al dialogo, funzionale al mutuo scambio, rappresenti una strategia sulla quale si deve continuare a puntare, nella consapevolezza che, già negli anni passati, la sua adozione ha consentito significative convergenze, sul piano dell'etica sostanziale, riguardo a questioni di grande rilievo, favorendo, fra l'altro, il manifestarsi di una sempre più acuta sensibilità proprio per il problema della sofferenza, non più considerata necessariamente salvifica neanche in ambito religioso, e il diffondersi di atteggiamenti, sempre più fortemente critici nei confronti del cosiddetto "accanimento terapeutico", condivisi dai sostenitori di posizioni etiche di tipo laico così come da quelli di posizioni etiche di tipo religioso, e anche cattoliche⁴⁶.

Non si possono, tuttavia, sottovalutare le difficoltà che al consenso per intersezione, realizzato mettendo in dialogo diverse concezioni etiche sostanziali, o – come Pulitanò le denomina – "comprehensive", sono frapposte dalla permanenza, nelle une e nelle altre, di principi che danno luogo a delle alternative irriducibili, quale, prima di ogni altra, l'alternativa tra indisponibilità e disponibilità della vita.

La strada che si prospetta per vincere la sfida della tutela del pluralismo in una democrazia liberale e laica sembra, allora, dover essere un'altra. Quella che punta sì a tutelare la diversità degli assetti valoriali presenti in una società eticamente pluralistica, ma lo fa improntando la regolazione giuridica delle questioni, che maggiormente incidono sul piano di vita delle persone, al principio che, in via di regola, riconosce ai diretti interessati la prerogativa di compiere scelte, e di farlo in conformità con la visione del mondo e il sistema di valori loro propri.

Non è la strada del diritto "neutrale", posto che, come anche Pulitanò sottolinea, «una completa neutralità del diritto è impensabile, ed implausibile una finzione di neutralità della discussione sul diritto»⁴⁷. È l'opzione per una politica e per un diritto ispirati all'idea – già di Nicola Abbagnano e dei miei più diretti maestri Bobbio e Scarpelli – della laicità come punto più alto dell'autonomia reciproca e come metodo per la coesistenza delle ideologie. Una concezione "procedurale" della laicità che si sbaglierebbe, però, a considerare debole, perché fondata su un principio – quello che, fatto salvo il limite del danno che possa derivare ad altri, impone il rispetto delle diverse convinzioni morali e religiose alle quali gli individui abbiano liberamente scelto di improntare la propria vita – assai forte e suscettibile di produrre effetti dirompenti soprattutto nei contesti, quale il nostro, in cui è ancora ben lungi dall'essere sradicata la suggestione dell'unica morale destinata a imporsi e a essere imposta⁴⁸.

⁴⁶ Sul punto, cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Editore Zadig, Milano, 1999, in particolare il cap. V "Alcune distinzioni relative ai principi della bioetica laica".

⁴⁷ D. PULITANÒ, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, cit., p. 8.

⁴⁸ Cfr., P. BORSELLINO, *Le ragioni della laicità "procedurale" non fraintesa*, in E. D'ORAZIO (a cura di), *La laicità vista dai laici*, Università Bocconi Editore, Milano, 2009, pp. 75-83.

Un principio che può fare una gran differenza nell'assicurare alle persone una vita preservata, fino alla conclusione, nel suo valore e nella sua dignità, perché fatta oggetto di una cura, di cui «la possibilità di un congedo sostenibile»⁴⁹ non può che essere considerata parte integrante.

⁴⁹D. PULITANÒ, *Morte assistita, forza dei fatti e problemi della politica*, cit., p. 13.

IL GIUDICE DI FRONTE ALLA PROVA SCIENTIFICA

Marta Bertolino

«In un mondo perfetto, gli imputati verrebbero affidati alla giustizia; nel mondo reale, vengono affidati a un sistema rumoroso».

(C.D. KAHNEMAN-O. SIBONY-C.S. SUNSTEIN, *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, Utet, Milano, 2021, p. 93)

SOMMARIO: 1. Premesse metodologiche di prove scientifiche. – 2. Prove scientifiche ed errori cognitivi del giudice. – 2.1. I *biases* dell'esperto. – 3. La soluzione del dubbio ragionevole.

1. *Premesse metodologiche di prove scientifiche*

«La scienza del diritto non può più accontentarsi di un'immagine del mondo in cui le scienze della natura stiano sullo sfondo. In una riflessione sul diritto della modernità, è ben naturale che il rapporto con il mondo della scienza sia divenuto cruciale»¹.

Ciò vale in particolare per il diritto penale, che, sottolinea ancora Domenico Pulitanò, deve costruire «tutti gli istituti fondamentali in coerenza con vincoli di realtà richiesti da esigenze normative (di valore)»², pena la perdita dei principi fondamentali garantistici e la violazione del vincolo di razionalità, assicurato, quest'ultimo, dal nesso col sapere scientifico³. In questo vincolo, prosegue Puli-

¹ D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 796.

² D. PULITANÒ, *Manuale di diritto penale*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2011, p. 153; D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, cit., p. 798: «[c]ome impresa “di ragione” il diritto è vincolato al principio di realtà». Infatti, prosegue l'A., le «possibilità di conoscenza dei fatti – di quel mondo dei fatti che il diritto si propone di regolare – passano per un sapere esterno al diritto, che il legislatore non ha il potere di modificare, e al quale non può contrapporre un “sapere” diverso».

³ D. PULITANÒ, *Manuale di diritto penale*, IX ed., Giappichelli, Torino, 2021, p. 153; D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, cit., p. 799 e ss.

tanò, «si incontrano la dimensione sostanziale – quella della descrizione della fattispecie – e la dimensione processuale, quella delle prove»⁴.

Ma, stando ancora alle parole di Pulitanò, i «vincoli di realtà, posti al diritto penale dai principi fondamentali, comportano un affidamento *epistemologico* nel sapere scientifico»⁵. Di ciò è ben consapevole anche la Corte costituzionale, che ha chiaramente riconosciuto che nessuna scelta legislativa dovrebbero porsi in contrasto con i sicuri riferimenti scientifici; che in materia penale il riscontro di costituzionalità anche su queste scelte compete alla Corte e che tale riscontro «deve essere compiuto con particolare rigore per le conseguenze che ne discendono sia per la libertà dei singoli che per la tutela della collettività». Peraltro, precisa ancora la Consulta, ad una declaratoria di incostituzionalità si potrebbe pervenire solo qualora «i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erronei o raggiungano un tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo una interpretazione ed una applicazione razionali da parte del giudice»⁶.

Una situazione del genere non sarebbe riscontrabile nemmeno quando le difficoltà probatorie derivino dalla presenza di una pluralità di teorie scientifiche, come emblematicamente a proposito del concetto dell'infermità mentale in grado di escludere o diminuire l'imputabilità penale ai sensi degli artt. 85, 88 e 89 del codice penale. Per le Sezioni Unite della Cassazione, infatti, nonostante la copresenza di paradigmi alternativi esplicativi dell'infermità mentale⁷, non si tratterebbe comunque di dimostrare «fatti “non razionalmente accertabili”», di «fattispecie non “corrispondenti a realtà”, tali “da non consentire in alcun modo una interpretazione ed una applicazione razionali da parte del giudice”, situazione che, ove sussistente, sarebbe senz'altro indiziata di evidente contrasto col principio di tassatività»⁸. Al contrario, il concetto di infermità non solo sarebbe conforme alle esigenze garantiste sottese a questo principio, ma per la sua natura garantirebbe il rispetto del vincolo di realtà-razionalità della disciplina

⁴D. PULITANÒ, *Manuale di diritto penale*, IX ed., cit., p. 110 s. Della ormai estesa letteratura sui rapporti fra il sapere del diritto e quello della scienza ai fini probatori si richiamerà quella più recente e più specificamente vertente sull'oggetto della presente indagine.

⁵D. PULITANÒ, *Manuale di diritto penale*, IX ed., cit., p. 110.

⁶Corte cost., 16 aprile 1998, n. 114. Dunque, come osserva D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, cit., p. 807: «[a]pertura di principio ..., ma anche delimitazione del sindacato di legittimità costituzionale secondo criteri drasticamente restrittivi».

⁷Come è noto, quando si parla dell'infermità di cui agli artt. 88 e 89 si intende una nozione empirico-normativa che può essere però tradotta secondo linguaggi diversi e, fra i più conosciuti, secondo quello medico-organicistico; quello nosografico; o, ancora, psicologico; ma anche integrato e ora anche secondo quello neo-nosografico e quello neuroscientifico, in proposito, v. M. BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 190 e ss.; Cass., Sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 849 e ss.

⁸Cass., Sez. un., 25 gennaio 2005, cit.

degli artt. 88 e 89 c.p. Infatti, come chiarisce ancora di recente una pronuncia della Cassazione, il termine infermità contenuto in tali articoli

«descrive un elemento normativo delle fattispecie configurate dalle due disposizioni citate che rinvia ad una realtà valutativa dettata da una norma extra-giuridica, il cui contenuto, per la stessa natura del suo oggetto, non può prescindere dall'acquisizione di saperi scientifici che non competono al giudice»⁹.

Sono, queste, importanti indicazioni metodologiche per i giudici, che la Cassazione sembra aver ormai acquisito, se ancora di recente, richiamando proprio la sentenza a Sezioni unite, ribadisce che «le acquisizioni scientifiche cui è possibile attingere nel giudizio penale sono quelle “più generalmente accolte, più condivise”, non potendosi pretendere l'unanimità alla luce dell'ormai diffusa consapevolezza della relatività e mutabilità del sapere scientifico»¹⁰. Questa consapevolezza aveva già determinato la Cassazione a dare la stessa indicazione di metodo nei seguenti termini:

«[i]l giudice, con l'aiuto degli esperti, individua il sapere accreditato che può orientare la decisione e ne fa uso oculato, metabolizzando la complessità e pervenendo ad una spiegazione degli eventi che risulti comprensibile da chiunque, conforme a ragione ed umanamente plausibile: il più alto ad impegnativo compito conferitogli dalla professione di tecnico del giudizio»¹¹.

Le indicazioni metodologiche della Cassazione, tuttavia, non vengono rispettate se, per risolvere questioni particolarmente complesse, il giudice si avvale delle proprie personali conoscenze, rinunciando al confronto con la scienza¹²;

⁹ Cass., Sez. V, 9 settembre 2021, n. 35044.

¹⁰ Cass., Sez. IV, 15 maggio 2018, n. 46392; conf. Cass., Sez. IV, 21 giugno 2012, n. 36280.

¹¹ Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237. Si tratta della nota sentenza Cantore, che a partire dalla sentenza Cozzini (v. *postea* nel testo), come altre successive pronunce, si confronta con questioni di affidabilità del sapere scientifico. Per un richiamo a queste sentenze, v., da ultimo, M. CECCHI, *Il giudice dinanzi alla prova scientifica*, in *Arch. pen.*, 2022, p. 8 ss. e *ivi* la bibliografia; R. BARTOLI, *Diritto penale e prova scientifica*, in G. CANZIO-L. LUPARIA (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, II ed., Wolters Kluwer, Padova, 2022, p. 72 ss., spec. p. 100 ss.; C. CONTI, *La prova scientifica alle soglie dei vent'anni dalla sentenza Franzese: vette e vertigini in epoca di pandemia*, in *Sist. pen.*, 9 febbraio 2021; C. CONTI, *Scienza controversa e processo penale: la Cassazione e il “discorso sul metodo”*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 848 ss.; G. DI CHIARA, *Il contributo peritale e il ruolo dell'esperto*, in B. ROMANO (a cura di), *La responsabilità penale nelle professioni sanitarie*, Pacini, Pisa, 2019, p. 250 ss.; G. CARLIZZI, *Perizia penale e reati colposi*, in *Enc. dir.*, I *Tematici*, II-2021: *Reato colposo*, diretto da M. DONINI, Giuffrè, Milano, 2021, p. 958 ss.

¹² Così Cass., Sez. II, 12 febbraio 2015, n. 9358 sulla pronuncia del giudice di merito; conforme Cass., Sez. I, 12 marzo 2021, n. 19822; Cass., Sez. I, 20 marzo 2018, n. 23354; Cass., Sez. IV, 13 luglio 2017, n. 54795; v. anche Cass., Sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991, la quale precisa che «un'opzione ricostruttiva fondata sulla mera opinione del giudice attribuirebbe a questi, in modo

ovvero fonda la motivazione «su considerazioni parascientifiche di cui non viene rilevata la fonte»¹³; ovvero, ancora, se, dissentendo dalle conclusioni peritali, si discosta dal parere del perito «facendo ricorso non già alle regole della scienza, ma a quelle di comune esperienza»¹⁴. Ma anche se, nel confrontarsi con conclusioni degli esperti «insanabilmente divergenti», il giudice non esplicita «i criteri che hanno determinato la scelta tra le opposte tesi scientifiche»¹⁵. È quanto rimprovera la Cassazione alla Corte di secondo grado, che, cadendo in un errore metodologico, compie «una acritica adesione alle spiegazioni fornite, per lo più in chiave meramente possibilistica e non di certezza diagnostica, dai periti nominati in secondo grado senza considerare le contrarie osservazioni formulate» dai periti nel giudizio di primo grado. Così operando, la Corte territoriale avrebbe assunto «come verità scientifiche indiscusse quelle che erano mere ipotesi o possibilità da verificare in rapporto alle risultanze processuali»¹⁶. Ancor più grave sembra essere l'errore, nel senso del travisamento della prova, che la Cassazione rimprovera ai giudici di merito quando le conclusioni a cui sono pervenuti, non trovando alcuna giustificazione nel giudizio tecnico del perito, appaiono «in rapporto conflittuale con le conclusioni peritali»¹⁷. Si tratta, come la stessa Cassazione riconosce, di errori di metodo che comportano una intrinseca contraddizione del percorso argomentativo della decisione, con conseguente vizio di illogicità della motivazione della sentenza¹⁸.

Ma le regole probatorie sono violate anche dagli stessi giudici di legittimità, quando stabiliscono che le conclusioni della consulenza del pubblico ministero «devono ritenersi assistite da una sostanziale priorità rispetto a quelle tratte dal consulente tecnico della difesa». L'elaborato dell'esperto della pubblica accusa, afferma proprio la Cassazione, «pur non potendo essere equiparato alla perizia disposta dal giudice del dibattimento, è pur sempre frutto di un'attività di natura giurisdizionale che perciò non corrisponde appieno a quella del consulente tecnico della parte privata»¹⁹.

inaccettabile, la funzione di elaborazione della legge scientifica e non, invece, come consentito, della mera sua utilizzazione». Con specifico riferimento alla perizia psichiatrica, v. Cass., Sez. V, 30 gennaio 2019, n. 10638.

¹³ Cass. 9 settembre 2021, cit.

¹⁴ Cass., Sez. I, 9 gennaio 2007, n. 15878.

¹⁵ Cass., Sez. I, 24 maggio 2000, n. 8076.

¹⁶ Cass., Sez. I, 24 maggio 2000, cit.

¹⁷ Cass. 18 novembre 2010, n. 8342/2011. Nel caso di specie, la Corte d'appello aveva affermato l'esistenza di una patologia mentale, che non era stata diagnosticata nella perizia psichiatrica.

¹⁸ Cfr., fra le altre, Cass., Sez. I, 9 gennaio 2007, cit.

¹⁹ Cass., Sez. III, 18 febbraio 2020, n. 16458; per una critica alla decisione, v. R.E. KOSTORIS, *Una grave mistificazione inquisitoria: la pretesa fede privilegiata del responso del consulente tecnico dell'accusa*, in *Sist. pen.*, 28 settembre 2020, p. 1 ss. Ma nella giurisprudenza della Cassazione è rinvenibile un diffuso orientamento a privilegiare le tesi del perito rispetto a quelle dei consulenti

A tale proposito, la dottrina non ha mancato di rilevare che la pretesa di una fede privilegiata delle risultanze del consulente dell'accusa è in contraddizione con il principio guida del processo penale, di impianto accusatorio, della parità delle parti e rischia di compromettere, in particolare in situazioni di incertezza scientifica, l'equilibrato confronto dialettico delle conclusioni degli esperti da parte di chi deve decidere, secondo le regole di giudizio ormai consolidate nella giurisprudenza, che ha recepito le note *Daubert Rules*²⁰.

Questa giurisprudenza ha elaborato dei criteri di governo delle valutazioni del dato empirico ai fini del giudizio sulla responsabilità penale, e la sentenza Cozzini del 2010²¹ è una delle più significative. Essa – come è noto – espressamente richiama i criteri *Daubert* e li integra, al fine di consentire al giudicante di risolvere situazioni in cui «vi siano tesi in irrisolto conflitto»²², senza cadere in argomentazioni sorrette da un uso retorico del sapere scientifico²³. In particolare, nella sentenza, con riferimento a questo sapere, al giudice non si chiede di essere scienziato, ma «custode del metodo scientifico»²⁴, e cioè attento verificatore e consumatore di leggi e di conoscenze scientifiche²⁵, grazie appunto ai cri-

di parte. Per l'accoglimento delle prime si considera infatti genericamente sufficiente che il giudice, qualora ritenga di aderire alle conclusioni della perizia in difformità da quelle del consulente di parte, dimostri di aver vagliato le conclusioni del perito alla luce anche delle affermazioni del consulente. Solo qualora le conclusioni di quest'ultimo siano tali da dimostrare la fallacia di quelle peritali accolte dal giudice, può ravvisarsi vizio di motivazione, cfr., fra le più recenti, Cass., Sez. III, 31 gennaio 2019, n. 17368.

²⁰Elaborate dalla nota sentenza americana *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993); esse sono: verificabilità o falsificabilità della teoria scientifica; sottoposizione della teoria alla comunità scientifica di riferimento, c.d. *peer review*; esplicitazione del suo tasso di errore; generale accettazione della teoria da parte della comunità scientifica.

²¹Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, imputato Cozzini e altri. Sulla sentenza, v., fra gli altri, da ultimo, G. CARLIZZI, *La valutazione della prova scientifica*, Giuffrè, Milano 2019, p. 98 ss.

²²Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, cit., In senso conf., più di recente, v. Cass., Sez. V, 16 novembre 2021, n. 1801, che in motivazione espressamente richiama i «c.c.dd. canoni Daubert» e la sentenza Cozzini.

²³Così Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, cit.; conf. Cass., Sez. IV, 27 febbraio 2014, n. 18933 e Cass., Sez. V, 15 dicembre 2015, n. 9831/2016.

²⁴Viene per la prima volta attribuita questa funzione al giudice nella sentenza *Daubert* e in particolare il giudice Blackmun usa il termine *gatekeeper*. Ritiene che la sentenza *Daubert* abbia rappresentato inizialmente una modesta rivoluzione politica, ma che col tempo si sia trasformata in una rivoluzione scientifica e che quindi debba essere conosciuta «for the intellectual transformation it imposed on the law» D. FAIGMAN, *The Daubert Revolution and the Birth of Modernity: Managing Scientific Evidence in the Age of Science*, in *University of California Davis Law Review*, vol. 46, no. 3, 2013, p. 895 s.

²⁵«Come ben noto, il giudice può essere fruitore, o se si vuole utilizzatore, di regole scientifiche, ma, fatta eccezione per le conoscenze facenti parte del notorio, non può porre egli la regola, che assume essere scientifica, magari credendo di apprestarle autorevolezza citando lo studioso al quale si attribuisce la scoperta o l'affinamento della tecnica conoscitiva», Cass., Sez. IV, 21 aprile 2016, n. 19176; in dottrina, per un'indagine già negli anni '70 sul ruolo del giudice per accerta-

teri elaborati per la prima volta dalla giurisprudenza americana. Ad essi la pronuncia del 2010 si appella per risolvere complesse questioni di prova scientifica, onde arginare

«i pericoli che incombono in questo campo: la mancanza di cultura scientifica dei giudici, gli interessi che talvolta stanno dietro le opinioni degli esperti, le negoziazioni informali oppure occulte tra i membri di una comunità scientifica; la provvisorietà e mutabilità delle opinioni scientifiche; addirittura, in qualche caso, la manipolazione dei dati; la presenza di pseudoscienza in realtà priva dei necessari connotati di rigore; gli interessi dei committenti delle ricerche»²⁶.

Tuttavia, occorre rilevare che di quei criteri quello che alla fine sembra trovare maggiore successo fra i giudici, e al quale essi sembrano riconoscere una particolare forza persuasiva, rimane il criterio del preponderante, condiviso consenso della comunità scientifica²⁷.

La dottrina, però, ha già evidenziato i rischi sottesi alla preferenza manifestata dai giudici a favore del criterio del consenso della comunità scientifica per verificare l'affidabilità di una teoria esplicativa. A riguardo, si è osservato che in particolare la Cassazione sembra «stia instaurando un rapporto di corrispondenza biunivoca tra certezza processuale al di là di ogni ragionevole dubbio e accreditamento della teoria intesa come grado di consenso nella comunità scientifica». Con la conseguenza di tradurre la certezza processuale in «un non meglio precisato, largo accreditamento della teoria nel mondo degli studiosi»²⁸. Le fallacie sottese a siffatto modello probatorio non possono perciò essere ignorate: in primo luogo, a fronte di un imperante relativismo scientifico, quella di legittimare un'equazione tra certezza scientifica ed assenza di dibattito²⁹. Inoltre, nei campi della scienza dove il dibattito scientifico è ancora aperto e acceso, come a proposito di cosa si debba intendere per malattia mentale e dunque per infermità ai sensi degli artt. 88 e 89 del codice penale, ovvero dove il dibattito verte su scienze emergenti, innovative, non ancora consolidate come le neuroscienze, dell'affidabilità delle quali si controverte e permangono seri dubbi sulla loro utilizzabilità nell'ambito della medicina forense, soprattutto di quella psichiatrica,

menti causali scientificamente affidabili, v. F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, Giuffrè, Milano, 1975, *passim*.

²⁶ Come ricorda Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, cit.

²⁷ Cass., Sez. IV, 3 novembre 2016, n. 12175/2017; cfr. anche Cass., Sez. IV, 15 maggio 2018, cit.

²⁸ C. CONTI-C. BONZANO, *Scienza ed epistemologia giudiziaria verso l'affermazione di nuovi paradigmi*, in A. AMATO-G. FLORA-C. VALBONESI (a cura di), *Scienza, diritto e processo penale nell'era del rischio*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 31 ss.

²⁹ Cfr. C. CONTI-C. BONZANO, *Scienza ed epistemologia giudiziaria verso l'affermazione di nuovi paradigmi*, cit., 32 s., i quali evidenziano come dall'errore dell'equazione tra certezza scientifica e mancanza di dibattito deriverebbe che «soltanto in una situazione del genere sarebbe possibile ritenere provata la realtà».

la pretesa di una siffatta equazione significherebbe l'impossibilità di un confronto con la scienza, proprio là dove sembra di essa esserci più bisogno, e una aprioristica rinuncia all'ingresso nel processo penale della scienza più aggiornata.

Un rimedio a queste "degenerazioni processuali" potrebbe essere offerto da quella giurisprudenza che ha tentato di rinforzare il ruolo del giudice grazie ad una rilettura post-moderna della nozione del giudice «*peritus peritorum*»³⁰, secondo la quale il giudice non deve abdicare al proprio ruolo di custode, per il quale egli «scrutina e, se del caso, recepisce le informazioni rese da un esperto in giudizio sotto la sorveglianza di altri esperti»³¹. In tale ottica, si afferma che il giudice può certo discostarsi dalle conclusioni del perito, ma, se lo fa, «è tenuto a motivare il proprio convincimento con criteri che rispondono ai principi scientifici oltreché logici»³².

Peraltro, le difficoltà insite in tale ruolo non possono essere sottovalutate, in particolare se si considerano alcune sollecitazioni critiche dettate dall'esperienza del giudicare³³. Fra queste in particolare quella relativa all'approccio alla prova scientifica delineato dalla nota sentenza *Daubert* nei termini dicotomici "buona scienza/cattiva scienza". Applicando tale schema si ritiene infatti che il giudice al massimo arriverebbe ad avere «la garanzia di disporre di un'ottima scienza teorica», ma non sarebbe «mai in grado (almeno non in base ai criteri *Daubert*) di dire che quella scienza sia stata applicata, eseguita, interpretata, compresa e utilizzata in modo corretto nel caso specifico»³⁴. Di fatto solo chi conosce di scienza sarebbe in grado di avvalersi dei criteri *Daubert* per verificare la scientificità del metodo, il margine di errore, l'obiettiva valenza e attendibilità del ri-

³⁰ Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, cit. Per una attenta analisi delle possibili diverse versioni di tale nozione, v. G. CARLIZZI, *Perizia penale e reati colposi*, cit., p. 958 ss.

³¹ G. CARLIZZI, *Iudex peritus peritorum*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 2 e *ivi* la bibliografia, al quale si rinvia per un'attenta analisi del ruolo superperitale del giudice e dei possibili, diversi modi di comprenderlo; v. anche, dello stesso A., *Liberio convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*, Bonomo, Bologna, 2018, spec. p. 30 ss.; R. BLAIOTTA-G. CARLIZZI, *Liberio convincimento, ragionevole dubbio e prova scientifica*, in G. CANZIO-L. LUPARIA (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, cit., p. 343 ss. Sottolinea l'importanza del contraddittorio sulla scienza, poiché «la ricostruzione scientifica più plausibile è quella che "resiste all'urto del contraddittorio tra gli esperti"», anche C. CONTI, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 30 ss.

³² Cass., Sez. IV, 11 dicembre 2020, n. 37785; v., anche, Cass., Sez. II, 11 ottobre 2013, n. 43923; conf., fra le altre, Cass., Sez. I, 16 febbraio 2017, n. 24082. Sul ruolo del giudice, non più debitore del perito che rivela leggi scientifiche, v., da ultimo, in dottrina L. ALGERI, *La prova neuroscientifica nel processo penale*, Wolters Kluwer, Padova, 2020, p. 43 ss., anche per la bibliografia.

³³ Cfr. G. GENNARI, *Errore giudiziario e prova scientifica*, cit., p. 227 ss., che definisce quella usata dalla Corte della «legittima ignoranza» del giudice «una delle più infelici frasi degli ultimi tempi».

³⁴ *Idem*. E questo anche perché il giudice nell'accogliere le acquisizioni scientifiche può incorrere in diverse tipologie di errore, v. *postea*, § 2.

sultato³⁵. In breve, aderendo al protocollo *Daubert* – si conclude – la comunità dei giuristi «decide di negare alla comunità degli scienziati l'autorevolezza per decidere cosa sia scienza e cosa no»³⁶.

In verità, anche queste affermazioni sono da condividere, nel momento in cui, concordando – come sembra – sul ruolo del giudice di custode del metodo scientifico, confermano la pretesa non tanto di un giudice esperto nei vari settori della scienza, come la psichiatria, la psicologia, la chimica, la fisica o la biologia, ma di un giudice che «conosca le regole fondamentali che presiedono la costruzione del sapere scientifico»³⁷.

2. Prove scientifiche ed errori cognitivi del giudice

Questa conoscenza è tanto più indispensabile quanto più il sapere scientifico è controverso, come emblematicamente in materia di imputabilità. Se ad essa non si può rinunciare, secondo l'orientamento tradizionale e maggioritario, per giudizi di responsabilità penale costituzionalmente conformi fondamentale rimane la dimostrazione dell'esistenza o meno di una causa scusante di infermità mentale. Ma per l'accertamento di quest'ultima il giudice non solo si confronta con un pluralismo esplicativo del concetto di infermità di mente, ma per la prima volta si è dovuto altresì confrontare con il nuovo sapere scientifico offerto dalle neuroscienze.

Anche il dato neuroscientifico non può essere ignorato dall'organo giudicante, poiché quello della prova dell'infermità tale da incidere totalmente o parzialmente sulla capacità di intendere o di volere dell'imputato costituisce il versante empirico-fattuale del giudizio di cui all'art. 85 del codice penale. In quanto tale, si tratta di un versante di competenza esclusiva dell'esperto, con la conseguenza che il giudice, in ambito siffatto, per superare ogni ragionevole dubbio, deve trovare conforto nella prova scientifica e in quella più aggiornata. Come infatti hanno chiarito le già richiamate Sezioni Unite del 2005³⁸ a proposito

³⁵ Per una attenta critica al criterio del falsificazionismo popperiano e alla sua utilizzabilità in ambito giuridico, v. G. BONIOLO-G. GENNARI, *Abi Popper! Ripensando criticamente al suo mito fra i giuristi*, in *Sist. pen.*, 2022, 3, p. 5 ss., i quali concludono che, «anche se il riferimento a Popper fosse inteso in senso letterale e fosse corretto (e non lo è), esso avrebbe un valore concreto ancora di espediente retorico perché nessun giurista sarebbe in grado di amministrare quel principio» (citazione di p. 26).

³⁶ Ancora G. GENNARI, *Errore giudiziario e prova scientifica*, cit., p. 251.

³⁷ G. GENNARI, *Errore giudiziario e prova scientifica*, cit., p. 252 s., il quale sottolinea la necessità della formazione dei giudici nell'ambito specifico della statistica, poiché la maggioranza delle tecniche forensi di uso quotidiano è il risultato di calcoli statistici, come ad es. le diagnosi psichiatriche fondate sul DSM.

³⁸ Cass., Sez. un., 25 gennaio 2005, cit.

del concetto di imputabilità, risolvendosi esso «sul duplice piano empirico e normativo, la sua ridefinizione deve avvenire attraverso la valorizzazione delle più aggiornate acquisizioni scientifiche». Tuttavia, il giudice – come si è visto – non può affidarsi alla prova scientifica ciecamente secondo una fiducia fideistica, a pena di un riduzionismo scientifico o scientismo oggi perdente³⁹.

Da quanto appena esposto emerge come il giudice si debba confrontare con una variegata realtà scientifica, che presenta le caratteristiche della c.d. “nuova prova scientifica”⁴⁰, procedendo ad interpretarla e verificarla alla luce delle caratteristiche del caso concreto. Di quest’ultimo non potrà quindi lasciare all’esperto la decisione, nella convinzione irrealistica «di un sapere scientifico sempre pronto all’uso e pronto per essere applicato in modo quasi automatico, senza incertezze»⁴¹. Tuttavia, nell’affrontare questioni complesse di tal genere anche il giudice ricorre a scorciatoie semplificatrici, chiamate euristiche, tipiche del pensiero c.d. veloce e intuitivo, che se per un verso possono portare a risposte adeguate, per altro verso possono indurre in errori di giudizio sistematici e prevedibili⁴².

Nell’approccio alla scienza attraverso la prova scientifica l’errore è dunque sempre in agguato⁴³, nel senso che costante è il rischio di decisioni contaminate da *biases* cognitivi del giudice, a volte derivanti da fallacie in cui lo stesso esper-

³⁹ Anche «dalla giurisprudenza costituzionale non è possibile ricavare un “primato” della scienza e della tecnica sul diritto, o ipotizzare una paradossale “estromissione” del diritto dalle regole che presiedono alle applicazioni della scienza medico-terapeutica», G. D’AMICO, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alle certezze del diritto (materiali giurisprudenziali)*, in A. D’ALOI (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 262.

⁴⁰ Intendendosi con tale espressione «sia la prova ottenuta mediante l’adozione di criteri assolutamente innovativi in un determinato campo scientifico, e che pertanto, essendo tuttora “controversi”, non fanno ancora parte del patrimonio culturale comune agli studiosi ed esperti di quel settore, sia quella derivante dal ricorso a metodiche di elevata specializzazione. Ormai almeno in parte “collaudate” in taluni ambiti della scienza, ma delle quali non sia stato fatto finora ricorso nel contesto giudiziario», così, da ultimo, P. RIVELLO, *L’errore giudiziario nel dibattimento*, in A. AMATO-G. FLORA-C. VALBONESI (a cura di), *Scienza, diritto e processo penale nell’era del rischio*, cit., p. 484 ss., che a tale proposito richiama proprio il ricorso alle neuroscienze cognitive per l’acertamento dell’imputabilità.

⁴¹ P. FRATI-E. TURILAZZI-V. FINESCHI, *Il segno dei tre: il processo penale, la medicina legale e la prova scientifica*, in A. AMATO-G. FLORA-C. VALBONESI (a cura di), *Scienza, diritto e processo penale nell’era del rischio*, cit., p. 250.

⁴² Per un approfondimento si rinvia a C.D. KAHNEMAN-O. SIBONY-C.S. SUNSTEIN, *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, Utet, Milano, 2021, p. 187 ss. e *ivi* la bibliografia.

⁴³ V., da ultimo, sull’errore giudiziario, G. CARLIZZI, *Errore giudiziario e logica del giudice nel processo penale*, in L. LUPARI DONATI (a cura di), *L’errore giudiziario*, cit., p. 93 ss.; G. CANZIO, *Alle radici dell’errore giudiziario: “Heuristics and Biases”*, *ivi*, p. 81 ss.; M. BERTOLINO, *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in G. FORTI-G. VARRASO-M. CAPUTO (a cura di), *«Verità» del pre-cetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Jovene, Napoli, 2014, p. 111 ss.

to è incorso nell'espletamento del parere. Né un rimedio contro questi errori – come sottolineato da una parte della dottrina – potrebbe essere rappresentato dal metodo del contraddittorio, proprio perché esso avrebbe per oggetto relazioni esperte e dunque un sapere specialistico, che in quanto tale escluderebbe il sapere uniforme e condiviso, il linguaggio comune di cui invece il contraddittorio avrebbe bisogno⁴⁴.

Così dal versante di colui che deve decidere sulla responsabilità penale, il primo errore potrebbe proprio essere quello di rinunciare alla ammissione di una prova scientifica, ritenuta troppo innovativa, come si è verificato in certi casi a proposito del sapere neuroscientifico, sulla base del fatto che secondo il giudice tale sapere non ha ancora raggiunto quello statuto di scientificità da renderlo affidabile. Ma, così operando, si rischia di estromettere dal processo una prova che potrebbe confortare una teoria esplicativa del fatto alternativa a quella dell'accusa, poiché si identifica come scienza c.d. spazzatura (la *junk science*) quella che in realtà è scienza nuova, in via di sviluppo e in quanto tale non ancora dominante nella comunità scientifica di riferimento.

D'altra parte, questo modo di procedere si inquadra in quel modello di pensiero c.d. analogico, le cui trappole cognitive portano a focalizzarsi su un'ipotesi⁴⁵ e a preferire comunque le ipotesi esplicative che più ricalcano schemi già noti e non importa se quella scelta rappresenti la spiegazione meno lineare e plausibile. Con la conseguenza che diventa difficile abbandonare un'ipotesi già presente nella mente per produrne un'altra alternativa alla prima. A ciò si aggiunga anche che il sistema mentale di controllo delle ipotesi è in balia di pericolose fallacie di natura non solo cognitiva ma anche motivazionale ed emotiva, evitabili solo qualora di esse il magistrato abbia consapevolezza, grazie ad una attenta formazione e preparazione anche su questi temi. Anche queste distorsioni attinenti alla componente emotiva del pensiero umano contribuiscono alla formazione della c.d. *tunnel vision*, per la quale, ad esempio, si concentra l'attenzione su un sospettato, su un imputato e l'attività successiva, sia essa investigativa, probatoria, decisoria è condizionata, distorta dalla selezione di dati che confermino la convinzione iniziale.

Proprio questa ricerca della conferma rappresenta una delle fallacie cognitive più significative nell'ambito che qui interessa accanto a quella dell'ancoraggio. Quest'ultimo *bias* cognitivo comporta la difficoltà di rinunciare alle prime in-

⁴⁴ In tal senso, P. RIVELLO, *L'errore giudiziario nel dibattimento*, cit., p. 486. Sulla necessità di una "lingua franca", che consenta il dialogo fra saperi diversi in ambito forense, da ultimo, J. BUCKHOLTS-V.F. REYNA-C. SLOBOGIN, *A Neuro-Legal Lingua Franca: Bridging Law and Neuroscience on the Issue of Self-Control*, in *Mental Health Law & Policy Journal*, 2018, Paper n. 16-32, p. 1 ss.

⁴⁵ Cfr. P. CHERUBINI, *Fallacie nel ragionamento probatorio*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007, p. 249 ss.; P. CHERUBINI, *Trappole cognitive nel ragionamento giudiziario*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1354 ss.

formazioni ottenute, alle ipotesi per prime formulate. Ad esse si rimane “ancorati” appunto per una tendenza a ritenerle attendibili, valorizzandole mettendo da parte o sminuendo conoscenze successive. È, questo, un atteggiamento pericoloso per il processo penale delle garanzie, perché proprio in relazione alle ipotesi di colpevolezza occorre riflettere sul fatto che se, stando alle ricerche sperimentali, nel formulare i propri giudizi l’individuo tende spontaneamente a selezionare quelle informazioni che confermano la propria ipotesi esplicativa iniziale, piuttosto che quelle che possono falsificarla, non solo sono compromesse le basi di partenza del ragionamento probatorio, ma viene annullata anche la possibilità di confronto e di verifica delle ipotesi alternative. L’utilizzo di un’euristica informale può portare dunque alla condanna, nonostante la permanenza di dubbi ragionevoli in grado di fare vacillare l’ipotesi accusatoria.

Per superare siffatti limiti del giudizio sulla responsabilità penale la dottrina più competente in proposito sottolinea la necessità, in particolare a riguardo di decisioni assunte in contesti collegiali come quelli giurisdizionali, che i *biases* vengano identificati «in tempo reale designando un *osservatore decisionale* per individuarne i primi segni»⁴⁶. Solo riducendo i *biases*, infatti, si può contenere il dilagante “rumore sistemico”, cioè «la variabilità indesiderata dei giudizi» che sappiamo caratterizzare le valutazioni in ambito forense dei giudici e degli esperti⁴⁷.

2.1. I biases dell’esperto

Ma a favorire un simile risultato distorto può contribuire anche l’attività dell’esperto⁴⁸. Cosa di cui non c’è da meravigliarsi se proprio dall’ambito forense, e in particolare da quello psichiatrico, viene segnalata

⁴⁶ C.D. KAHNEMAN-O. SIBONY-C.S. SUNSTEIN, *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, cit., p. 434.

⁴⁷ C.D. KAHNEMAN-O. SIBONY-C.S. SUNSTEIN, *Rumore. Un difetto del ragionamento umano*, cit., p. 423, ai quali si rinvia per un approfondimento su come ridurre il rumore praticando una sorta di “igiene decisionale”. Questa pratica dovrebbe assicurare, fra l’altro, l’accuratezza del giudizio grazie anche alla sostituzione di quest’ultimo con regole o algoritmi. La valutazione algoritmica, per gli autori, sarebbe infatti, l’unico approccio in grado di rimuovere del tutto il rumore c.d. strutturale, componente stabile del rumore sistemico, cioè quello che dipende dalle differenze individuali, dalle personalità di giudizio che portano persone diverse a formarsi opinioni diverse su uno stesso problema (v. p. 433 ss.). Peraltro, gli stessi autori non mancano di chiarire che «molti timori sugli algoritmi sono esagerati, ma alcuni sono legittimi: gli algoritmi potrebbero produrre errori stupidi che un essere umano non commetterebbe mai [...]». Potrebbero infatti essere affetti da *bias*, ad es. per un difetto di progettazione (citazione di p. 440).

⁴⁸ Cfr., sul tema, fra i più recenti, G.S. COOPER-V. METERKO, *Cognitive bias research in forensic science: A systematic review*, in *Forensic Science International*, Vol. 297, 2019, p. 35 ss. V. anche M. BERTOLINO, *Problematiche neuroscientifiche tra fallacie cognitive e prove di imputabilità e di pericolosità sociale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 1, p. 40 ss.

«la sensazione di un corto circuito in cui il clinico prestatato (alla giustizia) (in-corre, quando) debba far ricorso a ragionamenti apparentemente lineari, ma sostanzialmente contorti nella loro declinazione, affinché quanto da lui riconosciuto in capo al reo che gli è stato richiesto di esaminare possa entrare negli stretti spazi che il legislatore pone a sua disposizione per una risposta motivata al quesito che gli è stato proposto»⁴⁹.

Infatti, l'esperto forense facilmente si troverebbe nella imbarazzante situazione da una parte di voler «tutelare il reo mediante una costruzione clinica quasi abusiva ma plausibile in linea di massima», dall'altra di dover prendere atto dell'esistenza della «necessità di ottenere una risposta qualunque per poter chiudere il fascicolo in esame»⁵⁰.

Dell'affidabilità scientifica di accertamenti di tal genere è corretto dubitare, per la presenza di *biases* che possono segnare il lavoro peritale, e dunque contaminare la prova scientifica, come significativamente è dato constatare in tema di imputabilità e di pericolosità sociale, ambiti nei quali si tratta di organizzare, coordinare, portare ad unità logica e convincente informazioni complesse. A tal fine, come rileva la dottrina specialistica, sono necessari metodi di ragionamento formale «capaci di assistere sia gli scienziati forensi che i giudici», poiché la comprensione in particolare

«dei legami di dipendenza che possono esistere tra diverse osservazioni dev'essere gestita in modo ottimale. Focalizzarsi unicamente sulla valutazione di singole evidenze, ignorando il contesto nel quale sono state osservate, rappresenta una limitazione inaccettabile, come spesso sottolineato nella letteratura scientifica, idonea ad alimentare conclusioni errate»⁵¹.

Occorre invece porre grande attenzione alla «complessità del fenomeno di valutazione congiunta degli elementi di prova (o evidenze)»⁵².

Sicuramente la presenza di fallacie o *biases* cognitivi non facilita queste valutazioni, anche quando a farle sono esperti. Come ha ormai evidenziato la ricerca in proposito, anche se gli esperti sanno dell'esistenza di queste fallacie, essi non sanno riconoscerle e non comprendono la necessità di difendersi da esse; lacune alle quali solo una formazione specifica potrebbe porre rimedio. E sembra che –

⁴⁹ M. TANTALO, *La psichiatria forense oggi. Luci ed ombre sul suo attuale ruolo e sull'attuale funzione nel processo penale*, in *Dir. pen. uomo*, 23 settembre 2020, p. 7.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ F. TARONI e altri, *Prova genetica del DNA e risultati dissonanti: come valutare congiuntamente gli elementi scientifici di prova*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2018, 11, p. 81.

⁵² *Ibidem*: «[l]a letteratura giuridica sottolinea ugualmente l'attuale incapacità delle scienze forensi di rispondere a domande fondamentali, una delle quali riguarda la valutazione congiunta degli elementi di prova».

come per i giudici – di essa avrebbero bisogno soprattutto gli esperti forensi con più esperienza, poiché sarebbero più restii a riconoscere la presenza di questi *biases* nella loro attività e in quella dei colleghi⁵³.

Ma quali sono gli errori in cui gli esperti forensi, in particolare ai nostri fini gli psichiatri e gli psicologi chiamati a giudicare dello stato mentale dell'imputato, possono più facilmente incorrere e che possono minare l'obiettività del parere? In questa sede è possibile e comunque sufficiente presentare una sintetica panoramica del dibattito a riguardo⁵⁴. Come il giudice, anche l'esperto può essere vittima della fallacia di selezionare le informazioni alla luce di ciò che già conosce secondo un meccanismo automatico e inconscio⁵⁵, ma – al pari del giudice – l'esperto è soggetto alla distorsione di essere influenzato dalle prime informazione che gli vengono fornite e dallo stesso acquisite, c.d. *anchoring bias*; o di quella di sovrastimare la probabilità di un accadimento o di una circostanza, quando con facilità si richiamano alla mente esempi simili, c.d. *availability bias*; ancora, di quella, per un'inclinazione naturale, di giungere affrettatamente alle conclusioni attraverso un processo di selezione e raccolta delle informazioni che confermano ciò che si vuole, si crede o si accetta come vero, con la conseguenza di ignorare le informazioni e perfino le prove che contraddicono tali conclusioni, c.d. *confirmation bias*⁵⁶.

Vi sono poi le fallacie dipendenti dall'ambiente⁵⁷, dal modo in cui colui che investiga vede sé stesso e si identifica con gli altri, e fra queste la tendenza a giungere alla conclusione più vicina, più in armonia con la parte che si rappre-

⁵³ Cfr. P.A. ZAPF e altri, *Cognitive bias in forensic mental health assessment: Evaluator beliefs about its nature and scope*, in *Psychology, Public Policy, and Law*, Vol. 24, 2018, p. 1 ss.

⁵⁴ V., fra i diversi contributi più recenti, I.E. DROR, *Biases in forensic experts*, in *Science*, 2018, Vol. 360, p. 240 ss.; D.C. MURRIE-B.O. GARDNER e altri, *Perceptions and estimates of error rates in forensic science: A survey of forensic analysts*, in *Forensic Science International*, 2019; K.A. MARTIRE-K.N. BALLANTYNE e altri, *Forensic science evidence: Naïve estimates of false positive error rates and reliability*, *ivi*; I. GRATAGLIANO, *Quando è la perizia psicoforense a far danno*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, 4, p. 1289 ss., spec. 1298 ss., il quale rileva che troppo spesso negli elaborati in tema di imputabilità l'esperto non riesce a distaccarsi dal momento diagnostico-nosografico per tenere conto anche e soprattutto degli aspetti criminodinamici e criminogenetici. V., anche D. FREEDMAN-S. ZAAMI, *Neuroscience and mental state issues in forensic assessment*, in *Int. J. Law Psychiatry*, Vol. 65, 2019, p. 101 ss., i quali sottolineano che troppo spesso gli esperti forensi hanno un approccio superficiale e fuorviante nel valutare lo stato mentale dell'imputato, in quanto sarebbe troppo centrato sul colloquio clinico e quasi sempre senza considerare il ruolo che giocano i *biases* cognitivi.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Cfr. P.A. ZAPF-I.E. DROR, *Understanding and Mitigating Bias in forensic Evaluation: Lesson from forensic Science*, in *Internat. J. Forensic Mental Health*, Vol. 16, 2017, p. 227 ss. e *ivi* la bibliografia; D. FREEDMAN-S. ZAAMI, *Neuroscience and mental state issues in forensic assessment*, cit., p. 102 s.

⁵⁷ D. FREEDMAN-S. ZAAMI, *Neuroscience and mental state issues in forensic assessment*, cit., p. 102.

senta, come è dato registrare in particolare nei confronti degli esperti dell'accusa. Gli studi hanno evidenziato che proprio su questioni di imputabilità questi esperti risulterebbero fra i più proclivi ad assegnare coefficienti di psicopatologia e di rischio di recidiva⁵⁸.

Ma non mancano anche gli errori che pregiudicano più direttamente il processo decisionale e cioè il modo in cui l'esperto trae inferenze e giunge a conclusioni. Essi rinviano alla questione di fondo della base scientifica del parere specialistico. In altre parole, se quest'ultimo si fonda su ricerche sistematiche e scientificamente affidabili e su metodi e procedure validate, corroborate o al contrario se poggia su ricerche e su osservazioni del tutto individuali e aneddotiche e su metodologie personali non sperimentate a livello della comunità scientifica di appartenenza ovvero si fonda su conclusioni apodittiche⁵⁹. Con la conseguenza di inferenze e di conclusioni del tutto erronee.

Utili indicazioni si possono ricavare anche da quella giurisprudenza di legittimità, che, nel tentativo di definire il ruolo del giudice al cospetto del sapere scientifico, individua delle regole metodologiche minime, alle quali l'esperto dovrebbe attenersi. In particolare: «le informazioni relative alle differenti teorie, alle diverse scuole di pensiero, dovranno essere veicolate nel processo dagli esperti». Costoro non dovranno «esprimere (solo) il loro personale seppure qualificato giudizio», quanto piuttosto dovranno «delineare lo scenario degli studi [...] fornire gli elementi di giudizio» utili al giudice per la valutazione della prova scientifica⁶⁰.

Ma anche a livello legislativo si è cercato di fissare dei confini all'uso indiscriminato del sapere scientifico in campo giuridico-forense. Emblematica l'esperienza francese, che con specifico riferimento al sapere neuroscientifico può contare su una disposizione del codice civile, art. 16-14, introdotta con la legge 9 luglio 2011 e successivamente modificata nell'agosto del 2021, con la quale si stabilisce che «le tecniche di immagine cerebrale non possono essere impiegate che ai fini medici o di ricerca scientifica o di pareri esperti in ambito forense, ad esclusione delle immagini cerebrali funzionali. Il consenso espresso della persona dovrà essere scritto e rilasciato prima della sottoposizione all'esame e dopo averla informata della natura e della finalità di siffatto esame. Il consenso, che deve menzionare quest'ultima, è comunque revocabile in ogni momento e senza particolari formalità»⁶¹.

⁵⁸ Cfr., P.A. ZAPP-I.E. DROR, *Understanding and Mitigating Bias in Forensic Evaluation*, cit., p. 231 ss.; D. REEVES e altri, *Limitations of Brain Imaging in Forensic Psychiatry*, in *J. Am. Acad. Psychiatry Law*, vol. 31, 2003, p. 89 ss.

⁵⁹ Rimprovera al consulente di parte di aver desunto conclusioni in maniera apodittica Cass., Sez. I, 18 maggio 2018, n. 11897/2019, cit.

⁶⁰ Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, cit.

⁶¹ Su tale disposizione, v. G.M. GKOTSI-V. MOULIN-J. GASSER, *Les neurosciences au Tribunal*:

3. La soluzione del dubbio ragionevole

Sono, tutti quelli visti, *biases* cognitivi ed errori metodologici la consapevolezza dei quali, soprattutto in settori caratterizzati da notevoli incertezze, come il più volte richiamato ambito dell'imputabilità, dovrebbe aiutare a migliorare la collaborazione fra giudici ed esperti, per giungere ad accertamenti in cui il dubbio ragionevole sfumi in un libero convincimento suffragato da affidabilità scientifica⁶². Nel senso cioè di un convincimento fondato su prove scientifiche tali che, come afferma la Cassazione,

«il dato probatorio acquisito lasci fuori soltanto eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili “in rerum natura”, ma la cui effettiva realizzazione, nella fattispecie concreta, risulti priva del benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana»⁶³.

Detto altrimenti: «il dubbio idoneo ad introdurre una ipotesi alternativa di ricostruzione dei fatti è soltanto quello “ragionevole”, ovvero quello che trova conforto nella logica, sicché, in caso di prospettazioni alternative, occorre comunque individuare gli elementi di conferma dell'ipotesi ricostruttiva accolta, non potendo il dubbio fondarsi su un'ipotesi del tutto congetturale, seppure plausibile»⁶⁴.

Quando però la forza e la persuasività delle argomentazioni scientifiche non

de la responsabilité à la dangerosité, enjeux éthiques soulevés par la nouvelle loi, in *L'Encéphale*, 41,5, 2015, p. 385 ss.; v. anche V. MOULIN-J. GASSER-B. TESTE, *La perception par des magistrats français de la introduction de données neuroscientifiques dans les expertises psychiatriques pénales: effets sur l'évaluation de l'expertise et la situation pénale de la personne expertisée*, in *Annales Médico-psychologiques, Revue psychiatrique*, febbraio 2020, 178, 2, p. 110 ss., lo studio condotto sui magistrati francesi mostrerebbe che il parere esperto viene considerato di qualità migliore, più obiettivo, più affidabile nonché più convincente e più scientifico se contiene dati neuroscientifici.

⁶² Sottolineano da ultimo l'importanza di una preparazione dei giudici per un confronto consapevole con gli sviluppi della scienza grazie alle discipline neuroscientifiche, poiché il giudice deve essere in grado di verificare la validità e l'affidabilità dell'interpretazione offerta dall'esperto neuroforense, che rappresenta comunque la dimensione soggettiva della neuroprova, G.M. GKO-TSI-J. GASSER-V. MOULIN, *Neuroimaging in criminal trials and the role of psychiatrists expert witness: A case study*, in *Int. J. Law Psych.*, Vol. 65, 2019, p. 8 ss., i quali osservano che proprio perché l'uso delle tecniche neuroscientifiche nei processi penali è in via di incremento, mentre le conoscenze dei giudici sui risultati conseguiti con tali tecniche rimane molto limitato, una formazione professionale in proposito potrebbe essere particolarmente utile, soprattutto al fine di facilitare la comprensione dei limiti dei risultati delle neuroscienze nell'ambito forense e della loro natura essenzialmente interpretativa.

⁶³ Cass., Sez. I, 21 maggio 2008, n. 31456; conf., da ultimo, Cass., Sez. I, 18 novembre 2020, n. 8863/2021.

⁶⁴ Cass., Sez. III, 21 gennaio 2021, n. 5602.

sono tali da far superare il dubbio, la strada obbligata per il giudice è quella di dare voce a questo dubbio. Soprattutto se a sollevarlo sono gli stessi periti, che nel rispetto delle regole metodologiche della trasparenza peritale riconoscono l'impossibilità di trarre conclusioni certe, come è successo a riguardo della capacità di intendere e di volere del reo. In questa direzione va l'orientamento ultimo della Corte di legittimità, allorché non condivide il percorso logico motivazionale dei giudici di merito, che, a fronte di un quadro probatorio ritenuto dagli esperti incerto sull'esistenza sia di un vizio totale che parziale di mente dell'imputato, decidono comunque per il riconoscimento quanto meno del vizio parziale⁶⁵. A questo risultato, come osserva la Cassazione, i giudici di secondo grado pervengono «sulla base dell'erroneo percorso logico secondo cui, non provata la totale non imputabilità, ma provata comunque la grave patologia psichiatrica incidente su di essa, deve concludersi per il riconoscimento del vizio parziale». Con l'approdo finale di valorizzare *in malam partem* il dubbio insanabile sulla totale infermità a vantaggio di una infermità parziale, a sua volta peraltro non provata. Ma, come ha affermato la Cassazione, secondo la regola generale dell'art. 530, comma 2, c.p.p. l'insanabilità del dubbio avrebbe dovuto condurre ad una decisione in senso favorevole all'imputato, permanendo incertezza sulla sua imputabilità. La regola compendiata nella formula "al di là di ogni ragionevole dubbio" riguarda infatti tutti gli elementi costitutivi del reato «e, pertanto, anche la capacità di intendere e di volere dell'imputato, il cui onere probatorio non è attribuito all'imputato, quale prova di un'eccezione, ma alla pubblica accusa»⁶⁶.

La questione se e in che termini riconoscere il dubbio manifesta tutta la sua complessità proprio in situazioni di particolare incertezza scientifica come di recente è emerso nel panorama giurisprudenziale e nel dibattito dottrinale⁶⁷ in tema di vizio di mente. In tale ambito, sono presenti ancora notevoli zone grigie, se si considera come in una decisione successiva a quella appena richiamata l'elaborazione del dubbio da parte della Cassazione abbia portato a riconoscere il vizio parziale di mente. Infatti, per quest'ultima Corte

«il dubbio sulla sussistenza del vizio di mente deve essere apprezzato in relazione al canone di garanzia *in dubio pro reo*, sì che non è necessario che ricorra la prova certa del vizio parziale di mente, non essendo esigibile la certezza matematica, bastando per il suo riconoscimento un ragionevole livello di probabilità del vizio di mente secondo la regola di giudizio "più probabile che non"»⁶⁸.

⁶⁵ Cass., Sez. I, 25 maggio 2016, n. 9638/2017.

⁶⁶ Cass., Sez. I, 25 maggio 2016, cit.

⁶⁷ Cfr. A. CORDA, *Ricostruzioni dogmatiche e dinamiche probatorie: l'imputabilità penale tra colpevolezza e affermative defenses*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 238 ss.

⁶⁸ Cass., Sez. I, 18 maggio 2018, n. 11897/2019, cit.

Insomma, se il dubbio sulla totale infermità non può comunque giustificare un vizio parziale di mente, con quest'ultimo sarebbe invece compatibile il dubbio sulla seminfermità secondo la formula del "più probabile che non"⁶⁹, conseguendo da tale riconoscimento un'attenuazione della pena.

In una prospettiva più generale e conclusiva, l'accettazione del dubbio nel confronto con il sapere scientifico se per un verso salva il giudice da «ogni automatismo, (da) ogni forma di recepimento fideistico e di scontata adesione al parere tecnico»⁷⁰, per altro verso gli consente di esercitare la «facoltà critica ... di valutazione, di apprezzamento del procedimento seguito e dei risultati esitati»⁷¹ al fine di trarne le opportune deduzioni su cui anche fondare la motivazione delle scelte operate. E poiché – come osserva Domenico Pulitanò⁷² – il «profilo epistemologico dell'accertamento probatorio non è questione puramente processuale, relativa cioè ai modi del procedere (anche se tocca istituti processuali come la perizia), ma è una questione relativa ai criteri del decidere», questi criteri devono essere tali da consentire al giudice affidabili verifiche sulla qualità della scienza che entra nel processo⁷³.

⁶⁹ Cfr., per la dottrina, C. CONTI-C. BOZANO, *Scienza ed epistemologia giudiziaria*, cit., p. 31 ss., i quali rilevano come la Cassazione in generale si stia orientando ai fini della condanna a dare rilievo alla certezza processuale al di là di ogni ragionevole dubbio quando il sapere scientifico trova largo accreditamento, nel senso di sicuro grado di consenso, nella comunità scientifica, mentre ai fini dell'assoluzione dell'imputato basta il solo serio dubbio in seno alla comunità scientifica. Il rischio però di simile impostazione è quello, evidenziano gli Autori, di incorrere nella fallacia di far coincidere la certezza scientifica e dunque quella processuale con la situazione di assenza di dibattito nel mondo della scienza. Con la conseguenza di ritenere provata la responsabilità penale al di là di ogni ragionevole dubbio soltanto in presenza di una situazione di tal genere e di estromettere comunque dalle aule dei tribunali la nuova scienza o la scienza controversa, salvo il caso in cui serva «per far insorgere quel ragionevole dubbio che conduce all'assoluzione».

⁷⁰ Cass., Sez. I, 13 giugno 2013, n. 33268.

⁷¹ Cass., Sez. I, 13 giugno 2013, cit.

⁷² D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, cit., p. 802.

⁷³ Per una recente rivisitazione di questi criteri, v. G. BONIOLO-G. GENNARI, *Abi Popper! Ripensando criticamente al suo mito fra i giuristi*, cit., p. 26, i quali a proposito del criterio della falsificabilità concludono criticamente che «se si dice che il giudice deve accettare solo teorie falsificabili, si dice qualcosa che forse rende più apparentemente acculturata la decisione, ma si dice qualcosa che è comunque irrealistico e inutile per migliorare la qualità della decisione giudiziaria» e invitano i giudici ad utilizzare criteri «più semplici e basilari». V. anche *retro*, sub nota n. 44.

NUOVA LEGALITÀ PENALE, DIRITTO GIURISPRUDENZIALE E FUNZIONI ATTUALI DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Renzo Orlandi

SOMMARIO: 1. “Nuova” legalità penale. – 2. Diritto vivente. – 3. La Corte di cassazione e l’art. 65 OG (rivisitato). – 4. Rapporti con altre alte Corti.

1. “Nuova” legalità penale

Un’opinione corrente coglie nell’emergere di una asserita “nuova legalità” il tratto caratterizzante l’attuale fase dell’esperienza giuridica anche penalistica. Da una legalità imperniata sul testo della legge, si sarebbe passati, negli ultimi decenni, a una diversa concezione interpretativa, che assegna ampi margini all’attività ermeneutica del giudice¹.

In realtà, la centralità dell’attività interpretativa nella vita del diritto risale indietro nel tempo, ben oltre gli ultimi decenni.

Da più di un secolo, la scienza del diritto ha problematizzato il rapporto fra legge e giudice, progressivamente allontanandosi dallo schema del sillogismo giudiziario patrocinato dai giuspositivisti all’inizio del secolo scorso².

¹ Così, R. BARTOLI, *Nuovi scenari della legalità penale*, in *Sist. pen.*, 2022, p. 1 ss. Secondo G. ZACCARIA, l’aggettivo “nuova” «sta a significare la constatazione della fine della lunga egemonia del paradigma moderno della legalità, che nell’ambito penalistico, fin dall’Illuminismo, esprimeva i due principi, tra loro strettamente intrecciati, di «determinatezza» della fattispecie incriminatrice e del fatto punibile e di assoluta riserva di legge» (cfr. *Postdiritto*, il Mulino, Bologna, 2022, p. 85).

² Notoriamente, il positivismo giuridico ha vissuto diverse stagioni; dal legalismo statualista sviluppatosi all’epoca delle codificazioni ottocentesche alle più successive elaborazioni del neocostituzionalismo, frutto della cultura dei diritti fondamentali affermatasi nella seconda metà degli anni Cinquanta del secolo scorso come reazione alle esperienze totalitarie. Nel testo ci si riferisce ovviamente al giuspositivismo originario, dall’impronta marcatamente statualistica. Per una efficace illustrazione delle correnti di pensiero sussumibili sotto l’espressione “positivismo giuridico” si veda la voce omonima curata da M. LA TORRE, in *Enc. dir., Annali*, Giuffrè, Milano, vol. VI, 2013, p. 681 ss.

Senza alcuna pretesa di completezza e solo per dare un'idea dell'ampia rivolta contro il semplicismo di quello schema basterà ricordare, in area germanica, i rappresentanti della *Freirechtsbewegung* quali Eugen Ehrlich (1862-1922), Hermann Kantorowicz (1877-1940), Gustav Radbruch (1878-1949)³. E ancora, si può citare quel "crepuscolo della legge", denunciato da James Goldschmidt (1874-1940) nel 1924⁴, un anno prima di pubblicare il suo fondamentale *Prozess als Rechtslage*, dove, per scongiurare la crescente e temibile crescita dell'esecutivo nella creazione dell'ordinamento giuridico, costruiva una teoria processuale che assegnava al giudice il potere di concorrere con il legislatore nella creazione di un secondo ordinamento normativo⁵, parallelo a quello figurato nella legge statutale.

In ambito italiano, si possono al riguardo menzionare le riflessioni sulla "esperienza giuridica" di Giuseppe Capograssi, che segnalano l'insofferenza per gli approcci strettamente legalistici al problema dell'interpretazione a causa della inevitabile concretezza della tutela giurisdizionale⁶. La serie esemplificativa può continuare citando un penalista quale Giuseppe Bettiol, col suo personalismo dalle venature giusnaturalistiche, fondato su assunti di valore trascendenti la norma positiva⁷. E ancora, si pensi alle dottrine penalistiche formatesi su quella sorta di positivizzazione normativa di valori giusnaturalistici rappresentato dalle costituzioni e dichiarazioni dei diritti umani dopo il secondo conflitto mondiale del Novecento⁸. Il diffondersi nell'Europa occidentale, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, di correnti filosofiche inclini ad assegnare al soggetto un ruolo di primo piano nell'interpretazione dei testi anche normativi

³Tale movimento è stato oggetto di critiche e prese di distanza per un'asserita sua collusione con l'ideologia nazista del "*gesundes Volksempfinden*": in realtà, i suoi principali rappresentanti professavano idee progressiste e socialiste, ben distanti dai successivi giuristi del nazismo. Per una presentazione equilibrata ed intellettualmente onesta di questo importante articolato movimento si vedano le pagine di L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 201 ss.

⁴*Gesetzesdämmerung*, in *Juristische Wochenschrift*, 1924, p. 245.

⁵"*Eine doppelte Rechtsordnung*": cfr. *Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 1925, p. 211. Val la pena aggiungere che questa monografia di GOLDSCHMIDT ha esercitato un potente influsso sulla dottrina processualpenalistica italiana, grazie alla lettura (pur critica) che ne ha fatto un autore molto seguito quale FRANCO CORDERO, soprattutto nel suo manuale (pubblicato in 18 edizioni fra il 1966 e il 2012).

⁶Cfr. in particolare *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, in *Opere*, vol. IV, Milano, 1959 (ma 1938), p. 134.

⁷Cfr. F. MANTOVANI, *Il personalismo e la personalità del reo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*, in *Crim.*, 2007, 135 ss.

⁸Sulla "rottura epistemologica" che l'avvento delle costituzioni moderne ha rappresentato per l'attività interpretativa dei giudici si vedano le perspicue osservazioni di M. VOGLIOTTI, *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisprudizione. Spunti per un confronto*, in *Sist. pen.*, 2020, 3, in particolare p. 53 ss.

(si pensi all'ermeneutica gadameriana) ha segnato un ulteriore distanziamento dal legalismo statualista e dalla teorica del sillogismo giudiziario⁹.

Questa rapida e – val la pena ribadire – meramente esemplificativa rassegna di autori e tendenze dottrinali dispiegatesi lungo tutto il Novecento, dimostra che la legalità statale è stata criticata, messa in discussione, mentalmente superata da numerosi, influenti giuristi del passato, anche con riguardo alle teorie penalistiche, dove le esigenze di tassatività e determinatezza delle fattispecie sono avvertite con comprensibile e giustificata preoccupazione. Per questo, sembra improprio etichettare come “nuova legalità” la tendenza evolutiva del “diritto giurisprudenziale”. Al più si può dire che tale tendenza è andata accentuandosi (quantitativamente) negli ultimi decenni, mentre le premesse qualitative per una simile evoluzione erano già presenti nelle elaborazioni dottrinali.

Se a quanto appena detto si può obiettare che altro è la teoria (la scienza giuridica) incline a spingere le proprie elucubrazioni sul terreno dello *ius condendum*, altro l'esperienza applicativa, il *law in action*, che si deve misurare quotidianamente con il *conditum*. Ma l'obiezione mancherebbe il bersaglio. Chi gettasse uno sguardo sulle tendenze fermentate nella giurisprudenza italiana a partire dalla seconda metà del secolo scorso, constaterrebbe facilmente la progressiva affermazione del diritto giurisprudenziale (anche penale) proprio nel *law in action*. Per rendersene conto, è sufficiente leggere gli atti del Convegno avvenuto nel 1965, fra Brescia e Gardone, su iniziativa della Associazione Nazionale Magistrati (ANM). All'ordine del giorno era stato posto il seguente tema: *Funzione giurisdizionale e indirizzo politico nella costituzione*. Eloquenti la prima mozione, approvata per acclamazione dalle tre componenti dell'ANM (Magistratura democratica, Magistratura Indipendente e Terzo Potere). Vale la pena riportarne la parte più significativa ai nostri fini: premesso che la giurisdizione non può assumere compiti di indirizzo politico si precisava tuttavia che

«spetta al giudice in posizione di imparzialità e indipendenza nei confronti di ogni organizzazione politica e di ogni centro di potere

⁹Un'utilissima panoramica delle teorie interpretative con un'efficace illustrazione del ruolo svolto dall'indirizzo ermeneutico è offerta da G. ZACCARIA, *Postdiritto*, cit., in particolare alle p. 149 ss.

Merita ricordare qui l'evoluzione che, nella seconda metà del secolo scorso, le teorie dell'interpretazione hanno registrato anche sul terreno della critica letteraria. Il *Lector in Fabula* di UMBERTO ECO (*La cooperazione interpretativa nei testi narrativi*, Bompiani, Milano, 1977, già in parte anticipato da alcuni saggi apparsi in *Opera aperta. Forma e indeterminazione nelle poetiche contemporanee*, Milano, Bompiani, 1962) segna l'irruzione del soggetto-lettore nel testo. Indubbiamente, l'interpretazione giuridica (specie nel settore penale) e quella letteraria appartengono ad ambiti diversissimi dell'esperienza umana: in entrambe, tuttavia, notiamo una sorta di arretramento del testo “oggettivo”, a vantaggio di una pretesa del soggetto di determinare il senso delle parole lette. In altre parole, una medesima temperie culturale ha fortemente relativizzato la tradizionale “oggettività” del testo (sia normativo, sia letterario).

1. Applicare direttamente le norme della Costituzione, quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso;
2. Rinviare all'esame della Corte costituzionale, anche d'ufficio, le leggi che non si prestino ad essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale;
3. Interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico nazionale».

La mozione proseguiva poi avversando la

«concezione che pretende di ridurre l'interpretazione a una attività puramente formalistica indifferente al contenuto ed all'incidenza concreta della norma nella vita del paese. Il giudice, all'opposto, deve essere consapevole della portata politico-costituzionale della propria funzione di garanzia, così da assicurare *pur negli invalicabili confini della sua subordinazione alla legge*, un'applicazione della norma conforme alle finalità fondamentali volute dalla Costituzione»¹⁰.

C'è qui, a ben vedere, in particolare nei sopra citati punti 1. e 3. una considerevole apertura di credito al diritto giurisprudenziale (senza distinzioni fra giurisdizione civile e penale). Affiora in molti interventi la preoccupazione di essere considerati contigui se non di essere accomunati agli esponenti della *Freirechtsbewegung*, ciò che peraltro conferma la consapevolezza di muoversi verso il terreno minato del diritto giurisprudenziale¹¹.

Il programma di Brescia-Gardone sarà negli anni successivi attuato principalmente dalla magistratura del lavoro, ma anche dalla magistratura penale, soprattutto da parte di giovani magistrati di merito (è l'epoca dei cosiddetti "pretori d'assalto") che si distinguono con iniziative inedite non prive di forzature interpretative della legge sia penale sia processuale, principalmente nel campo del diritto ambientale, delle frodi alimentari, della repressione di condotte anti-sindacali. Nelle sue componenti progressiste, sensibili al nuovo ordine costituzionale, la magistratura si sente investita di un compito sociale. Trova nel *corpus* normativo pre-costituzionale e nell'atteggiamento conservatore della Corte di

¹⁰ Associazione Nazionale Magistrati, *Atti e Commenti – XII Congresso Nazionale – Brescia-Gardone – 25-28 – XII – 1965*, Arti Grafiche Jasillo, Roma 1966, pp. 307-308.

¹¹ Si veda, ad esempio, l'intervento di M. RAMAT, *L'equità nel Giudice e nella giustizia*, in Associazione Nazionale Magistrati, *Atti e Commenti*, cit., p. 115. Proprio alludendo alle prese di posizione dell'ANM nel citato congresso di Brescia-Gardone, L. LOMBARDI VALLAURI notava argutamente che una attenzione meno preconcetta all'aspetto strutturale della *Freirechtsbewegung* «sarebbe utile anche per arricchire o correggere l'impostazione di attualissime iniziative polemiche, le quali spesso riprendono senza saperlo e magari con minor impegno forme di organizzazione e argomenti già propri del giusliberismo» (*Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 228 e nota 73, dove si menzionano esplicitamente «le iniziative per il rinnovamento della magistratura, facenti capo o no all'Associazione Nazionale Magistrati»).

cassazione dell'epoca altrettanti limiti all'assolvimento di tale compito¹². Limiti non sempre facili da eliminare attraverso incidenti di costituzionalità.

Prevale una visione "promozionale" del diritto (anche penale). In ogni caso, l'interpretazione delle norme va riorientata ai valori costituzionali e assume pertanto quella portata teleologica che smentisce l'approccio tipico del legalismo statualista. Una eccellente testimonianza di questa vocazione "promozionale" della magistratura penale è offerta dal volume di Domenico Pulitanò (*Giudice negli anni '70. Un'esperienza di magistratura democratica* Bari, De Donato, 1977), dove sono raccolti scritti dai quali traspare il clima politico-sociale del tempo e la realtà per molti versi antinomica e certo altamente conflittuale nella quale i magistrati erano chiamati ad operare.

Insomma, anche limitando lo sguardo al *law in action*, non si può dire che il diritto giurisprudenziale rappresenti una vera novità, tale da giustificare di per sé la qualificazione di "nuova" alla legalità penale odierna. A meno che non si sia disposti a considerare recente, se non addirittura recentissimo e del tutto nuovo, un movimento di idee già scodellate e organizzate in un programma operativo circa sessant'anni fa.

Ciò che davvero appare "nuovo" con riguardo al tema che qui ci interessa è, semmai, il processo di crescente marginalizzazione della legalità statualistica (intesa come l'insieme delle leggi penali e processuali interne) che si accompagna alla progressiva cessione di sovranità dello Stato, a vantaggio di istituzioni sovranazionali (piccola e grande Europa).

L'entrata in vigore dell'11° protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹³, ha reso più frequenti e "severe" le condanne della Corte di Strasburgo nei confronti degli Stati membri del Consiglio d'Europa e ha finito con l'accrescere l'importanza (nonché il rango divenuto para-costituzionale) delle norme convenzionali.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona¹⁴ ha accentuato la dipendenza diretta del legislatore italiano dalle normative comunitarie anche per l'ambito penale (in precedenza relegato nel cosiddetto "terzo pilastro").

Tutte cose note e arcinote, che qui vengono ripetute solo per indicare quali sono – a mio avviso – gli elementi in presenza dei quali può avere un senso parlare di "nuova legalità". Il duplice condizionamento che alla politica nazionale deriva dall'Europa ("grande" e "piccola") è un evento politico-costituzionale di primissima grandezza, già oggetto di una copiosa letteratura e meritevole di essere ancora esplorato per i riflessi che ne derivano a getto continuo sull'attività interpretativa dei giudici penali nazionali.

¹² Sul conservatorismo della giurisprudenza di legittimità nel quindicennio successivo all'entrata in vigore della nostra Costituzione si veda l'efficace illustrazione che ne fa E. BRUTI LIBERTI, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma, 2018 (in particolare cap. 1°).

¹³ 1° novembre 1998.

¹⁴ 1° dicembre 2009.

Si può certo dire che l'accennata limitazione della sovranità statale e il correlato incremento delle fonti normative europee (anche di matrice giurisprudenziale) hanno avuto l'effetto di accrescere la discrezionalità interpretativa dei giudici nazionali, non foss'altro per l'infittirsi di regole e principi da combinare in sede applicativa. Ciò non toglie però che la vera novità – per quanto qui interessa – sia rappresentata dai limiti angusti nei quali è oggi costretta a muoversi la legislazione penale e processuale del nostro parlamento.

Nella modificata situazione politico-costituzionale, il tema dell'interpretazione giudiziale vede nella Corte di cassazione il punto di più spiccata problematicità. Tutti i giudici nazionali, inclusi quelli di merito, vedono ovviamente modificata dal diritto europeo (complessivamente inteso) la loro attività interpretativa. Tuttavia, posto che la Corte di cassazione è la custode del diritto legislativo statale, si intuisce facilmente la necessità di ricalibrare la sua funzione istituzionale. È dunque questo il tema che merita di essere chiarito e commentato nei paragrafi seguenti.

2. *Diritto vivente*

Prima di occuparsi della “nuova” posizione della Corte di cassazione è opportuno un chiarimento sulla nozione di “diritto vivente”, frequentemente evocata proprio con riguardo all'attività interpretativa della Corte di legittimità. L'espressione è spesso usata in senso polemico, a significare la crescita incontrollata del diritto giurisprudenziale e a censurare quella che viene denunciata come indebita invasione di campo del giudiziario rispetto al legislativo. Come spesso accade, lo spirito polemico offusca le menti: chi stigmatizza il *diritto vivente*, ravvisandovi un'arbitraria violazione dei limiti costituzionali posti al potere giudiziario mostra di non conoscere la scaturigine del concetto nella dottrina costituzionalistica italiana.

Il sintagma meriterebbe un esame filologico che qui può essere solo abbozzato. In dottrina lo ritroviamo (forse per la prima volta) in una risalente notarella di Carlo Esposito che, affrontando un problema di limiti al sindacato di costituzionalità su norme regolamentari, coinvolgeva i limiti interpretativi che la Corte costituzionale era tenuta a osservare nello scrutinio della legittimità di fonti normativo di rango primario e secondario¹⁵. Tuttavia, la riflessione di Esposito era distante dal nostro tema. Viene qui ricordata solo perché nel titolo di quella nota compare l'espressione linguistica qui tematizzata, a denotare una problematica in realtà diversa da quella affrontata nel presente scritto.

Il tema del *diritto vivente* (nel senso che qui specificamente interessa) affiora in realtà prima che codesta etichetta verbale sia introdotta nel dibattito giuridico

¹⁵ *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 605.

come problema che la nostra Corte costituzionale dovette affrontare fin dalle prime sue sentenze¹⁶.

Nella sentenza n. 3/1956 leggiamo:

«La Corte, pur ritenendo di potere e di dovere interpretare con autonomia di giudizio e di orientamenti e la norma costituzionale che si assume violata e la norma ordinaria che si accusi di violazione, non può non tenere in debito conto di una costante interpretazione giurisprudenziale che conferisce al precetto legislativo il suo effettivo valore nella vita giuridica, se è vero, come è vero, che le norme sono non quali appaiono proposte in astratto, ma quali sono applicate nella quotidiana opera del giudice, intesa a renderle concrete ed efficaci».

La Corte si ritiene in linea di massima competente a interpretare le norme sottoposte al suo giudizio, ma afferma al contempo di dover prestare attenzione alla lettura che di quelle norme dà la giurisprudenza ordinaria. È già una prima significativa affermazione che segnala la consapevolezza di un nuovo scenario giuridico nel quale la Corte costituzionale cerca la propria collocazione per evitare conflitti con la giurisdizione ordinaria e, in particolare, con la Corte di cassazione.

La prima, esplicita enunciazione del nostro sintagma appare in una sentenza del 1974 (la n. 276) che qualifica come *diritto vivente* il «sistema giurisprudenziale formatosi nel difetto di espresse disposizioni del diritto vigente»¹⁷. Gradualmente la Corte costituzionale estende la dottrina del *diritto vivente* alle situazioni di incertezza normativa e limita la propria competenza a interpretare le norme di legge sottoposte al suo vaglio, riconoscendo questo compito alla Corte di cassazione¹⁸. Una saggia operazione di *self restraint*, finalizzata principalmente ad evitare conflitti di attribuzione fra le due alte corti¹⁹.

¹⁶ Si veda al riguardo il saggio di G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Considerazioni sull'attività interpretativa della Corte costituzionale*, in *Arch. Giuridico*, 1962, p. 50 ss.

¹⁷ Corte cost. n. 276/1974, punto 2 del *Considerato in diritto*.

¹⁸ Eloquente quel che afferma Corte cost. n. 212/2020: «La funzione nomofilattica svolta dalla Corte di cassazione trova chiaro riconoscimento nel rilievo attribuito dalla Corte costituzionale agli approdi del “diritto vivente”, espressione con cui si definisce il “costante indirizzo interpretativo della Corte di cassazione». Altrettanto significativa, al riguardo, la dichiarazione di manifesta inammissibilità con la quale fu rigettata la questione di legittimità dell'art. 576 c.p.p. con riguardo al diritto della parte civile di appellare le sentenze di proscioglimento, avendo constatato che le sezioni unite della Corte di cassazione erano in procinto di pronunciarsi sul punto (Corte cost. (ord.) n. 32/2007).

¹⁹ Sul tipo di quello occasionato a metà degli anni Sessanta dalla *querelle* sull'estensione all'istruzione sommaria delle garanzie difensive previste per l'istruzione formale. In una prima sentenza (n. 11 del 1965) la Corte rigettò la questione di legittimità incentrata sull'art. 392 c.p.p. allora vigente sul presupposto che la lamentata limitazione di garanzie difensive non sussistesse.

In prima approssimazione, l'espressione *diritto vivente*, così come compare in numerose sentenze della nostra Corte costituzionale, non significa affatto "diritto libero" o "libera creazione del diritto", bensì, più modestamente, "attuale stato dell'interpretazione giurisprudenziale di una norma suscettibile di diverse letture". Punto di partenza dell'operazione interpretativa dev'essere il testo esplicitato da una norma di legge, non uno spunto liberamente posto dall'interprete e tratto da fonti extralegislative²⁰.

In quanto "vivente" il diritto è mutevole e la sua cifra caratteristica è l'incertezza. Un'incertezza che il processo giudiziario dovrebbe essere in grado di sciogliere. Molto si parla di "prevedibilità della decisione", ravvisando nella stessa il tratto che dovrebbe caratterizzare le moderne giurisdizioni. Ma, a ben vedere, l'esito di ogni processo è sempre imprevedibile e tante previsioni più o meno azzardate su "come andrà a finire" sono destinate ad essere smentite. Ciò appartiene alla fisiologia, non alla patologia del giudiziario²¹. Si possono fare pronostici su come il giudice interpreterà una norma (sostanziale o processuale), ma non si potrà mai dar per scontata l'opzione interpretativa che alla fine sarà preferita, poiché

Qualche mese dopo fu costretta a ricredersi, considerato che la "giurisprudenza ordinaria" continuava a interpretare il citato art. 392 in maniera sfavorevole alla difesa: di qui la presa d'atto del diverso orientamento giurisprudenziale e la necessità di dichiarare illegittimo non tanto l'art. 392, quanto piuttosto l'interpretazione che ne continuava a dare la giurisprudenza della Corte di cassazione.

²⁰ Siamo pertanto distanti dall'idea di "*lebendes Recht*" (che traduce letteralmente l'espressione "diritto vivente") come propagandata dagli esponenti del diritto libero. Così si esprimeva, ad esempio, EUGEN EHRLICH: «Il diritto vivente non è fissato in formule legali e tuttavia domina la vita. Le fonti che lo rendono riconoscibile sono soprattutto i documenti correnti, ma anche l'osservazione diretta della vita, dei traffici commerciali, degli usi e costumi, nonché dell'attività delle associazioni, sia quelle legalmente riconosciute sia quelle trascurate e ignorate dalla legge e persino quelle legalmente disapprovate.»

«Das lebende Recht ist das nicht in Rechtssätzen festgelegte Recht, das aber doch das Leben beherrscht. Die Quellen seiner Erkenntnis sind vor allem die moderne Urkunde, aber auch die unmittelbare Beobachtung des Lebens, des Handels und Wandels, der Gewohnheiten und Gebräuche, dann aber aller Verbände sowohl der rechtlich anerkannten als auch der von dem Rechte übersehenen und übergangenen, ja sogar der rechtlich mißbilligten» (E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie*, Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1913, p. 399).

²¹ Scriveva H. KANTOROWICZ: «La sentenza deve essere prevedibile! Bellissimo ideale, certo, ma irraggiungibile. Se lo fosse, non ci sarebbero processi e quindi nemmeno sentenze: chi mai darebbe inizio a un processo sapendo in partenza di uscirne sconfitto?».

«Das Urteil muß voraussehbar sein! Ein schönes Ideal gewiss, aber in Ewigkeit unerfüllbar. Wenn das Urteil voraussehbar wäre, gäbe es ja keine Prozesse und also keine Urteile, denn wer würde einen Prozess anstrengen in dem er, wie sich voraussehen lasst, unterliegt?» (*Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Carl Winters Universitätsbibliothek, Heidelberg, 1906, p. 43).

L'affermazione ha sapore dichiaratamente provocatorio, ma contiene un innegabile nucleo di verità del quale ogni giurista (e, in particolare, ogni processualista) dovrebbe essere consapevole.

il processo giudiziario serve (dovrebbe servire) anche a mettere il giudice nella condizione di fare la scelta più adeguata²², nel rispetto delle garanzie difensive²³.

Diritto vivente è, in definitiva, la norma di legge filtrata e adattata al caso concreto nel crogiuolo processuale dall'interpretazione giurisprudenziale. Ne sono autori principalmente i giudici (anche di merito), ma alla sua formazione possono contribuirvi altresì le parti, offrendo argomenti interpretativi capaci di convincere il giudicante. Alla Corte di cassazione, istituzionalmente investita del compito di “custodire la corretta interpretazione della legge”, spetta un ruolo ovviamente preminente in questa “costruzione collettiva” dell'enunciato giurisprudenziale.

Fatta questa precisazione, conviene volgere l'attenzione alla funzione della Corte di legittimità.

3. La Corte di cassazione e l'art. 65 OG (rivisitato)

La legge “vive”, dunque, nell'interpretazione che ne danno i giudici. Migliaia di teste, quotidianamente al lavoro, ciascuna animata dai mille condizionamenti delle vicende umane.

²² A lungo la dottrina processualistica ha ravvisato nell'accertamento di fatto il maggior rischio di arbitrio nella decisione giudiziaria. Tutta la letteratura degli anni Sessanta e Settanta ha approfondito i temi della prova penale e del libero convincimento giudiziale in chiave critica, perché si riteneva che lì si annidasse il rischio di derive inquisitorie deleterie per i diritti individuali: penso ad autori come FRANCO CORDERO, DELFINO SIRACUSANO, MICHELE TARUFFO, ENNIO AMODIO, MASSIMO NOBILI, PAOLO FERRUA. La riforma processuale del 1988 e la progressiva apertura verso la “giustizia penale europea” hanno attenuato (pur senza spegnerla) l'attenzione verso l'accertamento del fatto, favorendo al contempo la messa a tema del problema interpretativo: un tema fino a quel momento appannaggio di teorici e filosofi del diritto ha gradualmente conquistato l'interesse dei penalisti ora in attività: penso, ad esempio, alle riflessioni offerte al riguardo da ROBERTO BARTOLI, MASSIMO DONINI, PAOLO FERRUA, ROBERTO KOSTORIS, VITTORIO MANES, FRANCESCO PALAZZO, DOMENICO PULITANÒ, FRANCESCO VIGANÒ, MASSIMO VOGLIOTTI.

²³ In questo senso andrebbe ripensato il principio *iura novit curia*, così come espresso nell'art. 521, comma 1, c.p.p.: «Nella sentenza il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione». Viene così escluso, in danno della difesa, il diritto al contraddittorio sul mutamento (*in peius*) della qualifica giuridica recepita nell'atto d'accusa. La sentenza della Corte EDU nel caso Drassich c. Italia (dicembre 2007) ha messo in evidenza l'inedeguatezza del nostro diritto processuale sotto il profilo qui considerato. Sarebbe quindi stato opportuno (se non doveroso) un intervento legislativo volto a modificare il citato art. 521, comma 1, nel senso di vietare la condanna dell'imputato per una qualifica giuridica più grave di quella ufficialmente contestata nel corso del dibattimento. Si poteva prendere a modello il § 265 della StPO germanica che per l'appunto regola – in senso rispettoso del diritto al contraddittorio – l'ipotesi del mutamento (*in peius*) di qualifica giuridica. Ciò contribuirebbe a rendere meno incerta e imprevedibile la successiva sentenza. Per ulteriori osservazioni sul punto sia consentito rinviare a R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, Giappichelli, Torino, 2010, §14, p. 65 ss.

Se le cose stessero semplicemente così, l'incertezza e l'imprevedibilità degli esiti giudiziari sarebbero inevitabili e la vita sociale ne risentirebbe negativamente. Non si potrebbe allora che condividere il monito di Beccaria, il quale nel cap. IV del suo celebre opuscolo, tuonava contro lo «spirito della legge», ravvisandovi un «argine rotto al torrente delle opinioni». Ma il giovane Beccaria non sospettava che, circa trent'anni dopo, si sarebbe apprestato il rimedio per ridurre, se non proprio eliminare, la sconcertante multiformità del *diritto vivente* lasciato alla libera interpretazione dei giudici di merito. Prima il *Tribunal de cassation* (organo esterno all'ordine giudiziario col compito di sorvegliare l'aderenza dei giudicati alle norme di legge varate dal Parlamento), poi la *Cour de Cassation* (organo attratto nell'ordine giudiziario con lo stesso compito) furono istituiti per assicurare la tenuta di quell'argine²⁴. Si sa come l'esempio francese fu poi seguito da tutte le codificazioni dell'Europa continentale nel corso dell'Ottocento²⁵. E l'Italia fu tra i più fedeli imitatori del modello francese.

Si dirà che quei tempi sono ormai lontani e che l'odierno contesto politico-costituzionale rende improponibile o fuorviante qualsiasi comparazione diacronica. È certo un'obiezione sensata, della quale tener conto. Tuttavia, non può sfuggire che le norme di ordinamento giudiziario che individuano i compiti della Cassazione sono rimaste tendenzialmente inalterate nel tempo. Né risulta che siano state avanzate – in sede dottrinale o in sede legislativa – proposte di modifica della Corte di cassazione con riguardo alle sue principali funzioni e alla sua collocazione istituzionale²⁶.

Vero che l'istituto regolato può cambiare la sua funzione pratica nel sistema giuridico, con il mutare del più generale contesto politico-costituzionale. E non

²⁴ Sulle vicende storico-politiche che condussero all'istituzione della Cassazione resta ancora di fondamentale importanza la lettura di P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Parte prima, in *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, Morano, Napoli, 1976.

La lettura del vasto studio di Calamandrei sulla Cassazione è raccomandabile ancora oggi per la limpidezza espositiva e per le considerazioni tuttora attualissime delle quali è intessuto dalla prima all'ultima pagina. Il titolo fa torto all'ampiezza di orizzonte di questo fondamentale contributo alla letteratura giuridica del Novecento italiano. Non è opera che interessi solo i processualcivili. Si tratta di uno studio che – stando agli odierni settori disciplinari – offre suggestivi affacci anche sul diritto costituzionale (rapporto giudice/legge) e sulla storia del diritto (con riguardo al complessivo sistema delle impugnazioni). Pressoché introvabile in versione cartacea, oggi i due volumi sulla *Cassazione civile* sono consultabili sul web, grazie a una meritoria iniziativa dell'Università Roma-Tre (e, in particolare, del prof. Zeno-Zencovich): cfr. per il primo volume <https://romatpress.uniroma3.it/libro/opere-giuridiche-volume-vi-la-cassazione-civile-parte-prima/> e, per il secondo, <https://romatpress.uniroma3.it/libro/opere-giuridiche-volume-vii-la-cassazione-civile-parte-seconda/>.

²⁵ Utilissimi riferimenti storici in P. CALAMANDREI, *La cassazione civile, parte prima*, cit., p. 377 ss.

²⁶ Modifiche importanti sono intervenute sul terreno del diritto processuale, soprattutto con riguardo ai rapporti fra sezioni semplice e sezioni unite della Cassazione civile (l. n. 40 del 2006) e penale (l. n. 103 del 2017).

c'è dubbio che nel 1941 (quando entrò in vigore l'ordinamento giudiziario tuttora vigente) tale contesto era affatto diverso da quello odierno. Compito della dottrina è dunque rileggere l'art. 65 OG, interrogandosi sulla sua persistente attualità, o rilevandone l'anacronismo rispetto alla presente situazione politico-costituzionale.

Conviene muovere dal significato originario di questa cruciale norma e il modo migliore per farlo è riassumerne i tratti caratteristici dell'istituto, alla luce di quel che ne pensava Piero Calamandrei, che ne fu l'artefice. Tant'è vero che la seconda parte della sua Cassazione civile può essere addirittura considerata una sorta di commento anticipato all'odierno art. 65 OG, del quale interessa qui la parte iniziale, dove sono enunciati tre compiti: assicurare a) l'esatta osservanza, b) l'uniforme interpretazione della legge e c) l'unità del diritto obiettivo nazionale.

- a. *Esatta osservanza della legge.* È il compito di nomofilachia “negativa”, come lo definiva Calamandrei. Quello che poteva sfociare nella censura della sentenza di merito basata sulla inosservanza di un testo di legge. Inizialmente era questo il solo compito attribuito alla Corte²⁷. In esso si evidenziava la funzione di controllo sull'attività interpretativa dei giudici. Si tratta, a ben vedere, di una funzione spiccatamente giudiziaria, considerato che decisione della Corte – in caso di annullamento con o senza rinvio – è suscettibile di influenzare il dispositivo della decisione impugnata. Da essa si ricavava, a mo' di corollario, anche la funzione unificatrice della giurisprudenza, sul rilievo che l'interpretazione “esatta” di una norma di legge doveva necessariamente essere anche l'unica ed era quindi tale da fungere da insegnamento ai giudici per casi futuri.
- b. *Uniforme interpretazione.* È il compito di nomofilachia “positiva”, che evidenzia la componente *lato sensu* “politica” della Corte: quella che, in altre parole, si identifica con la funzione unificatrice della giurisprudenza. Le argomentazioni giuridiche spese in motivazione trascendono il caso giudiziario che le ha occasionate, pretendendo di porsi come insegnamento alla generalità dei giudici.

Secondo Calamandrei l'“esatta osservanza della legge” non può contraddire la “uniforme interpretazione”. Egli si rende ben conto della impossibilità di sta-

²⁷ L'ordinamento giudiziario entrato in vigore il 1° gennaio 1866 stabiliva: *La Corte di cassazione è istituita per mantenere l'esatta osservanza delle leggi* (art. 122, l. 6 dicembre 1865, n. 2626).

Contenuto pressoché identico aveva la successiva riforma del 1923 (quella che definitivamente abolì le Cassazioni regionali): *La Corte di cassazione è istituita per mantenere l'esatta osservanza delle leggi ed è unica per tutto il Regno, con sede in Roma* (art. 61, l. 30 dicembre 1923, n. 2786).

bilire in maniera incontestabile quale sia la “esatta” osservanza della legge e intuisce il rischio che una errata interpretazione ripetereturi *ad libitum* la svista proprio grazie alla accennata funzione unificatrice. L’ostacolo viene aggirato con il pragmatico rilievo che l’interpretazione fornita dalla Corte di cassazione è per definizione o, meglio, per convenzione, quella “esatta” ed è quindi naturalmente candidata a fungere da punto di riferimento per l’unificazione giurisprudenziale²⁸.

Altri rimedi non se ne vedono. Di fronte all’oscurità o indeterminatezza della legge sarebbe inadeguata l’interpretazione autentica fornita dal legislatore. Come osserva Calamandrei, nemmeno l’intervento interpretativo del legislatore darebbe

«una garanzia assoluta di esattezza, sia perché negli Stati moderni, la legge non è espressione della volontà di una sola persona fisica, che, anche dopo aver compiuto l’atto legislativo, serbi memoria della intenzione che ad essa presiedette, sia perché, anche se fosse possibile far ricorso a questa sopravvivenza memoria individuale, interpretazione esatta non potrebbe dirsi mai quella che volesse stabilire il significato della legge ricostruendo fuori di essa una volontà soggettiva non giunta a manifestarsi nel testo, ma soltanto quella che desumesse la volontà del legislatore dalle espressioni di essa contenute nella legge obiettivamente considerata»²⁹.

Parole pensate e scritte più di cent’anni fa e tuttavia attuali per il giurista contemporaneo. E si può aggiungere che la legge interpretativa avrebbe sì l’effetto di unificare la giurisprudenza (vincolando l’*opinio iuris* del giudice), ma non potrebbe incidere sulla vicenda giudiziaria che fosse definita sulla base di una errata lettura della norma applicata o tale ritenuta dal legislatore “interpretante”.

c. *L’unità del diritto obiettivo nazionale*. È, questo, un punto strettamente collegato con i due precedenti e volto a chiarire un dettaglio importante nella visione di Calamandrei. Esatta osservanza della legge e sua interpretazione

²⁸ «Quando si parla di una interpretazione falsa della stessa legge, si intende sempre riferirsi a un concetto di verità o di falsità relativa, desunta cioè da un ragionamento che può essere più o meno persuasivo, ma che non può mai portare alla certezza assoluta e inconfutabile: infatti, per poter stabilire in modo incontrovertibile che una qualsiasi interpretazione di legge è falsa, bisognerebbe possedere come termine di paragone quella interpretazione vera alla quale il concetto di falsità si riferisce; ma siccome quella interpretazione vera non si può ottenere se non con un procedimento logico analogo a quello col quale altri giunge alla interpretazione falsa, così la verità o falsità della interpretazione non è mai un dato di fatto obiettivo, ma è sempre il risultato di un apprezzamento subiettivo eminentemente variabile e incerto»: P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, parte seconda, *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, vol. VII, Morano, Napoli, 1976, p. 99.

²⁹ P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, parte seconda, cit., p. 100.

uniforme hanno per oggetto la norma legale colta dal punto di vista dello Stato e dell'organo che l'ha posta, non nella prospettiva del ricorrente. L'accento sul carattere "obiettivo" del diritto evidenzia il tratto pubblicistico del ricorso di legittimità, anche quando questo è inteso ad affermare un diritto soggettivo.

Limitando lo sguardo all'ambito penalistico, l'imputato non ha interesse a far rilevare l'errata applicazione della legge o la difformità dell'interpretazione rispetto all'orientamento consolidato da precedenti decisioni della Cassazione, se non per sfuggire a una sentenza che gli fosse sfavorevole. Preferirà una assoluzione basata su una interpretazione errata della legge, a una condanna irrogata sul presupposto di una ineccepibile interpretazione del giudice di merito³⁰.

È l'astuzia del sistema. L'interesse del privato (a una sentenza favorevole) è, per così dire, strumentalizzato al fine di far affiorare eventuali disubbidienze dei giudici di merito al testo della legge statale. Che le parti si astengano dal ricorrere contro palesi errori di applicazione e interpretazione della legge da parte dei giudici territoriali è un prezzo che il sistema accetta di pagare, anche perché le sentenze di codesti giudici non aspirano (come quelle della Cassazione) a farsi "autorevole precedente". Al più, per rimediare a questo inconveniente, si abilita il pubblico ministero a ricorrere per cassazione "nell'interesse della legge", contro sentenze già passate in giudicato e fondate su errori di interpretazione. È quanto prevede, ad esempio, il nostro codice di procedura civile (art. 363), mentre il codice di procedura penale punta a un risultato analogo, quando consente alle sezioni unite della Corte di cassazione di affermare d'ufficio il principio di diritto, benché il ricorso risultasse inammissibile (art. 618 comma 1-ter). In entrambi questi esempi si suppone il passaggio in giudicato di una sentenza "sbagliata" e si fa al contempo salva la funzione di nomofilachia positiva della Cassazione.

In definitiva, il diritto (soggettivo) al ricorso per Cassazione è messo al servizio dell'interesse pubblico alla esatta osservanza della legge e alla uniforme interpretazione del diritto "obiettivo" nazionale.

La lettura qui brevemente illustrata dell'art. 65 OG nelle sue tre principali componenti può essere riproposta anche ai giorni nostri. Il solo dato anacronistico è quel riferimento al "diritto obiettivo nazionale", nel quale si ravvisa l'attaccamento a una visione dello Stato del tutto obsoleta³¹. La Corte di cassa-

³⁰ Anche qui risultano illuminanti le osservazioni di P. CALAMANDREI: «Il privato non si sente danneggiato dagli *errores in iudicando* in cui il giudice sia eventualmente incorso nel motivare la sentenza, se non in quanto questi errori si ripercuotano a suo svantaggio sul dispositivo; il litigante non aspira ad avere una sentenza correttamente motivata, ma una sentenza favorevole nella parte conclusiva» (P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, parte seconda, cit., p. 132).

³¹ L'espressione "diritto obiettivo" (tipica dell'approccio chiovendiano al diritto processuale) appare con ossessiva frequenza nell'opera di Calamandrei e, in particolare, nella sua *Cassazione civile*, pubblicata nel 1920, quando ancora operavano le cinque Cassazioni regionali e il giurista

zione esistente al momento in cui il citato art. 65 entrò in vigore (1941) rappresentava il vertice di un'organizzazione giudiziaria circoscritta ai confini di uno Stato che (quanto meno per il settore penalistico) aveva nel mitico legislatore la sola fonte normativa.

A distanza di ottant'anni il contesto politico-costituzionale è profondamente mutato. Le istituzioni euro-unitarie (Parlamento europeo, Commissione europea) e la compresenza di altre alte giurisdizioni (principalmente: Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte di giustizia europea) contribuiscono a riplasamare *ab externo* la posizione istituzionale della Corte di cassazione. Di qui lo straniamento che ci coglie quando leggiamo un'espressione del tipo "diritto obiettivo nazionale". Ma è sufficiente sostituirla con "diritto statale" e l'anacronismo svanisce.

Nella realtà euro-unitaria (come in quella del Consiglio d'Europa) gli Stati esistono ancora e ciascuno di essi è dotato di una Corte di legittimità con funzioni simili a quelle della nostra Corte di cassazione³². Bisogna però avvertire che la locuzione "legge statale" (sostitutiva del "diritto obiettivo nazionale") non va limitata alle sole leggi varate dal Parlamento. Essa include anche le norme costituzionali di diritto interno, le norme della convenzione europea dei diritti dell'uomo, le molteplici norme euro-unitarie, tutte nella lettura che ne propongono le Corti rispettivamente competenti a interpretarle (Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte di giustizia europea). Il compito dei giudici nazionali nell'intendere la "legge statale" si è fatto dunque difficile e complesso, assai più di quando la sorgente della norma statale da applicare coincideva con gli organismi della legislazione interna. Nel nuovo concetto di "legge statale" converge la segnalata molteplicità di fonti normative e giurisprudenziali, talché i giudici interni (sia di merito, sia di legittimità) sono costretti a un paziente lavoro di rilettura e ritessitura della norma da applicare al caso concreto³³.

fiorentino si batteva convintamente per l'unificazione dell'istituto: unificazione indispensabile proprio per assicurare quella funzione uniformatrice della giurisprudenza (nomofilachia positiva) che della Cassazione doveva costituire il fine principale.

³² Si tende a sopravvalutare la circostanza che in taluni ordinamenti il ricorso di legittimità si ispira alla "terza istanza", anziché alla "azione di impugnativa" (come accade in Italia, ad imitazione dell'esempio francese), quasi che ciò comportasse un sacrificio della funzione nomofilattica a vantaggio degli interessi soggettivi dei ricorrenti: cfr. ad esempio, M. TARUFFO, *La Corte di cassazione fra legittimità e merito*, in *Foro it.*, 1988, c. 237 ss. In realtà, anche gli ordinamenti che si sono ispirati alla "terza istanza" (come accade con la *Revision* germanica (§§ 337 ss. StPO), prendono poi molto sul serio la funzione unificatrice dell'organo di legittimità. Per un raffronto, sotto il profilo qui considerato, fra i compiti della Cassazione italiana e quelli del *Bundesgerichtshof* sia consentito rinviare al precedente studio R. ORLANDI, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione politica delle corti di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2596 ss.

³³ Va conseguentemente aggiornata anche la lettura dell'art. 101, comma 2, Cost. I giudici sono soggetti non solo alla legge statale (*stricto sensu*), bensì a quell'idea di "legge statale" che include le fonti europee e le corrispondenti elaborazioni giurisprudenziali delle alte Corti incaricate di

Quanto si è appena affermato non ha tuttavia fatto venir meno i classici compiti della Corte di cassazione. Anzi, ha semmai propiziato un rinvigorismento della sua funzione nomofilattica (“positiva”). I recenti interventi legislativi volti a rafforzare il ruolo delle sezioni unite della Corte nella distillazione dei “precedenti”³⁴ dimostra come sia oggi avvertita l’esigenza di far leva sulla funzione uniformatrice della giurisprudenza di legittimità nell’interesse (collettivo) di accrescere la certezza delle situazioni giuridiche e la prevedibilità delle decisioni giudiziarie.

Di crescente rilievo, al riguardo, è l’attività svolta dall’Ufficio del massimario e del ruolo, anche per la consultazione frequente e rapida che le tecnologie informatiche oggi ne consentono. L’individuazione dei contrasti giurisprudenziali (prima che la Corte decida) e l’estrazione delle massime da un numero limitato di sentenze, scelte secondo criteri indicati negli *interna corporis* della Corte di cassazione sono funzionali alla funzione di nomofilachia (positiva) e contribuiscono a delineare il “diritto vivente” nella sua versione più autorevole³⁵.

4. Rapporti con altre alte Corti

L’art. 65 OG, secondo la lettura parzialmente rivisitata proposta nel paragrafo precedente, consente di chiudere il nostro discorso con qualche rapida notazione sul posto da assegnare alla giurisprudenza della Corte di cassazione nel contesto delle altre alte Corti, con le quali si stabilisce un “dialogo” necessario, suscettibile di sfociare in conflitto, qualora non fossero rispettate le rispettive attribuzioni. A ogni Corte il proprio “orto” normativo e la raccomandazione di evitare sconfinamenti nel campo (giurisprudenziale) affidato alla custodia di altra Corte, con la consapevolezza che taluni prodotti della propria coltivazione vivono in simbiosi con quelli degli “orti” confinanti.

farle vivere concretamente. Da entità impermeabile ad altre fonti normative, la legge statale è diventata entità “porosa”, “permeabile” a fonti sovra-legali ed europee. Ciò in conformità con l’evoluzione dello Stato (costituzionale nonché integrato in realtà sovranazionali che ne limitano la sovranità anche sul piano dell’autonomia legislativa).

³⁴ Art. 618, comma 1 *bis* c.p.p. novellato da l. n. 103 del 2017 e art. 374, comma 3, novellato da l. n. 40 del 2006.

³⁵ Si può dire che il “diritto vivente” (nella sua versione più autorevole) è quello che ci viene presentato grazie all’opera selettiva dell’Ufficio del massimario (che, salvo sviste, costituisce un *unicum*, quanto meno nel panorama giuridico europeo). Di qui l’auspicio che la sua opera si ispiri a criteri di trasparenza e non sia considerata una mera questione organizzativa della nostra corte di legittimità. La dottrina dovrebbe dedicare maggior attenzione a questa decisiva funzione, di fatto normativa, della nostra corte di legittimità. Meritevole di segnalazione il recente, ampio studio di F.M. DAMOSSO, *La massima come fonte nel sistema del precedente*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1708 ss.

L'esame dettagliato dei possibili conflitti fra alte corti eccederebbe gli scopi di questo breve scritto e rischierebbe anzi di sviare l'attenzione dai pochi, essenziali rilievi di carattere generale che conviene fissare a mo' di chiusura degli argomenti qui svolti³⁶.

Del "dialogo" fra Corte di cassazione e Corte costituzionale si è già detto (*supra* § 2). Il concetto di *diritto vivente* viene elaborato gradualmente dalla giurisprudenza costituzionale, proprio con l'intento di riconoscere alla Corte di cassazione la sovranità sulla corretta interpretazione della norma soggetta a vaglio di costituzionalità. C'è poco da aggiungere a quanto già osservato in precedenza. Ovviamente, la Corte costituzionale è sovrana nell'interpretare le norme della Costituzione e alla corrispondente giurisprudenza dovrà ispirarsi la Corte di cassazione, quando si prospetta la possibilità di una interpretazione costituzionalmente orientata.

Analogo rilievo vale per la Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, a sua volta, si appoggia alla dottrina del *diritto vivente* (inteso nel senso precisato *supra* § 2).

Nella sentenza *Ferreira Santos Pardal c. Portugal* (31 luglio 2015), essa affronta il problema dell'incertezza giuridica prodotta da disorientanti oscillazioni giurisprudenziali interne ai singoli stati, affermando che

- è compito dei giudici nazionali interpretare le normative statali (punto 42, lett. a);
- le difformità giurisprudenziali appartengono alla fisiologia dell'attività giurisdizionale e non possono pertanto essere considerate contrarie ai principi della Convenzione (punto 42, lett. c);
- contrasta con la Convenzione ed è incompatibile con l'idea di processo equo (art. 6 § 1 CEDU) l'assenza di meccanismi procedurali in grado di superare quelle divergenze e quelle oscillazioni (punto 42, lett. d);
- la certezza delle situazioni giuridiche (da perseguire anche attraverso un uso accorto della giurisprudenza di legittimità) è ingrediente essenziale dello Stato di diritto (punto 42, lett. f).

³⁶ La letteratura sul tema è già imponente. Nell'economia del presente scritto conviene limitarsi a una selezione dei volumi (anche collettanei) finora pubblicati: A. BERNARDI-C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti: l'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, atti del Convegno del dottorato di ricerca Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali del Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Ferrara, Ferrara, 24 febbraio 2017, Jovene, Napoli, 2017; V. BARSOTTI-V. VARANO (a cura di), *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale: dialogo di diritto comparato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2012; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, Bologna, 2010; D. PELLEGRINI, *I controlimiti al primato del diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti*, Firenze University Press, Firenze, 2021.

L'elencazione di questi punti è sufficiente a far comprendere quanto la Corte EDU faccia affidamento su orientamenti giurisprudenziali consolidati nei singoli ordinamenti statali, al fine di assolvere al proprio compito di custode del diritto convenzionale. Del resto, ogni sentenza della Corte di Strasburgo, nell'illustrare la situazione normativa dello Stato chiamato in causa, non si limita al diritto statutario, ma dedica crescente attenzione al *case law*, giacché anche negli altri Paesi della "grande Europa" le norme legislative valgono per come sono interpretate dai giudici nazionali e la Corte europea (giustamente) non si assume il compito di fornirne una propria interpretazione.

Diverso il discorso per la Corte di giustizia europea, la quale, come si sa, interviene principalmente per sciogliere, in via pregiudiziale, dubbi interpretativi su norme euro-unitarie rientranti a pieno titolo nel "diritto statale". Anche la Corte di giustizia UE, quando esamina la normativa interna di uno Stato membro, considera (o dovrebbe considerare) l'interpretazione che di quella norma viene data dalla giurisprudenza statale e, in particolare, dall'orientamento che ne dà la Corte di cassazione³⁷. Tuttavia, il compito principale della Corte di giustizia è quello di assicurare l'uniforme interpretazione delle norme euro-unitarie nei 27 Paesi UE attraverso l'accennato meccanismo del rinvio pregiudiziale³⁸. Il relativo procedimento «mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione, permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto, nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati»³⁹.

³⁷ Nella sentenza che ha aperto la tortuosa vicenda Taricco (grande sezione 8 settembre 2015 in causa C-105/14) la Corte di giustizia si è limitata a una lettura piatta e superficiale delle norme penali riguardanti la prescrizione del reato (artt. 157-160 c.p.). Se avesse allargato lo sguardo alla giurisprudenza italiana formatasi su codesti articoli si sarebbe risparmiata la lunga querelle che – proprio muovendo da un fraintendimento sulla natura sostanziale anziché processuale della prescrizione del reato – si protrasse per un triennio. Sarebbe potuta pervenire, in altre parole, alla conclusione cui sarebbe giunta due anni dopo con la sentenza della Grande sezione del 5 dicembre 2017 (sollecitata dalla nostra Corte costituzionale con ord. 24/2017), che, pur ribadendo il dovere di disapplicare norme interne in contrasto con l'art. 325 §§ 1 e 2 TFUE, ammette la possibilità di sottrarsi a tale obbligo, qualora ciò comportasse una lesione del principio di legalità (punto 68).

Per una cronistoria ragionata di questa vicenda si veda il volume curato da A. BERNARDI-C. CUPELLI citato alla nota precedente, nonché il saggio di A. NATALE, *Le tappe della cd. saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso*, in *Quest. giust.*, 7 dicembre 2017. Vicenda molto istruttiva sotto il profilo qui considerato, perché vediamo all'opera tutti i nostri protagonisti giudiziari: oltre alla Corte di giustizia UE (interventuta due volte), Corte di cassazione (come autorità rimettente alla Corte costituzionale principalmente a difesa del principio di legalità), Corte costituzionale (come autorità rimettente alla Corte di giustizia UE) e persino Corte europea dei diritti dell'uomo, non intervenuta nel caso Taricco, ma spesso evocata per la sua giurisprudenza sul principio di legalità penale. Occasione rara per visionare la sinossi dei quattro "orti giuridici" e le relative interdipendenze.

³⁸ Art. 267 TFUE.

³⁹ Parere della Corte approvato nella seduta plenaria del 18 dicembre 2014 (EU:C:2014:2454, punto 176).

È dunque la Corte di giustizia europea a svolgere compiti di unificazione giurisprudenziale, mentre le giurisdizioni nazionali sono chiamate a collaborare lealmente per la certezza del diritto euro-unitario. In particolare, gli organi giudiziari nazionali di ultima istanza (come la nostra Corte di cassazione)⁴⁰, hanno l'obbligo di rinvio pregiudiziale in casi di incertezza sulla interpretazione delle norme europee e debbono pertanto mettersi al servizio di quella che può essere definita "nomofilachia europea".

Spetta dunque alla Corte di giustizia europea svolgere compiti di unificazione giurisprudenziale sulle fonti normative euro-unitarie, mentre le giurisdizioni nazionali sono chiamate a collaborare lealmente denunciando le incertezze che derivassero dall'applicazione di quelle fonti nei singoli Stati. In particolare, gli organi giudiziari nazionali di ultima istanza (come la nostra Corte di cassazione)⁴¹, debbono mettersi al servizio di quella che può essere definita "nomofilachia europea", rinviando alla Corte di giustizia la soluzione di dubbi interpretativi concernenti il diritto dell'Unione.

⁴⁰ Art. 267 § 3 TFUE.

⁴¹ Art. 267 § 3 TFUE.

UN'IDEA DIVERSA DI GIUSTIZIA PENALE

RIPARAZIONE E PENA DA ANASSIMANDRO ALLA CGUE. LE BASI DI UN NUOVO PROGRAMMA LEGISLATIVO PER LA GIUSTIZIA PENALE

Massimo Donini

SOMMARIO: 1. Anassimandro e la pena come legge universale di azione e reazione. – 2. Lo scudo di Achille. – 3. Le Eumenidi di Eschilo: il superamento della vendetta nel *ius dicere*. – 4. Dalla collera di Dio alla *Teshuvah*, alla croce come pena capitale. – 5. Isidoro di Siviglia e il concetto del taglione. – 6. Il *Cur Deus Homo* di Anselmo di Aosta. – 7. La nascita del Purgatorio. – 8. Retribuzione, colpa. La pena subita è “scienza descrittiva”. – 9. Castigare non ha uno scopo: è già lo scopo. I genealogisti della morale di Nietzsche. – 10. Il necessario eccesso della pena rispetto alla riparazione dell’offesa e del danno. La “parte che è del Principe” secondo Foucault. – 11. *Lex minus quam perfecta*. L’essenza concettuale della pena che non ripara. – 12. Il rifiuto morale e utilitaristico della pena simmetrica come raddoppio del male. – 13. La messa in crisi del valore commisurativo della retribuzione “calcolata a tempo”. – 14. La “materia penale” e il suo listino prezzi. – 15. La pena agita. – 16. La problematica ricezione della simmetria della pena “eccedente” il danno da parte della CGUE. – 17. La base epistemica di una diversa razionalità della pena. – 18. La realizzazione *in fieri* dell’idea riparativa. – 19. La riparazione come programma dello Stato: riparazione prestazionale e interpersonale. – 20. Quattro critiche all’idea riparativa. Replica.

1. *Anassimandro e la pena come legge universale di azione e reazione*

Un breve viaggio nel tempo ci dovrebbe illustrare perché da millenni di pensiero retributivo è partorita l’idea che la riparazione possa in parte sostituire e in parte razionalizzare questa storia della penalità.

Nella cultura greca troviamo, alle origini del pensiero occidentale, l’antidoto più forte contro l’idea di vendetta dentro alle prassi della società e dello Stato. Questo antidoto non è rappresentato dal concetto del taglione, ma da quello della ragione umanistica, del riscatto e del perdono.

L’unico frammento di Anassimandro (610-564 a.C.) che, se non si può ritenere con certezza letteralmente suo, è almeno una parafrasi del suo libro – forse il più antico documento in prosa¹ – ci è così restituito:

¹ Cfr. H. DIELS-W. KRANZ, *Fragmente der Vorsokratiker* [1951-1952⁶], trad. it. *I presocratici*, a

«Anassimandro disse che il principio degli esseri è l'infinito (*apeiron*), di dove gli esseri hanno origine lì hanno anche la dissoluzione secondo necessità: essi infatti pagano a vicenda la pena e il riscatto dell'ingiustizia secondo l'ordine del tempo»².

Azione e reazione, necessità, compensazione, pena, riscatto, fio, espiazione, ingiustizia e giustizia in un ordine cosmico, naturale prima che legale. Sono le parole evocative di una sorta di legge cosmica di contrappasso, pensata però avendo di fronte la società umana e il suo lessico³.

Il *quomodo* di questa reazione, peraltro, è un libro aperto a diverse scritture, se si passa dalle visioni cosmologiche a quelle sociali della giustizia. Pena o riscatto?

2. Lo scudo di Achille

Nel libro XVIII dell'Iliade Achille riceve da Efesto un nuovo scudo, bellissimo. Nello "scudo d'Achille" sono raffigurate varie scene: l'universo, due città, l'aratura, la mietitura, la vendemmia, i pascoli, giovani danzanti e infine l'oceano.

Nella descrizione della prima città (vv. 497-508) si dice:

«E il popolo era raccolto nella piazza: lì una lite sorgeva, e due uomini discutevano per un compenso di un uomo ucciso; l'uno scongiurava di dare tutto dichiarandolo davanti al pubblico, ma l'altro diceva di non voler prendere nulla; entrambi ricorrevano all'arbitro [*istor*] per capire il limite [*péirar*] della causa. Il popolo acclamava entrambi, c'erano i sostenitori dell'uno e dell'altro; le guardie trattenevano il popolo; i vecchi sedevano su pietre lisce in un cerchio sacro, tenendo in mano gli scettri degli araldi dalle voci sonore: con questi si alzavano e emettevano la sentenza uno alla volta. Nel mezzo c'erano due talenti d'oro, da dare a chi avesse detto migliore giustizia».

cura di G. REALE, Bompiani, Milano, 2006, *Anassimandro, Frammenti*, p. 196 s. (da SIMPLICIO, *Commento alla Fisica di Aristotele*, 184b 15).

² Riprendo la traduzione di H. DIELS-W. KRANZ, *op. ult. cit.*, p. 197. Tra le più famose letture, ma eccentrica al nostro discorso, e a una filologia storicamente collaudata, ricordo quella di M. HEIDEGGER, *Il detto di Anassimandro*, in *Sentieri interrotti* (orig. 1946, in ID., *Holzwege*, Klostermann, 1977, 321 ss.), La Nuova Italia, Firenze, pp. 1968, p. 299 ss.; e poi quella di SEVERINO, *La parola di Anassimandro*, in *Riv. fil. neo-scolastica*, 1963, 2, p. 147 ss.

³ Cfr. su ciò la *nota su Anassimandro* di R. MONDOLFO, in E. ZELLER, R. MONDOLFO, *La filosofia dei greci nel suo sviluppo storico*, (orig. *Die Philosophie der Griechen in ihrer geschichtlichen Entwicklung*, G. R. Reisland, Leipzig, p. 1892 e ss.) parte prima, vol. II, La Nuova Italia, Firenze, 1967, pp. 202-205.

In questa descrizione, la *polis* (e il giudice che la rappresenta) non è chiamata alla sola punizione vendicativa, a irrogare necessariamente una pena, ma decide se stabilire un prezzo per la riparazione, un riscatto. *Ransom, not revenge*⁴.

All'origine del pensiero greco sulla giustizia c'è dunque una alternativa tra il riscatto e la riparazione da un lato, e la punizione dall'altro.

3. *Le Eumenidi di Eschilo: il superamento della vendetta nel ius dicere*

Senza sosta, dalle oscurità più profonde dell'irrazionale i delitti di sangue chiamano altro sangue e attraggono il pensiero collettivo verso vendette e catarisi. Il mito delle Erinni risuona senza tempo fino ai nostri giorni per illuminare la forza della vendetta nella storia.

Clitennestra, per amore del suo amante Egisto e per vendicare la soppressione della figlia Ifigenia, offerta dal re Agamennone, suo sposo, come sacrificio votivo agli dei per avere la vittoria nella guerra di Troia, per mano di Egisto ha ucciso Agamennone, al rientro vittorioso da Troia. Oreste, figlio di Agamennone e Clitennestra, vendica l'assassinio del padre, sgozzando la madre, e così macchiandosi del più grave delitto possibile, quello diretto contro un consanguineo. È quindi perseguitato dalle Erinni, le dee vendicatrici. Sono creature notturne e come cagne da caccia aizzate dall'odore e dalle tracce di sangue che il matricida continua a lasciarsi alle spalle, lo inseguono: per i mali sono nate, mala tenebra abitano ed il Tartaro sottoterra, detestate dagli uomini e dagli Olimpici⁵. L'omicida viene ridotto alla follia, le città a discordia e guerra civile.

Eschilo trasforma le orrende creature del male, che si cibano di sangue e vendetta, in forze benigne ("Eumenidi"), perché dopo che Atena ha deciso l'istituzione di un Tribunale per giudicare Oreste, il verdetto di parità tra i giudici dell'Areopago sarà risolto a favore di Oreste dal voto finale assolutorio di Atena, che presiede il giudizio. È la stessa Atena a persuadere le Erinni che se Oreste, dismessa ogni *hybris* (è la condizione del "perdono"), verrà salvato, non sarà per giustificarlo, ma per interrompere una catena infinita di vendette e di sangue. Ciò eliminerà il rischio che si possa pensare che è stato sconfitto il bisogno di punire: Atena convince le Erinni che non hanno "perso", perché il giudizio è andato in parità e non sono "disonorate"⁶. Così Atena le induce a non trasferire la vendetta su Atene.

Le Erinni non devono temere che la prevenzione generale rimanga sconfitta, o pensare che viva solo del sangue. Perché se punire alimenta sempre la preven-

⁴ Per questa lettura v. R. WESTBROOK, *The Trial Scene in the Iliad*, in *Harvard Studies in Classical Philology*, 94, 1992, pp. 53-76.

⁵ ESCHILO, *Eumenidi*, v. 67 s. (trad. it. in ID., *Oresteia*, Feltrinelli, Milano, 2022).

⁶ *Ibidem*, v. pp. 795 ss.

zione generale, assolvere non deve sembrare un “disonore” per l'accusa.

Un concetto inusitato, che mostra da millenni quanti pregiudizi si celino sotto la prevenzione generale, che la nutrono di sé ancora oggi.

Ma l'idea risolutiva è un'altra: si istituiscono i Tribunali affinché la vendetta cessi definitivamente. Da allora soltanto si potrà parlare di giustizia, come categoria razionale e misurabile alternativa alla vendetta⁷, che è la risposta smisurata della giustizia privata⁸.

Ciò significa che qualsiasi interpretazione della pena giudiziale si potrà dimostrare fedele al programma delle origini di Dike solo evitando di declinarla come “sublimazione della vendetta”.

La pena come sublimazione della vendetta è un modo di esprimere la latenza di un impulso sociale che i Tribunali devono contrastare o contenere.

4. *Dalla collera di Dio alla Teshuvah, alla croce come pena capitale*

Nell'AT c'è di tutto. La collera di Dio è genocida: sul genere umano (Gen., 6, 9 ss.) come sugli Amaleciti (Deut., 25, 17-19; Es., 17, 8-16; e soprattutto 1 Sam., 15, 2-35). Noi possiamo attribuire questo comportamento oggi criminoso alla cultura ebraica, non certo a un Dio paterno e misericordioso, ma tant'è⁹: è immanente in quei testi e la nostra cultura non riesce a nascondere il *Tatbestand*, il fatto penalmente tipico. C'è poi la retribuzione, che nella legge del taglione ha valore limitativo di una vendetta smisurata (Lev. 24, 19-20), ma rappresenta pur sempre l'essenza di una pena che arriva a uccidere il colpevole (“sangue per sangue”: Gen., 9,6; Lev., 24,17; Es., 21,12; Num., 35,30) sul modello del codice di Hammurabi¹⁰; c'è anche la riparazione per le offese minori o patrimoniali, dove un risarcimento maggiorato estingue il debito (Es., 22,1)¹¹; e infine c'è il perdono, sempre presente se preceduto da pentimento e sottomissione: ma non è una

⁷ Cfr. M. NUSSBAUM, *Anger and Forgiveness. Resentment, Generosity, Justice*, 2016, trad. it. *Rabbia e perdono. La generosità come giustizia*, il Mulino, Bologna, 2017, p. 13 ss.; A. JELLAMO, *Il cammino di Dike. Da Omero a Eschilo*, Donzelli, Roma, 2005, p. 121 ss.

⁸ E. WESTERMARCK, *L'essenza della vendetta* (orig. *The Essence of Revenge*, in *Mind*, 1898), in P. DI LUCIA-L. MANCINI (a cura di), *La giustizia vendicativa*, Ets, Pisa, 2015, p. 15 ss.

⁹ Dal diluvio universale alla distruzione degli Amaleciti e di Gerico, una cultura genocidaria attraversa alcuni libri dell'Antico Testamento cfr., C. HOFREITER, *Making Sense of Old Testament Genocide: Christian Interpretations of herem Passages*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2018.

¹⁰ Per un ampio raffronto fra il taglione nel codice di Hammurabi e nell'AT, D.P. WRIGHT, *Inventing God's Law. How the Covenant Code of the Bible used and revised the Laws of Hammurabi*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2009, p. 154 ss.

¹¹ Cfr. M. GREENBERG, *Some Postulates of biblical Criminal Law* (1960), in *Studies in the Bible and Jewish Thought, Philadelphia: Jewish Publication Society*, 33, 1995, p. 25 ss. Sulla riparazione in questi casi, D.P. WRIGHT, *Inventing God's Law*, cit., p. 43 ss., p. 205 ss.

vera prassi socio-giuridica, è una declinazione del rapporto tra il popolo e un Dio di misericordia per chi si vuole riconciliare¹². Dio stesso o è vendicativo o misericordioso, ma non retributivo¹³. Molto più vasta è la giustizia di riconciliazione rispetto a quella punitiva, ma ha soprattutto carattere religioso¹⁴. In ogni caso, la dimensione spirituale del pentimento e del perdono può anche trasformare la retribuzione in un momento di passaggio verso una riconciliazione, non riduttivamente di inflizione legale di una pena meritata, sebbene si tratti di una riconciliazione con Dio prima che con la persona offesa. È questo il senso della *Teshuvah*¹⁵: si esige confessione e penitenza. Per chi non si pente resterà il *Dies Irae*¹⁶. L'alternativa tra pentimento e pena è sempre teologica ed eccentrica alla giustizia forense. Nel NT quel Dio, lo stesso dell'AT per i cristiani, si è fatto capro espiatorio e vittima del diritto penale dopo un processo per il crimine di lesa maestà. Dopo questa sconvolgente vicenda nessuna parola viene pronunciata nei testi sacri contro la pena di morte, ma contro il suo uso in quel processo. Fatto per noi soltanto oggi davvero inquietante, perché quel delitto, formalmente, forse era stato commesso, c'era il *Tatbestand*¹⁷: e ciò ancor più coinvolge la giustizia penale, per la strumentalità politica di una fattispecie omicida e indeterminata per essenza¹⁸, di quanto non comporti un errore di giudizio basato su "false testimonianze", o su un vizio di procedura. La tesi dell'errore della giustizia umana e di una "colpa ebraica" ha invece dominato i millenni, foriera di innumerevoli persecuzioni "cristiane", e sorretto le coscienze giuridiche adesive alla stessa cultura della pena capitale per i crimini contro lo Stato e in generale.

¹² Sul perdono e la giustizia divina, la *tsedaqah*, tra antico e nuovo Testamento cfr., E. WIESENET, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto tra Cristianesimo e pena* (orig. *Die verrätene Versöhnung: zum Verhältnis von Christentum und Strafe*, 1980), Giuffrè, Milano, 1987, pp. 11 ss., 22 ss., 60 ss., 79 ss.

¹³ Che la condotta di Jahvé non sia ispirata alla retribuzione è stato brillantemente sostenuto da K. KOCH, *Gibt es ein Vergeltungsdogma im Alten Testament?*, in *Zeit. f. Theol. und Kirche*, 1955, p. 1 ss. Cfr. J.G. GAMMIE, *The Theology of Retribution in the Book of Deuteronomy*, in *The Cath. Bibl. Quarterly*, 1970, p. 1 ss.

¹⁴ Straordinaria rappresentazione in J. KRAŠOVEC, *Reward, Punishment and Forgiveness, The Thinking and Beliefs of Ancient Israel in the Light of Greek and Modern Views*, Brill, e-book, 1999. V. pure M. NUSSBAUM, *Anger and Forgiveness* (2016), trad. it. *Rabbia e perdono*, cit., cap. II.

¹⁵ M. NUSSBAUM, *Anger and Forgiveness*, cit., p. 97 ss.

¹⁶ Modello più tardo: "medievale" di una Cristianità ancora prigioniera di una giustizia divina sostitutiva della propria, erede della collera veterotestamentaria di Jahvé: cfr. M. NUSSBAUM, *op. ult. cit.*

¹⁷ Cfr. la dettagliatissima ricostruzione "ebraica" di C. COHN, *Der Prozess und Tod Jesu aus jüdischer Sicht*, 1997, trad. it., *Processo e morte di Gesù. Un punto di vista ebraico*, Einaudi, Torino, 2010, pp. 192-233; nonché M. MIGLIETTA, *I.N.R.I. Studi e riflessioni intorno al processo a Gesù*, Satura, Napoli, 2011.

¹⁸ Per tutti, T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (1899), *Akademische Druck- und Verlagsanstalt*, Graz, 1955, p. 542 ss.; M. SBIRICOLI, *Crimen laesae maiestatis*, Giuffrè, Milano, 1974.

5. Isidoro di Siviglia e il concetto del taglione

Nel suo essere male aggiunto, consiste da sempre la componente vendicativa della pena retributiva¹⁹, che non può risultare veramente proporzionata, come vedremo, e quando lo è (come per la pena di morte o per la amputazione degli arti), contiene appunto crudeltà. La scolpì in poche parole Isidoro di Siviglia (560-636) nella sua enciclopedia della cultura dell'alto medioevo: «Il *talio*, ossia il taglione, è una prassi simile alla vendetta per la quale il colpevole subisce *taliter*, ossia similmente a, come operò»²⁰. Senonché, le numerosissime tipologie di pena elencate da Isidoro, in quel capitolo, non coincidono con il taglione, che era solo una forma di punire, accanto ad altre, non così “simmetriche”. La simmetria perfetta per molti secoli riguardò la pena capitale, ma non le sanzioni applicate a tantissimi reati puniti meno gravemente o puniti comunque con la pena di morte, anche se erano fatti (che a noi appaiono) incommensurabilmente meno gravi dell'omicidio.

6. *Il Cur Deus Homo di Anselmo di Aosta*

Sant'Anselmo d'Aosta scrive nel 1098 un libro illuminante per capire la pena: il *Cur Deus homo* (Perché un Dio uomo)²¹.

Il tema del libro è perché Dio si è fatto uomo. È un testo di teologia. La tesi è che l'uomo (Adamo) peccando contro Dio, ha contratto un debito incommensurabile, dovuto all'immensità della persona offesa, Dio stesso, che il suo peccato ha “disonorato”: mai Adamo, semplice creatura, avrebbe potuto “riparare” questa offesa. Senza restituzione del bene tolto non resta che subire la pena. Non solo il peccato doveva essere punito, perché «è necessario che a ogni peccato segua la soddisfazione o il castigo» (I, § 15), ma occorreva anche, per compensare quell'offesa con una riparazione o pena corrispondente, che venisse sacrificata una persona altrettanto immensa, cioè il figlio di Dio stesso. La pena di Adamo (la cacciata dal paradiso terrestre) non era dunque sufficiente, non era né una riparazione, né un castigo adeguato. Neppure sarebbe bastato il perdono: se Dio avesse perdonato l'uomo, egli avrebbe avuto lo stesso trattamento spettante a chi non avesse peccato, e ciò sarebbe stato ingiusto (I, § 12). C'è

¹⁹ Sul tema O. WENDELL HOLMES JR., *The Common Law*, Little Brown and Company, Boston, 1881, pp. 2 ss., 34 ss., trad. it. parziale col titolo: *Desiderio di vendetta e forme primitive di responsabilità*, in *La giustizia vendicatoria*, cit., p. 35 ss.

²⁰ ISIDORO DI SIVIGLIA, *Etymologiae* o *Origines* (636), vol. I, XVII, 24, trad. it. *Etimologie o origini*, vol. I, Utet, Milano, 2014, p. 423.

²¹ ANSELMO DI AOSTA, *Cur Deus homo* (1098), trad. it., *Perché Dio si è fatto uomo*, in ID., *Trattati*, tomo 2, Jaca Book, Milano, 2016, p. 77 ss.

dunque una premessa riparativa che fonda la giustizia punitiva: al ladro non basta infatti neppure restituire quanto fu tolto, perché «il ladro deve restituire di più di quello che ha rubato» (I, § 11).

Il concetto è: la pena è necessaria quando non è possibile la “soddisfazione” o la riparazione; ma la pena è comunque superiore al valore della riparazione. In questo *quid pluris* sta la sua essenza.

Un’idea che non è più stata confutata.

7. La nascita del Purgatorio

Nella letteratura penalistico-filosofica antica, Platone propugnò come noto una concezione finalistica della pena, orientata al futuro e alla prevenzione speciale: già nel Gorgia, 476 c-479 c (la pena come bene per l’anima), nel Protagora, 324 b (la pena guarda solo al futuro) e ne Le leggi, 934 a, pur in presenza di aspetti anche retributivi nel complesso del “codice penale” che le Leggi contengono²²; fino all’uso anche (ma non solo) medicinale del carcere a tempo, sempre ne Le leggi²³, dove vengono elaborate tre tipologie di carceri: preventivo-custodiale, rieducativa, generalpreventivo-neutralizzante a vita²⁴.

Tuttavia, nella storia e nella pratica penale, poiché il carcere non era la sanzione principale dell’antichità, non avendo un fine afflittivo e definitivo, sino al Seicento²⁵, la misura della pena secondo scansioni temporali fu centrale nella rappresentazione del Purgatorio, insieme al concetto di proporzionalità della pena, idea che dominò per secoli tra Medioevo ed età moderna²⁶. Ma era una pena ultraterrena che tormentava le anime ancora separate dai corpi. È così che dal carcere canonico afflittivo dei corpi alla pena proporzionata e “a termine” (ma gravante sull’anima più che sulla sola libertà) si originano concezioni che collegano la pena commisurata al tempo insieme con una sua finalità di miglioramento, emenda e penitenza.

La pena del Purgatorio, per es., era finalizzata al progresso dell’anima nel processo di purificazione²⁷. Quella dell’inferno era una retribuzione eterna sen-

²² T.J. SAUNDERS, *Plato’s Penal Code*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 139 ss., 195 ss.; W. KNOCH, *Die Strafbestimmungen in Platon’s Nomoi*, O. Harrassowitz, Wiesbaden, 1960, p. 26 ss.

²³ Libri IX-XII (spec. 847b, 855b, 857b, 864 e, 880 a,b,c, 908 a,b, 909 a,b, 932 b,c).

²⁴ W. KNOCH, *Die Strafbestimmungen in Platon’s Nomoi*, cit., p. 143 ss.

²⁵ Rinvio per i necessari ragguagli a M. DONINI, *Genesi ed eterogenesi “moderne” della misura e dell’unità di misura delle pene. Commento a Carcere e fabbrica, quarant’anni dopo*, in *Crim.*, 2019, pp. 85-110.

²⁶ Rappresentazione bellissima e istruttiva in J. LE GOFF, *La naissance du Purgatoire*, Paris, 1981, trad. it. *La nascita del Purgatorio*, Einaudi, Torino, 1982, pp. 236 ss., 256 ss., 328 ss.

²⁷ J. LE GOFF, cit., pp. 387 ss., 394 ss.

za scopo. Ecco che nell'universo dantesco, per esempio, coesistono la pena retributiva che non dialoga più con l'anima, ma infligge solo un male ed è totalmente subita, e quella emendatrice che è necessariamente una pena in qualche misura agita, perché opera sull'anima e la riattiva spiritualmente. La detenzione-sofferenza e la detenzione che redime, gli esclusi e gli inclusi. Per gli esclusi c'è il contrappasso, ma non la proporzione. La proporzione ha una dimensione di equivalenza che guarda a uno scopo e a un fine-pena²⁸. La proporzione nasce non per escludere, ma includere di nuovo, e dunque per limitare la pena in un universo etico che non sia pensato nell'ottica del taglione²⁹. Ma ciò suppone un vero orientamento finalistico della sua esecuzione, e dunque una pena agita.

8. Retribuzione, colpa. La pena subita è "scienza descrittiva"

Non è pacifico che cosa caratterizzi davvero la pena criminale oggi. Molte cose sono cambiate rispetto alla tradizione. Generalmente essa è consistita in una retribuzione (*malum passionis propter malum actionis*)³⁰, in un male inflitto al colpevole in risposta al reato, cioè quale castigo per un male commesso in precedenza.

Se si apre un manuale penalistico di *common law* si resta travolti da questa cultura del biasimo e del castigo³¹. Ma non molto diversa è la situazione nelle culture penali di lingua tedesca del '900. *Blame, Vorwurf*, è tutto un rimprovero che esige *retribution, Vergeltung*, per una colpa, *Fault, Schuld*. Un rimprovero che investe ovviamente il "fatto" commesso, ma sul piano sociale si trasferisce dal "fatto" anche all'"autore". La sfera della persona, anche se oggi la moralità è pensata a prescindere dall'esistenza di un'anima, è così coinvolta nella sua intimità. Non è un incontro di tipo esteriore quello col giudizio penale, salvo che

²⁸ Cfr. *ivi*, pp. 256-259.

²⁹ Sul rapporto retribuzione/riparazione (*rectius*: emenda) tra l'Inferno e il Purgatorio dantesco, cfr. P. FRARE, *La giustizia della "Commedia"*, in G. FORTI-C. MAZZUCATO-A. VISCONTI (a cura di), *Giustizia e letteratura*, vol. III, Vita e Pensiero, Milano, 2016, pp. 172 ss. 180 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Giustizia retributiva e giustizia riparativa nella "Commedia" dantesca: una rilettura dei concetti di colpa, pena e beatitudine, ivi*, pp. 201 ss., p. 211 ss.

³⁰ Una recente rilettura critica in chiave limitatrice dell'idea retributiva in SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018. Cfr., in generale la ricostruzione di CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1990, e in prospettiva storica, il più risalente COSTA, *Delitto e pena nella storia del pensiero umano*, F.lli Bocca, Torino, 1928.

³¹ Richiami in M. DONINI, *An impossible Exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 24-35. Per una confutazione delle basi di razionalità del retribuzionismo, a confronto con la letteratura penalistica statunitense dove ancora è diffusissimo, M. NUSSBAUM, *Anger and Forgiveness*, cit., p. 261 ss.

per i reati contravvenzionali-formali-bagatellari. Un incontro che in caso di condanna è diretto verso, ma anche contro, una persona. La pena comporta almeno una perdita di diritti, avendo il responsabile nella visione ancora corrente contratto un debito, una “colpa”, con la vittima o con lo Stato. La pena retribuisce la colpa, saldando il debito.

Questo non è un suo “fine”, si noti bene. È una sua “funzione”.

Lo Stato non impone, non può imporre una rieducazione o una risocializzazione, una emenda, un pentimento, né una riparazione dell’offesa come prestazione attiva. Di fronte alla libertà del responsabile di rifiutare queste prospettive, non rimane che un “prezzo” da pagare: anzi, da subire. La pena tradizionale è una pena subita: la scienza penale la descrive così.

9. *Castigare non ha uno scopo: è già lo scopo. I genealogisti della morale di Nietzsche*

Dato che questa dimensione minima non può essere cancellata, in quanto tutto il di più che si può attendere o sperare è una eventualità, un progetto, si può dire che la pena, se non nella sua essenza, in ogni caso nel suo concetto basilico, è un prezzo che si paga per il delitto.

Si ricordano le osservazioni di Nietzsche:

«Questi nostri genealogisti della morale hanno mai sia pur lontanamente pensato che, per esempio, quel concetto fondamentale di “colpa” [*Schuld*, in tedesco. Ndr] ha la sua origine nel concetto molto materiale di “debito” [sempre *Schuld*, in tedesco. Ndr]? O che la pena come rivalsa si è sviluppata prescindendo assolutamente da ogni presupposto sulla libertà e non libertà del volere? [...] Da dove ha derivato la sua forza questa antichissima idea, dalle radici profondissime che forse oggi non è più possibile estirpare, l’idea di un’equivalenza di danno e dolore? Io l’ho già svelato: nel rapporto contrattuale tra creditore e debitore, che è tanto antico quanto lo sono anche i “soggetti di diritto”, e rimanda ancora una volta, da parte sua, alle forme fondamentali di compera, vendita, baratto e commercio [...] Per tutto il più lungo periodo della storia umana, non si è usata la pena, perché si considerasse responsabile della sua azione colui che aveva fatto il male, cioè non secondo il presupposto che si debba punire solo il colpevole – ma invece, si puniva, come ancora oggi i genitori puniscono i figli, e cioè sotto l’impulso della collera per un danno subito, la quale si sfoga sull’autore del danno – collera, questa, controllata e modificata dall’idea che ogni danno abbia, in qualche cosa, il suo equivalente e che possa essere indennizzato, sia pure con il dolore di chi lo ha prodotto»³².

³²F. NIETZSCHE, *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift* (1887), trad. it. *Genealogia della morale. Uno scritto polemico*, trad. it., Adelphi, Milano, 1989, p. 51 ss.

Tuttavia, la pena tradizionale non è un prezzo puramente risarcitorio o compensativo³³.

Essa contiene un *quid pluris*, perché il diritto penale non ripara nulla, ma castiga. È dunque scopo a se stesso, in una dimensione quanto meno espressivo-sociologica³⁴.

10. *Il necessario eccesso della pena rispetto alla riparazione dell'offesa e del danno. La "parte che è del Principe" secondo Foucault*

Non solo. Nella pena c'è sempre un "eccesso" sanzionatorio rispetto al danno risarcibile. Lo aveva espresso assai bene Foucault: «Il castigo non può dunque identificarsi [nella] e neppure commisurarsi alla riparazione del danno; nella punizione deve sempre aversi almeno una parte che è del principe»³⁵. È il suo *overkill*³⁶ di prevenzione generale, la parte del Principe: una disuguaglianza politica intrinseca al concetto di pena, una sorta di sua tradizionale essenza politica. L'eccesso di prevenzione generale proprio della pena criminale rispetto alla sanzione civile è il tema permanente della agognata "equivalenza di valore". Non c'è in questo eccesso un chiaro o conclusivo giudizio economico, anche perché nessuno sa misurare la prevenzione generale, e tutto ciò che supera una equivalenza di danno – la differenza tra danno (civile) e offesa (penale) – costituisce il vero "nucleo" del tema politico e filosofico che l'Ottocento penalistico ha scandagliato, non solo in Kant e Hegel, ma poi in Bentham, in Bovio, in Nietzsche, via via sino a von Liszt³⁷.

³³ In termini, D. PULITANÒ, *Diritto penale, Parte Generale*, IX ed., Giappichelli, Torino, 2021, p. 7: «sanzione di contenuto afflittivo non risarcitorio»; e già con chiarezza e ampia motivazione A. ROCCO, *La pena e le altre sanzioni giuridiche*, in *Rivista penale*, XLIII (1917), 85, p. 329 ss., poi in *Opere giuridiche*, v. III, Ed. del Foro it., Roma, 1933, pp. 435 ss., 449 ss.

³⁴ Per alcuni esempi contemporanei di questo tipo di logica retributiva a fondamento socio-espressivo, di cui parlava già J. FEINBERG, *The expressive Function of Punishment*, in *The Monist*, 1965, Vol. 49, p. 397 ss., cfr. per tutti P.H. ROBINSON, *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*, Oxford University Press, 2013, pp. 141 ss., 189 ss., 208 ss.; T. WALTER, *Vergeltung als Selbstzweck*, in *Zis*, 2011, p. 636 ss.; T.R. ANDRISSEK, *Vergeltung als Strafzweck*, Mohr, Tübingen, 2017, pp. 7 ss., 35 ss., 237 ss.; e la ricostruzione di T. HÖRNLE, *Straftheorien*², Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, pp. 27 ss., p. 31 ss.

³⁵ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (1975), trad. it. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 1993, p. 52.

³⁶ Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda*, in *ZIS*, 10, 2016, p. 654 ss.

³⁷ Cfr., M. CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in AA.VV., *Persona, pena, processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino*, ESI, Napoli, 2012, p. 49 ss. e quanto osservato in M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria*

11. *Lex minus quam perfecta. L'essenza concettuale della pena che non ripara*

Ritorniamo ai giuristi. Ulpiano (170 circa-228 d.C.), uno dei più grandi giuriconsulti romani, all'inizio delle *Regulae* (I,1-2) definisce “perfetta” la legge che vieta che qualcosa sia fatto e, se viene fatto, lo annulla; “imperfetta” la legge che non applica né una sanzione né un effetto di annullamento per un atto ad essa contrario; “meno che perfetta” la legge che, vietando qualcosa, sanziona il comportamento che la trasgredisce, ma non annulla gli effetti dell'illecito.

Adottando questa classificazione è ovvio che il diritto penale appartiene al novero delle leggi meno che perfette, perché scopo o interesse principale dello Stato non è che alla fine del suo intervento risulti necessariamente un saldo positivo, un risarcimento, una riparazione, come accade per esempio in diritto civile e in parte in quello amministrativo: questa eventualità promossa e sperata non elimina il raddoppio o comunque un aumento del male che è l'unica conseguenza certa dell'intervento penale, posto che nessuno può sapere – e semmai si può spesso ipotizzare il contrario – se la pena avrà effetti di emenda, rieducazione o risocializzazione, e tanto meno se servirà a riparare l'offesa o il danno cagionati.

La “logica” classica era: chi ha commesso un male che è reato, subirà una pena proporzionata a quel male e dunque esso si ritorcerà e duplicherà contro di lui. Se risarcisce il danno o ripara l'offesa, nei delitti ciò vale solo come attenuazione di pena (art. 62, n. 6 c.p.), mentre nelle contravvenzioni c'era la “vecchia” oblazione (art. 162 e 162-*bis* c.p., oltre alle forme speciali, prima delle oblazioni speciali riparative, almeno in settori qualificanti: lavoro, ambiente e ora alimenti: v. *infra*); se impedisce l'evento dopo che ha commesso l'azione, anche questo gli vale un'attenuante (art. 56, ult. comma, c.p.), salve le numerose eccezioni di parte e legislazione speciale. La presenza della vittima, in questa logica retributiva, è del tutto eventuale, perché la vittima va neutralizzata nel suo bisogno di vendetta (ciò è vero, resta vero anche per noi), e ad essa si sostituisce lo Stato, il cui monopolio della forza serve a tener fuori dal meccanismo punitivo la persona offesa, garantendole “giustizia”, ma non “riparazione”, per la quale resta aperta la via privatistica del risarcimento del danno: che si attivi in proprio, il danno non interessa allo Stato. Anche la riparazione della stessa offesa, in tale visione, non è un obiettivo dello Stato: è un onere dell'autore del reato. Che il reo ripari pure, se vuole, ma questa vicenda rimane o privata (danno risarcito) o secondaria (attenuante), perché la pena è solo pubblica ed è una pena subita, modellata “teoricamente” sul suo corpo, la sola entità “coercibile” senza ledere in modo estremo i diritti umani.

Tutto ciò che di bene può derivare dalla pena è solo eventuale: siano la rie-

della pena. Contro la pena come un raddoppio del male, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1175 ss., e nota 22.

ducazione, la risocializzazione, l'emenda, il pentimento, il perdono, la riconciliazione, la riparazione e il risarcimento³⁸.

Vero questo, l'essenza della pena, ciò che appartiene come necessario al suo concetto, è dunque la simmetria di un raddoppio del male³⁹.

Questa è a mio avviso una proposizione di verità scientifica sul diritto penale quale è (stato finora).

“Essenza” significa qui, per riprendere il lessico aristotelico di sostanza-accidente, la nozione invariante nel contenuto di una realtà, cosa o verità, una sua denotazione, mentre è “accidente” ciò che può connotare, oppure no, in modo variabile e non necessario, quella realtà.

12. *Il rifiuto morale e utilitaristico della pena simmetrica come raddoppio del male*

Anche se quanto ora definito è stato ritenuto naturale per millenni, e ci restituisce una “verità effettuale”, esso contiene una perversione morale inaccettabile. Non sopportiamo più di entrare in un'aula di giustizia, di scrivere un motivo di appello o di Cassazione, di esporre una arringa difensiva, o anche una requisitoria (vale dunque altrettanto per i pubblici ministeri), pensando che chi giudicherà l'imputato è orientato al raddoppio del male.

Questa concezione, che è anche una prassi e non solo un'idea, è alla base delle letture tradizionali della retribuzione, e anziché essere espressione di una idea di giustizia, ci sembra oggi immorale⁴⁰.

Ma ancor più ci sembra socialmente dannosa.

Essa infatti non solo non ripara nulla, ma se ne infischia delle conseguenze dell'illecito, si disinteressa totalmente della persona offesa, della riparazione del danno e dell'offesa, per guardare solo all'autore come capro espiatorio su cui concentrare una violenza collettiva che si limita ad aumentare il tasso di dolore esistente nella società, sublimato in una soddisfazione giustiziera istituzionalizzata, perché neppure risocializzazione e rieducazione sono necessarie, ma solo sperabili ed eventuali in questa logica.

³⁸ In termini B. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, BdeF, Buenos Aires, 2007, p. 45.

³⁹ Ciò riguarda sì capisce il piano descrittivo, non quello prescrittivo di un dover essere critico-ideale o costituzionale.

⁴⁰ Cfr., G. BOVIO, *Saggio critico del diritto penale e del nuovo fondamento etico* [1872], Ernesto Anfossi, Napoli, 1883, pp. 40 ss., 58 ss. V. *amplius* M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., p. 1162 ss.; ID., *Il raddoppio del male*, in *Una città*, 2014, 212, consultabile in *una-città.it*. Una sintetica illustrazione del pensiero di Bovio in M. DONINI, *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche. La decostruzione del rimprovero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1716 ss.

Il magistrato penale viene così pre-selezionato, da tali logiche, in senso retribuzionista: che ritenga o meno di esserlo, non importa.

13. *La messa in crisi del valore commisurativo della retribuzione “calcolata a tempo”*

Alla fine del Settecento, Kant tenta senza speranza di giustificare la pena giusta con la legge del taglione, trovando il solo esempio della pena di morte. Egli peraltro non ha la forza critica (la “parresia”) di dire che la pena di morte non era applicata affatto solo agli omicidi, ma a tantissimi reati diversi e anche minori dove la sua sproporzione dimostrava quanto fosse la pena più problematica, nella prassi, rispetto a un ideale anche solo teorico di eguaglianza retributiva.

La sua sproporzione risultava manifesta. Tuttavia, la stessa idea retributiva non può restituire e presentare la razionalità commisurativa di un semplice risarcimento dei danni, che è del tutto matematico, basato su una unità di misura economica convenzionale ma molto logica, e indipendente da giudizi di valore, o da tentativi impossibili di misurare scientificamente (*sic*) la colpevolezza o la pericolosità delle persone⁴¹.

Il valore della retribuzione come base di calcolo della pena è poi messo in crisi, già da Hegel, da Bentham, da von Liszt e tanti altri⁴².

Si ammette pacificamente che nessuno è in grado di stabilire perché un reato meriti una certa durata di libertà perduta o di dolore inflitto, eppure, dopo la fine delle pene corporali dell'età antica, medievale e moderna, dopo l'illuminismo, ormai la pena dello Stato, e non solo quella canonica, è una pena di durata, misurata a tempo.

Retribuzione e colpevolezza (una endiadi) sono dunque misurate a tempo da quando la pena per antonomasia è privativa della libertà. È un compito impossibile, perché le variabili individuali della libertà (i beni offesi, i diversi soggetti, le condizioni sociali e personali di partenza e di arrivo, l'impossibilità di scendere nella psiche e capire le cause della condotta etc.) rendono disuguale ogni pena del carcere⁴³.

L'idea poi di fondare il contenuto vero della pena misurandola sulla colpevolezza della persona riporta la sua prassi nelle nebbie dell'incertezza. Che cosa sia

⁴¹ Sul fatto che la colpevolezza (come rimprovero o rimproverabilità) non è oggetto dell'imputazione processuale e che la sua misura costituisca un falso epistemico della penologia del Novecento, si consenta il rinvio a M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2016, p. 698 ss.; ID., *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche*, cit., pp. 1739 ss., 1741 ss.

⁴² Cfr. M. DONINI, *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche*, cit., p. 1713 ss.

⁴³ *Amplius* M. DONINI, *Genesi ed eterogenesi “moderne”*, cit., p. 107 ss.

e come si misuri la colpevolezza non è oggetto di prova processuale, se non in via eventuale. Sono infatti oggetto necessario di prova solo il fatto oggettivo, il dolo e la colpa, oppure le scusanti, non la colpevolezza-rimprovero.

14. La “materia penale” e il suo listino prezzi

Se ora ci chiediamo, lungo un viaggio nel tempo che da Anassimandro ci conduce alle attuali concezioni, che cosa è sostanzialmente penale, non possiamo che ricordare un tratto ritenuto essenziale dalla Cgue e dalla Corte Edu costituito dalla afflittività della sanzione, intesa appunto come un *quid pluris* rispetto alla dimensione puramente restitutoria-riparatoria-risarcitoria (*infra*, § 15).

Contro l’idea che la pena sia soltanto un “prezzo”, e dunque che il diritto penale sia un “pricing” (un semplice inconveniente sanzionatorio da mettere in conto per commettere un delitto), anziché un “prohibiting” (un imperativo categorico, assoluto, vietato senza altri scopi) si sollevano concezioni retributive della pena più evolute, che confinano con la prevenzione generale positiva. Già Hegel ammoniva contro le concezioni del codice penale come un “listino prezzi”⁴⁴.

Probabilmente l’individuazione nella pena di un vero “valore spirituale”, cioè di uno strumento di restaurazione del diritto nella coscienza del responsabile di un illecito (addirittura un momento di restaurazione della “libertà”), anche se anticipata nelle opere di Platone (soprattutto nelle Leggi), trova la sua espressione più pregnante nelle pagine di Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831): una idea insieme nobile (lo Stato educatore) e pericolosa (lo Stato etico). La sua teoria della pena è di solito inquadrata fra le teorie della retribuzione giuridica – perché Hegel sostiene, fra le tante cose che dice al riguardo, che al fine di restaurare il diritto che il delitto diminuisce o lede nella società con l’infrazione, occorre negare il delitto attraverso la pena⁴⁵: questa negazione o risposta giuridica, lo compensa e retribuisce in senso normativo – ma in realtà è una forma di prevenzione generale positiva⁴⁶.

⁴⁴ G.W.F. HEGEL, *Le maniere scientifiche di trattare il diritto naturale* (trad. it. di *Über die neuzeitlichen Behandlungsarten des Naturrechts*, 1802-1803), a cura di C. SABBATINI, Bompiani, Milano, 2016, p. 318 s., § 168.

⁴⁵ G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* (trad. it. di *Grundlinien der Philosophie des Rechts* [1821]), Laterza, Roma, (1913), 1979, § 97. Questa formuleta che non spiega molto (negare la violazione restaurando la regola è come dire sanzionare le violazioni al diritto: ciò che fanno il diritto civile, quello amministrativo, quello disciplinare, come anche il “codice” di Cosa nostra); è apparsa però facile da memorizzare.

⁴⁶ Invero la teoria di Hegel non pare identica con la attuale prevenzione generale positiva (che non è del resto una nozione unitaria: cfr. B. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, cit., pp. 261 ss., 359 ss., 453 ss., 515 ss.): così, peraltro, G. MOHR, *Unrecht und Strafe*, §§ 82-104, 214, pp. 218-220, in L. SIEP (Hrsg.), HEGEL, *Grundlinien des Philosophie des Rechts*³, Akademie

Infatti, per Hegel la pena non deve essere concepita come un meccanismo solo coercitivo di tipo estrinseco (era così in Feuerbach e per gli utilitaristi), né come vendetta mascherata; essa deve rispettare il colpevole nella sua libertà: solo così la pena mantiene un valore etico che può riflettersi nella coscienza del condannato⁴⁷, il quale ha addirittura un “diritto” a essere trattato nel rispetto di questa sua libertà interiore.

In ogni caso la sua prospettiva esce da una logica meramente reattiva: solo la collaborazione del condannato può rendere possibile questa diversa declinazione “coscienziale” della pena, non una pena subita. Hegel non lo dice, ma occorre una “pena agita”.

15. La pena agita

Perché tradizionalmente lo Stato non ha pensato affatto alla riparazione come al primo problema da risolvere in favore di una vittima, neppure quando la riparazione sarebbe possibile?

Non ci pensava perché è l'idea stessa della pena tradizionale ad aggirare la questione della riparazione: la pena c'è in quanto la riparazione non è possibile, non c'è stata, e comunque non serve a “compensare” il delitto, perché la riparazione non è una pena subita, e dunque non è una pena, in quanto è sempre agita dal soggetto.

È tutto un segno “meno” in questo non-progetto tradizionale, se lo dovessimo definire aritmeticamente, in realtà compatibile anche con le concezioni educativo-culturali presenti nella prevenzione generale-positiva e nelle più recenti teorie “espressive” della pena⁴⁸. Esso, più che un vero progetto, resta

Verlag, Berlin, 1997, p. 105 ss.; ma presenta con essa vari punti di contatto: cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht*, AT, II ed., de Gruyter, Berlin, 1993, § 1/21; ID., *Der Zweck der Vergeltung. Eine Untersuchung anhand der Strafrechttheorie Hegels*, in *Fest. Androulakis*, Sakkoulas Verlag, Athen, 2003, pp. 251 ss., 263; V. anche M. KUBICIEL-M. PAWLICK-K. SEELMANN (Hrsg.), *Hegels Erben? Strafrechtliche Hegelianer vom 19. Bis 20. Jahrhundert*, Mohr Siebeck, 2017, e qui i contributi di M. PAWLICK, *Rückkehr zu Hegel in der neueren Verbrechenslehre?*, *ivi*, p. 247 ss. e D. DEMKO, *Hegelsstraftheorie im Lichte gegenwärtiger expressiver Strafrechttheorien*, *ivi*, p. 277 ss.; J.-C. MERLE, *Was ist Hegels Strafrecht?*, in *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 2003, 11, p. 145 ss.; A. WOOD, *Hegel's Ethical Thought*, Cambridge Univ. Press, 1990, p. 108 ss.; I. PRIMORATZ, *Banquo's Geist: Hegels Theorie der Strafe* (1986), rist. F. Mainer Verlag, Hamburg, 2016, 83 ss.; S. MOCCIA, *Contributo ad uno studio sulla teoria penale di G.W.F. Hegel*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 131 ss., spec. 154 ss. V. pure W. WOHLERS/F.H.WENT, *Die Bedeutung der Strafrechttheorie Hegels für die aktuelle strafrechtstheoretische Diskussion*, in A. VON HIRSCH, U. NEUMANN, K. SEELMANN (Hrsg.), *Strafe – warum? Gegenwärtige strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrechttheorie*, Nomos, Baden-Baden, 2011, pp. 173 ss., p. 182 ss.

⁴⁷ K. ROSENKRANZ, *Hegels Leben* (1844), trad. it. *Vita di Hegel*, Bompiani, Milano, 2012, p. 431.

⁴⁸ Il discorso non aderisce alle versioni “emozionali” della pena espressiva e reintegratrice nei

una reazione: *malum passionis propter malum actionis*⁴⁹.

Per concepire la riparazione come una modalità o una forma di pena, occorrerebbe pensare che la pena può non essere soltanto subita⁵⁰. Si può trattare, invece, di una pena agita, cioè di una sanzione che rimane sì negativa, privativa o limitativa di diritti, ma che al contempo implica un comportamento attivo del soggetto per la specificità della sua esecuzione, e non un mero processo di interiorizzazione di precetti e valori indotti.

Una volta che si sia sviluppato un sistema dove sia maggiore e largo lo spazio per gli istituti di giustizia riparativa, e per le condotte riparatorie in senso lato (che non sono sinonimi: v. *infra*, § 19), per la pena agita e non subita, anche la definizione di Ulpiano potrà adattarsi meno al diritto penale. Si tratta, peraltro, di un programma orientato a un modello costituzionale di rieducazione possibile vedendo nella pena un progetto diverso dalla mera soggezione a una sofferenza imposta o dalla risposta “emotiva” al rimprovero sociale che esprime il disvalore del fatto⁵¹. Questo nuovo progetto, tuttavia, dipende da chi ha commesso il reato: non può essere coercitivo. E se non viene accolto, non rimane che la più tradizionale pena subita, ma è dovere dello Stato offrire il programma migliore come prima scelta progettuale anche nella costruzione delle pene principali⁵², oltre che in fase esecutiva.

valori, per il suo impatto generalpreventivo di orientamento culturale. Prevenzione generale positiva e teorie espressive della pena (v. nota 34 *supra*) convergono nell’abbellimento del meccanismo punitivo, conciliabile con ogni prassi penale, pre-costituzionale o post-costituzionale, retributiva classica, liberale o post-riparatoria. In realtà, una prevenzione positiva finalizzata ad esprimere emotivamente i valori a livello collettivo o anche individuale e personalizzato (orientate alle norme, agli autori, alle vittime alla società), è conciliabile anche con la *restorative justice* che miri alla reintegrazione nei valori del precetto: ma si tratta in questo caso di visioni espressive di un disvalore che mira a riconfermare la vittima nella identità e appartenenza sociale. V. ancora T. HÖRNLE, *Straftheorien*, cit., p. 36 ss.

⁴⁹ V. di recente sul tema, con vaste aperture al discorso riparatore e riconciliativo e alla regressione della simmetria punitiva, J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit.

⁵⁰ Rinvio per una trattazione più completa allo studio M. DONINI, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *Quest. giust.*, 29 ottobre 2020 (online).

⁵¹ Sul carattere progettuale della pena cfr. L. EUSEBI, ‘Gestire’ il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento dalla pena ‘ritorsione’, in *Studi Dolcini*, vol. I, Giuffrè, Milano, pp. 223 ss., 235; ID., *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2021, p. 835 ss.; ID., *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, in *discrimen.it*, 31 marzo 2021.

⁵² L. EUSEBI, *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, in *discrimen.it*, 31 marzo 2021.

16. La problematica ricezione della simmetria della pena “eccedente” il danno da parte della CGUE

Come ricorda anche di recente la CGUE, ricapitolando i c.d. criteri Engel⁵³ e Öztürk⁵⁴ della Corte Edu, per la valutazione della natura penale di procedimenti e di sanzioni sono rilevanti tre parametri. Il primo consiste nella qualificazione giuridica dell’illecito nel diritto nazionale, il secondo nella natura dell’illecito e il terzo nel grado di severità della sanzione in cui l’interessato rischia di incorrere⁵⁵.

Secondo la Corte Edu e la CGUE la sanzione penale deve avere un contenuto “afflittivo” o “punitivo”. Cioè contenere un “male aggiunto”, al di là del fatto che ci sia prevenzione, riparazione, neutralizzazione. Essa deve superare la quantificazione del danno o del vantaggio dell’illecito commesso (da ultimo anche Corte cost. 10 maggio 2022, n. 149). Se la qualifica, dunque, come pena l’essere necessariamente duplicante un male e subita, la parte non subita non sarà più pena? La riparazione dell’offesa e il risarcimento del danno volontari, e che implicino “giustamente” una significativa riduzione della risposta sanzionatoria “penale” in senso stretto, non sono dunque “pena” solo perché sono agiti e non parimenti afflittivi? Ma se riducono la pena ne sono parte costitutiva. Se l’offesa si può riparare, la risposta cambia: la riparazione, infatti, è “contenuta” nel *quantum* di pena retributivo-proporzionalistica, perché ne consuma una parte importante, quando c’è stata. È confermato, perciò, che il nesso fra riparazione e pena è costitutivo della stessa proporzione.

⁵³ All’origine C. Edu 8 giugno 1976, Engel e a. c. Paesi Bassi. Oltre ai principali Commentari alla Cedu sull’art. 7 della Convenzione, per tutti in chiave diacronica E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 37 ss.; Fr. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Giappichelli, Torino, 2017, cap. 5.

⁵⁴ C. Edu, Öztürk c. Germania, 21 febbraio 1984, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894 ss., con nota di C.E. PALIERO.

⁵⁵ Anche le sentenze europee in tema di *ne bis in idem* sostanziale in prospettiva europea (cfr. l’art. 50 della CDFUE, Carta di Nizza e l’art. 4 del Protocollo n. 7 della Cedu) riflettono i medesimi presupposti argomentativi: nei tempi più recenti da Corte Edu, Grande Camera, 1 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia, e sul versante della CGUE dieci anni di sentenze da 5 giugno 2012, Bonda, C-489/10, punto 37, e 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, punto 35, e del 20 marzo 2018, Garlsson Real Estate S.A., Ricucci e a. Consob, C-537/16, punto 28; 20 marzo 2018, Menci, C-524/15, punto 26; sino da ultimo a CGUE, Grande Sezione, 22 marzo 2022, bPost, C-117/20, §§ 33-35 e Nordzucker, C-151/20, §§ 38-40. Cfr. M. CAPPALÀ, G. COLANGELO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia elabora (finalmente) un test unico per il ne bis in idem*, in *www.giustiziainsieme.it*, 13 aprile 2022; L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2020, 3, p. 121 ss.

17. *La base epistemica di una diversa razionalità della pena*

Il risarcimento del danno condivide con la sanzione civile la sua scientifica determinatezza. Equivalente economico più rivalutazione e interessi⁵⁶. Solo in caso di “danni punitivi” questa matematica certezza sarà sconvolta, perché i danni punitivi avvicinano la sanzione civile a quella penale.

La sanzione penale, invece, connessa all’offesa e alla incommensurabilità della libertà con i più vari beni giuridici protetti, nonché con l’impresa impossibile di misurare la “colpevolezza”, resta la più soggetta a differenze discrezionali di apprezzamento, sì da rendere quasi impossibile prevedere che due giudici irroghino la stessa pena per fatti identici.

Come sostenuto in altre occasioni, per recuperare una razionalità commisurativa di base alla pena il fondamento deve essere quello del bene giuridico, della riparazione dell’offesa, oltre che del risarcimento del danno.

È questa una vera base epistemica alternativa alla “colpevolezza passatista” misurata a tempo di reclusione.

Il danno fatto alla nazione del § 7 di *Dei delitti e delle pene* quale “misura unica dei delitti”, secondo Beccaria, esprimeva un pensiero troppo radicale, certo, perché nei delitti si guarda anche alla volontà, e non solo all’esito. Tuttavia, Beccaria intendeva delegittimare o ridimensionare le dosimetrie soggettive perché sono prive di controllabilità critica e non hanno una base scientifica.

Il danno fatto alla nazione, invece, impone di rivalutare il peso commisurativo dello stesso bene giuridico protetto, che è la base di ogni logica riparativa: non esiste “moralmente” una riconciliazione con la vittima, socialmente rilevante, che non debba considerare il bene offeso. Le componenti soggettive, scarsamente misurabili, devono perciò essere ripensate in una valenza non centrale di colpevolezza come “fondamento” della misura della pena – ma subordinata, per rendere il più possibile controllabile razionalmente il suo dosaggio. Il dolo e la colpa quali componenti fattuali, modali, di “azione”, come modi di agire, forme di illecito impersonale, entrano in una dosimetria aggravante del tipo legale: è (di regola) più grave “farlo apposta”. Invece, le componenti personalistiche e motivazionali, i precedenti, la capacità a delinquere, svolgeranno un ruolo solo specialpreventivo-commisurativo o di scelta del tipo di sanzione (*an*), e le ipotesi di recidiva si dovranno riformulare in chiave infraeditale. La colpevolezza resta così un limite in termini commisurativi (“non oltre la colpevolezza”), e un fondamento solo in termini di imputazione del fatto-reato a dolo o colpa, che implicano una “cornice di colpevolezza” distintamente prevista per i fatti dolosi e colposi.

La stessa cornice editale classica, dovendo essere commisurata anche su elementi extrafattuali come sono quelli della seconda parte dell’art. 133 c.p.,

⁵⁶Dolo e colpa non incidono sul risarcimento, almeno a parità di danni prevedibili. Cfr. gli artt. 2056, 1223, 1225 c.c.

non è mai stata pensata solo in funzione della colpevolezza per il fatto. La riparazione, tipica condotta post-fattuale, riguarda il fatto e l'autore insieme, secondo il codice del 1930. In realtà, essa riguarda il post-fatto (neutralizzazione dell'offesa) e l'eliminazione del conflitto (con la vittima): per il suo valore "fondante", la riparazione non rimane circoscritta alla seconda parte dell'art. 133 c.p., ma svolge un ruolo primario nella determinazione della stessa gravità del reato (del "danno" o del "pericolo").

Emerge peraltro una correzione significativa del vigente art. 133 c.p.: la condotta susseguente al reato non riguarda soprattutto la "capacità a delinquere" o gli universi motivazionali, ma una misura centrale nella risposta sanzionatoria, pur essendo estranea alla "colpevolezza per il fatto".

La pena classica è pensata per il delitto non riparato, mentre quello riparato reclama una cornice diversa fin dall'origine.

18. *La realizzazione in fieri dell'idea riparativa*

Ormai è un lungo elenco quello delle ipotesi speciali di condotte riparative che il sistema promuove in settori importanti⁵⁷. La riforma Cartabia le amplia: le oblazioni "speciali" giuslavoristiche, poi ambientali, sono ora estese (l. 27 settembre 2021, n. 134 e ora d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, art. 70) alle contravvenzioni in materia alimentare, la messa alla prova per reati punibili fino a quattro anni di reclusione ora si allarga a quelli puniti fino a sei anni di reclusione nelle ipotesi (elencate nell'art. 550, comma 2, c.p.p.) previste dalla riforma (d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 di attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134).

Il movimento premiale e riparatorio, che già realizzava una decodificazione del "modello" degli artt. 62, n. 6 e 56, comma, 3 c.p. per i delitti, avanza e diventa sempre più parte generale.

Il dato si fa ora davvero ancor più visibile con la disciplina processuale della giustizia riparativa di tipo interpersonale, cioè con la mediazione penale eretta a modello (il termine giustizia riparativa compare 167 volte nel d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150: una categoria martellante anche se, nel dibattito, ora come prima, se la persona offesa non si costituisce come parte civile-danneggiato o testimone, non ha ruolo, né rappresentanza processuale, mentre li ha soprattutto nel corso delle indagini).

È evidente che se lo Stato promuove davvero un programma riparativo, la dimensione generale e culturale di questa idea, nel suo complesso, può cambiare il sistema.

⁵⁷ Un elenco, via via da aggiornare per accrescimento, in M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, vol. II, Jovene, Napoli, 2011, p. 919 ss.; ID., *Pena agita e pena subita*, cit., p. 16 s.

19. *La riparazione come programma dello Stato: riparazione prestazionale e interpersonale*

In uno studio di qualche anno fa ho proposto di pensare il delitto riparato come figura di parte generale, ma ancor meglio come un titolo autonomo di reato. Mi riferivo a una riparazione “classica” dell’offesa in senso tecnico⁵⁸, non alla *restorative justice* interpersonale, quella della mediazione, che non implica necessarie “prestazioni” definite, essendo più un percorso riconciliativo tra autore e vittima⁵⁹. La r.j., peraltro, può approdare in concreto a esiti di riparazione in senso stretto e non solo di riconciliazione, e resta dunque inclusa nel progetto qui prefigurato.

Oggi, inoltre, lo Stato ha assunto a programma “di parte generale” proprio questo secondo cammino, per la massiccia regolamentazione della giustizia riparativa interpersonale-mediativa (l. 134/2021 e d. lgs. 150/2022), alla quale ha legato una nuova ipotesi di attenuante ad effetto comune, inserita nell’art. 62, n. 6 c.p.:

Art. 1, comma 2, lett. b): «b) all’articolo 62, primo comma, numero 6), dopo le parole: “le conseguenze dannose o pericolose del reato” sono aggiunte le seguenti: “, o l’aver partecipato a un programma di giustizia riparativa con la vittima del reato, concluso con un esito riparativo. Qualora l’esito riparativo comporti l’assunzione da parte dell’imputato di impegni comportamentali, la circostanza è valutata solo quando gli impegni sono stati rispettati”».

Un percorso che non prevede nessun definito e obbligatorio esito di riparazione dell’offesa o risarcimento del danno, a differenza delle numerose ipotesi classiche di riparazione dell’offesa in senso stretto.

Al delitto tentato si affiancano dunque diverse ipotesi di delitto riparato, anche se sono costruite sul modello delle circostanze del reato. Sul piano pratico l’entità sanzionatoria può essere identica, peraltro.

Nella responsabilità degli enti “da reato”, come noto, in caso di riparazione dell’offesa si riduce la sanzione pecuniaria fino a due terzi (art. 12, comma 2 e 3, d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231).

Il progetto di riforma dei reati fallimentari elaborato dalla Commissione Bricchetti⁶⁰ accoglie una identica misura di attenuazione, fino a due terzi, in forma circostanziale, per la bancarotta riparata che avvenga prima del giudizio

⁵⁸ M. DONINI, *Il delitto riparato*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, 2, pp. 236-250.

⁵⁹ Per la distinzione tra queste due forme di riparazione v. M. DONINI, *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*, in *Cass. pen.*, 2022, 6, pp. 2027-2042.

⁶⁰ Consultabile ora, insieme alla relazione introduttiva, sul sito del Ministero della Giustizia.

di primo grado (laddove la riparazione parziale è comunque valutata come attenuante ad effetto speciale, con riduzione fino alla metà)⁶¹.

Il delitto riparato coinvolge il rapporto con l'offesa, e dunque con il titolare del bene giuridico protetto, e muove da questa idea: la neutralizzazione dell'offesa *post factum* non è più meritevole di pena di un tentativo di delitto, che invece riguarda il disegno delittuoso fallito per cause "involontarie", purché sia una "prestazione" effettiva e importante della persona chiamata a rispondere del reato.

L'aspetto politico-criminale davvero nuovo è che lo Stato offre al responsabile un progetto, un programma diversi fin dall'origine, e questo è ciò che induce a postulare l'idea di un titolo autonomo, perché il postfatto aggiunge al fatto una nuova tipicità: "fatto + postfatto".

Fin da principio non ci sono solo le Erinni, ma anche le Eumenidi, in *facultate solutionis*. Ma non deve essere una passeggiata, un *discount* sanzionatorio.

Lo Stato offre così anche alla vittima il suo impegno per la soluzione del conflitto sorto dal reato e per restituzioni, riparazioni e risarcimenti. Vale a dire che esiste la tipicità del fatto, che non si cancella, è vero, ma c'è una nuova situazione che le si aggiunge, la quale dà titolo per costruirla autonomamente, non come un'eventualità che abbandona la vittima all'onere di costituirsi parte civile, come se la riparazione avvenisse già con la pena (ciò che non è) e il danno riguardasse vicende private (ciò che è vero solo in parte).

È compito solidaristico dello Stato (art. 2 Cost.), infatti, riparare le offese attraverso la collaborazione delle persone coinvolte nel fatto-reato, inserendo autore e vittima in una dialettica triadica di garantismo penale⁶².

Ciò assicura un'identità diversa al magistrato, al pubblico ministero oltre che al giudice, che assume un ruolo sicuramente meno odioso, e più positivo ma non buonista, perché si esige una prestazione o, consensualmente, una riconciliazione.

La riparazione, se non è pena (la mediazione non la è), ha comunque valenza sanzionatoria ("scomputa" una parte della pena edittale) e sottrae di regola un *quantum* alla pena classica: ne modifica alla base il calcolo. La pena non è più l'insondabile misura di una colpevolezza soggettiva. È invece, in primo luogo, il recupero del danno fatto alla nazione, per usare le parole di Cesare Beccaria, per restituirlo alla vittima se c'è, o per restituire alla società una sorta di riscatto, come nello scudo di Achille⁶³.

⁶¹ Cfr. gli artt. 324-bis. *Condotte riparatorie esimenti*, e 324-quater. *Circostanze aggravanti e attenuanti*, del progettato articolato della riforma dei reati in materia di crisi d'impresa.

⁶² Su questo profilo del tutto innovatore del garantismo contemporaneo rispetto a quello tradizionale dualistico (Stato-cittadino imputato) cfr. M. DONINI, *Garantismo penale oggi*, in *Crim.*, 2019, p. 413 s. (§ 9).

⁶³ La condotta successiva (riparatoria) può ridisegnare *la base del calcolo*: se l'offesa è riparata, per applicare il *quid pluris* punitivo che in vari casi non è possibile eludere o cancellare (ma esi-

20. *Quattro critiche all'idea riparativa. Replica*

L'idea riparativa può essere una soluzione a vari problemi classici della pena, ma essa è tale solo se viene intesa come riparazione prestazionale e non meramente interpersonale o *restorative justice*, e altresì se riconduce l'orizzonte punitivo alla dimensione della pena agita.

Chi si pone in chiave critica rispetto a queste prospettive dovrebbe offrire una alternativa al fallimento penale in atto: l'idea riparativa può anche costituire l'ennesima illusione penologica, ma deve essere sperimentata, anziché avversata per timorose preoccupazioni di proteggere un sistema che ci lascia in eredità una giustizia profondamente incapace di regolare i conflitti, se non travolgendo l'autore.

Alternative di qualche attrattiva non ne vediamo, francamente. Anche se la situazione complessiva, in occidente, è assai migliore di quella del diritto penale della prima metà del Novecento, perché almeno i sistemi europei si orientano verso forme di giustizia penale molto più estesa come incriminazioni (inflazione penale, *overcriminalization*), ma non proporzionalmente afflittive in termini di rischio carcerario.

Le obiezioni principali all'idea riparativa (non solo alla *restorative justice*, dunque) evidenziano le seguenti criticità, in quanto essa sarebbe:

- a) una giustizia di classe;
- b) costruita su parametri indeterminati;
- c) realizzata in violazione dei diritti processuali dell'imputato presunto innocente;
- d) incapace di garantire seriamente il messaggio e il valore generalpreventivo delle incriminazioni.

La prima critica coglierebbe nel segno solo in caso di (indebita) riduzione dell'idea riparativa al risarcimento del danno: che è di facile impiego per chi ha mezzi economici, tanto da potere programmare il delitto, in vista di un largo beneficio, se scoperto e in grado di "risarcire" la vittima. Contro questo difetto va osservato che le sanzioni principali (per esempio detentive) non dovrebbero essere liquidatorie, e piuttosto venire bilanciate da altre conseguenze efficaci in termini preventivi (per esempio pene accessorie). Il risarcimento, se integrale, in vari casi è di grande utilità per la vittima, e se non copre la riparazione dell'offesa, non dovrebbe mai condurre alla non punibilità. L'offesa, del resto, non

stono già ora tante ipotesi specifiche di *non punibilità* connesse alla riparazione), si parte da una sanzione afflittiva possibile alla quale è già sottratta la 'pena' della riparazione, perché il post-fatto ha mutato la valutazione del fatto. Oppure la riparazione dopo la condanna servirà comunque a diminuire la pena residua o a trasformarla. E questa base sarà comunque razionalizzata anche in caso di assente riparazione: non si può fondare la pena sui soggettivismi di una colpevolezza interiore, che restano accertamento eventuale, ma sul "danno", sull'offesa riparabili e sulle modalità colpose o dolose che riguardano ancora l'illecito (la gravità del reato *ex art. 133 c.p.*).

coincide con il danno (in realtà, neppure nei reati patrimoniali essi coincidono, dato il permanere del disvalore di azione della condotta lesiva), e così la sua riparazione non può ridursi al risarcimento.

La seconda critica riguarda soprattutto la *restorative justice*, che può contemplare mediazioni penali basate su riparazioni simboliche o impegni di condotte future: ma proprio per questo essa va apprezzata o ai sensi dell'art. 62 n. 6 c.p., in quanto produca risultati obiettivamente; oppure nei limiti dell'art. 133, seconda parte, n. 3 c.p. («dalla condotta contemporanea o susseguente al reato»), presentando altrimenti *deficit* di tassatività la sua disciplina sanzionatoria, laddove incentrata su benefici determinati a fronte di prestazioni indeterminate. Per quanto riguarda la riparazione dell'offesa, invece, il delitto riparato impegna a una obiettivizzazione e tipizzazione interpretativa dell'offesa come elemento essenziale del reato, da realizzare reato per reato in via soprattutto ermeneutica rispetto a tutte le fattispecie suscettibili di riparazione. È un compito rilevante affidato alla magistratura in una prospettiva di tassatività.

La presunta violazione dei diritti di difesa è stata eccepita con riguardo alla mediazione penale, mai in relazione alle ipotesi tradizionali di delitto riparato. Si indurrebbero gli imputati, si dice, anziché a difendersi in giudizio, a riconciliarsi con la persona offesa per lucrare attenuanti o esimenti, così favorendo comportamenti “collaborativi” e “remissivi” rispetto all'imputazione, e attraverso una disciplina che, fin dall'inizio delle indagini e anche prima, prospetta percorsi riconciliativi: una giustizia non dialettica tra accusa e difesa, ma che anticiperebbe un ruolo di reo pentito o confesso, mentre egli è ancora presunto innocente. In realtà, la riparazione resta un onere e non un obbligo, e la cultura della difesa non deve essere sminuita da questa nuova opportunità, che non può diventare una “moda”. Nulla vieta di difendersi nel merito contestando ogni addebito, e coltivando ad un tempo almeno alcune forme di riparazione, ma è vero che solo un processo bifasico aiuterebbe a non confondere strategie difensive sull'*an* con autentiche istruttorie sul trattamento sanzionatorio conseguente alle forme riparative⁶⁴.

Quando ci si difende per non aver commesso il fatto o sostenendo la sua insussistenza, la strategia processuale non può prevedere cedimenti difensivi. Con buona pace dei fanatici della riparazione.

Una eccezione insidiosa all'idea riparativa di ogni tipo, sia prestazionale e sia mediativa, è stata invece sollevata da Domenico Pulitanò, Maestro tra i più prestigiosi e lumeggianti il diritto penale del nostro tempo, al quale sono dedicate con affetto le presenti riflessioni. La riparazione, eretta a progetto, e dunque “promessa” al futuro criminale, lo indurrebbe a delinquere, perché egli potreb-

⁶⁴ Una tipologia di processo bifasico con una forma di *sentencing* è ora introdotta dalla riforma Cartabia per le pene sostitutive.

be sempre contare su sconti di pena per condotte sopravvenute a sua disposizione. Ne risulterebbe indebolito il precetto⁶⁵.

Questa obiezione vale in linea di principio per ogni attenuante connessa a condotte riparative, ma il legislatore e con esso la società non hanno affatto sottovalutato un rischio di tale tipo, moltiplicando le ipotesi riparative nella parte generale e soprattutto nelle leggi complementari. Si può discutere se una preoccupazione per la prevenzione generale – l'ideologia penale (Stato Leviatano *vs.* Stato educatore) che ha sorretto la modernità, fino a metterla in crisi – possa davvero presentarsi nel caso di una regola attenuante di parte generale estesa alla maggior parte dei reati. Considerato il fatto che una tale estensione c'è già da sempre all'art. 62, n. 6 c.p., senza nessuna preoccupazione generalpreventiva, la questione può dunque riguardare solo la previsione di maggiori attenuazioni di pena, diciamo *ultra dimidium*. Per esempio, per i delitti puniti fino a quattro anni di reclusione, e anche a sei anni nelle ipotesi di messa alla prova, si arriva oggi (a seguito di condotte riparative) non a una attenuazione, ma addirittura alla non punibilità; così da sempre per le contravvenzioni classiche di cui agli artt. 162 e 162-*bis* c.p., e ora per quelle ambientali, giuslavoristiche e alimentari, più specificamente regolate. Lo stesso dicasi per la responsabilità "da reato" delle persone giuridiche sopra richiamata. I reati più gravi ovviamente necessitano di diverse valutazioni che sono soggette alle paure della società e alle politiche penali del Parlamento.

La non punibilità quale categoria generale del sistema⁶⁶ può riguardare anche questo tipo di incriminazioni. È infatti una categoria (e una politica) "esterna" e successiva all'analisi del reato (alle sue classiche sistematiche, da sempre orientate a offensività e colpevolezza, cioè alla meritevolezza della pena che rientra nella cultura retributiva), la quale non significa affatto assenza di responsabilità, ma recessione della risposta penale meramente afflittiva verso tecniche di degradazione orientate a risultati socialmente utili: sono percorsi che così attuano veramente i precetti penali nel disegno dell'*ultima ratio*, senza nessuna rinuncia alla sanzione.

La dimensione post-riparatoria della pena è una delle poche novità vere nel

⁶⁵ D. PULITANÒ, *Il penale tra teoria e politica*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2020, 4, p. 6 ss.

⁶⁶ Sui percorsi della "non punibilità" M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Ind. pen.*, 2001, pp. 1035 ss.; ID., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, *ivi*, 2003, pp. 75 ss., 89 ss.; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 259 ss.; adesivamente F. PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *Sist. pen.*, 19 dicembre 2019; e ora soprattutto G.A. DE FRANCESCO, *Relazione al Convegno di Messina, Incontro di studi per Giancarlo de Vero. Ragionando sulla parte generale del diritto penale*, 7-8 ottobre 2022, a sostegno della profonda novità della risposta riparativa e della non punibilità rispetto al discorso tradizionale della penalità. V. pure G. COCCO, *La punibilità. Quarto elemento del reato*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano-Padova, 2018; P. CAROLI, *Non punibilità e indirizzo politico-criminale*, in *Sist. pen.*, 29 settembre 2019.

panorama del tradizionalismo penale, applicabile “come concezione post-riparatoria” ben oltre le possibilità conciliative tra soggetti in carne e ossa, ma anche conscia di un nucleo irriducibile di pena subita, che però ha sempre le forme riparative come promessa e politica dello Stato, e non solo della società civile, attuabili con modalità vicarie di pena agita anche in sede esecutiva.

La pena agita e la non punibilità, quale categoria costante dell'*ultima ratio* del sistema penale accanto alla prima, sono le due dimensioni più innovative, perché capaci di mutare l'essenza della pena: da legge meno che perfetta a perfetta e da raddoppio del male a riduzione del male complessivo (*supra*, §§ 11 e 12).

Un'obiezione generalizzata contro questa idea riparativa (prestazionale e/o interpersonale) appare oggi davvero conservatrice e anzi regressiva: che cosa c'è da conservare della triste realtà dell'esecuzione penale nazionale, cioè il carcere come discarica sociale, o del disinteresse del processo penale per le persone offese? Cioè delle macerie di una realtà iperafflittiva e disuguale di male aggiunto per i responsabili e di contemporaneo disinteresse per ricostituire i beni negati alle vittime?

Questa sola domanda vorrei porre al termine di un breve, e sempre stupefacente, viaggio nel tempo, il tempo delle ideologie punitive che sembravano non passare mai.

PLAIDOYER PER LA GIUSTIZIA RIPARATIVA

Francesco Palazzo

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. I soggetti della “relazione di giustizia” e la modernità penale. – 3. Modernità penale e proporzionalità della pena. – 4. La “relazione di giustizia” nella postmodernità. – 5. Il senso della “complementarietà” della giustizia riparativa rispetto alla giustizia punitiva. – 6. Il ruolo della “comunità” nella giustizia riparativa. – 7. La giustizia riparativa tra modernità e postmodernità giuridica. – 8. La giustizia riparativa nella recente riforma: disciplina organica e complementarietà. – 9. Segue: l’“innesto” del percorso riparativo nel processo. – 10. Giustizia riparativa e deflazione processuale.

1. *Premesse*

La giustizia riparativa ha fatto il suo ingresso a vele spiegate nel nostro ordinamento con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 di attuazione della vasta e generica delega di cui alla c.d. “riforma Cartabia” (l. 27 settembre 2021, n. 134). Val la pena di osservare che, durante tutto il periodo della faticosa gestazione della riforma, l’attenzione del dibattito politico e pubblico rimase prevalentemente concentrata sul tema della prescrizione del reato, quasi ignorando le ben più imponenti – e a nostro avviso significative – riforme che si stavano concependo riguardo al sistema sanzionatorio, rivitalizzando le pene sostitutive e soprattutto dando inatteso spazio alla giustizia riparativa.

Oggi che la giustizia riparativa “è legge”, sembra che si cominci ad accorgersi della profonda innovazione che essa comporta, prima di tutto sul piano ideale e dei principi; e sembra anche che, a legge ormai in vigore, inizi anche a formarsi un movimento critico e quasi di rigetto, potenzialmente idoneo a sterilizzare sul nascere quella innovazione legislativa che altri, per contro, ritengono solo il primo passo di un più lungo e consistente cammino.

Può essere perciò opportuno sostare ancora una volta sul tema della giustizia riparativa nell’intento di contribuire a sgombrare il campo da possibili fraintendimenti e, soprattutto, da eventuali inquinamenti lasciati filtrare per motivi che rimangono soggiacenti e non dichiarati sotto i legittimi dubbi che possono sollevare scelte legislative così radicalmente innovative.

Incontestabili sono due premesse di fondo, necessarie per ambientare il di-

scorso in un orizzonte appropriato e di largo respiro. In primo luogo, è ormai del tutto assodato che oggi il mondo, almeno il mondo occidentale cui apparteniamo e in cui ci riconosciamo, vada lentamente verso la giustizia riparativa: sarebbe un fuor d'opera ricordare in questa sede tutta la lunga serie di atti e documenti internazionali, di *soft* ma anche di *hard law*, che spingono gli Stati a dare sempre più spazio alla giustizia riparativa. La riforma avviata in casa nostra con la legge 134/2021 si colloca evidentemente su questa strada, rappresentando un passo decisivo e coraggioso. Sarebbe, dunque, antistorico tentare ora di demolire o neutralizzare la riforma; sarebbe, inoltre, un ulteriore atteggiamento destinato a isolarci rispetto ad una comunità internazionale che marcia in tutt'altra direzione.

In secondo luogo, dinanzi a qualche manifestazione – anche autorevole – diretta a ridimensionare e fors'anche a ridicolizzare la giustizia riparativa, occorre ribadire che essa costituisce una questione molto seria. Una questione ancora aperta, certo; e un'idea di difficile implementazione nel sistema, ancora più certamente. Ma rimane pur sempre un'idea tutt'altro che trascurabile o risibile. La giustizia riparativa non può essere ricondotta al novero dei tanti espedienti per contribuire a realizzare il pur auspicato traguardo della deflazione e dell'efficienza del sistema. La giustizia riparativa non può nemmeno essere considerata uno degli strumenti della rieducazione, magari tentando di conseguenza di confinarla esclusivamente nella fase esecutiva, essendo essa qualcosa di profondamente diverso dalla rieducazione non foss'altro per il ruolo che vi gioca la vittima. La giustizia riparativa non può nemmeno essere vista, con maggiore o minore condiscendenza, come un'ingenua illusione di utopisti affetti da buonismo umanitario o sentimentale.

Assumere e coltivare atteggiamenti consimili dopo la riforma significherebbe non solo tradire la scelta legislativa effettuata dal legislatore con piena consapevolezza ideologica, ma soprattutto significherebbe dimostrare scarsa sensibilità storica e culturale verso un orizzonte problematico che rivela radici profonde e rispecchia esigenze diffuse e sempre più pressanti. Il che non esclude ovviamente non solo che la disciplina realizzata con la recente riforma possa essere criticata in certi suoi aspetti meno felici, ma anche che si esprima ragionato e ragionevole scetticismo sulla possibilità che questa idea tanto innovativa possa insidiare quella tradizione punitiva che sembra essere radicata nelle pieghe più profonde dell'animo umano.

2. I soggetti della “relazione di giustizia” e la modernità penale

Può essere utile ribadire preliminarmente che l'accezione in cui qui viene assunto il sintagma *giustizia riparativa* è quella in senso largo, non coincidente cioè né limitato alla riparazione pecuniaria o patrimoniale dell'offesa o alla sua elimi-

nazione totale o parziale, bensì tutta proiettata verso l'obiettivo di una ricomposizione del conflitto interpersonale considerato anche nelle sue componenti emotive: e indubbiamente questa accezione larga e obiettivamente indeterminata e quasi sfuggente può già costituire un motivo di diffidenza verso quello strumentario giuridico-normativo tendente alla realizzazione di quel risultato. Ma è ormai fuori discussione che questo senso largo è per l'appunto quello fatto proprio dal d.lgs. 150/2022 là dove fornisce le definizioni generali: «esito riparativo» è «qualunque accordo, risultante dal programma di giustizia riparativa, volto alla riparazione dell'offesa e idoneo a rappresentare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti» (art. 42, comma 1).

Ciò premesso sul piano definitorio, per comprendere la “consistenza storico-culturale” della giustizia riparativa e la complessità delle questioni che essa involge, occorre prendere le mosse da lontano.

La giustizia, la giustizia *tout court*, è sempre una questione di *relazione* tra soggetti diversi. Sono ben quattro i soggetti coinvolti nella questione della giustizia: l'autore, la vittima, la comunità, l'istituzione statale. Essendo sostanzialmente autoevidente il ruolo svolto dall'autore, dalla vittima e dall'istituzione statale, val la pena invece spendere due parole su quello svolto dalla comunità, notando tra parentesi che essa è sempre più spesso chiamata a inserirsi nella dinamica della vicenda punitiva anche al di fuori del perimetro della giustizia riparativa nel senso sopra precisato.

Ebbene, la comunità può essere coinvolta a doppio titolo. Da un lato, il senso di solidarietà tra i componenti del gruppo e soprattutto il fenomeno di identificazione con l'altro, che costituiscono appunto il legame comunitario, fanno sì che l'offesa criminosa “si propaghi” – per così dire – dalla singola vittima agli altri membri della comunità, che finisce dunque per essere coinvolta sotto questo profilo di stampo essenzialmente socio-psico-emotivo e di carattere generale. Dall'altro lato, specificamente allorché si tratti di offese penalmente rilevanti, la consistenza di queste ultime è tale da attingere livelli capaci di mettere a repentaglio la stessa sopravvivenza della comunità: così che quest'ultima finisce per essere qualificabile essa stessa come vittima, più o meno diretta, del reato.

Tutto ciò premesso, quel che preme qui sottolineare è che la “relazione di giustizia” tra quei quattro soggetti si atteggia in modo molto diverso a seconda dei periodi storici e delle diverse condizioni politico-culturali che ne costituiscono l'orizzonte performativo.

Ai nostri fini è sufficiente rammentare che, con la nascita dei grandi Stati nazionali e dunque della modernità, dal XVI secolo in poi, si afferma la potenza, o per meglio dire l'onnipotenza, dell'istituzione statale anche – e soprattutto – nella relazione di giustizia. Ciò comporta che quella relazione da quadrilaterale tende a diventare bilaterale. Lo Stato, infatti, riassorbe in sé la tutela sia della vittima che della comunità, così che il rapporto della giustizia penale della modernità si esaurisce in quello bilaterale tra autore e Stato.

Il rapporto bilaterale tra autore e istituzione statale si rivela però fin da subito sbilanciato. E ciò per la buona ragione che lo Stato viene a giocare contemporaneamente due ruoli in partita: da un lato, quello del soggetto che *amministra* la giustizia, essendo divenuto il titolare monopolista della forza pubblica; dall'altro, esso è il soggetto che incarna, rappresenta e tutela i *soggetti offesi* nella relazione originariamente quadrilaterale, e cioè la vittima e la comunità. A ciò si aggiunga che la dismisura del ruolo giocato dallo Stato è accresciuta dal fatto che la giustizia penale si rivela nella mano pubblica prezioso strumento di potere sia in funzione di governo della società sia per la stessa conservazione di quel potere.

È allora facile comprendere come la bilateralità della relazione di giustizia sia all'origine delle caratteristiche fondamentali assunte dalla giustizia penale della modernità. Lo sbilanciamento della relazione di giustizia pone, infatti, fin da subito fortissime esigenze di *garanzia* a tutela dell'autore nei confronti dell'onnipotenza esclusiva dell'istituzione statale. Nel momento in cui – col paradigma della giustizia riparativa – quella relazione di giustizia cessasse di essere così rigidamente bilaterale, si attenuerebbe anche quella esigenza di garanzia. I critici della giustizia riparativa sottolineano spesso e non a torto come la flessione delle garanzie sia uno dei motivi principali per osteggiarla, ma forse non tengono nel dovuto conto che l'esigenza garantista è figlia diretta di una relazione di giustizia diversa da quella sottesa alla giustizia riparativa: nella relazione quadrilaterale propria della giustizia riparativa, lo Stato fa uno o due passi indietro, rendendo meno imperiosa e protagonista l'esigenza di garanzia.

3. *Modernità penale e proporzionalità della pena*

La relazione di giustizia bilaterale tra autore e Stato comporta altresì un forte accreditamento della *proporzione* quale fondamentale caratteristica della penalità della modernità. E, a sua volta, la proporzione veicola il primato della pena detentiva che, insieme alla “minore” e residuale pena pecuniaria, è quella che meglio si presta alle operazioni di accurata quantificazione imposte dalla proporzione.

La proporzione, invero, si rivela presto vincente (e con essa la pena detentiva) almeno per tre ragioni. Innanzitutto, la proporzione soddisfa egregiamente quelle esigenze di garanzia e di contenimento della penalità che sono proprie della modernità penale con la sua giustizia integralmente di Stato. In secondo luogo, un atteggiamento di realismo storico e antropologico impone di riconoscere che la proporzione si presta benissimo ad appagare quell'ancestrale pulsione vendicativa dell'uomo che neppure la modernità penale è riuscita a sradicare completamente. La proporzione si presta bene perché, mentre da un lato “esprime” essa stessa la vendetta attraverso la mediazione razionalizzante della retribuzione (cui è ineludibilmente legata), dall'altro lato ne realizza un “conte-

nimento” del tutto corrispondente all’ansia garantista della modernità. Insomma, il successo della proporzione nella modernità penale è dovuto alla sua capacità di razionalizzare (mistificare?) quell’oscuro fondo vendicativo che la relazione bilaterale di giustizia non può di per sé rimuovere.

In terzo luogo, il successo della proporzione si spiega per il fatto di essere essa del tutto consentanea ai caratteri fondamentali del pensiero giuridico della modernità. Se assumiamo che questi caratteri sono, in estrema sintesi, quelli del razionalismo filosofico e del mercantilismo socio-economico, non c’è dubbio che la proporzione è figlia più che legittima di quel connubio. Una pena proporzionata (essenzialmente detentiva), secondo uno schema sostanzialmente “compensativo”, risponde prima di tutto al razionalismo utilitaristico delle varie teorie di matrice generalpreventiva, dissuasiva, intimidativa che dir si vogliono; così come risponde al razionalismo etico di una compensazione a titolo di riprovazione del male liberamente scelto dall’uomo. Ma la pena proporzionata risponde anche al mercantilismo di una società in cui tutto deve avere il suo prezzo: anche il reato ha il suo prezzo costituito dalla pena, che non può che essere proporzionato al suo dis-valore calcolato secondo le generali condizioni di mercato in cui si pesano anche i comportamenti umani.

L’idea della proporzione è ovviamente una barriera molto forte alla penetrazione della giustizia riparativa, che invero ne prescinde totalmente.

4. La “relazione di giustizia” nella postmodernità

Nell’orizzonte della giustizia riparativa tutto cambia radicalmente. La relazione di giustizia non è più bilaterale, ma torna ad essere quadrilaterale. L’istituzione statale fa un passo indietro o comunque cessa di essere così preponderante da sbilanciare i rapporti tra i soggetti del quadrilatero. E si pone, invece, un acuto problema di definirne meglio il ruolo. In sostanza tutto diventa più complesso e il compito principale dei giuristi, legislatore, studiosi ed operatori, diventa quello di trovare il modo di governare questa complessità, senza cedere alla tentazione del rifiuto del nuovo.

Primaria diventa certamente la relazione tra autore e vittima, in una duplice dimensione. Prima di tutto già nella dimensione criminogenetica e nel momento per così dire iniziale della relazione, vale a dire come situazione di conflitto interpersonale da cui scaturisce la commissione del reato. Senza l’analisi e la comprensione di questa relazione iniziale non è nemmeno pensabile alcun intervento o percorso riparativo del conflitto. In secondo luogo, la relazione autore/vittima va considerata nella sua dimensione compositiva e per così dire finale, vale a dire quale risultato di superamento del conflitto acuto ed esasperato dal reato, al quale tende lo sforzo riparativo di entrambe la parti per recuperare equilibrio e stabilità del rapporto.

Non c’è dubbio che, nel quadrilatero, è proprio la relazione autore/vittima

che si pone in maggiore tensione e divergenza rispetto al paradigma tradizionale della giustizia punitiva. Invero, nella giustizia punitiva tradizionale i termini della relazione intersoggettiva autore/vittima sono come irrigiditi e bloccati, pietrificati e chiusi nella fattispecie legale di reato: non c'è nessun altro elemento di quel rapporto intersoggettivo che abbia "rilevanza" per la giustizia punitiva. Insomma, nella logica punitiva della giustizia tradizionale si consuma una deliberata rinuncia, un voluto ostracismo nei confronti della *concretezza* interpersonale del conflitto-reato. È il grande sforzo di astrazione che la modernità penale inizia qualche secolo fa per giungere ad una sorta di decantazione della realtà, realizzando il miracolo di una cristallizzazione della quintessenza dei comportamenti criminosi nella tipicità della fattispecie. Al di fuori del perimetro della fattispecie nulla conta, niente rileva, in questo sovrumano sforzo di ordinare e dominare la realtà, o meglio la sua (altrimenti) insostenibile concretezza.

È vero che, a un certo punto della storia della penalità, le pressioni verso un atteggiamento meno astratto e in qualche modo distante dalla realtà si manifestano con forza. Ma l'esito di queste nuove tendenze non va oltre l'apertura costituita dall'art. 133 c.p. e soprattutto dal suo secondo comma: in virtù di questa norma lo sguardo del giudice si spinge oltre i rigidi confini della fattispecie legale, fino a guardare nella concretezza e – staremmo per dire – nella irripetibilità della persona in carne ed ossa dell'autore. Ma la "rilevanza" giuridica di questi elementi, dati, caratteristiche concrete oltre lo stretto monopolio legale della fattispecie è molto limitata, poiché non può influire sull'esistenza della responsabilità, sull'*an* della risposta sanzionatoria, ma solo sul *quantum* e sul *quomodo*. E comunque, in ogni caso, non allarga l'orizzonte al concreto rapporto intersoggettivo, facendo dipendere la risposta dell'istituzione dal modo in cui quel rapporto si atteggia e si modifica nella vicenda interpersonale di cui il reato segna l'acme.

In sostanza, è giocoforza riconoscere la caratteristica di fondo in cui la giustizia riparativa precipita la relazione autore/vittima, e sarebbe vano cercare di minimizzarla: l'apertura necessaria alla concretezza del rapporto interpersonale rompe, spezza la gabbia legalitaria della fattispecie. Troppo diversi e troppo numerosi sono gli elementi di quel rapporto che debbono avere "rilevanza" per poter ricostruire la relazione interpersonale perché sia possibile mantenere intatta l'esigenza legalitaria che è invece connaturata alla relazione bilaterale tra autore e Stato. C'è dunque una ineliminabile tensione tra legalità e giustizia riparativa: sarebbe ipocrita negarlo.

5. *Il senso della "complementarietà" della giustizia riparativa rispetto alla giustizia punitiva*

A questo punto, si deve allora mandare al macero l'edificio così faticosamente costruito dalla modernità penale con la tipizzazione legale dei reati? Si deve

spazzare via il risultato di una vera e propria sapienza giuridica che nei secoli è riuscita a “dare forma” e ordine al caos delle azioni umane (criminosi) (ancorché oggi il legislatore sembri aver smarrito questa sapienza per correre dietro ad ogni manifestazione comportamentale che richiami la sua attenzione)? Dobbiamo liquidare definitivamente quell’eredità per aprire incondizionatamente ad una sorta di indeterminismo delle relazioni interpersonali, con tutto l’indefinito alone dei variabili sentimenti e delle individuali emozioni che fa loro corona divenendone parte *umanamente* integrante e decisiva?

Sono ovviamente domande retoriche, la risposta alle quali torna a mettere in campo il ruolo dell’istituzione statale nella relazione quadrilaterale di giustizia. E la risposta non può che essere – almeno allo stato – decisamente negativa. L’edificio dei precetti legali e l’armamentario della tradizionale giustizia punitiva non possono che continuare a svolgere le loro funzioni accanto a quel poco o molto di giustizia riparativa che riuscirà a penetrare nell’ordinamento. Si dovrà così instaurare quel famoso (e difficile) rapporto di complementarietà tra giustizia punitiva e giustizia riparativa, cui fanno riferimento tutti gli studiosi e i fautori più consapevoli del nuovo paradigma. E le ragioni per cui s’impone la complementarietà sono almeno due, e molto stringenti.

In primo luogo, è ben vero che i percorsi riparativi si snodano lungo le vicende concretissime di quella relazione interpersonale che va dal conflitto originario all’esito finale della sua ricomposizione e che in questo complesso itinerario il “materiale rilevante” va ben oltre il perimetro fissato dalla fattispecie legale. È altrettanto vero però che l’obiettivo del percorso riparativo è sì la ricomposizione del conflitto, ma questa ricomposizione non può che avvenire su un *terreno valoriale* in cui si riconoscano non solo autore e vittima, ma anche tutte i soggetti della relazione di giustizia, e dunque anche la comunità e l’istituzione statale. E allora chi potrà definire questo terreno valoriale su cui impegnarci se non lo Stato attraverso i suoi precetti legali? Non possono che essere questi ultimi, nella loro portata fondativa e taluno direbbe “costituente” dell’ordine dei valori condivisi, a dare espressione stabile, certa e sicura al terreno al quale anche la giustizia riparativa dovrà essere ancorata. Diversamente, sì che la giustizia riparativa rischierebbe di essere non già uno strumento di pacificazione sociale e di integrazione delle persone nella comunità, bensì il fomite di un relativismo anticamera dell’anomia. In questa sua funzione che lega la giustizia riparativa all’ordine dei valori condivisi, si può scorgere un punto di contatto tra giustizia riparativa e rieducazione, senza però che la prima si dissolva nella seconda.

L’altra ragione dell’ineludibile complementarietà è talmente evidente da essere quasi banale. La giustizia riparativa è notoriamente una giustizia consensuale, anzi doppiamente consensuale poiché essa non è esperibile contro o senza la volontà delle parti, autore e vittima. In presenza di un dissenso, di una rinuncia, di un ritrarsi dell’uno o dell’altro, è giocoforza che l’ordinamento debba comunque poter *chiudere* la vicenda criminosa, non potendosi permettere di la-

sciare senza “conseguenze” i fatti criminosi di cui sia accertata l’esistenza e la responsabilità. E a chiudere la questione non può che essere ancora una volta la giustizia punitiva.

6. Il ruolo della “comunità” nella giustizia riparativa

Nella relazione quadrilaterale della giustizia riparativa c’è, infine, un altro soggetto cui non può non essere riconosciuto un ruolo davvero decisivo. Si tratta della “comunità”. Sebbene essa sia di recente diventata molto presente anche nei meccanismi e negli istituti tradizionali ispirati alla finalità rieducativa, non c’è dubbio che dalla sua interlocuzione non si può proprio prescindere nella dinamica della giustizia riparativa. Innanzitutto perché, in una logica – com’è quella quadrilaterale – in cui la comunità non è interamente riassorbita nello Stato e nella rappresentatività simbolica che esso può assicurare, la comunità è vittima più o meno diretta del fatto offensivo nella concretezza del suo esistere e sentire psico-sociale. Con l’ovvia conseguenza che non vi potrà mai essere reale ricomposizione del conflitto senza un effettivo coinvolgimento anche della comunità. E pertanto bene ha fatto la recente riforma a prevedere norme dirette a favorire siffatto coinvolgimento, sebbene ciò possa costituire un fattore di complicazione nella gestione dei percorsi riparativi ben al di là di quanto già lo sia nella giustizia tradizionale la partecipazione processuale degli enti esponenziali (v. già la norma definitoria di cui all’art. 42 [partecipazione di «altri soggetti appartenenti alla comunità»]; ma poi anche l’art. 43 [che annovera il «coinvolgimento della comunità» tra i principi generali ed obiettivi della giustizia riparativa]; e infine e soprattutto l’art. 45 [«altri soggetti appartenenti alla comunità, quali familiari, persone di supporto segnalate dalla vittima del reato e dalla persona indicata come autore dell’offesa, enti ed associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato, rappresentanti o delegati di Stato, Regioni, enti locali o di altri enti pubblici, autorità di pubblica sicurezza, servizi sociali» e finanche «chiunque vi abbia interesse»]).

Ma le ragioni dell’includibile coinvolgimento della comunità sono anche altre, ancorché meno immediatamente evidenti. A ben vedere la comunità può anche giocare un ruolo avverso alla giustizia riparativa, ostacolando i suoi percorsi orientati alla ricomposizione del conflitto. E pertanto, se si vuole agevolare l’esito auspicabilmente positivo dei percorsi riparativi, è necessario in qualche modo “neutralizzare” il possibile ruolo avverso svolto dalla comunità coinvolgendola negli itinerari della riparazione. In effetti, la comunità non è sempre, necessariamente e quasi per definizione, un fattore positivo per l’integrazione sociale dell’individuo. Dalla parte dell’autore, la comunità può infatti svolgere un ruolo criminogenetico, quando costituisce il terreno di coltura del reato o addirittura della personalità criminale: basti pensare al riguardo a certe realtà

della criminalità che si alimentano nella cerchia “familiare” sebbene non arrivino ad assumere i caratteri della vera e propria criminalità organizzata. Ed allora diventa chiaro che, rispetto a tali manifestazioni, non è possibile portare l'autore lungo i sentieri della giustizia riparativa se non si provvede ad un coinvolgimento della sua comunità in modo da neutralizzarne l'effetto potenzialmente avverso. Dalla parte della vittima, la comunità può altrettanto negativamente ostacolare il percorso riparativo tutte le volte in cui essa tenda, più che a sostenerla, a chiuderla in una sorta di bozzolo difensivo che può facilmente alimentare qualche reazione venata da atteggiamenti sostanzialmente vendicativi: sono i casi in cui il vincolo comunitario, invece di dare la forza per aprirsi al dialogo con la vittima, alimenta reazioni psicologiche di rivalsa aggressiva che magari senza il sostegno comunitario non si produrrebbero. Anche qui, pertanto, l'intrapresa riparativa non può avere *chances* se non si coinvolge la stessa comunità della vittima per neutralizzarne il possibile effetto avverso.

7. *La giustizia riparativa tra modernità e postmodernità giuridica*

Già dalle sintetiche notazioni precedenti emerge chiaramente che la giustizia riparativa introduce nel sistema complessivo della giustizia penale degli elementi rilevanti di complessità e di indeterminatezza. A tal punto che si potrebbe essere tentati di concludere che la giustizia riparativa è – sul piano socio-culturale – uno dei tanti frutti della postmodernità e della sua complessità. Una complessità che, come insegna un filone di pensiero filosofico e sociologico ormai consolidato, diventa quasi un metodo di approccio cognitivo necessario per non rimanere sprovveduti rispetto alle manifestazioni della postmodernità. Se ciò fosse vero, risulterebbe davvero insipiente più che riduttivo quell'atteggiamento critico verso la giustizia riparativa che la taccia di essere espressione di un paternalismo postmoderno, ove i due termini sono assunti entrambi in un'accezione negativa che si potenzia vicendevolmente.

La realtà sembra piuttosto essere un'altra. Sebbene la postmodernità costituisca per il giurista, e specie per il penalista, una difficile sfida che mette in discussione quasi la sua stessa identità culturale, non tutto ciò che è qualificabile come postmoderno è per ciò solo connotato negativamente. Prima di tutto perché l'irruzione della postmodernità nell'orizzonte della giuridicità, specie penale, come in molti altri campi sociali, non significa spazzare via l'eredità lasciataci dalla modernità. Moderno e postmoderno debbono in qualche modo integrarsi e coesistere, così come – proprio nel nostro caso – giustizia punitiva e giustizia riparativa debbono coesistere secondo il principio di complementarità, al quale già abbiamo fatto cenno. In secondo luogo, occorre riconoscere con consapevolezza storica che la visione razionalistica e mercantilistica propria della modernità anche in campo giuridico appare oggi unilaterale e insufficiente, poiché fini-

sce per trascurare e spesso ignorare una componente tutt'altro che irrilevante dei comportamenti umani e sociali: c'è, infatti, tutto un mondo – certamente difficilmente sondabile e razionalizzabile – fatto di sentimenti, emozioni, passioni, strati profondi della psiche che oggi preme con forza per essere riconosciuto come componente imprescindibile di una più completa “umanità”. E ormai questo mondo indeterminato e, se vogliamo, confuso sta debordando dall'originario campo dell'arte e della letteratura per trascinare anche in quello delle scienze dell'uomo e del fenomeno giuridico in particolare. Negare o rifiutare questa realtà, che certo può non piacere, potrebbe comportare il rischio di rimanerne sopraffatti per l'incapacità di dare ad essa una qualche “forma” e di elaborare una qualche “cifra” di migliore comprensione e più sicuro “governo”.

Ecco, a noi pare che la questione della giustizia riparativa si inserisca a buon diritto in questo più generale e difficile momento di passaggio tra la modernità e la postmodernità. Così che la sua soluzione, ammesso che ve ne sia una plausibile, non può che essere accompagnata dalla consapevolezza storica di ciò che realmente è in gioco.

Ebbene, la riforma attuata con il d.lgs. 150/2022 potrà anche non essere la migliore riforma possibile della giustizia riparativa, ma senza dubbio nasce da quella consapevolezza e dà una risposta alle pressanti richieste che provengono da dentro e fuori l'Italia affinché anche il mondo della penalità non rimanga insensibile ad un nuovo, più difficile ed impegnativo umanesimo.

8. *La giustizia riparativa nella recente riforma: disciplina organica e complementarietà*

La disciplina della giustizia riparativa di cui al d.lgs. 150/2022 si caratterizza fondamentalmente per essere *organica* e *complementare* al sistema dell'ordinaria giustizia punitiva.

L'organicità della disciplina, a sua volta, significa prima di tutto tendenziale completezza delle previsioni normative, che in effetti si diffondono in un apparato davvero consistente di definizioni, di enunciazioni di principi, di individuazione di un vero e proprio statuto di diritti e doveri, di analitica descrizione dei percorsi riparativi, ecc. In secondo luogo, l'organicità della disciplina significa superamento delle previsioni sparse nell'ordinamento in cui già prima faceva la sua comparsa la giustizia riparativa in modo quasi incidentale e spesso addirittura marginale, come nei noti istituti delle condotte riparatorie previste nel d.lgs. sulla competenza del giudice di pace (art. 35, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274), della messa alla prova di cui all'ordinamento minorile (art. 28, d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448) o nel nuovo istituto per adulti di cui all'art. 168 *bis* c.p. Dunque, l'organicità della disciplina, delineata una volta per tutte in modo uniforme, è la condizione preliminare necessaria perché il campo di applicazione della giustizia

riparativa sia sostanzialmente illimitato quanto a tipologie criminose (art. 44, d.lgs. 150/2022). È, quest'ultima, una scelta che corrisponde all'unanime orientamento scientifico in materia, secondo il quale in effetti non sarebbero fondate discriminazioni quanto a tipi di reati che meglio di altri si presterebbero ad essere "trattati" con la giustizia riparativa. Ma è anche, indubbiamente, una scelta molto forte che ha effettuato la riforma: da un punto di vista di opportunità politica, la dirompente novità in cui consiste la giustizia riparativa, a fronte delle prevedibili resistenze provenienti da fronti e per motivi diversi, avrebbe forse potuto consigliare una maggiore cautela sul punto. Magari con l'intento di allargare progressivamente il campo di applicazione dei percorsi riparativi, in ragione anche dell'auspicabile successo di una loro progressiva sperimentazione. È anche vero, però, che la prevedibile vischiosità delle reazioni ha forse non a torto spinto il legislatore a questo gesto di indubbio coraggio.

La complementarità è un carattere tanto imprescindibile della giustizia riparativa quanto causa delle maggiori difficoltà e problematicità nell'articolazione della sua disciplina. Va peraltro precisato che tali difficoltà non riguardano tanto il ricorso alla giustizia riparativa in sede esecutiva, durante cioè l'esecuzione della pena detentiva, quanto piuttosto il suo utilizzo all'interno del processo di cognizione: in ogni stato e grado del procedimento, come recita incisivamente sia la legge delega che il decreto legislativo. Questa complementarità in sede di cognizione implica la creazione di un *meccanismo di innesto* del percorso riparativo nel processo penale, prima dunque dell'accertamento definitivo della responsabilità. "Innestare" il percorso riparativo nel processo significa creare una parentesi processuale, di cui il legislatore deve disciplinare tanto l'apertura, l'avvio, quanto la chiusura, l'esito del percorso intrapreso, e il "rientro" – per così dire – nel processo.

9. *Segue: l'“innesto” del percorso riparativo nel processo*

Senza che qui sia il caso di entrare nei dettagli della disciplina, è però possibile una notazione di sintesi rilevando che, tanto nel momento iniziale che in quello finale, è constatabile un ruolo abbastanza attivo attribuito al giudice. Forse non sarebbe stato facile operare altrimenti, ma è indubbio che questo attivismo del giudice può creare il pericolo di qualche *contaminazione* tra giudizio e percorso riparativo che non giova né all'uno né all'altro.

Nel momento di avvio del percorso riparativo il legislatore non si è accontentato di agevolarlo mediante la capillare e insistita previsione di una doverosa informazione all'indagato/imputato dell'opportunità riparativa, lasciandolo poi titolare esclusivo del potere di impulso. Il legislatore, con una norma che è apparsa subito discutibile (nuovo art. 129 *bis* c.p.p.), ha anche previsto l'iniziativa officiosa del giudice che può disporre l'invio del soggetto presso il Centro della

giustizia riparativa ove saranno verificate le condizioni per l'eventuale successivo avvio del percorso riparativo, sempre che ovviamente autore e vittima consentano nell'intraprenderlo. La disposizione ha un chiaro intento propulsivo e sollecitatorio dei percorsi alternativi in tutti quei casi che, a parere del giudice, paiono *ictu oculi* più adatti alla definizione riparatoria. Chiarisce, infatti, la *Relazione illustrativa* che

«l'autorità giudiziaria dovrà disporre l'invio – con provvedimento motivato – al Centro per la giustizia riparativa quando reputi che lo svolgimento di un programma di giustizia riparativa possa essere utile alla risoluzione delle questioni derivanti dal fatto per cui si procede e non comporti un pericolo concreto, sia per gli interessati, che per l'accertamento dei fatti».

Ribadito che nessun obbligo scaturisce per le parti dall'esercizio di quel potere officioso del giudice, va detto che la norma è stata fortemente contestata essenzialmente sotto due profili che paiono riguardare più un piano di fatto che di diritto e che, soprattutto, tradiscono una forte diffidenza e sospetto nei confronti del giudice e delle possibili motivazioni alla base dell'esercizio di quel potere discrezionale. Sotto un primo profilo, si argomenta che – non essendo disciplinati i criteri di quella iniziativa officiosa – essa potrebbe essere in realtà motivata, favorendone così la formazione anticipata, da un convincimento del giudice in senso colpevolista: quella disposizione presupporrebbe implicitamente un convincimento del giudice ed una sua anticipata manifestazione, pregiudicando il senso più profondo della giurisdizionalità dell'accertamento di responsabilità. Orbene, pare che questa obiezione provi troppo, come si suol dire: in effetti, questa critica può essere estesa a tutti gli atti del giudice implicanti una valutazione discrezionale, potenzialmente tutti inquinabili da un'anticipazione del convincimento. Non solo *in primis* i provvedimenti di natura cautelare, ma anche quelli relativi alla ammissione della prova e alla stessa direzione del dibattimento. È pur vero che il potere officioso di cui all'art. 129 *bis* c.p.p. non esplicita nessun criterio per il suo esercizio, ma è anche vero che non è difficile desumere interpretativamente qual è lo scopo di quel potere, come del resto precisato nella *Relazione illustrativa*.

Sotto un secondo profilo, si è criticata la norma osservando che essa prefigurerebbe uno strumento per il giudice di “liberarsi” del processo attraverso la soluzione riparativa, in chiave evidentemente deflativa. Con la conseguenza, però, che l'esercizio di quella iniziativa officiosa potrebbe assumere in concreto i connotati di una forte “pressione” sull'imputato a imboccare efficacemente la via della riparazione onde non subire in caso contrario una sorta di ritorsione nella sede processuale ordinaria. L'obiezione è suggestiva, ma sembra non tenere conto di alcuni elementi propri della attuale disciplina dei percorsi riparativi. In primo luogo, il buon esito riparativo, e dunque l'“uscita” dal processo ordinario, non è in potere del solo imputato dipendendo anche e fondamentalmente

dall'atteggiamento della vittima. In secondo luogo, e soprattutto, l'effetto giuridico del buon esito riparativo ha una scarsa portata deflativa: esso, infatti, per la generalità dei reati si limita alla applicazione di una circostanza attenuante (nuovo art. 62 n. 6 c.p.), che non comporta certo alcun risparmio processuale. Solo per i reati perseguibili a querela remissibile, il buon esito riparativo è previsto che sia considerato come remissione tacita. Ma per la verità allo stesso risultato estintivo del reato si può giungere anche attraverso i normali strumenti di remissione, costituiti dal risarcimento e dall'eliminazione delle conseguenze del reato, probabilmente più facilmente "gestibili" sia dalle parti che dall'ordinamento. Statisticamente, dunque, anche in questo caso è probabile che non saranno molti i casi in cui l'esito riparativo produca effetti deflativi.

Passando ora al momento di "chiusura" della parentesi riparativa e del "rientro" nel processo, dispone l'art. 57 che al giudice venga presentata una relazione sull'esito del percorso riparativo intrapreso ed eventualmente conclusosi positivamente. Fermo restando che, in caso di fallimento, quanto emerso in sede riparativa non può essere utilizzato a sfavore dell'imputato, il problema che si pone è un altro: in che termini il giudice è chiamato a "tener conto" della relazione conclusiva del percorso riparativo? Si tratterà di una semplice presa d'atto, che implicherebbe l'attribuzione al giudice di un compito sostanzialmente notarile? Oppure, specie nel caso di esito positivo, il giudice potrà esprimere una sua valutazione critica sulla conduzione e l'esito del percorso riparativo? Sul punto la disciplina non è particolarmente perspicua, disponendo l'art. 58 che «l'autorità giudiziaria, per le determinazioni di competenza, valuta lo svolgimento del programma e, anche ai fini di cui all'art. 133 c.p., l'eventuale esito riparativo».

Tendenzialmente si sarebbe propensi ad escludere la possibilità per il giudice di mettere in discussione un procedimento e un esito che sfugge completamente alle sue "competenze"; ed è probabile che la prassi si assesterà su questa posizione. Ma il problema c'è, non foss'altro perché l'atteggiamento notarile del giudice significa in fondo espropriare la giurisdizione dell'accertamento della responsabilità di reati, senza distinzione di tipologie, a favore di organi formalmente amministrativi e dalla fisionomia ad oggi piuttosto incerta. Il problema comunque esiste e forse non sarebbe stata inopportuna una posizione più netta sul punto da parte del legislatore delegante e delegato.

10. Giustizia riparativa e deflazione processuale

Come abbiamo rilevato, la complementarità della giustizia riparativa rispetto a quella ordinaria è totale, nel senso che questo passaggio da un binario all'altro può realizzarsi in qualunque stato e grado del procedimento e per qualunque fattispecie di reato. Ed è allora naturale chiedersi se questa ampia possibilità di *diversion* dalla giustizia ordinaria possa perseguire anche scopi di defla-

zione processuale. Ebbene, a noi pare che non possa essere la deflazione lo scopo che ha dato origine a questa imponente riforma, anche se non è escluso che in un limitato ambito i percorsi riparativi possano anche comportare un alleggerimento della macchina processuale.

A dimostrazione di quanto detto basta osservare, in primo luogo, che una peculiare norma della riforma consente l'apertura di un percorso riparativo anche dopo l'avvenuta estinzione della pena, cioè quando la ordinaria vicenda processuale e punitiva si è integralmente sviluppata e pertanto non è più neppure concepibile un qualsivoglia effetto deflativo (cfr. art. 44: ai programmi di giustizia riparativa «si può accedere [...] dopo l'esecuzione [della pena e della misura di sicurezza] e all'esito di una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere, per difetto della condizione di procedibilità, anche ai sensi dell'art. 344 *bis* c.p.p., o per intervenuta causa estintiva del reato»). Inoltre, non c'è dubbio che il percorso riparativo, proprio in quanto viene a porsi come una "parentesi" nel processo di cognizione, ne comporta necessariamente un appesantimento ed eventualmente un allungamento nell'ipotesi – tutt'altro che improbabile – che l'esito del percorso non sia positivo. D'altronde, è anche da considerare che il buon esito del percorso riparativo non sta esclusivamente nelle mani dell'imputato, ben potendo esso fallire a causa della indisponibilità della vittima. Insomma, non c'è certezza sull'esito riparativo positivo mentre è pacifico che la "parentesi" riparativa inserita nel processo può comportare un suo appesantimento anche organizzativo.

Se poi si considera il quadro complessivo degli oneri gravanti sul sistema a seguito della riforma, non c'è dubbio che la complessa organizzazione dei centri di giustizia riparativa, così come delineata dalla legge (forse con un eccesso di complessità), tutto è fuorché causa di uno alleggerimento della macchina giudiziaria e amministrativa dello Stato e degli enti territoriali.

Last but not least, sono gli effetti accordati dalla legge all'esito positivo del percorso riparativo a dimostrare che l'intento deflativo non è certo quello principale perseguito dal legislatore delegante e tantomeno da quello delegato. In estrema sintesi, questi effetti – se non vediamo male – si riducono a tre (cfr. art. 1, comma primo, lettere *a*), *b*) e *l*) d.lgs. 150/2022). Due non comportano l'estinzione del reato, ma incidono sulla commisurazione in senso ampio e, dunque, presuppongono l'intero svolgimento del processo. Si tratta, in primo luogo, della circostanza attenuante comune di cui al n. 6 dell'art. 62 c.p., che è stato modificato nel senso di aggiungere come ipotesi attenuante anche il fatto di «aver partecipato a un programma di giustizia riparativa con la vittima concluso con esito riparativo». Si precisa poi che, «qualora l'esito riparativo comporta l'assunzione da parte dell'imputato di impegni comportamentali, la circostanza è valutata solo quando gli impegni sono stati rispettati». In secondo luogo, è stato modificato l'art. 163, comma 4, c.p. inserendo tra i presupposti per la concessione della sospensione condizionale "breve" ivi prevista (un anno) l'ipotesi che

l'imputato abbia partecipato a un programma di giustizia riparativa concluso con esito riparativo.

L'unica previsione in cui l'esito riparativo positivo può comportare una chiusura anticipata del processo per estinzione del reato è quella della remissione della querela. Dispone oggi l'art. 152, secondo comma, c.p. che

«vi è inoltre remissione tacita quando il querelante ha partecipato a un programma di giustizia riparativa concluso con esito riparativo. Nondimeno, quando l'esito riparativo comporta l'assunzione da parte dell'imputato di impegni comportamentali, la querela si intende rimessa solo quando gli impegni sono stati rispettati».

Va certamente tenuto presente che il novero dei reati perseguibili a querela remissibile è stato notevolmente (e, a nostro parere, opportunamente) ampliato dalla riforma e che, inoltre, l'esito riparativo può essere non solo materiale (restituzioni, risarcimento, eliminazione o attenuazione conseguenze del reato) ma anche simbolico (dichiarazioni o scuse formali, impegni comportamentali, accordi sulla frequentazione di luoghi o persone) (art. 56 d.lgs. 150/2022). Ma è lecito supporre che statisticamente sarà più frequentemente percorsa la tradizionale e più semplice via della "riparazione materiale" che non implichi necessariamente l'apertura di un complesso itinerario di giustizia riparativa.

In definitiva, non si va lontano dal vero se si afferma che il concreto impatto della giustizia riparativa sul sistema complessivo non potrà essere quello di uno tsunami, almeno dal punto di vista dei risultati deflativi. Al contrario, la riforma al riguardo ha più il senso e lo scopo di aprire il sistema al nuovo paradigma di giustizia e, pertanto, di far penetrare nel sistema un'idea nuova, piuttosto che quelli di contribuire in modo rilevante alla sua deflazione ed efficientamento. E allora, guardando ad un futuro più o meno prossimo, si pone semmai un interrogativo di altro genere. Le comprensibili resistenze e diffidenze nei confronti della giustizia riparativa saranno tali da sterilizzare le potenzialità insite nella nuova disciplina, soprattutto per quanto riguarda la ricca articolazione dei principi e delle definizioni nonché dell'organizzazione operativa della giustizia riparativa? Oppure, al contrario, si potrà formare un movimento di pensiero che, constatati i limiti degli effetti attribuiti all'esito riparativo, si farà promotore di una valorizzazione ulteriore della giustizia riparativa, considerando la riforma appena varata come un primo, anche se significativo, passo di un *work in progress*?

SULLA GIUSTIZIA RIPARATIVA

Gaetano Insolera

SOMMARIO: 1. Vittima. – 2. La giustizia riparativa. – 3. La vittima, l'autore, la comunità. – 4. Ideologia e giustizia riparativa. – 5. Il paradigma vittimario.

1. Vittima

Ho cercato il lemma negli indici analitici di alcuni nostri manuali, quelli più diffusi e citati, nelle edizioni più recenti.

Faccio qualche esempio.

In alcuni la voce è assente¹, in altri troviamo la voce “vittimologia”².

In tutti i casi, comunque, la trattazione è svolta in riferimento al tema più generale e tradizionale che riguarda il “soggetto passivo del reato”³.

È in altri testi che, invece, troviamo la voce nell'indice analitico: che ci conduce ad una trattazione diffusa e autonoma rispetto a quella del concetto di persona offesa e alla sua distinzione dalla figura del danneggiato.

Così, nel capitolo dedicato al “Risarcimento del danno non patrimoniale e le sanzioni civili”, troviamo un paragrafo intitolato alla c.d. “giustizia riparativa”⁴.

Si muove dalla constatazione di come, negli ultimi due decenni, il tema della riparazione del danno da reato, che, nell'impianto originario del codice, aveva

¹ Senza pretesa di completezza: D. PULITANÒ, *Diritto penale*, IX ed., Giappichelli, Torino, 2021; M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, II ed., Giappichelli, Torino, 2019; T. PADOVANI, *Diritto penale*, XI ed., Giuffrè, Milano, 2017.

² G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Zanichelli, Bologna, 2019; S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II Mulino, Bologna, 2007; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, III ed., UTET, Torino, 2008; C.F. GROSSO-M. PELISSERO-D. PETRINI-P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2013; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, VII ed., Cedam, Padova, 2011.

³ A questa voce si rinvia quando nell'indice è presente “vittima”: G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, II ed., Giappichelli, Torino, 2011. S. CANESTRARI e altri, *Manuale di diritto penale*, cit.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit.

⁴ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2020, p. 831.

una rilevanza contenuta, abbia assunto spazi sempre più ampi nel dibattito della letteratura penalistica e politico criminale.

«Si è diffusa l'idea che la riparazione del danno possa non aggiungersi alla pena criminale, ma soppiantarla in vista della realizzazione di una giustizia tesa non tanto a punire, a rispondere al male col male, ma a risanare la ferita inflitta alla vittima e alla società col reato, e in tal modo a riconciliare il reo con le controparti (appunto vittima e comunità) che hanno subito l'offesa della sua condotta criminosa»⁵.

Alla prospettiva questo autore muove alcune obiezioni.

Quanto alla attribuzione, alla vittima e alla comunità, di un ruolo centrale e attivo nella vicenda punitiva: se la pena aspira all'emenda del reo attraverso l'inflizione di una sofferenza, la giustizia riparativa mirerebbe ad avvicinare autore e vittima e a farli dialogare. All'idea verticale della giustizia nella quale è lo Stato che punisce, per conto della comunità, assicurando un controllo monopolistico della violenza, si sostituirebbe una concezione orizzontale: con una comunicazione diretta, dialogica e "riparatoria" tra vittima, comunità e reo. Ma si tratta di un modello che solleva anche perplessità: non è praticabile per le forme di criminalità più gravi che destano maggior allarme sociale; se l'idea è orientata a ragioni di prevenzione speciale e di riduzione delle recidive, non darebbe risposte in senso general-preventivo.

In conclusione, l'idea si ritiene più promettente quando applicata solo a taluni tipi di autore (i minori) e a reati che, per la loro ridotta capacità di determinare allarme sociale, si prestino ad una sostituzione della pena criminale: situazioni colte da alcuni istituti già adottati nel nostro sistema⁶.

Da questa ultima realtà, presente ora nell'ordinamento, muove un altro manuale, in un paragrafo intitolato "La giustizia riparativa: cenni": è collocato nel capitolo dedicato alla "punibilità", e si collega al tema della non punibilità sopravvenuta⁷.

In questo caso troviamo un'utile sintesi dei passaggi normativi e progettuali che hanno contribuito alla costruzione della prospettiva.

La definizione della "giustizia riparativa"⁸ è rinvenibile nell'art. 2, comma 2, lett. d) del d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 (*Norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato*), attuativo della direttiva UE 2012/29.

È del 2016 il documento finale dei lavori della commissione istituita su ini-

⁵ *Ivi*, p. 832. Si rinvia alla ampia bibliografia richiamata.

⁶ *Ivi*, pp. 833 e 844.

⁷ G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p. 507 ss. In questo caso la voce "vittima" compare nell'indice analitico.

⁸ «Qualsiasi procedimento che permetta alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentano liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale» art. 2, comma 2, lett. D) d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212.

ziativa del Ministero della giustizia allora in carica, intitolata *Stati generali dell'esecuzione penale*: nel “Tavolo 13” i lavori si concentrano su “Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime di reato”⁹. Si propone «un approccio al reato complementare alla pena, volto ad offrire risposte adeguate ai bisogni di giustizia di tutti i protagonisti della vicenda penale (vittima, autori di reato, comunità): soprattutto la giustizia riparativa si concentra sulla vittima»¹⁰.

La giustizia riparativa

«è altra cosa da una moderna teoria della pena, non è un'alternativa alle teorie della pena – prevenzione generale, speciale, retribuzione – è strumento che può concorrere con la pena al perseguimento di obiettivi comuni: con la composizione del conflitto tra autore e vittima può svolgere una funzione di prevenzione speciale; contenendo la domanda di punizione proveniente dalla vittima e dalla comunità può corrispondere anche ad esigenze di prevenzione generale. Fulcro dell'idea di giustizia riparativa è la mediazione»¹¹.

Anche nel caso di questo manuale, si segue una indicazione didattica degli istituti già presenti e sparsi nell'ordinamento positivo, che possono ritenersi ispirati a logiche di giustizia riparativa¹².

L'approccio che ho scelto al tema della vittima e del relativo paradigma di tutela nella “giustizia riparativa”, oltre ad essere di certo incompleto, ha un innegabile stigma didascalico. E può, a ragione, risultare improprio rivolto come è a lettori avvezzi al mestiere delle leggi – rubo un'espressione cara a un grande maestro come Marcello Gallo – prevedibili destinatari d'elezione di un volume per festeggiare gli ottanta anni di uno studioso come Domenico Pulitanò. Per la sua sensibilità nei confronti dell'inestricabile rapporto tra cultura politica e cultura penalistica egli costituisce un punto di riferimento molto importante e, direi: oggi più che mai.

Una considerazione questa che chiama in causa e ci riporta ai manuali e al significato della illustrazione e della collocazione di un determinato tema nella loro trattazione.

Il manuale di Pulitanò, giunto alla nona edizione, ha una particolarità già nell'intento, reso manifesto, di disegnare il profilo deontologico del penalista, questo fin dal momento del primo incontro dello studente con una materia quale è il penale, necessaria, ma terribile e velenosa¹³.

⁹ Sui lavori della Commissione (o se si preferisce degli “Stati Generali”) si veda, tra i tanti testi *Gli stati generali dell'esecuzione penale. Visti dall'osservatorio carcere delle camere penali*, Pacini, Pisa, 2016, anche in *discrimen.it*.

¹⁰ G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *op. ult. cit.*, p. 508.

¹¹ *Ivi*, p. 508. Diversamente dalle perplessità espresse da A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit.

¹² *Ivi*, p. 509 ss.

¹³ Già dalle prime pagine: dopo “le istruzioni per l'uso”, la densa Parte prima, intitolata “*Il problema penale*”.

Poiché non voglio andare fuori tema, ancora solo qualche parola sull'approccio didascalico che ho scelto.

Quanto meno dall'esame, sommario e incompleto, dei testi richiamati si ricava che, anche quando si dà conto della esistenza di un'idea di "giustizia riparativa", ciò avviene manifestando perplessità o indicando istituti già presenti nell'impianto normativo o di nuovo conio che, in particolari situazioni, mettono in pratica quel paradigma, anche attraverso l'attribuzione di un ruolo alla vittima.

L'impianto originario definitorio della figura della persona offesa e degli spazi ad essa attribuiti resta fermo, come quello delle conseguenze, gravanti sul reo, diverse o ulteriori rispetto alla pena. È sul versante processuale che il ruolo della vittima ha assunto una progressiva attribuzione di riconoscimenti e facoltà¹⁴.

Fatta questa ricognizione si tratta di interpretarne i risultati e il loro significato.

Si potrebbe pensare ad un esempio di quella frattura che, a volte, si riscontra tra illustrazione degli istituti penalistici – concetti di teoria generale del reato, principi e regole costituzionali etc. – e loro condizionamento da parte del contesto e degli attori sociali, istituzionali e politici.

Una frattura che tende a saldarsi invece in gran parte degli scritti degli stessi autori destinati alla comunità degli studiosi.

Questo potrebbe portarci a pensare che alcuni manuali siano, anche per questo tema, *ad usum delphini*: un motto collocato nel frontespizio che, come è noto, nasce per garantire la purgazione del testo destinato al Delfino – di Luigi XIV – ma che, a quei tempi, compariva anche nelle stampe in uso nelle scuole.

E si potrebbe pensare che quella frattura, quando c'è, abbia il sapore di una censura, volta a confinare, per le giovani menti, in una dimensione dottrinale – ché, agendo diversamente si smaschererebbe la natura delle ideologie sulla funzione della pena – il racconto del dover essere del diritto penale, lasciando a momenti successivi la formazione e il confronto con la realtà: è forse anche questa una conseguenza dell'invasiva, e ormai molto amata e piacente, contrapposizione tra *Law in the Books* e *Law in action*.

Il manuale di Pulitanò non appartiene proprio a questa specie: gli intenti del libro enunciati nelle "istruzioni per l'uso" e trattati nei capitoli della Parte I, trovano rispondenza nel successivo complesso itinerario proprio di un manuale. Fino al monito dell'ultima riga delle conclusioni ("*Quali prospettive?*"): «Il rapporto fra diritto penale e giustizia è irriducibilmente problematico. È vitale esserne consapevoli»¹⁵.

Un monito che mi riporta al tema della vittima e che mi consente di dare un altro senso, di ipotizzare una diversa lettura della prevalente riaffermazione della sistematica ancorata alla tradizionale collocazione della persona offesa nel paradigma della giustizia penale.

¹⁴ M.L. DI BITONTO, in AA.VV., *Fondamenti di procedura penale*, Cedam, Padova, 2019, p. 204 ss.

¹⁵ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 584.

In questo caso non censura *ad usum delphini*, ma precauzioni, che in Pulitanò sono rese esplicite.

Le vedremo: per ora basti richiamare come, in uno scritto recente, in un prezioso “*excursus* sul linguaggio”, metta in guardia – a proposito “del modello del delitto riparato” – dal ricorso a “parole magiche”¹⁶. Anche i buoni sentimenti e le migliori intenzioni devono essere avveduti per non diventare prospettive messianiche, produttive di poco rassicuranti eterogenesi dei fini¹⁷.

2. La giustizia riparativa

Anche se, come visto, solo accennata nei manuali, dopo una vasta elaborazione teorica¹⁸ e l’ingrasso, “alla spicciolata” in alcuni istituti sostanziali e processuali, ha trovato un impulso recente sia nei già citati *input* sovranazionali recepiti nel nostro ordinamento e nella elaborazione dei cd. *Stati generali dell’esecuzione penale* sia, sul piano normativo, in talune tra le riforme entrate in vigore con la L. n. 134/2021 (cd. riforma Cartabia).

Come è noto, quest’ultima si compone di due corpi: l’art. 1, nella forma di Legge delega, che già vede all’opera una commissione impegnata nella redazione della legislazione delegata; l’art. 2, che contiene disposizioni già in vigore.

In generale la riforma del processo penale è stata presentata come impre-

¹⁶ «Ben intenzionate idealizzazioni non servono alla comprensione della realtà, e possono essere fuorvianti. Servono modelli concettuali adeguati alla comprensione e descrizione delle tecnologie normative del Leviatano: del Leviatano saggio, ma anche del Leviatano cattivo, autoritario, totalitario. Per le scienze della polis serve un linguaggio antiretorico, non edulcorato, idoneo a parlare di ordinamenti buoni o cattivi, dando conto di come sono fatti; idoneo a rispecchiare le tensioni fra contrapposte esigenze o valori, tra diritto e giustizia». «Una buona (cioè “realistica”) teoria del diritto penale può (deve) partire dalla realistica presa d’atto che il diritto penale è strutturalmente autoritario, tecnologia del potere». D. PULITANÒ, *Il diritto penale tra teoria e politica*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2020, 4.

¹⁷ Nel capitolo conclusivo di *Governare la penalità. Struttura sociale processi decisionali e discorsi pubblici*, Bologna, numero monografico di *ius17@unibo.it*, n.3/2013, intitolato “*Ai margini della penalità nella crisi della penalità*”, M. Pavarini, dopo essersi interrogato sul controllo sociale al di fuori della pena o sulla “liberazione dalla pena”, concludeva sul *restorative paradigm*: «nulla di definitivo ... ma pur sempre un porto in cui fare momentaneamente sosta, in vista di continuare la *recherche*». Questo in una prospettiva ottimistica, volontaristica, ben intenzionata di superamento del paradigma retributivo e rieducativo. Più pessimistica la lettura che privatizzando il conflitto criminale lo fa uscire dall’egemonia dello Stato di diritto «Lo *jus puniendi* che sopravviverà come esercizio monopolistico della forza statale potrà finalmente aspirare a diventare più contenuto se non minimo, ma soprattutto più efficace, ma di una efficacia sempre più tecnocratica e neutralizzante», p. 162. Si tratta dell’ultimo scritto di un collega e amico carissimo che aveva dedicato il suo studio appassionato e profondo alla pena, alla sua disumanità e alla critica alla falsa coscienza ideologica delle funzioni che le sono attribuite.

¹⁸ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 832 ss.

scindibile, tempestivo adempimento delle condizioni poste dall'Europa che, in mancanza, avrebbe compromesso l'intero ammontare dei sostegni all'Italia per fronteggiare le conseguenze economiche della pandemia¹⁹.

In vero le soluzioni tradotte in legge non corrispondono ad obblighi precisi posti dall'Unione europea, è invece quanto il legislatore italiano ha scelto, guidato dal proclamato intento di realizzare una riforma di sistema della giustizia che comporti una riduzione della durata del processo penale del 25% in cinque anni (del 40% per il processo civile).

In breve, non condivido i modi agiografici di chi ha parlato di una epocale riforma organica. Di uno «straordinario investimento diretto agli obiettivi dell'efficienza e della ragionevole durata del processo»²⁰.

In sintesi: vi colgo invece un ulteriore verso del *de profundis* recitato per il processo accusatorio, sempre più una grande illusione.

L'intento deflattivo, funzionale alla riduzione del carico e dei tempi della giustizia penale si esprime anche in ulteriori passi verso una giustizia riparativa²¹.

Nella difficile opera di mediazione in cui ha operato il governo Draghi, in questo campo, i *dictat* sono venuti soprattutto dalla componente della coalizione più forte, uscita dalle elezioni del 2018. Quella dei cinque stelle, che non ha certo fatto mistero di un approccio "giustizialista" ed esasperatamente punitivo alla questione penale, definita come "questione identitaria", sostenuta con retoriche sanculotte. È così significativa, ad esempio, una amputazione, insieme ad altre, intervenuta sul testo licenziato della commissione Lattanzi: penso all'art. 1bis inteso a ridimensionare il novero dei soggetti legittimati alla costituzione di parte civile. Essa esprimeva una lodevole presa d'atto di quanto incida sui tempi del processo l'abuso dei maxiprocessi per le più disparate tipologie criminose: con il proliferare di vittime, enti pubblici e associazioni rappresentative di interessi diffusi portatrici di istanze risarcitorie veicolate dalla espansione del danno non patrimoniale.

All'affiancamento e al sostegno fornito, e spesso assai gradito dall'accusa fin dalle indagini preliminari, con il parallelo slabbrarsi della figura della persona offesa e delle connesse facoltà che gli sono accordate, segue l'ingresso nelle successive fasi processuali: la natura del controllo della legittimazione a costituirsi del danneggiato, limitato alla sussistenza di vizi e presupposti formali legittimanti per gli enti rappresentativi, o all'astratta illustrazione della causa *petendi* e del *petitum*, rimette all'esito della fase di cognizione l'ipotesi che si accerti la mancanza di legittimazione sostanziale.

Quale il risultato?

¹⁹ G.L. GATTA, *Riduzione necessaria della durata dei processi*, in *Il Sole 24ore*, 3 giugno 2021.

²⁰ G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della legge Cartabia*, in *Sist. pen.*, 15 ottobre 2021.

²¹ Mi riferisco al comma 18 dell'art.1 della L. N. 134/2021 dedicato ad una disciplina organica della giustizia riparativa.

Maxiprocessi popolati da vittime, vere o *soi-disants* in “rappresentanza” sociale. Con una proliferazione delle parti processuali e dei tempi della giustizia penale: una metamorfosi in *action* del rito del 1989²², che, a pieno titolo, possiamo inserire nel paradigma vittimario.

3. La vittima, l'autore, la comunità

Il modello di declinazione della giustizia riparativa procede in riferimento a questi tre attori. Esce da un paradigma ancorato solo alla Legge e alla conseguenza della sua violazione nella pratica della pena criminale.

Definirei questo modello “statico”. Mi soffermerei in seguito su quello “dinamico”, un progetto generale che si traduce in pratiche procedurali di mediazione, con ricadute che possono propiziare, non solo in fase esecutiva, una rinuncia, totale o parziale, alla pena criminale, come sofferenza, come male che retribuisce il male del reato.

Già si è visto che quando uno spazio è assegnato alla riparazione e alla vittima nell’ambito della giustizia penale, pur con diversi accenti, esso si colloca entro margini limitati, definiti come “complementari”, contrapposti alla ipotesi di una sua alternatività²³. A queste prestazioni ha corrisposto il progressivo incedere dell’idea nell’ordinamento positivo²⁴.

In breve, non tutto il vasto campo del diritto criminale può essere credibilmente consegnato alla giustizia riparativa.

In riflessioni recenti si è affrontato il tema della giustizia riparativa – e, come vedremo, anche della diversa e ulteriore accezione proposta del “delitto riparato”²⁵ – con un respiro vasto, volto a misurare la questione *cruciale* del rapporto tra scienza penale e punizione: e in questo caso l’etimo *crux* non ci guida solo all’idea di una alternativa, di una scelta difficile, ma anche a quella delle sofferenze di cui, auspicabilmente, dovrebbe essere intrisa la materia del penalista, e del suo conseguente disagio²⁶.

²² Nella Relazione al testo definitivo al codice di procedura penale (in Gazzetta ufficiale Serie generale n. 250 del 24 ottobre 1988. Supplemento ordinario n. 93, Parte I, Sezione III), si dava conto dell’intento di ridurre il fenomeno dei “maxiprocessi”, preservando tuttavia speciali esigenze di competenza per connessione imposte da dibattimenti riguardanti delitti associativi di criminalità organizzata. La realtà dei maxiprocessi si è però molto estesa sul diverso versante della partecipazione al dibattimento di parti civili e di associazioni rappresentative per le più disparate tipologie criminose.

²³ Così, ad esempio, G. MANNOZZI, voce *Giustizia riparativa*, in *Enc. Dir.*, Annali, vol. X, Giuffrè, Milano, 2017, p. 482.

²⁴ *Ivi*, p. 481ss.

²⁵ M. DONINI, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *Quest. giust.*, 29 ottobre 2020 (online).

²⁶ G. FIANDACA, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in *Sist. pen.*, 9 novembre 2020.

È la croce con cui deve confrontarsi

«una scienza penale del tempo presente [che] soltanto illusoriamente potrebbe mantenere un atteggiamento astinente o neutrale rispetto agli orientamenti politico-culturali, alle visioni ideologiche, alle concezioni morali e ai corrispondenti giudizi di valore che condizionano le scelte di politica criminale»²⁷.

4. *Ideologia e giustizia riparativa*

Al tema è dedicato lo scritto recente di Giovanni Fiandaca che ho citato.

Così quando richiama autori che esprimono una “totale simpatia” per la prospettiva della riparazione: come manifestazione di «un atteggiamento di tipo appunto emozionale, prima ancora che argomentabile su basi logico-razionali», riflesso di «un orientamento antropologico tendenzialmente più ottimista che pessimista»²⁸.

Ottimismo colto dall'autore anche in Roxin, ritenuto apparentemente più convincente: la riparazione come equivalente funzionale della pena, ne condivide gli scopi risocializzanti e la capacità di prevenzione integrazione.

Prospettiva questa forse *troppo ottimistica*, secondo Fiandaca: con l'ibridazione di concetti – riparazione, rieducazione, risocializzazione – dalle relazioni, e dai confini fluidi.

Ma, soprattutto, in questo caso, la mancanza di riscontri empirici sulle attitudini della giustizia riparativa in chiave di prevenzione speciale e generale positiva, porta a ritenere la concezione riparatoria «una illazione teorica la cui corrispondenza alla realtà effettuale resta tutta da dimostrare»²⁹.

Né si può trascurare, ritengo, che quand'anche si immagini un'efficacia preventiva speciale essa dovrebbe anzitutto riferirsi proprio al soggetto passivo per distoglierlo da rivalse incontrollate e da propositi di vendetta.

Da considerare ancora l'ambiguità semantica che può accompagnare punizione e riparazione; tra gli scopi della pena compare, secondo altri, un “dovere di riparazione” incumbente sull'autore del reato³⁰.

Si ritorna in questo modo al dolore sanzionatorio come strumento deterrente, anche se rivestito di una complessa trama argomentativa. La premessa gno-seologica sulla giustizia riparativa che precede le illazioni teoriche, in una democrazia non autoritaria, deve confrontarsi con gli aspetti irrazionali ed emotivi insiti nel fenomeno del punire.

²⁷ *Ivi*, p. 3.

²⁸ *Ivi*, p. 5 in riferimento alla posizione di Luedersen.

²⁹ *Ivi*, p. 7 ss.

³⁰ *Ivi*, p. 11 in riferimento alla posizione di Jakobs.

Sono aspetti che si manifestano anche nell'opinione che ritiene il dolore sanzionatorio capace di soddisfare i bisogni di riparazione psicologica o morale della vittima, idea alla base di talune istanze retribuzioniste.

È partendo da questa premessa che Fiandaca si chiede cosa sappiamo empiricamente del significato di «dare soddisfazione alla vittima». Quanto, nel cuore della vittima concreta, alberghi il desiderio di vendetta insieme a quello di solidarietà³¹.

Sul tema della giustizia riparativa e della soddisfazione della vittima Pulitanò riprende alcuni punti fermi della sua ininterrotta riflessione, nel contesto dell'attuale dibattito penalistico: in questo modo si coglie un ulteriore profilo di quella necessaria e generale premessa gnoseologica individuabile anche nello scritto di Fiandaca.

Pulitanò da tempo si è allontanato da illazioni solo teoriche sul diritto penale, e ciò anche sul tema cruciale della pena: prendo spunto dal titolo icastico *Il penale tra teoria e politica*³², di uno scritto recente.

Procedo da questa premessa, sinteticamente per alcuni punti.

L'irriducibilità del penale sta nel nesso con la forza, con il paradigma hobbesiano. Il diritto criminale/penale è un elemento essenziale della forza, e della capacità operativa del Leviatano, lo stato moderno. L'esistenza di un diritto penale è un presupposto sul quale poggia il nostro affidamento in condizioni normali di convivenza³³.

Nel rapporto con la politica

«[s]iamo esposti più di altri alla suggestione del platonismo democratico, se è vero che "l'identificazione del giudizio giuridico con il giudizio politico è uno dei principali sintomi dell'infiltrazione epistemica nel proceduralismo democratico". I discorsi della cultura giuridica sono un aspetto *non privilegiato rispetto ad altri*, nell'esercizio della libertà nella sfera pubblica pluralista»³⁴.

«Ciò che definiamo diritto penale è una *tecnologia del potere*; nel nostro mondo, una tecnologia dello Stato Leviatano, detentore del monopolio della Forza ... Teoria e politica del diritto penale hanno ad oggetto questa tecnica, che è una risposta – buona o cattiva – al problema hobbesiano, come garantire la sicurezza di un ordine costituito»³⁵.

Il Diritto penale come strumento – ed esercizio – di potere «non parla di giu-

³¹ *Ivi*, p. 13.

³² D. PULITANÒ, *Il penale tra teoria e politica*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2020, 4, p. 1 ss.; si veda anche, *Minacciare e punire*, in AA.VV., *La pena ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini* (a cura di Paliero, Viganò, Basile, Gatta), Giuffrè, Milano, 2018, p. 20 ss.

³³ D. PULITANÒ, *In difesa della legalità liberale*, in *Studi senesi*, CXXIX, 2017, p. 126.

³⁴ *Ivi*, p. 130. La citazione di Pulitanò è da N. URBINATI, *Democrazia sfigurata. Il popolo tra opinione e verità*, Università Bocconi Editore, Milano, 2014, p. 115.

³⁵ D. PULITANÒ, *Il penale tra teoria e politica*, cit., p. 1.

stizia. È un linguaggio ben utilizzabile per formulare problemi concernenti il potere statale di imporre precetti e minacciare e applicare pene»³⁶.

Il disincanto rispetto a mitologie giuridiche non tocca però, il dover essere del nostro ordinamento costituzionale incorporato nel principio di legalità. «Si tratta di capire, con l'aiuto di una buona ermeneutica, che cosa i principi dicono e chiedono, quali *impegni* ne derivino per gli interpreti di un ordinamento di *civil law* caratterizzato da principi illuministico-liberali»³⁷.

Il diritto contrapposto alla punizione – fenomeno quest'ultimo antropologicamente precedente all'imposizione di regole statuali al singolo – deve contrastare l'invincibile passione punitiva che può manifestarsi nel dispotismo statale, quello del Leviatano scatenato, ma che può, anche in assenza dello Stato, essere sostituito dalla ferocia della gabbia di norme consuetudinarie, tradizionali, rituali³⁸.

Alla stessa maniera sta la necessità di sfuggire agli incantamenti delle buone intenzioni che possono sorreggere la rottura degli equilibri che devono contenere la invincibile natura autoritaria della tecnologia del potere penale, anche in una democrazia liberale³⁹.

La riflessione sulla giustizia riparativa in alcuni recenti scritti di Massimo Donini ha sollecitato un dibattito, principalmente da parte degli autori ai quali ho fatto riferimento. Quello proposto da Donini è un modello nuovo, di "delitto riparato": l'idea si rivolge sia alla prospettiva teorica sia a quella della politica penale, non sottraendosi ad una declinazione propositiva fatta di concrete ipotesi di riforma⁴⁰.

Ferme restando le considerazioni sulla natura complementare della giustizia riparativa, il modello del delitto riparato ha incontrato un dissenso per

«il significato (anche etico-politico) dei messaggi normativi. Né un paradigma teorico relativo al diritto criminale/penale, né un programma punitivo che abbia aspirazioni di completezza possono essere compiutamente fondati sull'idea del delitto riparato».

Questa la convinzione premessa da Pulitanò e rinviato alla lettura delle considerazioni che la argomentano⁴¹.

³⁶ D. PULITANÒ, *Problema castigo e principio responsabilità*, in *Quad. st. pen. giust.*, 2021, 3, p. 217.

³⁷ D. PULITANÒ, *In difesa della legalità*, cit., p. 136.

³⁸ È la storia della libertà e «dei modi e delle ragioni per cui le società umane riescono o non riescono a conquistarla», seguendo la fascinosa ricostruzione di D. ACEMOGLU-J. ROBINSON, *La strettoia. Come le nazioni possono essere libere*, Il Saggiatore, Milano, 2020.

³⁹ D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 42; D. PULITANÒ, *In difesa della legalità*, cit., p. 134.

⁴⁰ M. DONINI, *Pena agita e pena subita*, cit.

⁴¹ D. PULITANÒ, *Il penale tra teoria e politica*, cit., p. 7 ss.

In sintesi, a proposito del modello del delitto riparato si potrebbe notare come si approfondiscano sia sul piano teorico, sia su quello programmatico, le obiezioni che abbiamo visto muovere a proposito di una giustizia riparativa che voglia espandersi oltre i confini di una complementarietà limitata ad alcune tipologie di autori e di incriminazioni⁴².

Rinvio alla lettura degli interventi degli autori richiamati: sono stati capaci di dare vita ad un dibattito istruttivo e coinvolgente che sfugge alla monotonia del “neotecnicismo” che vedo sempre più diffuso nella nostra disciplina.

Così, nella logica di un approfondimento di dubbi o critiche già mosse alla ideologia di una giustizia riparativa, ci si chiede se il ruolo del penalista possa spingersi a rideterminare senso e scopi del punire, in quanto «la riparazione deve essere all’origine concettuale della pena»⁴³. Fermo il riconoscimento della forte tensione umanistica dell’intento.

Penso che, comunque, pur in presenza di approcci critici del “delitto riparato” che, nel complesso, sono convergenti, il discorso di Pulitanò si ricollega ad una lettura del penale, che si è via via approfondita e trasfusa nel suo manuale, convincente, anzitutto e proprio in base a quei presupposti, che lo portano a dissentire dal «*design concettuale*»⁴⁴ di Donini.

Ed è in questione, accanto al tema più generale del rapporto tra politica e sistema di giustizia penale, il tema del ruolo del penalista e della sua scienza: val la pena ribadirlo «I discorsi della cultura giuridica sono un aspetto *non privilegiato rispetto ad altri*, nell’esercizio della libertà nella sfera pubblica pluralista».

E quindi se pure legittimi i dubbi – come sempre lo sono i dubbi – sulla “eticizzazione” del penale come «tecnologia del Leviatano»⁴⁵, la definizione resta tuttavia un modo efficace e franco (concetto che preferisco a quello di *parresia*) di tracciare il confine tra realtà dei fenomeni che riguardano il reggimento della *polis* e i castighi, da un lato, e mondo delle idee, anche delle migliori, dall’altro.

E, per il penalista, non si tratta di una quieta descrittività, ma di un impegno, in vero complesso: quello di definire costantemente e operativamente il suo ruolo. Un ambito limitato, lo si è visto, ma importante e al quale non si può rinunciare, a presidio dei limiti del sistema punitivo e delle libertà.

⁴² Anche G. FIANDACA, *Note su punizione*, cit., p. 1, se pure con le perplessità manifestate circa la possibilità di distinguere la dimensione teorica da quella politica.

⁴³ *Ivi*, p. 19: «Ma fino a che punto non si tratta di una pia e comoda illusione (o da una convinzione condizionata, anche a livello inconscio o subconscio, al bisogno di sottrarci come penalisti a un senso di colpa più o meno latente derivante dalla sempre maggiore consapevolezza della irriducibile problematicità della istituzione pena?».

⁴⁴ D. PULITANÒ, *Il penale tra teoria e politica*, cit., p. 7.

⁴⁵ G. FIANDACA, *Note su punizione*, cit., p. 1, in quanto «*mancherebbe di un valore conoscitivo ulteriore rispetto ad usi linguistici più correnti*».

5. Il paradigma vittimario

Esso si sviluppa muovendo dal ruolo della *vittima*, dell'*autore* e della *comunità*. L'ho definito il paradigma "statico" o, se si preferisce, teorico.

Accenno solo al ruolo "dinamico" delle prospettive processuali di mediazione, come visto, già adottate dal sistema e, soprattutto, *in fieri*, nella delega di riforma in corso di esecuzione da parte del governo⁴⁶. Occorrerà infatti attendere in quale modo i decreti delegati daranno forma normativa alle numerose previsioni dell'art. 1, comma 18 della L. n. 134/21 ("disciplina organica della giustizia riparativa") e la loro pratica applicazione.

Da segnalare come l'ambito applicativo risulti vasto (lett. c), lo stesso deve dirsi a proposito della definizione di "vittima" (lett. b).

I principi di fondo, ricavabili in sintesi dal testo, comportano la rispondenza dei programmi all'interesse della vittima del reato, dell'autore del reato e della comunità; la ritrattabilità del consenso in ogni momento; la confidenzialità e inutilizzabilità processuale delle dichiarazioni rese durante il programma; la valorizzazione in sede processuale dell'esito positivo in sede processuale o in sede esecutiva; nessun pregiudizio a carico della vittima e del reo per l'impossibile attuazione o il fallimento del programma.

L'ampiezza delle previsioni non sembra aver recepito le perplessità che abbiamo visto espresse sui limiti della giustizia riparativa.

Quello che traspare a seguito della lettura della legge delega è un approccio "ottimistico" che definirei molto, forse troppo, sperimentale.

E non penso solo alle difficoltà di articolare il passaggio da proposizioni astratte di principi e criteri che devono tradursi in precisi disposti normativi⁴⁷.

⁴⁶ Cenni aggiornati in G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XI ed., Giuffrè, Milano, 2022.

⁴⁷ Mentre ultimavo questo contributo, il Consiglio dei ministri del 4 agosto 2022 ha approvato in esame preliminare uno schema di decreto legislativo attuativo della l. 27 settembre 2021, n. 134. Il decreto passerà all'esame delle competenti commissioni parlamentari, ai cui pareri seguirà un nuovo esame e l'eventuale approvazione definitiva da parte del Consiglio dei ministri. La relazione, che accompagna l'articolato, dedica alla giustizia riparativa le pagine da 374 a 415, quanto agli articoli della bozza approvata vanno dall'art. 42 all'art. 93. Previste anche le modifiche alla legislazione sostanziale, processuale e penitenziaria, per integrare la innovativa riforma nel sistema vigente. I testi e una sintetica illustrazione in *Sist. pen.*, 10 agosto 2022. Esprime dubbi sulla tenuta di alcune parti del testo in considerazione del quadro politico determinatosi dopo le dimissioni di Mario Draghi e con la campagna elettorale in corso, G. SPANGHER, *Processo penale oggi i decreti attuativi. Spangher: limitazioni alla difesa*, in *Il Dubbio*, 5 agosto 2022.

Nella sua complessità il testo, anche a proposito della giustizia riparativa – ed è quanto ora qui ci interessa –, dovrà essere esaminato nel testo definitivo della legislazione delegata alla fine del suo *iter*.

Ad una prima lettura del testo provvisorio sulla giustizia riparativa licenziato dal Ministero della giustizia, solo alcune lapidarie osservazioni: non si discosta da principi e criteri dettati dalla legge delega; al loro interno, tuttavia, oltre ad enfatizzare, forse in eccesso, il riferimento a input sovranazionali, colgo una dilatazione delle definizioni, in particolare di quella di vittima e di comunità; ancora l'allestimento

In questo caso l'ampiezza delle definizioni e del campo di applicazione mette in gioco una pluralità di attori e di passaggi che tuttavia dovranno confrontarsi con regole e prassi del diritto e del processo penale per come è, o è diventato, nella realtà dei fatti. Un sistema che corre su binari differenziati, sulla base di generalizzazioni e presunzioni, che si alimentano anche delle collaborazioni probatorie dei "pentiti", un sistema che, grazie alla tecnologia, invade sistematicamente la sfera di riservatezza delle comunicazioni. Come si raccorderanno questi strumenti investigativi con lo svolgersi del programma di mediazione? Come si regoleranno polizia e procure?

E torniamo alla "pessimistica" convinzione che si tratti di una nobile idea, alla quale tuttavia dedicare uno spazio ridotto, non generalizzabile, o, comunque, capace di produrre effetti diversi non corrispondenti alle sue ambizioni. Lingua e grammatica dei castighi di stato restano dure, nella maggior parte dei casi: ad esse si può opporre solo un sistema di limiti e garanzie.

Una dimensione speciale, e limitata, della giustizia riparativa in società rette da democrazie liberali è stata colta di recente da A. Garapon⁴⁸. Alla giustizia riparativa competono quei fatti che non possono essere ricondotti ad una risposta reintegratoria, polarizzata sull'"avere" in base alla giustizia convenzionale.

La ricerca di una diversa forma di giustizia per le vittime potrà riguardare, ad esempio, crimini di massa e la diffusa violenza sessuale.

Nella loro diversità questi due esempi rivelano caratteristiche comuni: l'obiettivo della giustizia è quello di ristabilire la dimensione dell'individuo e la politica nel suo essere:

«Il riconoscimento diventa lo scopo principale della giustizia riparativa. Mentre il riconoscimento è un effetto collaterale della giustizia tradizionale, diventa l'obiettivo primario di questa forma di giustizia, questo riconoscimento si ottiene dando credito al racconto della vittima; non un credito totale, ovviamente, che distorcerebbe la giustizia, né un peso maggiore alla parola dell'altro, ma la possibilità di collocare questi due racconti all'interno di un contesto di incontro non intimidatorio per la vittima, più difficile per il presunto colpevole, e non giudicante, per così dire»⁴⁹.

Penso che, prima di parlare degli elementi che compongono il modello – vittima, autore, comunità – sia utile percorrere il cammino della vittimologia, branca della criminologia, come studio comportamentale e psicologico sulla vit-

di un assai complesso apparato burocratico e di figure professionali che dovrà gestire la mediazione. In breve, l'approccio adottato, adesivo alla giustizia riparativa, con il testo definitivo e la messa in funzione dei meccanismi, ci consentirà di decidere se si è trattato di una scommessa incapace di uscire dal mondo delle buone idee, oppure di approdare all'ottimismo di una delle pellicole del grande Woody Allen – una delle mie preferite – *Whatever Works* (2009). Ma si tratta di una commedia.

⁴⁸ A. GARAPON, *Justice caught between being and having*, in *The International Journal of Restorative Justice*, 2022, pp. 148-167.

⁴⁹ *Ivi*, § 5.2, *Riconoscimento (non quantificazione) come obiettivo principale* (traduzione di chi scrive).

tima e sul soggetto passivo del reato, nel rapporto con il profilo dogmatico-interpretativo e con quello politico-criminale⁵⁰.

Gli spazi che lo studio della vittima e le sue indicazioni possono fornire si collocano nel tipo di apporto che tutte le discipline del sapere devono fornire per giustificare scelte razionali e, soprattutto coerenti con il fondamento etico-politico del rapporto tra autorità, poteri coercitivi e libertà, relazione che deve sorreggere comunque l'intervento penale.

Anche nell'esaminare in questa chiave il rapporto tra vittimologia e diritto penale⁵¹, mi sembra che le prestazioni del paradigma vittimario, attraverso l'idea di una giustizia riparativa, continuino a limitarsi a particolari tipologie di autori e di fatti.

Da ricordare come nella costruzione di una dogmatica liberale l'attenzione si sia rivolta piuttosto a topiche riguardanti il contributo della "vittima" al reato, si pensi alla "collaborazione" del soggetto passivo nella truffa: non soltanto quella raccontata dalla norma incriminatrice, ma, più in profondità, al rapporto nascente dagli scopi e dalla personalità dell'offeso. Altro esempio, desumibile dalla radicale trasformazione della prospettiva teleologica impressa alla fattispecie di truffa⁵². Ancora, in via generale, la previsione dell'art. 62, n. 5 c.p. Sono solo alcuni esempi.

Mi chiedo come si possa ambire ad una superiore capacità di orientamento senza soffrire a causa di generalizzazioni: in breve, non tutte le vittime sono uguali, tali non sono neppure gli autori.

Quali i rischi?

Quelli di fornire al legislatore e all'interprete soluzioni presuntive oppure soluzioni esasperatamente basate su singoli fatti concreti, con la conseguenza di fare evaporare i confini del testo normativo a vantaggio dell'empatia giudiziale⁵³.

Le questioni si fanno più complesse quando la vittima, in termini generali, è ritenuta capace di dare senso alla pena criminale, alle sue funzioni e alla giustizia penale.

È forse utile, a questo punto, interrogarsi su quanto i fascinosi paradigmi teorici dei quali ho parlato possano essere anche influenzati da realtà già in atto. Penso all'attenzione da rivolgere al rapporto tra sistema penale e ascolto di una società di vittime, alla perenne ricerca di riconoscimenti, di diritti e di castighi⁵⁴.

⁵⁰ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 191 ss.

⁵¹ *Ivi*, faccio mie le esemplificazioni di G. FIANDACA-E. MUSCO.

⁵² Rinvio a G. INSOLERA, *Usura e criminalità organizzata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 126 ss.; utili le considerazioni di I. MERENDA, *I reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione*, DIKE, Roma, 2016, p. 183 ss. e in particolare p. 190 ss.

⁵³ Interessante, in argomento, A. FORZA-G. MENGON-R. RUMIATI *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Il Mulino, Bologna, 2017, formulato a conclusione della loro ricerca. Rinvio anche alle mie osservazioni, formulate in occasione della presentazione del volume organizzato presso l'Università di Trento (il 13 giugno 2019 "La formazione della prova tra ragioni ed emozioni"), *Legge, ragione ed emozione nella giustizia penale*, in *Discrim.*, 14 febbraio 2020.

⁵⁴ Sintetiche ed efficaci le osservazioni di F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 30 ss. Sulle implicazioni derivanti, a livello sociale, della autopercezione del ruolo di vit-

In conclusione, la prevalenza della vittima fagocita quella dell'indagato, dell'imputato, del reo: in un crescendo che culmina con interferenze della vittima e della "comunità" anche sui modi, fino alla scelta dei luoghi del castigo.

Si tratta di una torsione del modello garantista del diritto penale liberale, che è improntato alla necessaria distanza tra violenza punitiva esercitata dallo Stato ed emotività della vittima che l'ha subita al momento del crimine⁵⁵.

Il fatto e la sua capacità offensiva si modellano sulla percezione della singola vittima potendo debordare dalla generalità e astrattezza del racconto normativo a vantaggio delle conseguenze del vissuto psicologico come narrato dalla vittima o alle valutazioni dei tecnici – assistenti sociali, psicologi, criminologi, neuroscienziati – funzionali ad una neutralizzazione dell'autore, senza limiti di legge⁵⁶. Quanto alla offesa si manifesta, un percorso *a rebours*, ci si allontana dalla valorizzazione monopolistica, da parte, dello Stato di diritti del singolo offeso: con conseguenze a dir poco problematiche di fronte a reati di pericolo astratto, a tutela di interessi diffusi.

La colpevolezza, quasi con un paradosso, all'esito del tragitto che l'ha fatta approdare ad una concezione normativa, personalistica, inciampa nella reazione della "società delle vittime" refrattaria alla distinzione tra colpa e dolo, e alla graduazione di gradi e intensità del rimprovero.

Infine, la Legge: ci ha raccontato in prima persona le sue pene⁵⁷, sopraffatta dall'interpretazione, condivide con gli altri principi del diritto penale sostanziale, che ho ricordato, un ruolo meschino di inciampo, *chicane* frapposti alla sdegnata società delle vittime.

Eccoci al terzo protagonista del paradigma vittimario: la comunità.

Fedele al suggerimento di Pulitanò, cerco di sottrarmi alla seduzione delle parole magiche.

Il riferimento alla "comunità" ci conduce a concetti – opinione pubblica, consenso – con i quali, non certo da oggi, il penale, in ordinamenti liberal-democratici, deve fare i conti.

tima, C. ELIACHEFF-D.S. LARIVIERE, *Il tempo delle vittime*, Ponte delle grazie, Milano, 2008; D. GIGLIOLI, *Critica della vittima*, Nottetempo, Milano, 2014.

⁵⁵Non è inutile ricordare, visto l'argomento di cui mi occupo, L. FERRAJOLI, in *Nove massime di deontologia giudiziaria*, in occasione del suo intervento (pubblicato in *ius17@unibo.it*, 2012, 3, p. 29, rivista consultabile ora anche in *discrimen.it*) al XIX congresso di Magistratura democratica, in particolare nella sesta massima: «nel momento del reato il soggetto debole è la parte offesa, nel momento del processo il soggetto debole è sempre l'imputato e i suoi diritti e le sue garanzie sono altrettante leggi del più debole». E ancora le parole del Presidente Lavau, che allontana la folla imbestialita che vuole fare massacro dell'accusato Bachman, maggiore della guardia svizzera del re, portato davanti al Tribunale rivoluzionario, il 2 settembre 1792, con l'intimazione "*di rispettare la legge e l'accusato che è sotto la sua spada*" (S. SATTA, *Il mistero del processo* (1949), in *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano, 1994, p. 13). Sulla dislocazione e la distanza nel tempo e nello spazio, tra offeso e imputato, indispensabili al simbolismo della giustizia, A. GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, R. Cortina, Milano, 2007, p. 222 ss.

⁵⁶M. PAVARINI, *Ai margini della penalità nella crisi della penalità*, cit.

⁵⁷F. GIUNTA, *Confesso che ho penato*, Mimesis, Milano-Udine, 2022, p. 9 ss.

Nel tempo presente, se si ragiona di giustizia penale ed “opinione pubblica”, occorre più che mai interrogarsi sulla sostanza di questo concetto e sui meccanismi sociali, economici e politici che sovrintendono alla sua formazione⁵⁸.

Fino a poter ipotizzare una “collusione distorsiva”: con il sistema penale collettore di bisogni di pena veicolati dal sistema sociale attraverso la cassa di risonanza del sistema mediatico, che, a sua volta manipola il consenso su richiesta del sistema penale per autolegittimarsi⁵⁹.

Come non ricordare, anche a proposito dell’opinione pubblica, quale unico controllore della responsabilità di chi persegue, giudica e punisce, che, da più di un secolo, «la fede nell’opinione pubblica, o meglio nella sua autonomia, è stata scossa da due fattori nuovi: la potenza intrinseca della comunicazione di massa e la propaganda totalitaria»⁶⁰.

Ma dallo scritto di Sartori molta acqua è passata sotto i ponti: ci rende ancora più guardinghi sul rapporto tra giustizia e opinione pubblica, verso i media divenuti sempre più organizzatori della scala dei disvalori penali e dei connessi stereotipi di autore⁶¹.

Guardiamo alle reazioni sollevate dal decreto che ha recepito la direttiva sulla presunzione di innocenza: le nuove norme temo che si riveleranno un debole e inosservato presidio nei confronti del nodo nevralgico delle informazioni su inchieste e indagati⁶².

Effetto questo ritenuto inevitabile: «In prima linea nel rapporto con i media c’è, ineluttabilmente, l’ufficio del Pubblico ministero», ciò ha comportato che il dibattito sull’attuazione della direttiva si sia concentrato sulle comunicazioni delle Procure. Ma, si dice,

⁵⁸ Se si va oltre il fascino della parola troviamo un continuo mutare capace di metterne in discussione il ruolo anche a proposito della percezione della giustizia penale. Per alcuni sintetici spunti e riferimenti, G. INSOLERA, *Forca e melassa*, Mimesis, 2021, p. 19 ss.

⁵⁹ È l’ipotesi formulata da C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed ‘effetti penali’ dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 467 ss., che in conclusione, poneva l’interrogativo “Il ‘nuovo volto’ del diritto penale: un diritto penale mass-mediatico?”.

⁶⁰ G. SARTORI, voce *Opinione pubblica* in *Enciclopedia del Novecento*, vol. IV, Roma, 1979, p. 941.

⁶¹ Particolarmente interessante la lunga recensione di F. DEBENEDETTI, *L’altro processo ai giornali*, in *Il Foglio*, 23 ottobre 2021 alla ricostruzione di A. MIR, *Postjournalism and the death of newspapers. The media after Trump: manufacturing anger and polarisation*. In conclusione: «Il post giornalismo è un giornalismo che è obbligato economicamente a prendere posizione politica e a suscitare polarizzazione e ira per tenere viva la lealtà dei lettori e sollecitare donscription. [...] I grandi giornali, che diventano un ‘ministero della post verità pagato con il crowdfunding, stanno diventando anche parte dell’ambiente digitale dominato dai *social media*, con il loro proprio potere di polarizzazione». L’argomentata e istruttiva ricostruzione delle modifiche che hanno caratterizzato la comunicazione e l’impresa giornalistica è richiamata da S. CASSESE, *Sullo stato della democrazia*, in *Il Foglio*, 24 maggio 2022.

⁶² Dell’inosservanza delle nuove disposizioni sulla presunzione di innocenza da parte di polizie e procure dà conto E. ANTONUCCI, *Marketing giudiziario*, in *Il Foglio*, 4 maggio 2022.

«la presunzione di innocenza trova la sua prima tutela nelle norme del processo sulle garanzie del diritto di difesa. La pretesa di intervenire sulla comunicazione con normative apparentemente stringenti si rivela insieme vana e potenzialmente lesiva degli altrettanto rilevanti valori dell'informazione, della cronaca e della critica»⁶³.

Sappiamo che l'autore citato non apprezza la sintesi del “circo mediatico giudiziario”, ma è comunque difficile negare la realtà che si richiama con quella espressione, non riducibile semplicemente al protagonismo di qualche PM e alla scarsa deontologia di alcuni giornalisti⁶⁴. Una realtà che si manifesta in modo proteiforme: dalle maggiori testate, alle cronache locali, a stampa o televisive, nei talk show, nei processi paralleli in TV e in quelli del giornalismo d'inchiesta in alcuni casi costruiti in chiave di provocatoria comicità.

Tutto ciò è evidentemente in contrasto con il senso della presunzione di innocenza, tanto da sollecitare l'intervento della fonte europea, e da spiegare anche il ritardo nel suo recepimento e la vivace opposizione dei giustizialisti in servizio permanente ed effettivo presenti nel Parlamento.

Limitarsi ai soli presidi endoprocessuali, a garanzia del diritto di difesa, sembra non voler cogliere gli effetti devastanti per la vita di chi è sottoposto alla pratica del *namings and shaming*, e questo al di fuori di quelle tutele.

Si ripropone quotidianamente, in modo esemplare, il triangolo: Sinedrio, Pilato, folla.

Ed è per questo che si è pensato di apprestare rimedi, deboli come si è detto: anche per l'evanescenza della protezione offerta dalle normative e dal diritto vivente in tema di tutela dell'onore e della reputazione.

Ancora è accettabile il bilanciamento prospettato tra presunzione di innocenza e “valori” del diritto di informazione e di critica?

Penso che l'onore di Katharina Blum non sia soccombente alle multiformi manifestazioni dello spettacolo di inchieste e colpevoli dal primo giorno delle indagini, o anche prima del loro inizio, nello sbracato giornalismo di inchiesta televisivo. E penso al silenzio che quasi sempre segue al fallimento sul nascere di una indagine sbandierata o alle assoluzioni.

Ma, soprattutto, torniamo alla irresponsabilità nei confronti di chi, dopo il fatto, nel procedimento giudiziario assume la veste di “vittima” della giustizia penale. Sbattuta nel circo a tre piste: quello che vede all'opera polizie, pubblici ministeri e giornalisti.

⁶³ E. BRUTI LIBERATI, *Delitti in prima pagina*, Raffaello Cortina Editore, 2022, p. 273.

⁶⁴ Una efficacia che sembra dar fastidio. Lo rivela proprio la battuta di E. Bruti Liberati (intervista resa a M. CRIPPA, *Viva i tribunali senza star system*, in *Il Foglio*, 16 maggio 2022): «è il titolo del libro più brutto di Daniel Soulez Larivière, e anche il più ipocrita. Lui è un principe del foro francese. Peccato che sia poi uno di quelli che i media li ha sempre saputi usare molto bene».

Finito di stampare nel mese di dicembre 2022
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna, 220

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Milano-Bicocca

Per i tipi Giuffrè

1. Luigi Fumagalli, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, 2000.
2. Paolo Bonetti, *Ordinamento della difesa nazionale e costituzione italiana*, 2000.
3. Marco Antonioli, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, 2000.
4. Bruno Bosco, *Pianificazione e mercato nell'economia cubana contemporanea. Analisi delle innovazioni in un sistema socialista*, 2000.
5. Aldo Chiancone, *Scritti di economia, istituzioni e finanza pubblica*, 2000.
6. Chiara Valsecchi, *Oldrado da Ponte e i suoi consilia. Un'auctoritas del primo Trecento*, 2000.
7. Nicola Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, 2001.
8. Giulio Enea Vigevani, *Stato democratico ed eleggibilità*, 2001.
9. Marco Antonioli, *Mercato e regolazione*, 2001.
10. *The protection of the environment in a context of regional economic integration. The case of the European Community, the Mercosur and the Nafta*, edited by Tullio Scovazzi, 2001.
11. Claudio Martinelli, *L'insindacabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa costituzionale*, 2002.
12. Barbara Biscotti, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'Editto giuliano*, 2002.
13. *The protection of the underwater cultural heritage. Legal aspects*, edited by Guido Camarda and Tullio Scovazzi, 2002.
14. Chiara Buzzacchi, *L'abuso del processo nel diritto romano*, 2002.
15. Margherita Ramajoli, *La connessione nel processo amministrativo*, 2002.
16. Nicola Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, 2003.
17. Ettore Scimemi, *La vendita del voto. Nelle società per azioni*, 2003.
18. *La protezione del patrimonio culturale sottomarino nel Mare Mediterraneo*, a cura di Tullio Scovazzi, 2004.
19. Roberta Garabello, *La convenzione Unesco sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo*, 2004.
20. Ubaldo G. Nannini, *Valori fondamentali e conflitto di doveri*, 2004.
21. Gabriella Citroni, *L'orrore rivelato. L'esperienza della Commissione della Verità e Ri-conciliazione in Perù: 1980-2000*, 2004.
22. *Dal Tribunale per la ex-Iugoslavia alla Corte penale internazionale*, a cura di Gianmaria Calveti e Tullio Scovazzi, 2004.
23. Nicola Bassi, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, 2004.
24. Matteo Gatti, *OPA e struttura del mercato del controllo societario*, 2004.
25. *La sicurezza negli aeroporti. Problematiche giuridiche ed interdisciplinari. Atti del Convegno - Milano, 22 aprile 2004*, a cura di Guido Camarda, Marco Cottone, Monica Migliarotti, 2005.
26. Irini Papanicolopulu, *Il confine marino: unità o pluralità?*, 2005.
27. *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*. Atti del Convegno in onore di David Garland - Università di Milano-Bicocca, 1° marzo 2004, a cura di Adolfo Ceretti, 2005.
28. Barbara Moretti, *La violenza sessuale tra conoscenti. Analisi giuridica e criminologica di un fenomeno poco indagato*, 2005.
29. *Quale diritto nei conflitti armati?* Relazioni e documenti del ciclo di conferenze tenute nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-maggio 2005), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2006.

30. Giovanni Iorio, *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, 2006.
31. Natascia Marchei, "Sentimento religioso" e bene giuridico. *Tra giurisprudenza costituzionale e novella legislativa*, 2006.
32. *Il dominio di Venezia sul mare Adriatico nelle opere di Paolo Sarpi e Giulio Pace*, a cura di Guido Acquaviva e Tullio Scovazzi, 2007.
33. *Laicità e stato di diritto*. Atti del IV Convegno di Facoltà - Università di Milano-Bicocca, 9-10 febbraio 2006, a cura di Adolfo Ceretti e Loredana Garlati, 2007.
34. Carmela Leone, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, 2007.
35. *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*. Atti delle sessioni di studio tenutesi a Milano il 21 novembre 2005, il 10 marzo e il 24 marzo 2006, a cura di Carlo Ruga Riva, 2007.
36. *Conflitti armati e situazioni di emergenza: la risposta del diritto internazionale*. Relazioni al ciclo di conferenze tenuto nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-aprile 2006), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2007.
37. *Il tribunale per la ex-Iugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento*, a cura di Gianmaria Calvetti e Tullio Scovazzi, 2007.
38. Giovanni Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, 2008.
39. Claudio Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato. Recenti sviluppi e nuove prospettive*, 2008.
40. Loredana Garlati, *Il volto umano della giustizia. Omicidio e uccisione nella giurisprudenza del tribunale di Brescia (1831-1851)*, 2008.
41. *Immunità costituzionali e crimini internazionali*. Atti del Convegno - Milano, 8 e 9 febbraio 2007, a cura di Aldo Bardusco, Marta Cartabia, Micaela Frulli e Giulio Enea Vigevani, 2008.
42. Marco Antonioli, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, 2008.
43. Mariangela Ferrari, *La compensatio luctri cum danno come utile strumento di equa riparazione del danno*, 2008.
44. Nicola Bassi, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, 2008.
45. Delfina Boni, *Accordi OMC norme comunitarie e tutela giurisdizionale*, 2008.
46. Roberto Cornelli, *Paura e ordine nella modernità*, 2008.
47. Edoardo Dieni, *Diritto & religione vs. «nuovi» paradigmi. Sondaggi per una teoria postclassica del diritto ecclesiastico civile*, a cura di Alessandro Albisetti, Giuseppe Casuscelli, Natascia Marchei, 2008.
48. Maria Cristina Vanz, *La circolazione della prova nei processi civili*, 2008.
49. *Atti del V incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, a cura di Irini Papanicolopulu, 2008.
50. *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, sous la direction de Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2008.
51. *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, 2009.
52. Elena Marinucci, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, 2009.
53. Sabrina Urbinati, *Les mécanismes de contrôle et de suivi des conventions internationales de protection de l'environnement*, 2009.
54. Alessandro Albisetti, *Tra diritto ecclesiastico e canonico*, 2009.
55. *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, a cura di Loredana Garlati e Tiziana Vettor, 2009.
56. *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, a cura di Giovanni Chiodi, 2009.
57. Tomaso Greco, *Le violenze psicologiche nel mondo del lavoro. Un'analisi sociologico-giuridica del fenomeno mobbing*, 2009.

58. *Le ragioni dell'uguaglianza*. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza - Università degli Studi di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008, a cura di Marta Cartabia e Tiziana Vettor, 2009.
59. *I diritti umani di fronte al giudice internazionale*. Atti della giornata di studio in memoria di Carlo Russo, a cura di Tullio Scovazzi, Irini Papanicolopulu e Sabrina Urbinati, 2009.
60. Giovanni Iorio, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, 2010.
61. Lorena Forni, *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani: tra tradizione e innovazione*, 2010.
62. *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processual-penalistica italiana*, a cura di Loredana Garlati, 2010.
63. Guido Camarda, Salvatore Corrieri, Tullio Scovazzi, *La formazione del diritto marittimo nella prospettiva storica*, 2010.
64. Matteo Fornari, *Il regime giuridico degli stretti utilizzati per la navigazione internazionale*, 2010.
65. Oliviero Mazza, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, 2011.
66. *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, 2 Tomi. Atti del Convegno internazionale - Università degli Studi di Milano-Bicocca, 16-18 giugno 2010, a cura di Paolo Bonetti, Alessandro Simoni e Tommaso Vitale, 2011.
67. Aldo Cenderelli, *Scritti romanistici*, a cura di Chiara Buzzacchi, 2011.
68. *Questions de droit international autour de l'Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur le Kosovo*. International Law Issues Arising from the International Court of Justice Advisory Opinion on Kosovo, sous la direction de/edited by Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2011.
69. Andrea Massironi, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, 2012.
70. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente. Il caso dell'India*, a cura di Maria-rosa Cutillo, Rebecca Faugno e Tullio Scovazzi, 2012.
71. *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, a cura di Tullio Scovazzi, Benedetta Ubertazzi e Lauso Zagato, 2012.
72. Alfredo Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, 2012.
73. *Diritto internazionale e bombardamenti aerei*, a cura di Massimo Annati e Tullio Scovazzi, 2012.
74. *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di Barbara Biscotti, Patrizia Borsellino, Valerio Pocar e Domenico Pulitanò, 2012.
75. Carmela Leone, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, 2012.
76. Valentina Piccinini, *I debiti di valore*, 2012.
77. Carlo Ruga Riva, *Diritto penale, regioni e territorio. Tecniche, funzione e limiti*, 2012.
78. Paolo Rondini, *Ex sententia animi tui. La prova legale negativa nell'età della codificazione*, 2012.
79. Giovanni Iorio, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, 2012.
80. Mariagrazia Rizzi, *Imperator cognoscens decrevit. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, 2012.
81. Giandomenico Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, 2012.
82. *Friedrich Carl von Savigny. Le questioni di principio concernenti un nuovo regolamento del processo penale*, edizione e traduzione italiana a cura di Paolo Rondini, 2012.
83. *Processo e informazione*, a cura di Loredana Garlati e Giulio Enea Vigevani, 2012.
84. Diletta Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, 2012.
85. Alessandra Donati, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, 2012.
86. Diana Cerini, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, 2012.

87. Federico Furlan, *Presidente della Repubblica e politiche di sicurezza internazionale tra diarchia e garanzia*, edizione emendata, 2013.
 88. Alessandra Daccò, «Diritti particolari» e recesso dalla s.r.l., 2013.
 89. *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di Giovanni Chiodi e Domenico Pulitanò, 2013.
 90. Alessandro Squazzoni, *Declinatoria di giurisdizione ed effetto conservativo del termine*, 2013.
 91. Guido Acquaviva, *La repressione dei crimini di guerra nel diritto internazionale e nel diritto italiano*, 2014.
 92. Michele Saporiti, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, 2014.
 93. Ilario Alvino, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, 2014.
 94. *Il lavoro nei trasporti. Profili giuridici*, a cura di Marco Cottone, 2014.
 95. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente: il caso del Perù*, a cura di Mariarosa Cutillo, Fabián Novak e Tullio Scovazzi, 2014.
 96. *La restituzione dei beni culturali rimossi con particolare riguardo alla pratica italiana*, a cura di Tullio Scovazzi, 2014.
- Per i tipi Giappichelli**
- 96.bis *L'eredità di Uberto Scarpelli*, a cura di Patrizia Borsellino, Silvia Salardi, Michele Saporiti, 2014.
 97. Silvia Salardi, *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico-giuridici. Dall'immigrazione agli sviluppi della tecno-scienza: uno sguardo al diritto e al suo ruolo nella società moderna*, 2015.
 98. Simone Varva, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, 2015.
 99. Lorenzo Natali, *Green criminology. Prospettive emergenti sui crimini ambientali*, 2015.
 100. *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di Filippo Danovi, 2015.
 101. *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Elisabetta Lamarque, 2015.
 102. Nicola Ferri, *Conflicts over the conservation of marine living resources: third states, governance, fragmentation and other recurring issues in international law*, 2015.
 103. Elena Depetris, *La responsabilità civile delle agenzie di rating del credito nella disciplina italiana ed europea*, 2015.
 104. *Cibo e acqua. Sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre Expo 2015*, a cura di Barbara Biscotti e Elisabetta Lamarque, 2015.
 105. *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, a cura di Giovanni Chiodi e Loredana Garlati, 2015.
 106. Federico Ferraris, «Rationing Justice». *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*, 2015.
 107. *L'avvocato nella società contemporanea*, a cura di Diana Cerini e Franco Scarpelli, 2015.
 108. *Norberto Bobbio: rigore intellettuale e impegno civile*, a cura di Michele Saporiti, 2016.
 109. *Princeps legibus solutus*, a cura di Alberto Maffi, 2016.
 110. Lorena Forni, *La sfida della giustizia in sanità. Salute, equità, risorse*, 2016.
 111. *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, a cura di Amedeo Antonucci, Irini Papanicolopulu, Tullio Scovazzi, 2016.
 112. Serena Crespi, *La mobilità delle società nell'Unione europea*, 2016.
 113. *La Scozia nella costituzione britannica. Storia, idee, devolution in una prospettiva comparata*, a cura di Claudio Martinelli, 2016.
 114. Stefano Pellegatta, *Unità e pluralità nella obbligazione solidale passiva*, 2016.
 115. *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, a cura di Paolo Bonetti, 2016.

116. Nicola Canzian, *La reviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, 2017.
117. Massimiliano Dova, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, 2017.
118. Paolo Zicchittu, *Le "zone franche" del potere legislativo*, 2017.
119. *La legge sugli ecoreati due anni dopo. Un dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, a cura di Carlo Ruga Riva, 2017.
120. Alfredo Marra, *L'amministrazione imparziale*, 2018.
121. *Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale*, a cura di Lorena Forni e Tiziana Vettor, 2017.
122. Martino Zulberti, *Le impugnazioni delle decisioni equitative*, 2018.
123. Antonio Angelucci, *Dietro la circoncisione. La sfida della cittadinanza e lo spazio di libertà religiosa in Europa*, 2018.
124. Giulio Enea Vigevani, *I media di servizio pubblico nell'età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale, tra autonomia e pluralismo*, 2018.
125. Bruno Inzitari, *Banca, crisi e responsabilità. Scritti scelti dal 1973 al 2016*, 2018.
126. Simone Gianello, *Funzioni e responsabilità del Capo dello Stato nelle giurisprudenze costituzionali*, 2018.
127. Alberto Villa, *Overruling processuale e tutela delle parti*, 2018.
128. Michele Saporiti, *Dialettiche sovrane. Uno studio sul rapporto tra sovranità e religioni*, 2019.
129. *Kállistos Nòmos. Scritti in onore di Alberto Maffi*, a cura di Barbara Biscotti, 2018.
130. Monica Delsignore, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, 2020.
131. *Political and legal aspect of Italian colonialism in Somalia*, edited by Elena Carpanelli and Tullio Scovazzi, 2020.
132. *Smart mobility, smart cars e intelligenza artificiale: responsabilità e prospettive*, a cura di Diana Cerini e Andrea Pisani Tedesco, 2019.
133. Palmina Tanzarella, *Discriminare parlando. Il pluralismo democratico messo alla prova dai discorsi d'odio razziale*, 2020.
134. *Città, cittadini, conflitti. Il diritto alla prova della dimensione urbana*, a cura di Barbara Biscotti, Roberto Cornelli, Paolo Rondini, Carlo Ruga Riva, Alessandro Squazzoni, 2020.
135. Ilaria Tani, *Le baie storiche. Un'anomalia nel rapporto tra terra e mare*, 2020.
136. *Il diritto delle università nella giurisprudenza a dieci anni dalla legge n. 240/2010*, a cura di Alfredo Marra, 2020.
137. *Scritti in onore di Patrizia Borsellino*, a cura di Lorena Forni, Silvia Salardi e Michele Saporiti, 2021.
138. Natascia Marchei, *Il giudice civile e la nullità del matrimonio canonico trascritto*, 2021.
139. *Lo statuto dei partiti politici tra diritto pubblico e diritto privato*, a cura di Giovanni Iorio e Paolo Zicchittu, 2021.
140. Federico Furlan, *Il Presidente della Regione 2.0 (tra Costituzione, fonti regionali e prassi)*, 2021.
141. *Università e anticorruzione*, a cura di Alfredo Marra e Margherita Ramajoli, 2022.
142. Andrea Pisani Tedesco, *Il problema della responsabilità civile compensativa. Studio per un rimedio risarcitorio effettivo*, 2022.
143. Francesco Tesauro. *Scritti scelti di diritto tributario. Vol. I. Principi e regole. Vol. II. Il processo*, a cura di Franco Fichera, Maria Cecilia Fregni, Nicola Sartori, 2022.
144. Luca Galli, *La coprogrammazione e la progettazione dei servizi di integrazione dei migranti. Paradigmi di coinvolgimento della società civile nei percorsi di inclusione sociale*, 2022.
145. Alessandro Semprini, *I rapporti fiduciari con funzione successoria. Contributo allo studio dei negozi con efficacia post mortem*, 2022.
146. *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, a cura di Giandomenico Dodaro, Massimiliano Dova, Claudia Pecorella, Carlo Ruga Riva, 2022.

