

Riscrivere il Codice Penale I FONDAMENTI

a cura
dell'Unione delle Camere Penali Italiane

Prefazione di
LUIGI STORTONI



© Copyright 2014 by Pacini Editore SpA

ISBN 978-88-6315-744-4

Realizzazione editoriale



Via A. Gherardesca
56121 Ospedaletto (Pisa)

Responsabile marketing

Lisa Lorusso

Responsabile di redazione

Valentina Barberi

Fotolito e Stampa

IGP Industrie Grafiche Pacini

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 riproduzioni 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 AIDRO, Corso di Porta Romana n. 108, Milano 20122, e-mail segreteria@aidro.org e sito web www.aidro.org

INDICE

Prof. Avv. Luigi Stortoni <i>Ordinario di Diritto Penale, Università di Bologna</i> Prefazione	7
Prof. Avv. Carlo F. Grosso <i>Ordinario di Diritto Penale, Università di Torino</i> La commissione Grosso	10
Dott. Carlo Nordio <i>Magistrato, Tribunale di Venezia</i> La commissione Nordio	15
Dott. Donato D'Auria <i>Magistrato, Tribunale di Pisa</i> La commissione Pisapia	19
Prof. Vincenzo Maiello <i>Straordinario di Diritto Penale, Università di Napoli</i> Il concorso di persone e reati associativi.....	33
Prof. Ferrando Mantovani <i>Emerito di Diritto penale, Università di Firenze</i> I profili di soggettività del reo.....	38
Prof. Avv. Silvio Riondato <i>Straordinario di Diritto penale, Università di Padova</i> I principi penalistici europei e una nuova codificazione italiana.....	51
Prof. Avv. Carlo Enrico Paliero <i>Ordinario di Diritto Penale, Università di Milano</i> Le posizioni di garanzia	66
Prof. Giovannangelo De Francesco <i>Ordinario di Diritto penale, Università di Pisa</i> 'Un veglio solo, degno di reverenza' la parabola del tentativo negli scenari del 'postclassicismo' penale	74

Prof. Avv. Alessandro Melchionda

Ordinario di Diritto Penale, Università di Trento

La deflazione penalistica nell'era del giusto processo 86

INTRODUZIONE

Questi tre volumi sono la trascrizione, rivista e corretta, degli interventi sulla necessità e l'urgenza di riscrivere il codice penale che si sono tenuti su iniziativa dell'Unione delle Camere Penali:

sulla parte generale
a Pisa, il 24-25 giugno 2011

sui reati
a Marsala, il 25-26 novembre 2011

sulle pene
a Novara, il 22-23 giugno 2012

Si tratta di testi che non solo non ci sembrano affatto invecchiati, ma che per la loro coerenza e unitarietà, sia pure da diverse prospettive, meritino la più vasta diffusione.

Su alcuni punti essi sono stati addirittura profetici, come per esempio sul sistema delle pene, rispetto al quale alcune recenti novelle legislative hanno accolto parte delle soluzioni prospettate dal convegno novarese.

Nel dare alle stampe e alla diffusione queste riflessioni, auspichiamo che su di esse si apra il dibattito e che, finalmente, dopo più di 70 anni dall'entrata in vigore di un codice indubbiamente fascista, anche se malamente rimaneggiato in periodo repubblicano, chi ha il dovere di farlo ponga mano alla riscrittura integrale del codice penale alla luce dei valori costituzionali e delle mutate esigenze sociali.

RINGRAZIAMENTI

I tre volumi sono stati editorialmente curati da Ezio Menzione, avvocato a Pisa e componente della Giunta dell'Unione delle Camere Penali.

Gli interventi sono stati rivisti prima della pubblicazione dagli autori stessi, salvo alcuni che, per motivi di tempo, sono stati rivisti dal curatore e da chi lo ha aiutato.

Corre l'obbligo di ringraziare chi ha profuso energie ed intelligenza prima nei convegni ed oggi nel progetto editoriale, vale a dire il Prof. Avv. Luigi Stortoni, il Prof. Avv. Giovanni Flora, e gli avvocati Emilia Rossi, Francesco de Minicis e Renzo Inghilieri – questi ultimi due componenti della Giunta dell'Unione delle Camere Penali.

Il curatore
Ezio Menzione

Prof. Avv. Luigi Stortoni
Ordinario di Diritto Penale, Università di Bologna

PREFAZIONE LE TRE COMMISSIONI DI RIFORMA

Raccogliendo gli atti del Convegno tenuto a Pisa il 24/25 giugno del 2011 e rileggendoli mi convinco che encomiabile fu l'iniziativa dell'Unione Camere Penali di promuovere una serie di incontri sul tema della riforma del codice penale in Italia.

L'idea – all'epoca – ricevette non solo approvazione ma anche alcune critiche che muovevano dalla considerazione dei fallimenti dei tanti *tentativi incompiuti* di ricodificazione che, dal dopoguerra ai giorni nostri, si devono registrare.

Siffatto scetticismo s'accresceva asserendo che le temperie politiche del Paese non lasciano intravedere un possibile esito positivo di una nuova iniziativa volta a sostituire il – a tacer d'altro – vetusto ma immarcescibile codice Rocco.

Con riferimento al primo aspetto non può certo negarsi che la storia della riforma del codice penale in Italia è tanto lunga quanto contraddistinta dal permanente insuccesso; non è certo questa la sede per ripercorrerne le articolate tappe, ma basti dire che – come ricordavo in un mio recente lavoro su questo tema – essa inizia già prima della fine dell'ultimo conflitto mondiale se è vero che la prima commissione di riforma del codice penale fu insediata nel 1944 ed affidata all'allora giovane professor Giuliano Vassalli.

Negli anni successivi molte altre commissioni si cimentarono nell'impresa; mi basti citare la più nota: quella presieduta negli anni '50 da Biagio Petrocelli.

In tempi a noi vicini i progetti che tutti bene conoscono: Pagliaro, Stiz, Grosso, Nordio, Pisapia, progetti tutti – ci tengo a dire – a mio parere, di buona qualità. Ma non solo: progetti che – condivisibili o meno le prese di posizione su diversi istituti e su singole questioni – adeguano il sistema penale ai principi acquisiti di civiltà giuridica ed ai dettami della Carta Costituzionale.

Sotto l'altro enunciato motivo che dovrebbe indurre ad un atteggiamento rinunciatorio, non può negarsi che i tempi non paiono certo felici per intraprendere nuove imprese: se – come viene da più parti e giustamente denunciato – il diritto penale è scaduto sino a divenire addirittura merce di scambio e addirittura di propaganda politica, come pensare ad un rifacimento organico e quindi razionale del suo sistema?

Non solo: la qualità, anche tecnica, della produzione normativa penale s'è andata sempre più deteriorando; gli interventi penali – in questi ultimi anni – sono stati non solo così copiosi e disordinati da potersi qualificare *alluvionali* in spregio – a tacer d'altro – del principio di *extrema ratio*, ma anche di pessima fattura tecnica. Gli esempi sono sotto gli occhi di tutti.

Ma allora come affidare ad un legislatore così scadente l'opera di ricodificazione?

Ma non basta: a queste ragioni di carattere contingente altre e più profonde, per così dire di merito, se ne aggiungerebbero.

Fatto è – dice qualcuno e non senza argomentazioni più che plausibili – che i sistemi penali, anche quelli di *civil law*, hanno ormai caratteri incompatibili con la *forma codice*. Basti dire – per limitare il discorso ben altrimenti ampio a qualche cenno – della pluralità delle fonti che ormai, per origine e per forma, spaziano dal nazionale al sovranazionale; delle leggi ad *input* eterogenei come le decisioni degli Organi e delle Corti europee; al ruolo assunto dalla giurisprudenza ordinaria e di quella della Corte costituzionale.

Il sistema stesso è ormai scomposto in diversi *sottosistemi* con caratteri propri e governati da regole peculiari.

Tutto ciò è – o sarebbe – incompatibile con un codice.

Ebbene io non sottovaluto tutto questo ma credo – cionondimeno – che la prospettiva della codificazione non vada abbandonata... per sempre!

Di qui il mio compiacimento per le proposte in questo senso dell'UCPI.

Poche note per dar conto di questa mia opinione: intanto rispetto all'ultima e forse più rilevante questione.

Proprio la tendenza al frazionamento del sistema mi induce a ritenere che solo l'organicità tipica della codificazione può ricondurre ad unicità lo stesso; e poiché ritengo che la creazione di sottosistemi, in quanto foriera del prodursi di discipline specifiche per ognuno di essi, abbia in sé l'evidente pericolo di allontanamento dai principi generali, tutto ciò deve costituire motivo in favore della ricodificazione anziché ragione per rinunciare all'impresa.

È per questo che l'Unioncamere ha saggiamente deciso di dedicare questo primo incontro proprio alla riflessione sugli istituti della parte generale, cioè dire sui *fondamenti della responsabilità penale* com'è stato felicemente intitolato il Convegno.

I contributi offerti dalle pregevolissime relazioni di: Ferrando Mantovani sul principio – di civiltà giuridica ancor prima e oltre ché costituzionale – di colpevolezza verso un *recupero integrale del principio di soggettività non residua di responsabilità oggettiva, espressa o occulta* come si legge nel titolo della sua relazione; quella di Carlo Enrico Paliero sulle c.d. posizioni di garanzia nel reato omissivo mediante omissione; di Giovannangelo De Francesco sul tentativo e di Vincenzo Maiello sul concorso di persone nel reato e nei reati associativi mi paiono dar ragione al mio dire.

Questioni di fondo del diritto penale e quindi alla base della codificazione che – nel suo complesso – deve ispirarsi ad un criterio di deflorazione penalistica come ricordato ed illustrato da Alessandro Melchionda.

Che poi un nuovo codice non possa non tener conto del diritto europeo anzi debba essere *aggiornato ai principi europei* è ampiamente dimostrato dalla pregevole relazione di Silvio Riondato il cui titolo proprio in tali termini è coniato.

Certo la realtà di oggi è non solo diversa – e ciò è ovvio – rispetto a quella con cui si sono cimentati gli autori dei codici precedenti, ma anche ben diversamente complessa per caratteri, fonti, ecc.; che alla *piramide delle fonti* si sia sostituita – come oggi si ama dire – *la rete* e così via nessuno lo nega.

Ma anche a questo riguardo mi sento di dire che ciò lungi dal dover costituire un ostacolo insormontabile e, quindi, un motivo per gettare la spugna, dev'essere – a mio parere – lo stimolo a una nuova e diversa metodologia.

La scienza penale nostra io credo sia bene attrezzata per affrontare i problemi nuovi e ardui di una ricodificazione che tenga conto del mondo d'oggi: credo che

chi legge quanto si produce e si pubblica in materia penale lo dimostri ampiamente.

D'altro canto l'ottimo livello delle stesse elaborazioni compiute dalle commissioni che ho prima citate credo lo dimostrino; gli interventi al Convegno di chi ha presiedute e/o ha partecipato a quelle commissioni: il prof. Carlo Federico Grosso, il dott. Carlo Nordio, il dott. Donato D'Auria per la commissione Pisapia, mi pare diano prova di quanto ho appena detto.

D'altro canto – consentitemi di aggiungere – questa mia convinzione è in me motivata dalla diretta esperienza di partecipante alle ultime due citate commissioni.

Credo di poter essere buon testimone dell'impegno profuso generosamente e non senza sacrificio da tutti i partecipanti così come della serenità e della indipendenza di cui abbiamo sempre goduto.

Certo i tempi non sono propizi, ma credo che è proprio quando le congiunture sono avverse che – se si crede nell'importanza e nella utilità dell'obbiettivo che si vuole perseguire – si deve impedire che la metaforica fiaccola si spenga.

Bologna, 12 maggio 2014

LA COMMISSIONE GROSSO

Ringrazio l'Unione Camere Penali per questa importante occasione di discussione su di un tema di fondamentale importanza: la riforma organica del codice penale, mai realizzata in oltre settant'anni di storia repubblicana.

La commissione che io ho presieduto, che ha lavorato dal 1998 al 2001, era stata incaricata di redigere l'articolato di una nuova parte generale del codice penale. Essa, circoscritta nei numeri dei suoi componenti (6 professori, 4 magistrati e 4 avvocati, di cui 2 erano espressione delle Camere Penali, Corbi e Randazzo), forse proprio per questa ragione ha lavorato in modo rapido e assolutamente omogeneo. Unico neo sono stati i rapporti – labili – con il potere politico che ci aveva conferito il mandato: nulla ci era stato detto su eventuali linee desiderate di politica-criminale al momento del nostro insediamento; del tutto sporadici, di mera cortesia, e senza che vi fosse particolare attenzione a quanto stavamo elaborando, i rapporti con i ministri che si sono succeduti in Via Arenula nei due anni e mezzo del nostro lavoro. Abbiamo pertanto lavorato forti, soltanto, delle nostre idee, di quelle che ciascuno di noi aveva inizialmente e di quelle che abbiamo maturato tutti insieme nel corso del nostro lavoro.

Le idee di fondo lungo le quali la nostra commissione si è mossa si collocano in una prospettiva ormai ampiamente condivisa nel mondo dei penalisti: comunità scientifica dei professori di diritto penale, foro, magistratura più illuminata. Il primo obiettivo perseguito dalla nostra commissione era d'ispirare l'intera parte generale del codice penale alla tradizione garantistica del diritto penale liberale. In questa prospettiva, pur proponendo alcune soluzioni tecniche diverse, ci siamo ampiamente collegati a quanto aveva già splendidamente realizzato alcuni anni prima la commissione Bricola-Pagliaro nel suo progetto di legge-delega. Grande attenzione al principio di legalità e tassatività delle fattispecie; altrettanto grande attenzione alla funzione del diritto penale, rigorosamente individuata nella protezione degli interessi umani, e conseguente enfaticizzazione del profilo dell'offesa nella struttura del reato; rigoroso rispetto del principio di colpevolezza, con eliminazione di ogni traccia di responsabilità oggettiva (ma, anche, tentativo d'impedire che nelle pieghe del sistema permanessero, di fatto, forme di più o meno larvate responsabilità di posizione); per quanto possibile, tipicizzazione più marcata degli istituti del tentativo e del concorso di persone nel reato; sempre per quanto possibile, riduzione entro confini ragionevoli del margine di discrezionalità dell'intervento giudiziale.

Inizio da quest'ultimo profilo. La commissione era partita da una critica condivisa dei guasti prodotti dalla riforma del 1974, che specie attraverso la nuova disciplina del calcolo delle circostanze eterogenee aveva ampliato a dismisura la discrezionalità giudiziale con riferimento alla commisurazione della pena, rendendo il giudice in larga misura arbitro della determinazione in concreto

della sanzione penale. Si erano poi analizzati casi e contesti in cui il giudice, di fronte alle maglie larghe, o ai profili contraddittori, della legislazione penale, si era trovato a compiere attività creative piuttosto che meramente ricognitive del contenuto della norma penale. Si era rivisitato il periodo storico in cui, di fronte all'inerzia del potere politico rispetto alle riforme necessarie del sistema penale, alcuni giudici si erano arrogati la funzione d'interpretare in maniera creativa le norme penali in modo da renderle conformi alle esigenze di una più moderna linea politico-criminale. Si erano ricostruiti i percorsi (compiuti da numerosi giudici nello stesso periodo) d'interpretazione "costituzionalmente orientata" delle norme penali anche al di là dei confini consentiti dal rispetto della lettera della legge. Operazioni storicamente giustificabili, si era valutato, e sovente assolutamente apprezzabili: che alteravano tuttavia i principi cardine dello Stato di diritto, incidendo negativamente sui rapporti fra potere legislativo (al quale competono le scelte politico-legislative), e potere giudiziario (al quale compete d'interpretare la legge e applicarla al caso concreto), e rischiando di trasformare l'attività del giudice in una (impropria) fonte del diritto. Di qui la necessità – pur non negando l'ineliminabile funzione dell'attività giudiziale quale creatrice del c.d. "diritto vivente" – di ristabilire il giusto rapporto fra i poteri dello Stato attraverso la predisposizione di norme penali il più possibile rigorose e tassative, in grado di esprimere chiaramente la volontà del Parlamento.

In questa prospettiva, oltre che pensare a una riformulazione della disciplina di istituti tradizionalmente 'elastici' quali il tentativo ed il concorso di persone del reato nella prospettiva di una loro più definita tipizzazione, abbiamo cercato di enunciare regole tassative in materia di rapporto di causalità, di colpa e di calcolo delle circostanze del reato, ed abbiamo, soprattutto, deciso di tipizzare le posizioni di garanzia rilevanti agli effetti della causalità nei reati omissivi (individuando e disciplinando le singole ipotesi di obbligo giuridico di impedire l'evento idonee, in caso di omissione, a fondare la responsabilità penale).

Sul terreno dell'adeguamento del codice penale ai principi costituzionali di matrice liberale abbiamo, d'altronde, prestato particolare attenzione al principio di necessaria offensività dei reati ed al principio di colpevolezza (cercando di modulare, nei limiti del possibile, con attenzione la nozione della colpa nelle sue diverse potenziali articolazioni).

Come ho già detto, sul terreno della disciplina della legge penale, del reato e delle forme di manifestazione del reato il progetto elaborato dalla nostra commissione, sia pure con alcune significative modificazioni, si inserisce nel solco tracciato dalla commissione Bricola-Pagliari. Esso è stato invece assolutamente innovativo rispetto alle proposte della commissione precedente con riferimento al tema della sanzioni penali. Mentre la commissione Bricola-Pagliari continuava a ragionare sul presupposto – tradizionale – che la pena principale per eccellenza dovesse essere quella detentiva, affiancata dalla pena pecuniaria, noi abbiamo ragionato in una prospettiva molto diversa. Al concetto tradizionale illuministico-liberale (anche se in concreto mai effettivamente realizzato dalle legislazioni penali) secondo cui il diritto penale deve costituire *extrema ratio di tutela* (diritto penale minimo, utilizzabile soltanto quando non siano utilmente esperibili strumenti diversi di protezione giuridica), noi abbiamo affiancato il principio secondo cui all'interno del sistema penale la sanzione carceraria deve

costituire a sua volta l'*extrema ratio di sanzione penale utilizzabile*, nel senso che, per i suoi costi umani, essa deve essere utilizzata soltanto quando appare come assolutamente necessaria tenuto conto della gravità del reato e della pericolosità del delinquente; altrimenti bene possono essere (esclusivamente) utilizzate pene diverse dal carcere. In questa prospettiva abbiamo concretamente proposto, appunto, l'abbandono di ogni concezione "carcerocentrica" del sistema penale, procedendo a un'organizzazione più articolata delle pene principali. A fianco del carcere, abbiamo pertanto previsto come pene principali la detenzione domiciliare, un complesso numero di pene interdittive di funzioni, professioni e attività, nonché il lavoro a favore della collettività. Abbiamo mantenuto infine la pena pecuniaria (di cui abbiamo ipotizzato una più ampia utilizzazione), articolata secondo il modello dai c.d. "tassi giornalieri" per renderla il più possibile compatibile con il principio di eguaglianza.

Quale era la novità di questa impostazione? Fino ad allora lo strumento della pena alternativa al carcere era stato pensato e configurato sul terreno della esecuzione penale e nella prospettiva della funzione rieducativa della pena: quando la pena carceraria era stata irrogata, ma essa non appariva compatibile con la rieducazione del condannato, o con tale rieducazione non appariva compatibile la sua esecuzione totale, si prevedeva la possibilità, o l'obbligo, di sostituire il carcere con una esecuzione penale non carceraria. Il nostro progetto non rifiutava ovviamente questa prospettiva (che avrebbe continuato ad operare nei casi in cui la pena prevista ed applicata avesse continuato ad essere il carcere); indipendentemente dal problema della funzione rieducativa, si riteneva tuttavia di dovere utilizzare pene diverse dal carcere con riferimento a fenomeni criminali, o a tipologie soggettive di autori di reati, rispetto ai quali non esistevano ragioni di difesa sociale tali da imporre la segregazione carceraria del condannato. Se a prevenire e punire era sufficiente una sanzione diversa dal carcere, e sul terreno della prevenzione generale essa costituiva strumento efficace di dissuasione dal delinquere, non c'era ragione, abbiamo ritenuto, di prevedere e applicare la sanzione carceraria. Semplicemente, per rendere la pena non detentiva sufficientemente efficace sul terreno della prevenzione generale, abbiamo previsto di non consentire, di regola, forme di sospensione condizionale della pena, sul presupposto che una pena non detentiva sicuramente eseguita fosse in ogni caso più efficace di una pena detentiva non elevata coperta dalla sospensione condizionale.

Sempre nella prospettiva della minima applicazione possibile della pena carceraria abbiamo anche ipotizzato – sia pure con qualche perplessità da parte di taluno dei componenti della commissione, e suscitando reazioni in parte anche fortemente negative da parte dei commentatori esterni, di abolire la pena dell'ergastolo e di sostituirla con la pena nuova della "reclusione speciale" (comunque definita nel massimo, ed eseguita con modalità particolari).

Sempre in tema di sanzioni penali abbiamo ovviamente previsto il superamento del sistema del c.d. "doppio binario" (per quanto ancora esistente), nonché una più ampia utilizzazione, come pena piuttosto che come misura di sicurezza, della confisca, giudicandola strumento moderno e particolarmente efficace di contrasto al crimine. A tale ultimo scopo abbiamo formulato una disciplina molto articolata del nuovo istituto.

Il lavoro compiuto dalla nostra commissione in tema di sanzione penale è rimasto in ogni caso parzialmente monco. Essendo la nostra commissione stata insediata quando la legislatura in corso aveva ormai consumato oltre la metà della sua durata, sul presupposto che non avremmo avuto il tempo di elaborare un articolato dell'intero codice, ci era stato specificamente conferito il mandato di occuparci della sola sua parte generale. In materia di sanzioni abbiamo, pertanto, potuto fornire soltanto la cornice generale delle scelte che intendevamo suggerire al Ministro; non abbiamo potuto invece rendere tali scelte concrete nelle opzioni di parte speciale, stabilendo quando si sarebbe dovuto continuare a prevedere il carcere, eventualmente in alternativa con una pena non carceraria, e quando, invece, soltanto una pena non carceraria.

L'idea di fondo dell'abbandono di un sistema penale carcerocentrico era comunque per la prima volta apparsa in un progetto "ufficiale" del Ministero della Giustizia, e ciò costituiva un risultato comunque significativo. Tanto più significativo, dato che si è trattato di un'idea che le commissioni per la riforma del codice penale che negli anni successivi sono state nominate dai Ministri che si sono succeduti in Via Arenula non hanno più abbandonato. Sia la commissione Nordio, sia la commissione Pisapia, pur con soluzioni specificamente diverse, hanno infatti confermato la prospettiva di un ampio utilizzo, già sul terreno della previsione delle pene principali, di pene alternative al carcere.

Al di là delle specifiche soluzioni tecniche, nel succedersi dei lavori delle commissioni Bricola-Pagliaro, Grosso, Nordio e Pisapia, le basi per una riforma complessiva del codice penale sono state poste. I materiali elaborati da ciascuna di esse giacciono da qualche parte al Ministero. Si tratterebbe, ora, di riprendere i discorsi interrotti, verificare le idee e le proposte emerse, eventualmente aggiornarle, e dare finalmente corpo ad un codice penale interamente pensato ex novo. Sono tuttavia, quelli attuali, tempi politici compatibili con l'elaborazione di una riforma organica della legislazione penale?

Il codice penale Zanardelli, il primo codice penale italiano unitario, aveva alla sua radice grandi idee (l'obbiettivo dei riformatori era di elaborare un codice autenticamente liberale) ed alle sue spalle una grande scuola penalistica (la scuola classica di Francesco Carrara): eppure i politici del tempo impiegarono circa vent'anni per farlo venire alla luce.

Il codice penale Rocco, insieme al codice di procedura penale ed all'ordinamento carcerario, fu redatto in soli cinque anni. Anche in questo caso alla base c'erano idee forti, anche se, ovviamente, non altrettanto condivisibili (l'impostazione autoritaria del fascismo), e giuristi di spessore. Furono sufficienti cinque anni, perché sotto le dittature gli iter legislativi sono più semplici che nelle democrazie.

L'Italia repubblicana ha riformato l'ordinamento penitenziario, è riuscita a redigere un nuovo codice di procedura penale, nel settore del diritto penale ha fatto riforme di settore anche molto incisive; il codice penale Rocco, in conseguenza di talune di tali riforme (e di numerosi interventi della Corte costituzionale), ha cambiato volto. È mancata tuttavia una riforma organica, ispirata a principi univoci, chiari, forti ed omogenei di politica criminale.

Le temperie politiche di questi anni, le divisioni nel Paese, le diverse concezioni emerse della giustizia, l'abbassamento del livello della classe politica rendono ulteriormente molto incerta la prospettiva di una riforma organica.

Ogni iniziativa culturale che riproponga il tema di una riforma di questo tipo e cerchi di riannodare i fili troncati è in ogni caso preziosa. In questa prospettiva bene hanno fatto le Camere Penali a cercare di rilanciare l'idea della riforma ripartendo, come è giusto, dagli ultimi contributi forniti dal ceto dei giuristi, siano essi professori, avvocati o magistrati.

Dott. Carlo Nordio
Magistrato, Tribunale di Venezia

LA COMMISSIONE NORDIO

Era la prima volta che veniva affidato a un magistrato, per di più allora abbastanza giovane, un compito così alto. Il ruolo del presidente non è stato quello del teorico o dell'elaboratore di concetti, ma quello di coordinatore di personaggi qualificati nel diritto, sia del mondo universitario, sia del mondo della magistratura che di quello dell'avvocatura.

Noi partivamo da due condizioni favorevoli: la prima era quella di avere alle nostre spalle i progetti Pagliaro e Grosso, che ci avevano preparato la strada; la seconda erano gli anni (dal 2002 a 2007) disponibili: avremmo potuto dare al legislatore il tempo di riflettere sul progetto per discuterlo, emendarlo e approvarlo: ci eravamo posti l'obiettivo di consegnare il prodotto dopo due anni, massimo due anni e mezzo dall'istituzione. E così abbiamo fatto.

Approfittando della condizione favorevole di partire "già lanciati" nella costituzione della parte generale, abbiamo invertito l'ordine degli addendi e abbiamo cominciato dalla parte speciale. All'inizio ci siamo limitati a rivedere e a fissare i principi fondamentali di codificazione della parte generale, di cui sopra abbiamo parlato, poi confortati in questa scelta operativa anche dall'opinione del prof. Vasalli, siamo passati alle singole categorie di reati.

Qui il lavoro è stato entusiasmante: abbiamo costituito delle sotto-commissioni presiedute da professori universitari, da magistrati e da avvocati e abbiamo invertito completamente l'ordine dei criteri di importanza del bene protetto, ritenendo che l'impronta liberale che avrebbe dovuto caratterizzare il nostro codice sarebbe stata contrassegnata dalla preminenza della tutela della persona. Di conseguenza abbiamo strutturato così la parte speciale: primo libro, reati contro la persona: poi, in scala decrescente di valori, i reati contro l'ambiente e il patrimonio culturale, quindi i reati contro il patrimonio, contro il lavoro, contro lo Stato, contro la fede pubblica, contro l'amministrazione della giustizia e contro l'ordine economico.

Terminata la parte speciale, siamo ritornati alla parte generale, e l'abbiamo completata e presentata al Ministro sia nella forma di legge delega sia in articolato, al fine di spiegare ai tecnici del ministero qual era stato il tronco sul quale avevamo lavorato. Questo è avvenuto dopo due anni dall'affidamento dell'incarico.

Nel frattempo avevamo fatto un'altra cosa interessante: avevamo iniziato un'ampia opera di ricognizione dei reati da decriminalizzare o da depenalizzare. Solo nei primi sei mesi di lavoro questa nostra sotto-commissione ha individuato alcune centinaia di ipotesi di reato che meritavano di essere espunte dal nostro sistema sanzionatorio penale, per essere riconvertite in illeciti amministrativi (abbiamo scoperto che erano vigenti reati ancora del 1865).

Questa è stata la filosofia che ha orientato tutta la nostra opera di rivisitazione del codice: il diritto penale minimo. Una sorta di parola d'ordine o feticcio lessicale di cui tutti si nutrono, ma che nessuno vuole attuare. Tutti vogliono depenalizzare, ma quando si arriva a certi reati c'è qualcuno che dice sempre: "no questo non si tocca!".

Alla fine, e sempre in tempi ragionevoli, abbiamo presentato questa triplice ripartizione: la parte generale, la parte speciale e la parte della depenalizzazione. Ma non è successo nulla, ed è rimasto tutto nel cassetto del Ministro.

Va detto che non ci sono state interferenze politiche da parte del nostro committente politico. E noi all'inizio non sapevamo se interpretare questa mancanza di intrusioni come una sorta di ossequio nei confronti del nostro lavoro o come assoluto disinteresse. Il tempo poi ha dimostrato che era vera la seconda ipotesi. Però abbiamo lavorato con serenità e soltanto due volte abbiamo avuto dei "richiami". La prima, quando abbiamo iniziato a discutere della redazione del testamento biologico; la seconda, quando abbiamo affrontato il tema della legittima difesa.

Sotto questo secondo profilo, noi avevamo introdotto la formula che "in presenza della scriminante il fatto di reato non sussiste". Accanto alle scriminanti, avevamo poi previsto le scusanti e le condizioni di non punibilità. L'interferenza è arrivata perché il Ministro in quel momento voleva a tutti i costi cambiare in via d'urgenza la normativa della legittima difesa. Noi, come commissione, eravamo d'accordo sul fatto che la disciplina attuale delle scriminanti andasse rivista, ma non con un intervento settoriale: sarebbe stato come togliere un mattone da un edificio e minarne la stabilità, perché le scriminanti sono un istituto omogeneo che va trattato in modo organico e sistematico. Quindi avevamo proposto di attendere la riforma della parte generale. Naturalmente il Ministro ha preferito fare di testa sua e, come è noto ed era prevedibile, dopo mesi di polemiche tutto è rimasto come prima.

A questo punto devo un chiarimento personale. Io non ritengo che il problema della legittima difesa vada posto come lo è stato sino ad oggi: domandandoci cioè sino a che punto il cittadino abbia il diritto di reagire all'offesa ingiusta. Questa è una tipica posizione del codice Rocco, filosoficamente etico-statalista. Come liberale, io pongo la domanda in senso opposto: ovverossia sino a che punto lo Stato abbia il diritto di punire una persona che reagisce a un'aggressione che quello stesso Stato non è riuscito a impedire, violando il patto sociale. Così impostata la questione, è ovvio che tutta l'impalcatura della scriminante viene completamente mutata, anche in termini di formula assolutoria.

La seconda interferenza è nata da un malinteso: mentre discutevamo sulla disponibilità del diritto alla vita, e sul testamento biologico, uno scoop giornalistico ha insinuato che volessimo introdurre l'eutanasia. Superfluo dire che il discorso è stato subito chiuso, o almeno rinviato.

In conclusione, quali erano i punti qualificanti del nostro progetto? Alcuni erano, come ho già detto, gli stessi dei progetti precedenti: riaffermare i principi di legalità, tassatività e di piena attuazione del principio di colpevolezza. Sotto quest'ultimo profilo io ero favorevole alla eliminazione radicale del dolo eventuale. Questa proposta non è passata, tuttavia la figura del dolo eventuale è stata molto ridimensionata e abbiamo trovato una buona formula di compromesso.

L'affermazione dei principi di legalità e, di certezza del diritto abbiamo cercato di attuarli attraverso una riduzione delle fattispecie di incriminazioni. Abbiamo ritenuto di eliminare le contravvenzioni e la pena pecuniaria. Anche questa seconda novità procedeva da una considerazione logico-sistematica: se la struttura del reato prende fisionomia dalla natura della sanzione comminata, essa è incompatibile con la sanzione tipica dell'illecito amministrativo. Punire un illecito penale e un illecito

amministrativo con la stessa sanzione, significa infatti introdurre un elemento di confusione ontologica. Se infatti la pena pecuniaria è sanzione retributiva tipica anche di altre forme di illecito, non ha senso estenderla al reato.

Abbiamo altresì attuato il principio della tassatività e della certezza del diritto nel concorso di persone nel reato: la conseguenza logica è stata la modifica nella parte speciale della fattispecie di concorso esterno in associazione mafiosa, intollerabile per uno stato di diritto. L'espressione "concorso esterno" è un ossimoro, un nulla sotto il profilo epistemologico. Se si concorre si è dentro. Se non si concorre si è fuori. E viceversa, se si è dentro si concorre. Se si è fuori no. Non è necessario aver letto Aristotele e Popper per condividere questi concetti chiari e distinti. Così, abbiamo rimodulato il reato associativo riconducendone la struttura ai principi fondamentali del nuovo articolo 110, in cui avevamo definito tutte le forme di concorso. Questo principio di tipicizzazione ha orientato e caratterizzato tutta la nostra opera.

Due parole, infine, su argomenti più generali.

I paradossi della giustizia italiana sono fondamentalmente due. Il primo è procedurale: si finisce in prigione prima del processo, quando si è presunti innocenti, e si esce dopo la condanna quando si è colpevoli conclamati. Il secondo è sostanziale: il nostro legislatore è esagerato nel comminare la pena, il giudice è abbastanza mite nell'irrogarla, e alla fine quella concretamente eseguita è inesistente. Noi abbiamo ritenuto che questo paradosso fosse irrazionale.

La nostra commissione si è proposta come primo obiettivo la riduzione della pena, che però deve essere inflitta in termini equi e seri, nel senso che dev'essere espiata.

Ma la sanzione penale non significa necessariamente carcere: esso deve essere l'ultima delle opzioni perché confligge con la funzione rieducativa della pena, con la realtà della situazione carceraria italiana, e in definitiva con gli indirizzi più moderni della criminologia.

In estrema sintesi, il nostro progetto prevedeva questo: una volta eliminato il sistema delle contravvenzioni e della pena pecuniaria, l'unità di misura è la reclusione. Attenzione: reclusione come semplice unità di misura, nel senso che una volta irrogata la pena – con un determinato periodo di reclusione – lo stesso giudice può (e talvolta deve) convertirla in una pena alternativa, tra quelle previste dal codice. Va da sé che in caso di inottemperanza, scatta la pena principale.

Sarebbe stata, secondo noi, una sorta di rivoluzione copernicana, che avrebbe coniugato serietà, efficienza, equità, umanità e anche risparmio.

Concludo. La nostra commissione, come ho detto, era fortemente debitrice nei confronti delle precedenti Grosso e Pagliaro. Dopo di noi, è stata nominata la commissione Pisapia. Con il suo Presidente abbiamo scritto un libro: "In attesa di giustizia", dove in forma di dialogo ci scambiamo le opinioni sulle comuni esperienze e ci domandiamo cosa andrebbe cambiato in Italia per far funzionare la giustizia. Questo libro termina con uno specchietto di riforme condivise a costo zero. Non chiediamo risorse che non ci sono, anzi miriamo a risparmiarne. Abbiamo proposto modifiche sostanziali, procedurali e ordinamentali che potrebbero ridurre i tempi della giustizia e le spese che gravano sui cittadini. Non so se queste riflessioni siano state lette e apprezzate dai politici, ma una cosa è certa: due presidenti di

commissione, un avvocato di sinistra e un magistrato di idee liberali, nominati da due diversi governi, sono arrivati alle stesse conclusioni. Questa è la prova che l'amministrazione della giustizia non è né di destra né di sinistra, ma deve ubbidire a dei criteri di ordine razionale.

Perché non si è fatto? Perché, secondo me, della riforma della giustizia non importa niente a nessuno. Il potere politico se ne disinteressa non per un preordinato disegno di sabotare un potere scomodo, ma per la più banale, e – ahimè – ancor più funesta ragione che questi argomenti non danno potere, non danno clientelismi, e quindi non meritano attenzione, se non quella sufficiente a tranquillizzare i cittadini con proclami sterili, facendo la faccia feroce. In definitiva, se lo Stato ha alcuni milioni da spendere preferirà costruire ospedali, autostrade, università, piuttosto che modernizzare le carceri o istituire strutture di sostegno, perché il rientro clientelare non è di grande soddisfazione.

È con questo massaggio di pessimismo che concludo il mio intervento.

Dott. Donato D'Auria
Magistrato, Tribunale di Pisa

LA COMMISSIONE PISAPIA

Premessa

Se la commissione Nordio – come ha affermato il suo presidente – è partita “lanciata”, potendo utilizzare il lavoro della commissione Grosso, noi della commissione Pisapia siamo partiti per così dire ancora più lanciati, potendo far tesoro dell'esperienza delle precedenti commissioni, già a partire dall'organizzazione dei lavori.

Proprio l'esperienza delle precedenti commissioni ministeriali – i cui progetti, conclusi al termine della legislatura, non hanno potuto neppure essere esaminati dal Parlamento – determinò la scelta della commissione di predisporre in tempi brevi uno schema di legge delega di parte generale, in modo da consentire, entro la prima parte della legislatura, la presentazione in Parlamento di un disegno di legge e di proseguire i lavori di parte speciale parallelamente al dibattito parlamentare e all'eventuale approvazione di direttive di delega (quanto meno dalla commissione Giustizia di un ramo del Parlamento).

Il tutto – si ribadisce – in tempi brevi, perché la commissione si insediò alla fine del luglio 2006 e l'obiettivo era quello di redigere una prima bozza da consegnare al Ministro della Giustizia entro il luglio del 2007. Dunque, il programma era quello di redigere la parte generale del codice esattamente nell'arco di un anno. È del tutto evidente, del resto, che solo seguendo questo percorso si poteva evitare di predisporre proposte di direttive di parte speciale incompatibili con le decisioni del legislatore: i lavori sulla parte speciale dovevano infatti necessariamente avere, anche per evitare decisioni che si discostassero dalla delega, come punto di riferimento le scelte, o quanto meno l'orientamento, del Parlamento, su temi rilevanti quali, in particolare, quelli relativi al principio di offensività, al mantenimento o meno della distinzione tra delitti e contravvenzioni, all'elemento psicologico del reato e, più in generale, all'intero sistema sanzionatorio (basti pensare, ad esempio, all'eventuale previsione di pene che, proposte dalla commissione, non hanno trovato il consenso parlamentare).

Il fatto che la riforma del codice penale fosse considerata tra le priorità nei programmi delle due coalizioni che si erano presentate alle elezioni era fonte di cauto ottimismo: a questo si aggiunga che la commissione ha tenuto in gran conto non solo il prezioso lavoro delle precedenti commissioni ministeriali (autorevolmente presiedute dal prof. Pagliaro, dal prof. Grosso e dal dr. Nordio) e della commissione Giustizia del Senato che, nel 1995, aveva approvato un progetto di parte generale (progetto Ritz), ma anche dell'ampio dibattito che si è sviluppato su tali progetti in dibattiti, convegni e approfondimenti apparsi sulle principali riviste giuridiche.

Il 14 maggio 2007 la commissione presentò al Ministro della Giustizia un primo progetto di modifica della parte generale del codice. Vi furono successivamente numerose occasioni in cui la commissione, o componenti della commissione, ebbero a confrontarsi con l'Accademia, con l'Avvocatura e la Magistratura nonché con

operatori penitenziari e con associazioni che si occupano delle tematiche collegate alla pena e al rapporto tra carcere e società. Dal 21 al 23 giugno si tenne inoltre, a Siracusa, un seminario, organizzato dal prof. Alfonso Stile, nel corso del quale lo schema di legge delega predisposto dalla commissione fu esaminato e valutato da oltre 70 professori di diritto penale.

L'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia fece pervenire, in data 17 luglio, le Sue osservazioni "di carattere tecnico" sul testo inviato al Ministro. Di tali osservazioni, nonché dei rilievi, delle indicazioni, dei suggerimenti emersi nel corso di Convegni e seminari, la commissione discusse in due sedute plenarie, modificando o precisando, in vari punti, il testo iniziale e approvando il testo finale che il Presidente della commissione presentò al Ministro della Giustizia con l'allegata relazione.

Per quanto concerne i principi di delega, la commissione ha fatto particolare attenzione a predisporre, soprattutto sui punti più innovativi rispetto al codice vigente, direttive chiare e precise in cui i principi e i criteri direttivi fossero sufficientemente circostanziati così come indicato dalla Corte costituzionale nell'interpretazione dell'art. 76 Cost.

Si è anche voluto sottolineare la necessità di fare del codice il testo centrale dell'intero sistema penale, in modo da evitare, come accaduto soprattutto negli ultimi anni, il continuo inserimento di fattispecie penali in leggi speciali con i conseguenti effetti negativi sia in relazione alla chiarezza che alla effettiva possibilità di conoscenza, da parte dei cittadini, delle condotte penalmente rilevanti. L'obiettivo è quello di evitare ulteriori estensioni della legislazione penale che, come sottolineato dal prof. Pagliaro già nel lontano 1991, "aveva assunto dimensioni abnormi".

La prospettiva della commissione, dunque, è stata quella di pervenire a un diritto penale minimo, equo ed efficace, anche in considerazione del fallimento, sotto ogni profilo, dell'attuale panpenalismo che – con l'introduzione nel nostro ordinamento di sempre nuove fattispecie penali (soprattutto contravvenzionali) che, non raramente, puniscono condotte rispetto alle quali sarebbe sicuramente più efficace una immediata sanzione amministrativa – ha avuto un ruolo negativo determinante nell'attuale al limite del collasso della giustizia penale, con un livello di durata dei processi apertamente in contrasto con quanto previsto dall'art. 111 della Costituzione, oltre che dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La commissione ha ritenuto opportuno, come aveva fatto la commissione Pagliaro, far precedere i principi e criteri direttivi, da alcuni PRINCIPI DI CODIFICAZIONE.

Art. 2, comma 2, lettera a): "Prevedere come reati solo fatti che offendano beni giuridici di rilevanza costituzionale"

La commissione ha ritenuto che compito primario del legislatore penale fosse quello di garantire la salvaguardia dei beni giuridici di rango costituzionale: tale criterio selettivo e "limitativo" del potere punitivo statale è stato deciso dopo un ampio confronto che non ha trascurato la prospettiva di contenimento deflazionistico del numero dei reati. La commissione – preso atto di come la nostra carta costituzionale, pur vincolando il contenuto dei divieti penali al rispetto di altri principi esplicitamente dichiarati (libertà, uguaglianza, riserva di legge e simili), non contenga nessuna norma che enunci espressamente la garanzia della offen-

sività – ha ritenuto, pur con qualche opinione dissenziente, che il principio della protezione dei beni giuridici costituzionalmente rilevanti assurga a scopo ultimo del diritto penale, per via di un percorso interpretativo che richiama norme costituzionali che prendono direttamente posizione sulla stessa materia penale.

L'art. 25, comma 2, nel riferire il principio di legalità al “fatto commesso”, impedirebbe infatti di radicare il reato su di un semplice atteggiamento soggettivo dell'autore e costringerebbe il legislatore a imperniarlo su di un fatto materialmente offensivo di un bene giuridico; l'art. 27, comma 3, ponendo l'accento sulla funzione “rieducativa” della pena, ma non delegittimando la funzione “retributiva”, imporrebbe di rinvenire un rapporto di equilibrio tra le due funzioni, per effetto del quale l'incriminazione andrebbe radicata su un fatto offensivo dell'interesse tutelato.

Il confronto all'interno della commissione ha posto altresì l'accento sul ruolo dell'art. 13 Cost. che, assegnando un valore preminente alla “libertà personale” – bene costituzionale sul quale effettivamente o potenzialmente incide la sanzione penale – dovrebbe coerentemente indurre a concludere che la pena è una sanzione legittimamente adottabile soltanto per la tutela di beni, se non di pari grado rispetto al valore sacrificato (la libertà personale), che siano almeno dotati di rilievo costituzionale.

Art. 2, comma 2, lett. b): “Escludere qualsiasi forma di responsabilità oggettiva, prevedendo come sole forme di imputazione il dolo e la colpa”

L'esclusione di qualsiasi forma di responsabilità oggettiva e il rispetto del principio di colpevolezza avrebbero trovato evidentemente piena attuazione nella parte speciale: si è voluto però indicarli tra i principi di codificazione e tra i principi generali per affermare la piena adesione alla lettura che la Corte costituzionale ha dato dell'art. 27, co. 1 Cost. allorché ha affermato che, per rispettare il primo comma dell'art. 27, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano oggettivamente collegati all'agente e siano, quindi, investiti dal dolo e dalla colpa (Corte Cost., sent. 30 novembre - 13 dicembre 1988 n. 1085).

Sulla base di queste argomentazioni, sulle quali ampia e approfondita è stata la discussione in commissione, soprattutto in relazione ad alcune norme presenti nel codice del 1930 (es. art. 116, 117, 42 comma 3 c. p.) si è ritenuto di eliminare, in quanto incompatibile con i principi sopra enunciati, non solo la responsabilità per fatto altrui, ma anche ogni tipo di responsabilità meramente oggettiva in quanto, essendo fondata sulla sola causazione fisica dell'evento, con esclusione dell'accertamento della partecipazione psicologica, è in contrasto sia con l'art. 27 della Costituzione, sia con i principi normativi che, in positivo o in negativo, regolano la funzione della pena nel nostro ordinamento.

Art. 2, comma 2, lett. c): “Affermare il principio di legalità in tutte le sue implicazioni, attuandolo mediante la previsione chiara e determinata di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie di reato, nonché mediante l'indicazione espressa di tutti i presupposti della punibilità.

Unanime è la convinzione che le linee della riforma dovessero tendere a realizzare la razionalità, la coerenza, l'efficienza del sistema penale e, in primo luogo, la consonanza di esso con le regole e i valori della Costituzione repubblicana. Il conseguimen-

to di simili obiettivi dipende principalmente dalla piena attuazione del principio di legalità, presidio di certezza e garanzia insostituibile della libertà e della dignità della persona, il cui bisogno è maggiormente avvertito in un momento storico nel quale più forte è l'incidenza dei vari fattori di crisi della legalità e della certezza del diritto.

L'ambito della riserva di legge deve evidentemente coprire tutti gli elementi costitutivi della fattispecie di reato e le sanzioni comminate per la violazione del precetto, nel senso che la predeterminazione legale deve avere per oggetto il fatto, la colpevolezza, le circostanze che aggravano o attenuano la pena, la punibilità nonché i presupposti della punibilità, delle pene, dei casi di conversione, dei criteri di ragguaglio, le conseguenze sanzionatorie e gli altri effetti penali. Proprio per questo si è ritenuto di esplicitare il principio di legalità non solo nell'ambito delle direttive di delega ma anche nell'ambito dei principi di codificazione (comma 2, lettera c).

Art. 2, comma 2, lett. d): “Prevedere che le disposizioni del codice penale non possano essere abrogate da leggi posteriori se non per dichiarazione espressa del legislatore con esplicito riferimento alle singole disposizioni abrogate”.

È stato previsto che le disposizioni penali non possano essere abrogate o modificate da leggi posteriori, se non per dichiarazione espressa del legislatore con specifico riferimento alle singole disposizioni abrogate o modificate. Si è ritenuto necessario prevedere tale norma in quanto è ormai consuetudine nella prassi legislativa l'utilizzo di una formula generica di abrogazione di tutte le norme e le leggi incompatibili con quelle approvate. Proprio per evitare dubbi interpretativi e una giurisprudenza spesso contrastante in relazione all'abrogazione tacita o meno di una determinata norma si è ritenuto, proprio al fine di approdare a quella chiarezza legislativa che è il presupposto della tassatività delle norme penali, di introdurre una direttiva quale quella sopra specificata. Ciò pur nella consapevolezza della difficoltà, considerate le numerose leggi speciali presenti nel nostro ordinamento che prevedono anche disposizioni penali, di una ricerca che permetta un esame complessivo di tutte le norme che si intendono abrogare.

Passando ora ad esaminare sia pure sinteticamente i PRINCIPI GENERALI introdotti nel progetto di riforma del codice, del principio di legalità si è già detto.

Principio di colpevolezza (art. 2)

Come si è anticipato, uno degli elementi qualificanti dello schema di legge delega è costituito dall'attuazione del principio di colpevolezza quale principio desumibile – secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale fin dalla storica sentenza 364/88 – dall'art. 27, comma 1, della Costituzione.

Secondo l'orientamento della commissione, in piena consonanza con l'opinione ormai unanime in dottrina per la quale il principio di colpevolezza costituisce uno dei principi fondamentali del diritto penale, tale principio dovrà assumere, nel nuovo sistema penale, un significato garantistico basilare, in quanto esclude che in presenza di accadimenti conformi alle fattispecie incriminatrici esigenze preventive possano essere perseguite a prescindere dalla considerazione della situazione soggettiva in cui si sia trovato l'autore della condotta, come avverrebbe nel caso in cui un soggetto finisse col rispondere di fatti indipendenti dalla sua possibilità di controllo o al di là della diligenza da lui legittimamente esigibile. Il che, a parere

della commissione, assume particolare valenza anche in rapporto all'importanza della prevenzione: se infatti si ponesse un problema di responsabilità penale oltre l'ambito riconducibile alle decisioni assunte dal singolo, un diritto penale non rispettoso del principio di colpevolezza finirebbe col compromettere la sua stessa attitudine motivazionale, ingenerando la percezione di un intervento punitivo non strettamente collegato alla effettiva responsabilità del soggetto agente.

Di conseguenza, il principio di colpevolezza esige innanzitutto che non sia punibile chi non abbia violato alcun comando normativo pertinente rispetto alla situazione concreta, come pure chi non sia stato nella condizione di poterlo adempiere. Del pari richiede che il soggetto agente non sia chiamato a rispondere oltre la sfera di ciò che potesse dominare o degli eventi che le regole trasgredite mirino a scongiurare. Come pure esclude che possano rilevare a carico dell'imputato elementi della personalità o dell'ambiente di vita che non abbiano attinenza con il fatto commesso (e che dunque non concorrano a delineare la c.d. "colpevolezza del fatto").

Tra i principi generali si è ritenuto, quindi, con una formula sintetica ma tassativa, di indicare quel principio di colpevolezza che ha ispirato tutti i lavori della commissione.

Principio di offensività (art. 3, lettera a)

La previsione, al livello della legge ordinaria, di una clausola di necessaria offensività è apparsa non solo opportuna ma necessaria anche in un sistema penale completamente riformato, che contenga descrizioni pregnanti dei fatti punibili, in termini di chiara, afferrabile lesione o messa in pericolo di beni significativi: ciò, da un lato, al fine di rimediare a sempre possibili scarti tra descrizione legale astratta ed offesa concreta, e, dall'altro, allo scopo di orientare l'interprete nei casi dubbi.

Su tale tema il confronto si è sviluppato partendo dalla norma prevista dall'art. 4 del progetto Pagliaro, ispirata al principio di offensività quale canone ermeneutico di interpretazione della legge penale. Come si legge nella relazione di tale progetto, il principio di offensività costituisce "il baricentro di ogni diritto penale non totalitario, poliziesco, liberticida" e per ciò è stato assunto come principio regolatore, informatore del nuovo codice". La finalità dell'affermazione di tale principio è quindi duplice e cioè, da un lato, di "fondamentale direttrice di politica legislativa" e, dall'altro, di criterio interpretativo delle fattispecie, la cui formulazione deve essere in termini di concreta offensività del bene giuridico (salvo le deroghe, che debbono però essere espresse, rispetto alla prevenzione della lesione di beni primari, siano essi individuali, collettivi o istituzionali).

Partendo quindi dalle conclusioni della commissione Pagliaro e dal dibattito svoltosi nelle commissioni Grosso e Nordio, la commissione ha dedicato specifiche sessioni di lavoro al principio di offensività e ai riflessi di una sua esplicita accettazione nel sistema penale. Si è così riconosciuta la funzione del principio di offensività nel duplice momento della formulazione della fattispecie tipica e della applicazione della norma penale.

Irrelevanza del fatto (art. 3, lettera b)

Il tema dell'offensività, ha portato la commissione ad un approdo ulteriore, vale a dire alla previsione di cui alla lett. b) dell'art 3, che incide sulla struttura del

reato. Alla nozione di tipicità dell'illecito penale appartiene, assieme agli altri requisiti strutturali (condotta, evento materiale, nesso di causalità), il requisito parimenti essenziale dell'offesa al bene tutelato. Si è condivisa una idea di fondo: in caso di mancata produzione del danno o del pericolo al bene giuridico che la norma penale intende prevenire, quel fatto dovrà essere considerato insussistente in ragione della carenza della offesa. Con la lettera b) dell'art 3, la commissione ha inteso disciplinare i casi di scarsa significatività del danno o del pericolo in relazione al tipo di interesse tutelato dalla norma penale. Per i fatti connotati da una marginale offensività, è sembrato opportuno permettere al pubblico ministero e/o al giudice di pervenire a soluzioni morbide, quando la situazione di fatto legittimi posizioni di giustificata rinuncia alla applicazione della pena, anche in una ottica di deflazione dei carichi penali. La commissione ha, positivamente, vagliato la compatibilità della soluzione proposta con due principi cardine dell'ordinamento penale italiano, quali l'obbligatorietà della azione penale e la legalità formale.

La previsione espressa degli indici fattuali di valutazione, quali 1) la particolare tenuità della offesa al bene giuridico e 2) la occasionalità della condotta da parte del soggetto attivo, mira a disciplinare razionalmente l'istituto in questione, peraltro già usato con una certa ampiezza in sede di archiviazione al di fuori di qualunque regolamentazione (ovviamente al di là dei casi previsti dalla legge n. 448 del 1988 e dal decreto legislativo n. 274 del 2000).

L'esiguità del fatto risulta tale solo laddove, oltre alla scarsa significatività dell'evento dannoso o pericoloso, siano bagattellari pure le modalità della condotta: proprio per questo – ed allo scopo di evitare sia una interpretazione eccessivamente restrittiva sia una interpretazione indebitamente estensiva – è stata proposta una formula in cui le varie circostanze in astratto ipotizzabili fossero indicate non quali “condizioni” ma quali “criteri di valutazione” (“il fatto non è punibile qualora sia ritenuto irrilevante. La valutazione della sua irrilevanza deve essere motivata con riguardo alla sua tenuità, o alla minima entità del danno, o alla natura, alla specie, all'oggetto, al tempo, al luogo o ad altre modalità dell'azione”). Nel corso del dibattito è emersa anche la proposta, per ragioni di determinatezza, di inserire anche il requisito dell'assenza di violenza o minaccia alla persona. La commissione, dopo ampia discussione, ha ritenuto che – nell'ambito della delega – fosse sufficientemente chiara e tassativa la proposta di cui alla lettera b) dell'art. 3, anche in considerazione del fatto che eventuali ulteriori specificazioni o indicazioni ben potevano essere inserite successivamente sulla base del dibattito parlamentare.

Riserva di codice

Con l'art. 5 si prevede il principio di “riserva di codice” pur attenuato dalla indicazione, ritenuta non solo opportuna ma necessaria, di prevedere che vi possano essere disposizioni penali non inserite nel codice, ma queste debbono essere inserite in leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono (si è fatto l'esempio della normativa sugli stupefacenti, sul contrabbando, sulle armi).

Tale principio era già stato previsto dall'art. 3 del progetto Grosso ed in buona sostanza anche dalla commissione Pagliaro.

Con tale disposizione si è inteso rafforzare il principio di legalità penale allo scopo di superare la crisi di efficienza e di garanzie del diritto penale, nonché di creare i presupposti di una effettiva possibilità di conoscibilità delle norme penali

da parte del cittadino (che è principio garantista e contemporaneamente ha una efficacia deterrente) di cui è certamente causa la crescente inflazione della legislazione penale speciale. La riserva di codice, soprattutto se accompagnata a una ragionevole depenalizzazione, contribuisce a rifondare la legalità penale.

Con la “riserva di codice, “il codice penale diverrebbe un testo esaustivo e, per quanto possibile, esclusivo dell’intera materia penale, della cui coerenza e sistematicità il legislatore dovrebbe ogni volta farsi carico.

Ne verrebbe accresciuta la sua capacità regolatrice, tanto nei confronti dei cittadini, quanto dei giudici, con conseguente incremento della certezza e della credibilità del diritto penale, una riduzione della sua area di intervento, conformemente al suo ruolo di strumento estremo di difesa di beni e diritti fondamentali. Unanime è stata la condivisione di tali considerazioni. Nel corso del dibattito è emersa una unica, ma non irrilevante obiezione e cioè che, avendo il codice il rango di legge ordinaria, tale principio sarebbe stato scarsamente vincolante. Tale obiezione, però, potrebbe essere estesa anche a molti altri principi generali del diritto: basti pensare al principio di tassatività, di offensività, nonché ad altre direttive di delega approvate dalla commissione. Basti pensare al sistema sanzionatorio che, evidentemente, non può escludere che il legislatore, come è avvenuto anche con il codice Rocco, introduca nel nostro ordinamento sanzioni penali diverse da quelle previste dall’attuale art. 17 c.p. Non solo, ma non è affatto vero che la codificazione della riserva di codice non sarebbe normativamente rilevante. Avrebbe la rilevanza che hanno tutti i principi generali del diritto, pur stabiliti da leggi ordinarie. Agirebbe quanto meno come freno e – se non altro per l’interazione che sempre sussiste tra diritto e senso comune – varrebbe, con il tempo, a mutare il significato associato alla riserva di legge, la quale si tramuterebbe, nel senso comune, in riserva di codice. La codificazione di tale principio, infine, mentre non comporta nessun effetto negativo, è una sicura innovazione e testimonierebbe la presa di coscienza da parte del legislatore della portata della crisi della giustizia penale e degli strumenti con cui superarla.

Tenuto conto del tempo a disposizione, procederò ora per flash a indicare solo alcuni dei nodi problematici affrontati in commissione, che sono stati tra i più dibattuti, partendo dall’abolizione della distinzione tra delitti e contravvenzioni.

Dopo un’ampia e approfondita discussione, con un doveroso approfondimento anche di diritto comparato, la commissione, a stretta maggioranza, ha ritenuto di superare la distinzione tra delitti e contravvenzioni. Dopo aver affrontato il tema fin dalla prima seduta della commissione, la decisione – data la delicatezza del tema – è stata presa alla conclusione dei lavori di parte generale, dopo che già erano state approvate le direttive in tema di elemento psicologico, di tentativo e quelle inerenti il sistema sanzionatorio.

Nel dibattito sono emerse valide argomentazioni, sia a favore che contro il mantenimento dell’attuale dicotomia delitti-contravvenzioni, come del resto era avvenuto nelle precedenti commissioni e come emerge dalle relazioni della commissione Grosso e della commissione Nordio che sono pervenute però a decisioni tra loro diverse.

La commissione Grosso aveva optato per il mantenimento dell’attuale distinzione sostanzialmente, come emerge dalla relazione al progetto, per le seguenti considerazioni:

- a) pericolo di un appesantimento della categoria dei delitti a fronte della diffi-

coltà di realizzare una depenalizzazione che superi determinate soglie di incisività;

b) persistente validità del modello contravvenzionale in ragione della sua specifica idoneità a recepire le esigenze di una configurazione dinamica delle fattispecie di reato (fattispecie di mera condotta e di pericolo astratto, con una tipicità soggettiva poco marcata e tale da giustificare la previsione indifferenziata, ecc.);

c) esistenza di contravvenzioni non trasformabili agevolmente in delitti;

d) validità del modello di reato contravvenzionale individuato dal progetto Pagliaro nelle tre categorie dei 1) reati consistenti nella violazione di regole cautelari, dei 2) reati integranti un irregolare esercizio di attività sottoposte a poteri amministrativi di concessione, autorizzazione, controllo o vigilanza e 3) dei fatti di ridotta offensività.

La commissione Nordio ha deciso, invece, a larga maggioranza, di non prevedere reati contravvenzionali. Gli argomenti che hanno determinato tale decisione sono stati sostanzialmente tre:

principio della residualità del diritto penale, per cui “il diritto penale è infatti incompatibile con le fattispecie rappresentative di comportamenti assiologicamente neutri, o comunque di scarsa valenza antisociale”;

la presa d'atto che l'attuale catalogo dei reati contravvenzionali non ubbidisce a ragionevoli criteri di differenziazione rispetto a quelli delittuosi: da un lato, infatti, vi sono delitti puniti con la sola pena pecuniaria e dall'altro contravvenzioni per cui è prevista la pena detentiva; vi sono delitti perseguibili a querela (es. art. 2622 c.c. nella sua prima parte) e contravvenzioni perseguibili d'ufficio, il che, come si legge nella relazione, “rivela una visione contraddittoria che impone una riduzione ad armonia ed equità”;

l'assoluta ineffettività della sanzione, neutralizzata dall'inevitabile prescrizione, che impone la depenalizzazione dei reati bagattellari quale scelta coerente e doverosa rispetto all'impianto complessivo del progetto di nuovo codice penale.

Sulla base di tali criteri, la commissione Nordio aveva anche iniziato una ricognizione dei reati contravvenzioni “contenuti non solo nel codice, ma nello sterminato ambito delle leggi speciali”, proprio al fine di evitare l'abrogazione o la depenalizzazione di reati importanti, ma tenendo conto della decisione, auspicata da più parti, di mirare ad una più coerente riduzione della sanzione penale alle sole violazioni rilevanti in chiave di pericolosità, sia pure in uno stadio anticipato, perseguendo quel cosiddetto diritto penale minimo volto ad assicurare efficacia al principio di legalità a maggior garanzia contro l'arbitrio e l'errore”.

La commissione, come detto, si è soffermata e si è confrontata a lungo sulle ragioni che avevano portato le commissioni Pagliaro e Grosso alla scelta di mantenere i reati contravvenzionali e su quelle che avevano portato la commissione Nordio ad una scelta opposta. Una delle ragioni, oltre a quelle fatte proprie dalla commissione Nordio, che molti commissari hanno portato a supporto del loro orientamento favorevole a eliminare l'attuale distinzione, è stata quella di non rischiare di discostarsi dal principio di colpevolezza e di non creare le condizioni affinché, come avviene non raramente con le attuali contravvenzioni, si perseverasse a pervenire a giudizi di responsabilità senza una valutazione dell'elemento psicologico del reato e, in certi casi, addirittura sulla base di una responsabilità di carattere oggettivo. E ciò pur nella consapevolezza della difficoltà di poter, in tempi ragionevoli, esaminare il complesso delle contravvenzioni disseminate in leggi speciali, per valutare quali trasformare

in delitti e quali depenalizzare. In numerosi interventi, inoltre, è stato rilevato come, alla fine, l'unica distinzione tra delitti e contravvenzione indicata nelle relazioni delle commissioni che avevano mantenuto l'attuale assetto, la si trova nella "diversa specie delle pene rispettivamente stabilite" (art. 8) e che la commissione Grosso aveva inteso eliminare la pena dell'arresto e la sua sostituzione con pene diverse da quella detentiva carceraria.

Del resto, si è osservato da parte di numerosi commissari, in presenza di contravvenzioni che hanno una effettiva e reale funzione preventivo-cautelare per beni particolarmente rilevanti, non è più procrastinabile la loro trasformazione in "delitti", creando così le premesse per un'ampia depenalizzazione con il vantaggio di decongestionare la giustizia penale, semplificare e razionalizzare il sistema e, conseguentemente, contribuire ad una accelerazione dei tempi processuali.

La commissione, presa la decisione di eliminare l'attuale dicotomia, ha costituito una apposita sottocommissione per predisporre una proposta al fine di valutare, in sede plenaria, quali contravvenzioni previste nel libro III del codice depenalizzare e quali trasformare in delitti. Si sarebbe reso evidentemente necessario prevedere una norma transitoria per i reati contravvenzionali previsti da leggi speciali e contemporaneamente, una delega, con termini ampi, per una complessiva disamina per l'adeguamento della legislazione speciale alle scelte fatte nella parte generale. A tale proposito non si può non rilevare che la commissione Nordio si era già soffermata sul problema e aveva individuato alcuni criteri di carattere generale: depenalizzazione di tutte le contravvenzioni per le quali è prevista la sola pena pecuniaria e inserimento nel codice di reati a tutela di beni quali la sicurezza sul lavoro, l'ambiente, l'urbanistica, con decisioni da prendere nella predisposizione della delega di parte speciale.

Dolo, colpa, colpa grave (art. 13)

Quanto all'elemento soggettivo del reato, il ripudio della responsabilità oggettiva, che aveva già trovata ampia convergenza nei più recenti progetti di riforma, ha portato la commissione a prevedere, quali unici titoli di imputazione soggettiva, il dolo e la colpa, con esclusione di qualsiasi ipotesi di responsabilità preterintenzionale: il che non significa, evidentemente, la non punibilità per condotte che oggi hanno una loro specifica collocazione nel codice (es. omicidio preterintenzionale), ma significa aver ricondotto tali condotte al concorso di reati tra il fatto-base doloso e l'ulteriore fatto più grave, imputabile a colpa dell'agente.

Già il progetto Pagliaro, all'art. 12 prevedeva di "escludere qualsiasi forma di responsabilità incolpevole, prevedendo due sole forme di imputazione: il dolo e la colpa". Il progetto Grosso, all'art. 25, ha inteso stabilire che "La colpevolezza dell'agente per il reato commesso è presupposto indefettibile della responsabilità penale" e che "nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come delitto se non lo ha realizzato con dolo, salvi i casi di delitto colposo espressamente previsti dalla legge". L'art. 19 del progetto Nordio, prevede che "nessuno possa essere punito per un fatto previsto dalla legge come reato se non lo ha commesso con dolo, salvi i casi di reato colposo espressamente previsti dalla legge".

Riguardo al c.d. elemento soggettivo del reato la commissione, è partita da alcune considerazioni preliminari pressoché unanimemente condivise:

- a) che fossero maturi i tempi di una definitiva messa al bando della responsa-

bilità oggettiva, non solo nelle forme espresse, ma soprattutto in quelle insidiose modalità occulte del suo affiorare;

b) che, in tale materia, formulazioni contenute in norme definitorie hanno comunque una ridotta capacità di incidenza sugli orientamenti giurisprudenziali;

c) che quanto al dolo andrebbe contrastata l'attuale tendenza giurisprudenziale a svalutare la componente volontaristica del nesso psichico e a privilegiare l'instaurazione di un vorticoso processo di oggettivizzazione e di normativizzazione, che riduce il dolo a componente estremamente malleabile sul piano applicativo e quindi facile terreno di coltura per scorciatoie probatorie, soprattutto nel concorso di persone;

d) che, quanto alla colpa, si assiste al fenomeno di un deprecabile appiattimento della colpa specifica sulla responsabilità oggettiva, anche in quanto la giurisprudenza tende a non riscontrare il nesso di imputazione tra condotta ed evento, nonché il grado di esigibilità della regola cautelare violata; con la conseguenza di una "trasformazione" della colpa specifica in colpa generica mediante l'impiego di clausole generali a sfondo cautelare, rinunciando di fatto al controllo di prevedibilità in concreto dell'evento e liquidando la portata fondante del principio di affidamento sulla base del "convincimento" che questo non può essere invocato da chi viola una regola cautelare;

e) che una vera rivoluzione copernicana si potrebbe attuare solo introducendo una terza tipologia di elemento soggettivo, intermedia tra quelli che oggi chiamiamo dolo e colpa, incentrata sul carattere sconsiderato della condotta posta in essere dal reo: scelta che porterebbe a distinguere l'area della "volontà del fatto" dall'area della "volontà del (mero) rischio del fatto" e ciascuna di queste due dall'area della "non volontà" dell'uno e/o dell'altro;

f) che tuttavia tale scelta non è ad oggi realizzabile, sia in quanto la distinzione tra "volontà del fatto" e "volontà del mero rischio del fatto" non sempre è agevole, in quanto comporta per il giudice la difficoltà di spiegare perché chi ha così intensamente voluto il rischio del fatto in realtà non ha voluto il fatto e chi si è rappresentato il fatto in maniera sbiadita ciò nondimeno lo abbia voluto; sia in quanto neppure la distinzione a livello inferiore è spesso così marcata e razionalmente giustificata (basti pensare all'incerta collocazione dei casi di dubbio sulla consistenza della regola cautelare, sulla sua operatività e sulla sua portata), con il conseguente rischio di fare una scelta che, da un lato, finirebbe per rendere ancora più difficile l'accertamento dell'elemento psicologico del reato e, dall'altro, finirebbe per comportare una reazione negativa anche in considerazione del non particolare apprezzamento nel nostro Paese, da parte della dottrina e degli operatori del diritto, del sistema tripartito.

Nella consapevolezza, dunque, che un codice non debba imporre scelte di élite, ma debba invece limitarsi a registrare cambiamenti sufficientemente maturati nella esperienza giuridica, la commissione si è mossa sulla linea tradizionale della dicotomia delle forme di imputazione soggettiva, una incentrata sulla effettiva volontà del fatto da parte dell'agente (dolo) e l'altra sulla sua non volontà e sulla contemporanea violazione della diligenza esigibile dall'agente nella situazione concreta (colpa).

In ordine alla formulazione prescelta per definire il reato doloso, l'allontanamento dalla vigente definizione si misura nella chiarificatrice sostituzione dell'evento, quale oggetto del dolo, con il fatto costitutivo di reato e nella soppressione

dell'inciso "secondo l'intenzione", che appare distonico in un sistema bipartito in cui hanno cittadinanza all'interno del modello doloso anche forme non intenzionali. D'altro canto la stringata formulazione prescelta, attraverso una descrizione essenziale, convalida la struttura del dolo tradizionalmente intesa, ovvero composita di rappresentazione e di volontà, mirando con ciò ad arginare l'invalso processo di normativizzazione del dolo per riaffermare con forza l'indefettibilità di un momento volitivo che abbracci il fatto [il reato è doloso quando l'agente si rappresenta concretamente e vuole il fatto che lo costituisce (art. 13, comma 1, lettera b)].

Tale carattere è ribadito nella definizione che la commissione, pur nella varietà estrema delle posizioni espresse dai singoli componenti, e dopo una iniziale propensione a escludere espressamente la possibilità di responsabilità per "dolo eventuale", ha infine deciso di adottare con riguardo al dolo eventuale [il reato è doloso anche quando l'agente voglia il fatto, la cui realizzazione sia altamente probabile, solo per averlo accettato e ciò risulti da elementi univoci, salva in tal caso l'applicazione di una attenuante facoltativa (art. 13, comma 1, lett. c)]. In proposito va sottolineata come la rappresentazione del fatto in tal caso debba materializzarsi nei termini dell'alta probabilità e come l'accettazione dello stesso non possa essere dal giudice automaticamente ricavata da tale mero stato intellettuale, imponendo invece uno sforzo di autonoma ricostruzione da ulteriori elementi indicativi. La previsione di una attenuante facoltativa consente al giudice di pervenire nei casi limite ad una conclusione tollerabile sul piano della giustizia sostanziale, stemperando la radicalità delle conseguenze di una scelta decisoria che può a volte presentarsi come estremamente problematica (art. 14, lettera c).

Un più evidente tratto di innovazione caratterizza la scrittura della norma relativa alla definizione del reato colposo. A parte il richiamo alla non volontà del fatto costitutivo di reato, che conferma la posizione della colpa in un territorio esattamente contrapposto a quello del dolo, la disposizione ha cura di esplicitare i distinti passaggi che debbono guidare l'interprete nell'accertamento di tale elemento psicologico, menzionando accanto alla violazione di una regola cautelare la prevedibilità ed evitabilità del fatto commesso, allo scopo di evitare intollerabili sovrapposizioni tra la responsabilità colposa e quella oggettiva e richiedendo invece una rimproverabile corrispondenza tra il fatto verificatosi e quello da evitare; per evitare ogni possibile equivoco si è espressamente escluso che possa sussistere la responsabilità colposa se l'evento non rientra tra quelli che la regola cautelare violata mirava specificamente a prevenire (art. 13, lettera d): "il reato è colposo quando il fatto che lo costituisce non è voluto dall'agente e questi lo realizza come conseguenza concretamente prevedibile ed evitabile dall'inosservanza di regole di diligenza, di prudenza o di perizia ovvero di regole cautelari stabilite da leggi, regolamenti, ordini o atti di autonomia privata").

La novità più rilevante riguarda la previsione della figura della colpa grave, che innanzitutto comporta l'abbandono della c.d. colpa cosciente come ipotesi aggravata di colpa. In proposito si è constatato come la colpa cosciente (o con previsione) non rappresenta necessariamente una forma più grave di colpa, potendo la colpa incosciente risultare a seconda delle circostanze comparativamente più grave della colpa cosciente (è ben plausibile infatti considerare più grave il fatto di chi per sconsideratezza o indifferenza ignora le più elementari cautele in una situazione di evidente pericolosità rispetto a quello di chi si rappresenta una remota possibilità di verifica di un evento lesivo). Si è dunque incentrato il nucleo della maggior

gravità della colpa nella “particolare rilevanza” dell’inosservanza delle regole cautelari o della pericolosità della condotta (sul presupposto di una sua misurabilità): dati che, nella loro evidenza, si sono riflessi nella sfera dell’agente e comunque costui avrebbe dovuto agevolmente percepire, sicché è elevato anche il grado di colpevolezza (art. 13, lettera f).

Inoltre, mentre la figura della colpa cosciente nel codice Rocco si risolve unicamente in una aggravante del reato colposo, nel presente progetto la colpa grave rappresenta una nozione a cui in alcuni settori la commissione pensa di agganciare la condizione della incriminazione stessa del reato colposo. A ben vedere, infatti, l’opportunità politico-criminale di far dipendere lo stesso *an* della punibilità dalla presenza di una colpa grave dovrebbe essere presa seriamente in considerazione nel ripensare i modelli di disciplina penale di alcuni settori tecnicamente complessi, notoriamente caratterizzati dalla difficoltà di prova del nesso causale e, nel contempo, dall’esigenza di bilanciare in maniera equilibrata l’esigenza del controllo penale col mantenimento di adeguati margini di libertà di azione (emblematico, com’è facile intuire, il settore della responsabilità medica; si pensi anche al settore della criminalità economica).

Sistema sanzionatorio (artt. 25 sgg.)

Il sistema sanzionatorio proposto dallo schema di disegno di legge delega si caratterizza soprattutto per la diversificazione delle pene applicabili rispetto a quanto previsto dal sistema del codice vigente, che impone sempre – salvo i casi del tutto marginali del ricorso alla sola pena pecuniaria – l’inflizione in sentenza di una pena detentiva (soluzione, questa, dalla quale finora ci si è discostati solo nell’ambito della competenza penale del giudice di pace).

In rapporto a tale scelta si è superato, inoltre, il distinguo tra pene principali e pene accessorie, essendo prevista l’applicazione anche alternativa o congiunta di pene diverse.

Le ragioni che hanno portato a tale scelta sono state molteplici e attengono principalmente ai seguenti nodi problematici:

a) L’inefficienza del diritto penale in molti settori dipende oggi essenzialmente dall’indisponibilità di strumenti sanzionatori che si manifestino davvero in grado di incidere in senso preventivo sugli interessi in gioco: proprio la previsione sistematica della pena detentiva ha fatto sì che le conseguenze sanzionatorie relative a pur gravi condotte pericolose si siano rivelate ampiamente ineffettive, data l’applicabilità degli strumenti intesi a evitare l’esecuzione delle pene detentive di durata relativamente breve.

Una gamma diversificata delle pene consente di evitare modalità sanzionatorie simboliche privilegiando, piuttosto, l’idoneità preventiva delle sanzioni;

b) Le pene non detentive consentono di valorizzare l’esigenza che siano annullati i vantaggi prodotti dal reato: esigenza essenziale ai fini della prevenzione e pur tuttavia fino a oggi non adeguatamente considerata. Esse risultano altresì particolarmente idonee a fungere da disincentivo rispetto al perseguimento antigiusuriero di un interesse economico, nell’ambito degli illeciti commessi per finalità di lucro.

c) La reclusione manifesta scarsa efficienza specialpreventiva, come può evincersi dai tassi elevati di recidiva che si manifestano dopo un’esecuzione non mediata da strumenti alternativi di reinserimento sociale, mentre il tasso di recidiva dopo

modalità sanzionatorie diverse risultano di gran lunga inferiori. Del pari, i costi economici complessivi dell'applicazione di sanzioni non aventi carattere detentivo risultano molto meno elevati rispetto a quelli del ricorso al carcere.

d) Posto che il carcere ha inevitabili effetti di desocializzazione, solo parzialmente recuperabili attraverso il c.d. trattamento penitenziario e la flessibilità dell'esecuzione, l'introduzione di pene non detentive costituisce una modalità attuativa sostanziale dell'orientamento previsto dall'art. 27, comma 3 della Costituzione, per cui le pene sono chiamate a favorire l'integrazione sociale del condannato e non a realizzare la sua espulsione dal contesto della società.

Sulla base di queste premesse – dell'oggettivo fallimento, sotto ogni profilo, dell'attuale sistema sanzionatorio – la commissione ha inteso proporre un sistema sanzionatorio la cui finalità è quella di creare le condizioni affinché possa finalmente trovare attuazione il principio, così spesso richiamato nelle elaborazioni teoriche, del ricorso alla pena detentiva in termini di extrema ratio. Ne deriva che la restrizione della libertà personale dovrebbe rimanere essenzialmente riferita a esigenze di tutela della società nei confronti del serio pericolo della reiterazione di gravi reati come pure, eventualmente, alla necessità di garantire il recidersi dei legami del condannato con organizzazioni criminose.

Queste alcune delle peculiarità salienti che caratterizzano le tipologie sanzionatorie proposte:

- La **pena pecuniaria per tassi**, che in molti ordinamenti europei costituisce la sanzione penale più applicata, consente di rendere finalmente disponibile anche all'ordinamento italiano, ove ne sia adeguatamente garantita l'effettività esecutiva, uno strumento tale da poter essere modulato – in termini non desocializzanti – alle effettive condizioni economiche del condannato.

- Le **pena interdittive** consentono un intervento molto mirato – senza desocializzazione detentiva e con attenzione a non privare il condannato dei presupposti necessari per la garanzia dei suoi diritti fondamentali nonché per l'assolvimento dei suoi doveri sociali e familiari – sui presupposti specifici di una data condotta criminosa: tale modalità d'intervento risulta alquanto concreta al fine di assicurare, in settori particolarmente delicati come quelli amministrativo o commerciale, le esigenze fondamentali della prevenzione (art. 27).

- Le **pena prescrittive** rappresentano un importante strumento per favorire condotte riparative o conciliative (anche attraverso il lavoro in favore della comunità, la messa alla prova o procedure di mediazione); rappresentano, in particolare, lo strumento necessario per evitare il senso di impunità che deriva dalla non effettività della pena, evitando la desocializzazione penitenziaria (proprio per questo non è prevista la possibilità di sospensione condizionale per tali pene), con riguardo ai casi in cui non risultino indispensabili modalità d'intervento che investano la libertà personale (art. 28).

- La **previsione di una pena «di massima durata» non più coincidente con l'ergastolo**, ma tale da assicurare una durata assai consistente della detenzione, garantisce dal pericolo della reiterazione di gravi reati e dalla perpetuazione dei legami di appartenenza a organizzazioni criminali, consentendo nel medesimo tempo un pur limitato adeguamento della pena alle caratteristiche del caso concreto, in conformità al principio costituzionale di colpevolezza; del pari, assicura un più facile realizzarsi dello scopo rieducativo richiesto dalla Costituzione, facendo sì che la cessazione della pena – la cui possibilità è stata ritenuta necessaria dalla Corte

costituzionale anche in rapporto all'ergastolo – abbia comunque data certa, seppur secondo termini temporali molto rigorosi che non implicano un affievolimento dell'intervento sanzionatorio rispetto alla situazione attuale. Le esigenze di tutela della società sono del resto rafforzate attraverso misure di controllo specificamente previste per il condannato a pena di massima durata che torni in libertà. Lo stesso regime del monitoraggio relativo all'esecuzione della pena, che subordina, anche in questo caso, a una specifica serie di giudizi positivi l'accesso nel lungo periodo alle medesime misure alternative oggi applicabili, rappresenta un significativo rafforzamento del controllo sul percorso effettuato in carcere dal condannato e un importante fattore di stimolo, per il medesimo, alla revisione delle scelte comportamentali, nell'interesse stesso della prevenzione generale (art. 31).

IL CONCORSO DI PERSONE E REATI ASSOCIATIVI

È opportuno introdurre il mio intervento, muovendo dal dato di radicale inadeguatezza della clausola di estensione della punibilità concorsuale nel soddisfare le esigenze, garantistiche ed ordinanti, relative sia ai comportamenti sociali, sia – e forse ancor più – alle decisioni giudiziali. Sul punto, si potrebbe dire che la carenza di precisione, connaturata alla struttura ellittica e tautologica della formula racchiusa nell'articolo 110 c.p., pregiudica – ancor più che il bisogno individuale di discernere tra il lecito ed il punibile – i meccanismi di prevedibilità e di uniformità delle pronunce dei giudici.

Si tratta, a ben vedere, di un profilo che è espressione della ricchezza funzionale della tassatività, rispettivamente, della norma incriminatrice e della categoria delle clausole estensiva della tipicità.

Nell'una, la modalità di costruzione della fattispecie – che mette capo ad un 'tipo' sufficientemente delineato nei suoi contorni – adempie, in termini preponderanti, a compiti di indirizzo della condotta individuale, considerato che la sede del 'fatto tipico' è quella deputata a promuovere i presupposti e le condizioni di agibilità e di efficacia dei messaggi che motivano le scelte di azione rilevanti nell'ottica degli scopi di tutela del diritto penale. Di riflesso, la precisione del 'tipo', nei suoi aspetti di 'riconoscibile chiarezza', facilita le funzioni cognitive del processo, esaltando il contraddittorio, la terzietà del giudice e l'imparzialità della decisione.

In rapporto ad una clausola estensiva della tipicità, i termini del rapporto tra funzioni 'sostanziali' e funzioni 'processuali' della tassatività si capovolgono, risultando prevalenti queste ultime. Mentre, infatti, le prime si riducono a quelle minime di 'calcolabilità delle conseguenze dell'agire criminoso', le seconde operano in chiave servente l'obbligo di motivazione.

Ciò detto, vorrei anche dire che la soluzione dei problemi di disciplina del concorso criminoso non può considerarsi appannaggio esclusivo del discorso teorico, non rappresentando questione di 'verità' giustiziabile dal solo linguaggio della dommatica. In essa, infatti, si trovano riflessi i modi e le tecniche della tutela e, dunque, il campo problematico delle istanze proprie della *decisione politica*.

Su queste premesse, si possono individuare almeno tre livelli sui quali si articolano le valutazioni e le opzioni in ordine ai concreti assetti della riforma del concorso criminoso.

Il primo livello appartiene senz'altro al discorso teorico: si tratta, qui, di definire gli ambiti entro i quali può esercitarsi la manovra discrezionale del legislatore. In tale quadro, è fin troppo ovvio il riferimento ai vincoli che delineano il volto deontologico della penalità costituzionale: riserva di legge, tassatività, materialità, offensività e colpevolezza. Il risultato ricostruttivo non può che coincidere con l'ostracismo verso le forme di criminalizzazione della mera adesione psicologica a condotte criminose altrui, così come nei confronti del *tentativo inidoneo* di partecipazione.

Un secondo ambito della riflessione va ritenuto di competenza del legislatore, in quanto in esso vengono in rilievo scelte politico-criminali che reclamano una base parlamentare di elaborazione dialettica; se così non fosse, non avrebbe senso alcuno proclamare in rapporto alla disciplina del concorso criminoso il principio della riserva di legge, che dovrebbe essere sostituita da un regime di riserva in favore delle *opiniones doctorum*.

Non può, infatti, che appartenere alle scelte legislative, ad esempio, stabilire se risponda a criteri di opportunità politico-criminale la punibilità del *tentativo idoneo* di partecipazione nell'ambito, ben vero, di un reato plurisoggettivo giunto a compimento: in rapporto a tale questione, le pretese di verità del discorso scientifico dovrebbero arretrare innanzi alle esigenze della politica criminale, dal momento che l'eventuale soluzione positiva alle esigenze repressive presidiate da quella categoria non si porrebbe al di sotto della soglia minima di garanzia dei principi di materialità e di offensività. In parole diverse, dovrebbe essere il legislatore a dire se il *tentativo idoneo di partecipazione* meriti un posto all'interno delle vicende rilevanti a titolo concorsuale. In effetti, a me sembra che proprio il necessario mancato chiarimento su questo punto sia al fondo del carattere ambiguo delle formule proposte dai vari articolati che – pur sottolineando la rilevanza causale del singolo contributo – non riescono a sciogliere il nodo della effettiva punibilità concorsuale delle classiche figure problematiche: *a)* del 'palo inattivo'; *b)* del 'fornitore di strumenti inutilizzati'; *c)* del 'complice maldestro'; *d)* dell'*omnimodo facturus*.

Solo all'esito del superamento di questo nodo è possibile passare al terzo dei livelli ai quali accennavo, di competenza – questo sì – dell'istanza teorico-dottorale, in quanto legittimata a selezionare le tecniche di tipizzazione della soluzione di tutela individuata dal legislatore.

Sul punto, si registra, com'è noto, una pluralità di proposte che mettono capo ai diversi paradigmi ai quali la dottrina affida la fondazione del concorso criminoso, che spaziano dal modello causale, a quelli strutturale/organizzatorio e strumentale/funzionale.

In pratica, l'impegno di una tipizzazione del concorso di persone nel reato può essere dispiegato dopo che siano state compiute le scelte di fondo riguardanti le ipotesi problematiche, rispetto alle quali l'assenza di indicazioni con funzioni denotative da parte della disciplina legale ha permesso alla giurisprudenza di attribuire, in piena libertà ermeneutica, i significati ritenuti congrui con i bisogni di tutela che affiorano dalle strutture empirico-fattuali delle reg Giudicande. Ora, se è vero che l'esperienza giuridica contemporanea ha ormai ratificato il coniugio tra diritto di fonte legale e dimensione necessariamente ermeneutica della sua applicazione, è altrettanto indiscutibile che – in un ordinamento retto dal *nullum crimen* – quel genere di convivenza è tollerabile nei limiti entro i quali la decisione giudiziale non sfiguri il *tipo criminoso*, inteso quale *unità omogenea di disvalore* su cui risultano organizzati i giudizi di *meritevolezza* e di *bisogno di pena*.

Orbene, nella materia del concorso criminoso, il diritto pretorio non conosce, nella sostanza, limiti, per l'assenza nel diritto scritto di un *tipo criminoso plurisoggettivo*.

Per contenerlo, si potrebbe pensare – ed in questo credo si possa assecondare l'*imprinting* politico-criminale della proposta di Giovanni Flora – ad una *soluzione di tipo processuale*, che ruoti intorno all'obbligo di motivazione giudiziale circa i caratteri del singolo contributo concorsuale.

Immaginiamo che il legislatore voglia legare (come sarebbe peraltro auspicabile) la punibilità al requisito rigorosamente causale (pur se non rispetto all'evento finale della complessiva condotta plurisoggettiva) dell'apporto, nel senso che quest'ultimo debba aver prodotto una progressione della dinamica concorsuale, generando risultati effettivamente utilizzati dagli altri soggetti che si siano venuti inserendo nella vicenda concorsuale; pensiamo, cioè, ad una soluzione per la quale tizio che interviene nella dinamica concorsuale benefici realmente di ciò che ha fatto qualcuno che lo abbia preceduto. Orbene, una scelta di questo genere potrebbe essere implementata – piuttosto che da formule legali che si richiamino alla natura causale, strutturale, strumentale ovvero di connessione funzionale tra gli anelli delle varie condotte concorsuali – con una disposizione che sancisca l'obbligo della motivazione in ordine al concreto condizionamento della vicenda criminosa collettiva da parte del singolo.

Potrebbe così sdrammatizzarsi un problema che sembra prigioniero di opzioni dommatiche, ciascuna provvista di buone ragioni.

Nessuno degli articolati si è occupato di un problema che, a mio sommo avviso, merita di essere disciplinato, per le incertezze che genera sul piano applicativo ove, dal mio punto di vista, si consumano diffuse violazioni della legalità penale.

Mi riferisco alla questione della operatività della normativa sul concorso criminoso in rapporto al reato plurisoggettivo c.d. improprio, ambito nel quale trovano collocazione figure criminose oggetto di estesa applicazione nella prassi (si pensi all'ipotesi del trasferimento fraudolento di valori, incriminato dall'art. 12-*quinquies*, l. n. 356/92).

Sono tra quanti pensano che la soluzione giurisprudenziale in favore della punibilità, a titolo di concorso eventuale, del soggetto autore del contributo tipizzato dalla norma incriminatrice ma in tale sede non punito, vada arginata.

Nel punire ciò che il legislatore di parte speciale ha previsto (e, dunque, tipizzato) ma non espressamente punito, quella tesi finisce per tradire la (prima e più rilevante) funzione politico-criminale della disposizione di cui all'art. 110 c.p., che – per il tramite dell'«estensione della tipicità» della norma incriminatrice – tende ad attrarre nell'orbita del *nullum crimen* fatti sforniti del predicato della 'conformità al tipo'.

Introdurre una disposizione che sancisca l'inapplicabilità del concorso criminoso alle condotte di tal genere (con esclusione di quelle che, pur realizzate dai medesimi soggetti, non compongono la dimensione astratta di strumentalità, *costitutiva del tipo non espressamente punito*), varrebbe a rimarcare il carattere assorbente delle scelte politico-criminali compiute dal legislatore in sede di norma incriminatrice rispetto alle clausole estensive della tipicità.

Veniamo, ora, al problema del reato associativo. Qui la riflessione che sollecita il professore Flora è duplice: da un lato, indirizza verso una ri-disciplina del reato associativo e delle relative condotte criminose; dall'altro, intende fornire una proposta di soluzione al problema del c.d. concorso esterno.

Diciamo che, su entrambi i versanti, la giurisprudenza ha fatto un buon lavoro; il riferimento corre agli arresti più illuminanti – in particolare a quelli della suprema istanza di nomofilachia –, non sempre appagante risultando, invece, l'esperienza delle 'risposte quotidiane' che le sezioni semplici della Cassazione forniscono allo *ius litigatoris*, quando i giudici del *Palazzaccio* agiscono – in pratica – quali giudici di terza istanza, piuttosto che nell'esercizio dei compiti propri di una Corte Suprema.

Analizzando le pronunce delle Sezioni Unite, occorre riconoscere che la complessiva elaborazione dei parametri di tipicità vuoi delle condotte di matrice associativa, vuoi dei *fatti di contiguità* si muove lungo binari di ragionevolezza ermeneutica.

Al cospetto di disposizioni ‘aperte’ – quali sono le previsioni criminose di matrice associativa e quelle in tema di concorso di persone nel reato –, che aprono il campo ad attività di riempimento ermeneutico, il problema che si deve porre l’interprete nell’analisi della relativa giurisprudenza non è di stabilire se sia stata o meno rispettata la funzione di garanzia della legge penale, bensì se le interpretazioni accreditate siano ragionevoli sul piano degli adeguati bilanciamenti dei valori in gioco.

In rapporto ai due nodi problematici della definizione della condotta di partecipazione associativa e del fatto di concorso esterno nel delitto associativo, sono persuaso che la risposta data dalla giurisprudenza sia stata soddisfacente.

Si tratta di una risposta soddisfacente che, però, solo in parte esporterei *de lege ferenda*. Dico subito che sul piano della riforma non esiterei a recepire i moduli definitivi della condotta di partecipazione associativa; scarterei – al contrario – la configurazione del paradigma di concorso in associazione, nonostante il sapiente sforzo di tipizzazione compiuto dai giudici che hanno, al riguardo, esteso con generosità le attitudini garantistiche della soluzione delineata.

Taluno continua a reputare costituzionalmente illegittima una norma in materia di reato associativo.

Ritengo che si tratti di una posizione sostenibile solo rispetto al tipo normativo scolpito dall’art. 416 c.p., perché, sia in ragione dell’astrazione generalizzatrice del fatto punito, sia per la latitudine semantica che palesa, rischia di risolversi in un criterio di imputazione piuttosto che in un accadimento della vita reale di cui la norma incriminatrice verbalizza la rilevanza penale.

Ad esiti differenti dovremmo invece approdare in rapporto a fattispecie associative c.d. miste, in cui l’integrazione della tipicità si collega al compimento, quantomeno, di un tentativo di attuazione del programma criminoso e dove l’oggetto dell’incriminazione corrisponde ad una ben riconoscibile manifestazione di crimine organizzato.

Quanto alle condotte di reato che hanno come teatro il sodalizio criminoso, sarei favorevole a trasferire in una disposizione il modello organizzatorio/causale di partecipazione suffragato dalla sentenza *Mannino* del luglio 2005, a mio avviso degna di esser ricordata per la pregevole sottolineatura della dimensione dinamico organizzatoria di quella figura che non piuttosto per aver ribadito i criteri della tipizzazione causale del concorso esterno nel delitto associativo.

Quanto, invece, al concorso esterno nel delitto associativo, ho qualche perplessità a inserire nella formula normativa i risultati della formulazione giurisprudenziale, per una sorta di disincanto maturata rispetto all’esperienza successiva alla *Mannino*: esperienza affollata di arresti che, pur nel formale e retorico ossequio alla *ratio decidendi* di *Mannino*, di fatto se ne allontanano facendo rivivere forme di contiguità compiacente debitorie di un modello sintomatico ed, a tratti, eticizzante di responsabilità, in ogni caso sfuggente a qualsiasi verifica ad impronta causale.

Le ragioni del fallimento del paradigma causale di concorso esterno sono molteplici: mancata metabolizzazione del significato frammentario e selettivo di quel modello; insofferenza della prassi rispetto ad esso innanzi a fatti che proiettano un

accentuato *disvalore di azione*; esigenza di non dispersione di attività investigative talvolta imponenti; limiti epistemologici del modello causale sul terreno associativo e povertà nomologiche del sapere causale utilizzabile al riguardo, segnatamente nell'ottica di stabilire il risultato di rafforzamento o di mantenimento in vita dell'associazione. Quale la strada percorribile? Sarei favorevole all'impiego di una fattispecie fondata su tecniche di anticipazione della tutela, che, tuttavia, non rinunci all'osservanza del principio di frammentarietà, attraendo nel fuoco della tipicità specifici quadri di vita ove la compromissione dell'*extraneus* con la consorteria sia ritagliata su selettivi requisiti di pregnanza criminologica veicolati dall'esperienza giudiziaria (patto elettorale politico-mafioso, accordo imprenditoriale-mafioso per il controllo e la spartizione di appalti, patto per l'aggiustamento di processi).

In questa prospettiva, la sana diffidenza che si è venuta alimentando nel circuito della discussione teorico-accademica verso il paradigma dell'anticipazione della tutela, deve cedere il passo innanzi alla presa d'atto della capacità di prestazione di quel modello sul terreno delle incriminazioni di matrice associativa di stampo mafioso.

I PROFILI DI SOGGETTIVITÀ DEL REO

SOMMARIO: Considerazioni introduttive. – I. Il principio di soggettività rispetto ai soggetti non imputabili. – II. Il principio di soggettività-colpevolezza. – 1. Il recupero integrale dei residui di responsabilità espressa o occulta. – 2. Il recupero integrale della imputabilità procuratasi dal soggetto e dell'infermità di mente al principio della responsabilità colpevole. – 3. Il recupero integrale dell'ignoranza della legge al principio della responsabilità colpevole. – 4. Il recupero integrale del dolo al principio della responsabilità colpevole: il "dolo colpevole". – 5. Il recupero integrale della colpa al principio della responsabilità colpevole: la "colpa colpevole". – 6. Il recupero integrale dell'errore al principio della responsabilità colpevole. – 7. Il recupero integrale delle cause scusanti al principio della responsabilità colpevole.

Considerazioni introduttive. – In un *diritto penale di tipo misto* (cioè oggettivo e soggettivo) il principio di soggettività sta ad indicare che il sistema penale deve fondarsi non solo sui *principi di materialità* (*nullum crimen, nulla poena sine actione*) e di *offensività del fatto* (*nullum crimen, nulla poena sine iniuria*), ma anche sul *principio di soggettività del fatto*, cioè della appartenenza anche psicologica del fatto stesso all'autore¹.

Il principio di soggettività costituisce un *genus*, che comprende due *species*:

1) la *species* del *principio di soggettività-colpevolezza* (*nullum crimen, nulla poena sine culpa*), che riguarda i soli *soggetti imputabili*, cioè capaci di intendere e di volere, poiché la colpevolezza, tanto più se intesa in senso normativo (quale giudizio di rimprovero), è concepibile solo rispetto ad essi;

2) la *species* del *principio di soggettività-pericolosità*, che riguarda i soggetti non imputabili, cioè incapaci di intendere e di volere, perché il fatto del non imputabile, per essere il presupposto sintomatico di pericolosità, deve pur sempre essere espressione della *immaturità* (per la giovane età) o della *anormalità psicopatologica* del soggetto.

Pertanto, la *colpevolezza* è il requisito essenziale del reato del soggetto imputabile e l'*attribuibilità* del fatto alle suddette situazioni di immaturità o di anormalità psicopatologica è il requisito essenziale del reato del soggetto non imputabile.

Diversa è la loro *fonte costituzionale*, poiché nell'ordinamento penale italiano il principio di colpevolezza si fonda sull'art. 27 della Costituzione, che afferma il principio della responsabilità penale personale, mentre il principio di soggettività del soggetto non imputabile si fonda sull'art. 25/3 della Costituzione, che nel prevedere le misure di sicurezza non può non accogliere, anche se implicitamente, il duplice presupposto logico della pericolosità del soggetto e

¹ Per una più ampia trattazione delle problematiche, affrontate nel presente scritto, ci permettiamo di rinviare al nostro: *Diritto penale. Parte generale*, Padova 2013.

della appartenenza del fatto al soggetto non imputabile per essere sintomo di pericolosità di tale soggetto.

I. Il principio di soggettività rispetto ai soggetti non imputabili

Il fatto è espressione della personalità anormale del soggetto non imputabile soltanto in assenza di quelle *cause esterne*: 1) che escludono la *suitas*, cioè l'attribuibilità psichica della condotta allo stato di incapacità di intendere e di volere del suddetto soggetto, come nei casi di costringimento fisico, di forza maggiore, di delirio febbrile; 2) o che, comunque, escluderebbero la riferibilità psichica del fatto a qualsiasi soggetto imputabile, in quanto fatto imprevedibile ed inevitabile e, quindi, incontrollabile, e perciò non rimproverabile a costui. Si pensi, ad esempio, al fanciullo che, in bicicletta ed osservante delle norme della circolazione stradale, investe il pedone, che gli taglia improvvisamente la strada.

Ed in caso di *errore* del soggetto non imputabile occorre distinguere tra:

1) l'*errore patologico* (o condizionato), che dipende cioè dalla causa di non imputabilità (come, ad esempio, nel caso di soggetto psicotico, affetto da delirio di persecuzione, che uccide il presunto persecutore, credendo che stia per ucciderlo). Errore, che non ha rilevanza autonoma, che non esclude l'appartenenza psichica del fatto al soggetto e che resta assorbito dallo stato di non imputabilità dello stesso e della relativa disciplina penale. Così nel suddetto caso dello psicotico non si può invocare la scusante della legittima difesa putativa ed egli sarà non punibile, non perché il fatto non costituisce reato per mancanza di dolo e di colpa, ma per infermità di mente e sottostarà a misure di sicurezza per la sua pericolosità;

2) l'*errore normale* (non condizionato), cioè del tutto indipendente dalle cause di non imputabilità (minore età, infermità mentale). Così nel caso del paranoico o del fanciullo, che si impossessa della bicicletta altrui, perché del tutto identica alla propria e credendola erroneamente di sua proprietà; o che reagisca violentemente contro chi per scherzo simula perfettamente una rapina nei suoi confronti, trattandosi di *errore scusabile* nei confronti di chiunque. Tale errore esclude l'appartenenza psichica del fatto al soggetto non imputabile, che sarà non punibile perché il fatto non costituisce reato e non sarà sottoposto a misura di sicurezza.

II. Il principio di soggettività-colpevolezza

1. Il recupero integrale dei residui di responsabilità espressa o occulta

Il problema del principio di colpevolezza non è tanto quello di una espressa codificazione, non essendo questa necessaria, per il diritto penale italiano, bastando a tutti gli effetti il disposto dell'art. 27/1 della Costituzione, che col fissare il principio della "responsabilità penale personale", esclude come illegittime non solo la responsabilità penale per il fatto altrui, ma anche la responsabilità penale oggettiva, non colpevole. Né essendo, tale principio, previsto dai più moderni

codici penali, stranieri, come pure dai più recenti Schemi italiani di un nuovo codice penale (schema Pagliaro del 1992, Pisapia del 1995, Nordio del 2000, con la sola eccezione dello schema Grosso del 2005, che espressamente richiede la colpevolezza quale requisito della responsabilità penale, senza però darne alcuna definizione).

Il problema del principio di colpevolezza è, invece e soprattutto, il problema del *recupero integrale* della responsabilità penale colpevole nei quattro elementi strutturali della stessa colpevolezza: *a) l'imputabilità*, cioè la capacità di intendere e di volere; *b) la conoscenza o la conoscibilità della legge penale*; *c) il dolo e la colpa*; *d) le cause scusanti*, di esclusione della colpevolezza.

E ciò al triplice fine:

1) in primo luogo, al fine di bandire dalla legislazione penale i residui: 1) sia di *responsabilità oggettiva espressa per l'evento*, che si ha, come stabilisce l'art. 42/3 del c.p. italiano, quando la legge pone l'evento a carico del soggetto sulla base del mero rapporto di causalità con la condotta, a prescindere dal dolo e dalla colpa (come certi reati aggravati da un ulteriore evento); 2) sia di *responsabilità oggettiva per altro elemento del fatto*, diverso dall'evento. Come nell'ipotesi, di cui all'art. 117 del c.p. italiano, del soggetto concorrente (*extraneus*) nel reato proprio altrui che ignora la qualifica soggettiva dell'*intraneus* e che è punibile per concorso. E così pure, rispetto ai reati sessuali, commessi a danno di persona minore degli anni quattordici, la irrilevanza della ignoranza dell'età della persona offesa (art. 609 *sexius* del c.p. italiano, prima della riforma di tale articolo ad opera della L. n. 172/2012);

2) in secondo luogo, al fine di bandire dalla legislazione penale anche le ipotesi di *responsabilità oggettiva parziale* (o, meglio, di responsabilità *anomala*), nella quale non si prescinde totalmente dalla colpevolezza, ma si punisce la colpa a titolo di dolo e con la pena prevista per il delitto doloso. Così nel vigente art. 116 del c.p. italiano, per il quale, qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento è conseguenza (colposa, secondo un'interpretazione ormai dominante) della sua condotta;

3) in terzo luogo, al fine di bandire la *responsabilità oggettiva occulta*, cioè quei coefficienti di responsabilità oggettiva che si annidano negli stessi quattro elementi strutturali della colpevolezza sopraindicati.

La cancellazione dalla legislazione penale dei residui di *responsabilità oggettiva espressa* è un'operazione di tecnica legislativa agevole, consistente, secondo le soluzioni adottate dai diversi schemi di un nuovo codice penale italiano: *a) nella modificazione* delle norme che prevedono tali residui (così del disposto dell'art. 42/3 del c.p. italiano e delle norme sui reati aggravati dell'evento, prevedendo che l'ulteriore evento sia attribuibile a titolo di colpa: così gli schemi Grosso e Pisapia; *b) nella soppressione* delle norme che prevedono i suddetti residui (dell'art. 42/3 e delle norme sui reati aggravati dell'evento: così lo schema Pagliaro), che costituisce la soluzione più lineare e di grande semplificazione dogmatica, data la molteplicità di problemi e di contrasti sollevati dalla complicata categoria dei reati aggravati dall'evento; e senza ripercussioni negative sulla generalprevenzione.

Ben più ardua è, invece, l'eliminazione nella prassi giurisprudenziale della *responsabilità oggettiva occulta*, perché essa si insinua e si mimetizza tra le

maglie della colpevolezza; perché è un pericolo costantemente presente in tale prassi, in quanto l'eliminazione di tale responsabilità richiede una "predisposizione per la colpevolezza", che non è sempre presente nella prassi, nonché e ancor prima interventi legislativi nei quattro settori di annidamento della medesima.

2. Il recupero integrale della imputabilità procuratasi dal soggetto e dell'infermità di mente al principio della responsabilità colpevole

A) Il recupero al principio di colpevolezza della totale incapacità di intendere e di volere, procuratasi dal soggetto, è conseguibile attraverso: 1) l'eliminazione di ogni *fictio iuris* di imputabilità, con la conseguente artificiosità di una responsabilità per dolo o per colpa, a seconda che, al momento della commissione del reato, l'agente abbia voluto il fatto o l'abbia causato per imprudenza o negligenza, trattandosi di distinzione che presuppone la normalità psichica, inconcepibile nel suddetto stato di totale incapacità; 2) la presa d'atto del dato psicologico di realtà che l'agente al momento della commissione del reato era incapace di intendere e di volere e che si ha una deroga al principio regolare della imputabilità al momento del fatto; 3) l'assorbimento della incapacità, procuratasi dal soggetto, nell'ambito della colpevolezza, mediante la disciplina della materia in questi termini: "In caso di incapacità di intendere e di volere, procuratasi dal soggetto, volontariamente o colposamente, egli risponde del fatto commesso per dolo, se al momento in cui si è posto nello stato di necessità, ne ha previsto e accettato il rischio della verifica; o per colpa, se il fatto commesso fu da lui previsto o era prevedibile come conseguenza di tale stato". Così, ad esempio, nel caso dell'automobilista, che si ubriaca e si droga mentre è alla guida dell'automobile o sta per partire con tale automezzo.

E "In caso di incapacità, preordinata al fine di commettere un reato o di procurarsi una scusa, l'agente risponde per dolo del reato preordinato". Perché il soggetto risponda di *dolo intenzionale*, occorre una *continuazione psicologica* tra il reato preordinato e il reato commesso, che viene meno quando il reato commesso non è il reato preordinato. Così, ad esempio, nel caso di A, ubriacatosi o drogatosi per uccidere B e caricatolo sull'auto per portarlo nel luogo dell'esecuzione, per effetto dell'ubriacatura o della stupefazione dimentica totalmente tale proposito, ma cagiona la morte di B per un incidente stradale dovuto allo stato di incapacità. Egli risponderà per omicidio colposo o, al più, per dolo eventuale se ha previsto ed accettato anche tale eventualità. E ciò vale ancor più quando il reato commesso è del tutto diverso dal reato preordinato. Come nel caso di A che si ubriaca per commettere un furto e, resosi incapace, commette il reato di oltraggio a pubblico ufficiale o di percosse. Nella suddetta ipotesi si fuoriesce dalla preordinazione e si rientra nella incapacità di intendere e di volere, volontaria o colposa, e alla disciplina sopraindicata. La soluzione suddetta è quella sostanzialmente accolta dallo schema Pagliaro e, in qualche misura, dallo schema Pisapia, mentre silente è sul punto lo schema Nordio e non esente da coefficienti di responsabilità oggettiva occulta è lo schema Grosso.

B) Il recupero integrale al principio della responsabilità colpevole dei residui di responsabilità oggettiva occulta, che si annidano nell'ambito *della infermità di mente*, richiede un pur se cauto ampliamento di tale categoria, per

una duplice ragione: 1) poiché esiste una tendenza delle scienze psichiatriche e penalistiche e della giurisprudenza a considerare cause di esclusione o di riduzione dell'imputabilità non più soltanto le malattie psichiche in senso stretto, ben definibili clinicamente, ma anche altre situazioni psichiche, che sfuggono a una precisa classificazione nosografica di tipo psicopatologico; 2) perché i più moderni codici penali europei e i più recenti schemi italiani di un nuovo codice penale, al duplice fine dell'adeguamento del diritto penale alle acquisizioni della scienza psichiatrica e, ad un tempo, di evitare incaute "patologizzazioni" della criminalità, con l'indebolimento della tenuta generale della generalprevenzione del sistema penale, parlano di grave disturbo di coscienza, di grave disturbo di personalità, di grave o gravissima anomalia psichica. Oppure, pur non parlando di gravità del disturbo psichico, si soffermano sulla gravità degli effetti, cioè della esclusione o della grave diminuzione della imputabilità.

3. Il recupero integrale dell'ignoranza della legge al principio della responsabilità colpevole

È un dato pressoché acquisito, perché condiviso dalla dottrina italiana e straniera, dai moderni codici europei, dalla Corte costituzionale italiana e dagli Schemi di un nuovo codice penale, che un tale recupero è operato attraverso: 1) sia, innanzitutto, il rifiuto del dogma della assoluta *inescusabilità* dell'*ignorantia legis*, poiché questa pecca per eccesso repressivo; 2) sia, altresì, il rifiuto dell'opposto dogma, della *scusabilità assoluta*, poiché questa pecca per eccesso scusante (con la paventata carrariana "ruina del iure penale") e non è necessaria per la colpevolezza, in quanto la rimproverabilità della volontà già esiste nell'*ignorantia legis*, dovuta ad ostilità o ad indifferenza per l'ordinamento giuridico o, comunque, quando l'agente aveva la possibilità di conoscere la legge; 3) e l'accettazione della soluzione compromissoria della *scusabilità relativa*: della sufficienza della *conoscibilità della legge penale* e, quindi, con la scusabilità della ignoranza inevitabile, incolpevole, e la inescusabilità della ignoranza evitabile, colpevole.

Sicché il problema resta, oggi, quello di stabilire quand'è che si ha ignoranza colpevole e, quindi, inescusabile, o ignoranza incolpevole e, quindi, scusabile, sulla base, anche qui dell'imputazione soggettiva dell'ignoranza.

A) *L'ignoranza colpevole* si ha, in un crescendo di concretezza: 1) nell'ipotesi, soprattutto teorica, dell'*ignoranza preordinata* per agire con maggiore tranquillità di coscienza o per procurarsi una scusa; 2) nell'ipotesi, meno teorica, dell'*ignoranza volontaria* per indifferenza o ostilità verso l'ordinamento giuridico; 3) nell'ipotesi, più comune, dell'*ignoranza colposa*, che ricorre quando esistono i tre requisiti della colpa per il fatto criminoso, adattati però alla peculiarità della materia in esame. E precisamente:

1) il requisito negativo della *non volontarietà* dell'ignoranza, nei due sensi sopra indicati;

2) il requisito oggettivo dell'*inosservanza delle regole cautelari*, che indicano le modalità per la assunzione di informazioni e, quindi, per la presa di conoscenza dell'esistenza e del contenuto della legge penale. Modalità informativa, rapportabile e proporzionata alla diversa complessità dei testi legislativi:

dalla sufficienza della semplice lettura del testo al ricorso alle fonti informative consuete e fino alle fonti di elevata specializzazione (dell'insigne giurista o delle pubbliche amministrazioni competenti in materia);

3) il requisito soggettivo dell'*attribuibilità dell'ignoranza o dell'errore* all'innosservanza delle regole cautelari di informazione, essendo la loro osservanza ragionevolmente esigibile dall'*homo eiusdem professionis et condicionis* (dall'imprenditore modello, dall'automobilista modello, dal contribuente modello, ecc.). Con applicazione del *principio dell'affidamento*, nel senso che il soggetto deve potere confidare nella corretta pubblicazione, senza errori, della legge nella Gazzetta ufficiale; nella corretta interpretazione ed applicazione della legge da parte delle autorità istituzionalmente competenti in merito (es.: costante giurisprudenza circa la liceità del fatto, poi mutata; precedente sentenza assolutoria dell'agente per analogo fatto; autorizzazione amministrativa; informazioni di uffici competenti, ad esempio fiscali, o da parte del consulente legale, rivelatesi poi erronee). E sempre che l'agente non abbia la conoscenza o la conoscibilità della non affidabilità della fonte informativa (nel caso, ad es., di macroscopico errore materiale nel testo legislativo pubblicato; di sentenza manifestamente ideologica del giudice; di lassiste o compiacenti assicurazioni dell'autorità amministrativa competente).

B) L'*ignoranza o l'errore incolpevole* si ha, per esclusione, al di fuori dei suddetti casi di ignoranza o di errore colpevole. E cioè dovuti: a) a *forza maggiore* o a *caso fortuito*, come nei casi di impossibilità oggettiva, generale ed invincibile, di conoscenza della legge (es.: nel caso di mancata circolazione del testo legislativo per perdurante sciopero dei mezzi di comunicazione; per errore nel testo pubblicato sulla Gazzetta ufficiale; per insuperabile oscurità di tale testo); b) ad *errore scusabile*, dovuto alla fallace informazione delle fonti qualificate (es.: dell'insigne giurista, dell'ufficio del fisco).

C) Fondamentale è poi la distinzione tra: 1) *delitti naturali*, dove l'*ignorantia legis* non ha normalmente luogo per la sostanziale coincidenza tra norma di civiltà e norma di legge e per la presa di coscienza della legge per induzione, poiché, come insegna l'elementare psicologia, la comune coscienza sa che ciò che offende altrui interessi è anche in genere vietato e sanzionato dal diritto; 2) *delitti artificiali* (o neutri), di mera creazione legislativa, che sono il connaturale terreno della *ignorantia legis*, perché privi di un autentico disvalore sociale, ma che in genere non scusa, perché le relative leggi hanno come destinatari soggetti esercenti attività rischiose o professionali, i quali hanno il "dovere strumentale" di assumere informazioni sulle leggi concernenti le loro attività (legislazione antinfortunistica sul lavoro, stradale, fiscale, ecc.). E, quindi, la legge, anche se non conosciuta, era da essi conoscibile. Fatta eccezione, però e pur sempre, per i casi sopraindicati di forza maggiore, di oscurità del testo legislativo, di errore determinato da fonti informative qualificate.

4. Il recupero integrale del dolo al principio della responsabilità colpevole: il "dolo colpevole"

Circa il *dolo*, i settori di possibili annidamenti della responsabilità oggettiva occulta sono costituiti innanzitutto dall'*oggetto* e dall'*accertamento* del dolo.

A) Circa l'oggetto del dolo, problema non adeguatamente risolto e sempre aperto è se il "dolo colpevole" sia soltanto coscienza e volontà del fatto materiale tipico oppure anche *coscienza del disvalore*, dell'offensività di tale fatto, secondo una responsabilità autenticamente colpevole.

Sennonché la *coscienza* (pur in senso non tecnico, ma laico) *dell'offensività del fatto* è configurabile rispetto ai *reati di offesa*, essendo l'offesa requisito, esplicito o implicito, del fatto tipico e costituendo, quindi, oggetto del dolo. Con conseguente coincidenza della coscienza dell'offensività del fatto e, per induzione, della coscienza dell'illiceità giuridica del medesimo.

Ma tale coscienza è inconcepibile rispetto ai *reati di scopo* o senza offesa (coi quali si incrimina non l'offesa ad un bene giuridico, ma la realizzazione di situazioni che lo Stato ha interesse che non si realizzino), per cui, non essendo qui l'offesa elemento costitutivo del reato, la coscienza del disvalore giuridico del fatto presuppone l'effettiva conoscenza della legge. Per esigenze, però, di politica criminale si ritiene non necessaria la conoscenza della legge, ma sufficiente il *minimum* irrinunciabile della *conoscibilità* della medesima. Con la conseguente anomalia di una colpevolezza dolosa ibrida, poiché dolosa per il fatto materiale tipico e colposa per quanto riguarda l'*ignorantia legis* inescusabile. Di qui l'esigenza del contenimento, nei limiti strettamente imposti dalla prevenzione, dei reati di scopo, per la dissonanza coi principi di offensività, di colpevolezza e di eguaglianza giuridica.

Altro problema è se la riformulazione legislativa del dolo debba estendersi anche alla coscienza dell'offensività o (come si afferma nello schema Pagliaro) alla "coscienza del significato del fatto"; oppure non debba dare spazio a tale coscienza (come nello schema Grosso).

B) Altro settore di annidamento della responsabilità oggettiva occulta è costituito dal *dolo nei reati omissivi*. E non tanto rispetto al problema ormai superato della ammissibilità di un autentico dolo omissivo, compreso anche il dolo eventuale. E nemmeno rispetto ai *reati omissivi impropri* (cioè di evento), poiché esiste, sì, il contrasto dottrinale tra coloro che richiedono la conoscenza dell'esistenza dell'obbligo di garanzia (in quanto elemento del fatto tipico) e coloro che distinguono tra: *a) la statuizione dell'obbligo di garanzia*, il quale, integrando la norma penale, è sufficiente che sia conoscibile; *b) e la situazione sottostante all'obbligo di garanzia*, la quale, in quanto elemento del fatto tipico, è oggetto del dolo. Contrasto superato, però, sul piano dei risultati pratici, poiché la conoscenza di tale situazione, essendo richiesta da entrambe le suddette correnti dottrinali, porta ad inferire la conoscenza, almeno laica, dell'obbligo di garanzia. E ciò: *a)* perché tale obbligo è, da sempre, intimamente compenetrato nella suddetta situazione. Si può, ad esempio, dubitare che la donna, che sa di essere madre, o l'uomo, che sa di essere medico ospedaliero, sappiano di dovere, rispettivamente, alimentare il proprio figlio infante e curare il soggetto ammalato? ; *b)* o perché l'obbligo di garanzia scaturisce da un sottostante rapporto contrattuale. Si può, ad esempio, dubitare che la *baby sitter* o la guardia giurata della banca sappiano di avere il dovere, rispettivamente, di custodire il bambino ad essa affidato e di vigilare per impedire le rapine alla banca medesima?

Viceversa, il problema di un pieno recupero del principio di colpevolezza si pone rispetto ai *reati omissivi proprii* (di mera omissione). Ma non tanto rispetto ai *reati omissivi proprii naturali* (o pregnanti), poiché caratterizzati da

un *intrinseco disvalore pregiuridico*: *a*) sia perché hanno come presupposto situazioni suscitatrici, nell'uomo normale, di naturali spinte all'azione (ad es.: l'imbattersi in una persona gravemente ferita fa scattare la spinta al solidaristico soccorso della medesima); *b*) sia perché a tali reati sottostanno *norme di civiltà impositive*, che portano a sentire l'agire come doveroso, a prescindere dalla conoscenza della legge penale (ad es.: sul delitto di omissione di soccorso). Onde in questi casi può desumersi, per induzione, anche la conoscenza dell'obbligo giuridico di agire (es.: di prestare soccorso alla persona in pericolo). Quanto rispetto ai *reati omissivi proprii artificiali* (o neutri), cioè di mera creazione legislativa, poiché rispetto ad essi esiste un'*autentica antinomia* nel sistema penale tra: 1) da un lato, *l'esigenza della conoscenza dell'obbligo giuridico di agire*, perché senza di essa è inconcepibile una coscienza e volontà di omettere, poiché trattasi di reati privi di un intrinseco disvalore pregiuridico; che non hanno come presupposto situazioni suscitatrici di spinte ad agire; ed ai quali non sottostanno norme di civiltà. Come si può pensare l'esistenza della volontà di omettere una nuova denuncia da parte del possessore di un'arma, già denunciata alla autorità competente, nel caso di trasferimento di tale arma in altra abitazione estiva, se tale soggetto non conosce la norma penale impositiva in materia?; 2) da altro lato, il *principio della esistenza del dolo* anche senza la reale conoscenza della legge penale, bastando, come abbiamo visto, la conoscibilità. Con la conseguente impossibilità di distinguere il dolo omissivo dalla colpa omissiva.

Antinomia, risolvibile *de iure condendo*: *a*) prevedendo i reati omissivi neutri come *illeciti amministrativi* o come *contravvenzioni*, essendo entrambi punibili o per dolo o per colpa; *b*) o affiancando ai sopravvissuti reati omissivi neutri dolosi dei paralleli delitti colposi, comprendenti le ipotesi di assenza di dolo omissivo per ignoranza evitabile della legge penale. Esigenze, queste, che non trovano menzione né nell'articolato, né nelle relazioni dei vari schemi di un nuovo codice penale.

C) Un recupero integrale del principio di colpevolezza va effettuato anche rispetto all'*accertamento del dolo* (per i possibili annidamenti di responsabilità oggettiva occulta), tenendo presente: 1) che il dolo è *entità psichica reale*, che come tale richiede un'effettiva prova della sua esistenza e non ammette presunzioni, doli generici, né *dolus in re ipsa*; 2) che il procedimento dell'accertamento del dolo, proprio perché non è codificabile, per la non esaustività di ogni codificazione in materia, dovrebbe essere oggetto di ben maggiore attenzione ed approfondimento da parte della dottrina, nelle sue tre operazioni fondamentali: *a*) della considerazione di tutte le *circostanze, oggettive e soggettive*, del caso concreto, che possono dire qualcosa di rilevante sull'atteggiamento psichico del soggetto; *b*) dell'inferire da tali circostanze l'esistenza di una rappresentazione, di una volizione, di un movente, sulla base delle *comuni massime di esperienza*, secondo lo schema logico della *praesumptio hominis*; *c*) della valutazione di eventuali circostanze, che lasciano ragionevolmente supporre una *deviazione* da come vanno le cose comunemente, secondo la comune esperienza. Procedimento di accertamento, questo, che resta identico in tutti i casi, con la sola variante: *a*) della *semplificazione probatoria*, come nei casi cosiddetti di "comportamenti psicologicamente orientati": che parlano il linguaggio del dolo (così, ad esempio, negli atti univoci di violenza sessuale); *b*) dell'*accentuazione* probatoria rispetto ai tanti comportamenti, nei quali l'evidenza sintomatica del dolo è più debole e incerta.

Più arduo è l'inferire dalle circostanze del caso concreto l'esistenza del *dolo eventuale*, poiché il comportamento concreto spesso parla il "linguaggio dell'intenzionalità" del risultato avuto di mira più che il "linguaggio dell'accettazione" degli eventi accessori. Circostanze indizianti sono: *a*) le circostanze che lasciano desumere l'evento accessorio come certo o altamente probabile (come, ad esempio, il gettare la bomba nella piazza, gremita di gente, per uccidere l'uomo politico, con la conseguente morte di più persone); *b*) l'adozione o la mancata adozione di misure idonee ad evitare l'evento (come, ad esempio, nel caso di rapporto sessuale protetto o non protetto da parte del marito affetto da AIDS); *c*) le circostanze indicative del cosiddetto "*rischio schermato*" o "non schermato", cioè dominabile o meno in base alla capacità dell'agente. Così, mentre può presumersi la convinzione della non verificazione dell'evento nel lanciatore di coltelli, che ferisce l'adorata moglie, sempre uscita indenne da tanti analoghi esercizi, altrettanto non può dirsi rispetto all'inesperto tiratore, che per scommessa accetta di sparare alla mela sull'altrui testa.

Con tendenze giurisprudenziali, da un lato, a dilatare il dolo eventuale, presunto *in re ipsa* sulla base della mera pericolosità della condotta; e, da altro lato, ad attribuire il *cliché* del reato colposo a determinati comportamenti (quali gli investimenti stradali, gli infortuni sul lavoro, lo spaccio della dose letale di sostanze stupefacenti), senza verifica concreta circa la possibilità di un dolo eventuale.

La verità è che la differenza tra dolo eventuale e colpa cosciente, nitida concettualmente, ma espressione di una psicologia formalistico-legalistica, risulta di grande difficoltà probatoria nella pratica. Così nei casi del pirata stradale, che vive in modo aggressivo il ruolo di automobilista; dell'automobilista che si ubriaca o si droga prima di mettersi alla guida dell'auto; dello psicopatico esplosivo o del soggetto iracondo, che non si pone il problema se le violente percosse servano solo a percuotere, a ferire o a uccidere. Di qui il tentativo di superare tale aporia con la introduzione di un *tertium genus* di colpevolezza tra il dolo e la colpa incosciente (senza rappresentazione dell'evento), che comprende tutti i casi di volontà orientata nel senso della lesione e non del rispetto del bene giuridico e, quindi, sia il dolo eventuale, sia la colpa cosciente, avendo essi in comune l'aver tenuto la condotta nonostante la previsione dell'evento. Tesi, però, a tutt'oggi senza fortuna (ad essa non facendo riferimento neppure le relazioni ai vari Schemi di un nuovo codice penale).

5. Il recupero integrale della colpa al principio della responsabilità colpevole: la "colpa colpevole"

La colpa è permanentemente esposta ai rischi di regressione verso forme di responsabilità oggettiva occulta. Un suo recupero integrale al suddetto principio richiede la bonifica dei vari settori di annidamento di tale occulta responsabilità oggettiva.

A) L'operazione di bonifica riguarda, innanzitutto, il primo settore di annidamento della responsabilità oggettiva occulta, e va effettuata attraverso la ridefinizione legislativa del primo requisito della colpa, costituito dalla "non volontarietà", da intendere: 1) non più come "non volontarietà dell'evento" (come

per il vigente art. 43 del codice penale italiano e per lo schema Nordio), perché porta a considerare le fattispecie della cosiddetta *colpa impropria* (ove l'evento è voluto: così nei due casi dell'eccesso colposo e della erronea supposizione dell'esistenza di una causa scriminante) come reati dolosi, parificati solo *quoad poenam* al reato colposo, ma sottoposti a tutti gli altri effetti alla disciplina del reato doloso. Così nel caso, ad esempio, di eccesso colposo nella legittima difesa certi giudici hanno condannato per tentato omicidio anziché per lesioni colpose, come pure hanno negato il beneficio dell'indulto all'omicidio per eccesso colposo nella legittima difesa, essendo esso escluso da certi provvedimenti legislativi di clemenza rispetto all'omicidio doloso; 2) bensì come “*non volontarietà del fatto materiale tipico*”, onde alla luce della presente definizione le fattispecie di colpa impropria sono a tutti gli effetti reati colposi, perché l'agente, pur avendo voluto l'evento, non ha voluto il fatto tipico (come richiede, invece, il dolo), in quanto egli, essendo convinto di agire in presenza di una causa scriminante, crede che manchi l'elemento negativo del fatto tipico: l'assenza di cause scriminanti. Definizione, la presente, accolta espressamente dagli schemi Grosso e Pisapia.

B) Altra operazione di bonifica riguarda l'ulteriore settore di annidamento della responsabilità oggettiva occulta, concernente il secondo requisito oggettivo della colpa, costituito dalla *inosservanza delle regole cautelari di condotta*, allorché certa tenace giurisprudenza: 1) ritiene che la *colpa specifica* (per violazione cioè di regole cautelari scritte) possa scaturire dalla inosservanza di qualsiasi legge penale e non soltanto da norme extrapenalì o anche da norme penali, perché aventi una funzione non soltanto incriminatrice, ma preventiva di eventi dannosi (come certe norme penali del codice della strada o della legislazione sulla sicurezza del lavoro); 2) o prescinde dai due seguenti requisiti fondamentali per aversi l'inosservanza delle regole cautelari di condotta: *a*) la *necessaria rientranza dell'evento verificatosi* nello scopo preventivo delle regole cautelari: cioè (così espressamente anche lo schema Pisapia) nel tipo di evento che essa mira a prevenire (così, ad esempio, l'automobilista, che marcia a sinistra, risponderà per colpa specifica di un eventuale scontro automobilistico, ma non dell'investimento di un bambino improvvisamente uscito dalla porta o caduto dal balcone, di cui potrà rispondere di colpa generica solo se nel suo suddetto comportamento sia ravvisabile l'inosservanza di una regola cautelare non scritta); *b*) la non imputabilità dell'evento all'agente in caso di *inutilità della condotta alternativa corretta*, poiché l'evento si sarebbe verificato con certezza o con elevata probabilità anche osservando le regole cautelari di condotta.

C) L'operazione di bonifica riguarda anche un terzo settore di annidamento della responsabilità oggettiva occulta, concernente il terzo requisito della colpa, costituito dalla *dimensione soggettiva della stessa*, perché per una “colpa colpevole” non basta l'inosservanza oggettiva delle regole cautelari di condotta, causa dell'evento, ma occorre l'*attribuibilità anche soggettiva* di tale inosservanza all'agente, poiché essa deve essere a lui rimproverabile in quanto da lui evitabile, essendo da lui esigibile l'osservanza delle medesime.

Va respinta, perciò, quella giurisprudenza che tende ad adagiarsi su una *culpa in re ipsa*, fondata sulla mera inosservanza della regola cautelare e su un accertamento della colpa limitato alla pericolosità della condotta; o che, nei reati omissivi, tende a fare coincidere l'inosservanza dell'obbligo di diligenza con l'inosservanza dell'obbligo di garanzia, trattandosi invece di due entità autonome

ed oggetto di autonomi accertamenti, poiché l'obbligo di garanzia attiene alla causalità (omissiva) e l'obbligo di diligenza alla colpa. Come comprova il fatto che vi può essere omesso impedimento del reato senza violazione dell'obbligo di diligenza (così, ad esempio, omette di impedire il disastro ferroviario, non colposamente, il casellante che non abbassa le sbarre perché un sabotatore ha spostato indietro gli orologi a disposizione).

Ed il punto di equilibrio della colpa colpevole, tra le opposte esigenze di non soggettivizzarla troppo, fino a renderla inattuabile, e di non oggettivizzarla troppo, fino a svuotarla della sua imputazione soggettiva, appare sempre più individuabile, con crescente adesione anche della giurisprudenza italiana: *a*) nella *prevedibilità dell'evento*, non osservando le regole cautelari, e nella *evitabilità* dello stesso, osservando tali regole; *b*) secondo il parametro normativo relativistico dell'"*agente-modello*" della specifica attività svolta dal soggetto: dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*. Prevedibilità ed evitabilità, in concreto, da accertarsi anche rispetto alla colpa specifica, provando troppo la tesi (accolta anche nella Relazione dello schema Grosso) della sufficienza, qui, della sola inosservanza delle regole cautelari scritte, perché tale prevedibilità ed evitabilità secondo l'*agente-modello* sarebbero già incorporate nelle regole cautelari scritte, poiché queste, essendo rivolte a specifiche categorie di soggetti esercenti determinati tipi di attività, sarebbero già state concepite e costruite in rapporto alla prevedibilità ed evitabilità dell'evento da parte dell'uomo giudizioso della stessa professione e condizione. Sicché, alla luce del principio di responsabilità colpevole, la colpa potrebbe essere così definita: "Il reato è colposo quando il fatto, previsto dalla legge come reato, non è voluto dall'agente, ma era prevedibile come conseguenza dell'inosservanza di regole cautelari di diligenza, di prudenza, di perizia, o stabilite da leggi, regolamenti, ordini o discipline, ed era evitabile con l'osservanza di tali regole, secondo l'*agente-modello* della specifica attività svolta dall'agente".

6. Il recupero integrale dell'errore al principio della responsabilità colpevole

A) Per un integrale recupero dell'*errore* al principio della responsabilità colpevole: 1) in primo luogo, va abbandonata la tenace distinzione tradizionale tra *error iuris*, inescusabile, ed *error facti*, scusabile, con tutte le incertezze create nella prassi e l'impossibilità di una risposta adeguata all'errore sulla legge extrapenale, richiamata dalla norma penale, oggetto nei vari paesi delle opposte soluzioni dell'assorbimento nell'errore sulla legge penale, inescusabile, o della equiparazione all'errore di fatto, scusabile; 2) e va sostituita, la suddetta distinzione, con la nitida e razionale distinzione (accolta dallo schema Pagliaro e, in modo meno chiaro, dagli schemi Grosso, Pisapia, Nordio) tra: *a*) l'*errore sul precetto*, che si ha quando l'agente vuole un *fatto identico* al fatto tipico, vietato dalla legge penale, ma da lui creduto lecito e che non scusa, a meno che non si tratti di errore inevitabile. E che può derivare da *errore sulla legge penale* o su *legge extrapenale*, richiamata dalla norma penale; *b*) l'*errore sul fatto*, che si ha quando l'agente vuole un *fatto diverso* dal fatto tipico, vietato dalla legge penale, e che esclude sempre la punibilità per dolo, ma non per colpa, se si tratta di errore colposo e il fatto è previsto dalla legge come reato colposo. E che può

derivare da *errore di fatto* (es.: credere l'agente che la cosa altrui sottratta sia propria, perché è perfettamente eguale a una cosa di sua proprietà; sparare su un uomo, avendolo scambiato per selvaggina); da *errore su legge penale*, richiamata dalla norma sul reato in questione (es.: nel caso del pubblico ufficiale che non denuncia alla autorità competente un fatto criminoso, non credendolo reato); da *errore su legge extrapenale o su norme extragiuridiche* (sociali, culturali), richiamate dalla norma penale.

Alla luce della suddetta distinzione e di una sua coerente applicazione trovano adeguata soluzione anche le ipotesi più controverse di errore. E più precisamente:

1) l'*errore sulla legge extrapenale* richiamata a seconda che: *a*) si limiti ad un *errore sulla liceità*, volendo il soggetto commettere un fatto identico al fatto tipico, ma da lui creduto lecito. Così, ad esempio, nel caso del debitore che compie le azioni di distruzione, occultamento, dissipazione dei propri beni, incriminate dall'art. 216 (sulla bancarotta fraudolenta), della legge fallimentare italiana, ignorando egli di essere imprenditore per errore sulla legge civile, che definisce tale qualifica; *b*) o si traduca in un *errore sul fatto*, volendo il soggetto commettere un fatto diverso dal fatto tipico (così, ad esempio, nei casi di chi, errando sulla legge civile, crede che la legna secca del bosco altrui sia *res nullius*, e, quindi, non vuole rubare alcuna "cosa mobile altrui", di cui all'art. 624 c.p.; o di chi si risposa, ritenendo che la separazione coniugale legale abbia estinto il precedente matrimonio, e crede così di non essere più "legato da matrimonio avente effetti civili", come invece richiede l'art. 556 c.p. sulla bigamia, e quindi non vuole attentare al carattere monogamico della famiglia);

2) l'*errore sulla legge extrapenale*, integratrice delle "norme penali in bianco" (cosiddette perché in esse, mentre la sanzione è determinata, il precetto ha carattere generico, dovendo essere specificato da atti normativi inferiori, quali i regolamenti, i provvedimenti amministrativi, ecc.), il quale dà luogo: *a*) ad un *errore sul precetto*, se riguarda l'esistenza o l'interpretazione della norma extrapenale integratrice. Così, ad esempio, chi espone i rifiuti sul marciapiede urbano nelle più diverse ore del giorno, ignorando il provvedimento municipale sulla esposizione di tali rifiuti dalle ore 8 alle ore 10, vuole un fatto identico al fatto vietato dall'art. 650 c.p. (sull'inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità), ritenendolo erroneamente lecito; *b*) a un *errore sul fatto*, se l'errore cade sugli elementi del fatto, previsto dalla norma extrapenale integratrice (così, ad esempio, chi, pur conoscendo il suddetto divieto di esposizione dei rifiuti fuori dalla ore 8-10, ma credendo di esporre i rifiuti in tale orario a causa dell'orologio non funzionante, vuole un fatto diverso da quello vietato dal suddetto articolo);

3) l'*errore sulla norma extragiuridica* (sociale, culturale, ecc.), richiamata dalla norma penale. Si prenda, ad esempio, il reato degli artt. 528-529 c.p. (su pubblicazioni e spettacoli osceni), il cui fatto tipico è costituito dal fatto offensivo del comune senso del pudore. Si ha un *errore sul precetto* nel caso dello scrittore o del regista cinematografico, che, pur rendendosi conto che la loro opera offende il comune sentimento del pudore, credono che i suddetti articoli facciano riferimento alla sensibilità delle frange sociali più spregiudicate in materia: il fatto voluto è identico a quello tipico, pur se ritenuto non vietato. Si ha un *errore sul fatto*, nel caso in cui lo scrittore o il regista, che, pur sapendo che il criterio valutativo è quello del comune sentimento del pudore, ma errando sulla

norma sociale o morale, che qualifica ciò che è offensivo di tale bene, ritengano di comportarsi in conformità ad esso: essi vogliono commettere un fatto non offensivo di tale comune sentimento e, perciò, diverso dal fatto tipico.

E l'analisi potrebbe continuare con le adeguate risposte che la distinzione tra errore sul precetto ed errore sul fatto offre anche in materia di errore sugli *elementi specializzanti del fatto tipico*, sulle *qualifiche del soggetto attivo nei reati propri*, e di *errore nei reati omissivi*.

7. Il recupero integrale delle cause scusanti al principio della responsabilità colpevole

Per tale recupero non occorre la codificazione dell'*inesigibilità* della condotta umana conforme alla legge come scusante, generale e autonoma, per le non infondate critiche ad essa mosse quale *vulnus* innanzitutto al principio di legalità e di certezza giuridica (teoria non proposta da nessuno degli Schemi di un nuovo codice penale). Al suddetto fine è sufficiente la codificazione di una categoria autonoma di *cause di esclusione della colpevolezza*, incompatibili con la rimproverabilità del soggetto:

1) per l'*impossibilità di conoscere il divieto*, nei casi: *a) di errore inevitabile sul precetto penale*; *b) di ordine illegittimo e insindacabile dell'Autorità*, se la criminosità dell'atto non è manifesta o è, comunque, non conosciuta dall'esecutore dell'ordine;

2) per l'*impossibilità del soggetto di determinarsi secondo il divieto penale*, nei casi: *a) di costringimento psichico*; *b) di violenza irresistibile*; *c) di ordine dell'autorità privata*, specificamente riconosciuta dalla legge, se l'ordine concerne attività riguardanti il rapporto di dipendenza e l'esecutore confidi ragionevolmente nella liceità del medesimo; *d) di necessità cogente di salvare beni altamente personali*, propri dell'agente o di persona a lui legata da stretti vincoli affettivi, se i beni salvati sono sostanzialmente equivalenti a quelli offesi; *e) di affidamento nel consenso altrui*, qualora il fatto sia commesso nell'interesse proprio dell'agente e questi ragionevolmente confidi che il titolare del bene disponibile avrebbe consentito.

Categoria, la suddetta, di cause scusanti, codificata dagli schemi di nuovo codice penale (Pagliaro, Pisapia, Nordio, con esclusione soltanto dello schema Grosso), anche se non sempre concordi nell'individuazione e formulazione delle specifiche cause scusanti.

Prof. Avv. Silvio Riondato
Straordinario di Diritto penale, Università di Padova

I PRINCIPI PENALISTICI EUROPEI E UNA NUOVA CODIFICAZIONE ITALIANA

Per un nuovo codice penale italiano aggiornato ai principi penali europei¹

SOMMARIO: 1. Prospettive di una riforma ispirata ai principi europei; certezza e garanzia. – 2. Concezione europea della pena, pretesa punitiva europea, beni/interessi di rilevanza europea, ragioni di armonizzazione europea da fonte nazionale. – 3. Pluralità di Carte fondamentali e ruolo della giurisprudenza. – 4. Finalità della “scrittura” dei principi in un codice, tra promozione e controllo diffuso di costituzionalità. – 5. Giurisprudenza come “fonte” e riscrittura degli artt. 1 e 2 del codice penale: *nullum crimen sine iure* (non soltanto *sine lege*); rilevanza *in bonam partem* dell’interpretazione successiva più favorevole; irrilevanza *in malam partem* dell’interpretazione successiva sfavorevole ragionevolmente imprevedibile. 5.1. A parte: la questione sulla legittimazione democratica – 6. Altri profili di compatibilità europea incidenti sulla codificazione penale: codice penale europeo; sussidiarietà; diritto penale “nazionale” come diritto penale “comune” europeo; codificazione “settoriale”.

1. Prospettive di una riforma ispirata ai principi europei; certezza e garanzia

L’opportunità/fattibilità di un nuovo codice penale italiano è una questione molto dibattuta che suscita molti scetticismi². Ragioni pratiche consigliano a nostro avviso progressivi rifacimenti/integrazioni parziali del codice in vigore, anche a rischio di qualche asistematicità, al fine di superare per quanto possibile l’immobilismo derivato dalla persistente illusione di riuscire a produrre un codice integralmente nuovo e più o meno rivoluzionario. Lo scetticismo non impedisce di ritenere che l’opera sia urgentissima. Le enormi difficoltà di ricognizione del diritto vigente (e vivente) forse consigliano di tentare almeno progressivi avvicinamenti all’integral-ricognizione, sia pure quella che riduce sostanzialmente o anche formalmente il codice ad un testo unico. Quanto si dirà nel prosieguo riguardo all’influenza dei principi europei mostrerà che già l’opera ricognitiva in funzione codificatoria è foriera di forte innovatività sul piano della “scrittura” delle norme.

Comunque, buona parte delle aspettative e modalità risalenti allo stampo vetero-illuminista deve essere in complesso rivista. Queste, che tanto congruamente

¹ Il testo della relazione, corredato di note, è pubblicato in Riv. it. dir. proc. pen., 2011, 1541 (Influenze di principi penali europei su un nuovo codice penale italiano). Il presente contributo ne riassume il contenuto, con taluni aggiornamenti.

² Gli ottant’anni del codice Rocco, a cura di L. Stortoni e G. Insolera, Bologna, Bononia University Press, 2012.

hanno anche in Italia sorretto il processo sette/otto/novecentesco di codificazione, altrettanto incongruamente potrebbero fondare l'atteso processo di ricodificazione nel ventunesimo secolo. Sono mutate le premesse metodologiche. Di taluni esiti del mutamento ci occuperemo in questa sede.

Sopravvive intatta, proprio nella dimensione giuridica *europea*, la prospettiva generale, cara alla tradizione illuminista, di ancorare (anche) il diritto penale ai diritti fondamentali, a uno *ius commune* europeo dei diritti fondamentali. Questo diritto comune in ambito penale continua ad accomunare gli ordinamenti nazionali penali (al di là delle sovranità statali che li separano sul piano applicativo), anche se notevoli diversità persistono). Ciò può essere proteso – fosse pure un'utopia – verso un diritto penale oggettivamente orientato sul modello liberale del reato inteso quale colpevole fatto concretamente offensivo di un bene giuridico, e verso un restringimento notevole di tutti i “binari” diversi dalla pena e meno garantistici, di cui si vale la politica penale e criminale odierna. In particolare, (r)esistono i valori-beni-interessi di certezza e garanzia, di tradizione illuministica, che sono riconosciuti e sanciti espressamente per l'ambito penalistico sia nelle Costituzioni nazionali, che nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), che nella Carta dei diritti connessa al Trattato.

In Europa la prospettiva generale segnata è tanto più intensamente ricercata e ribadita quanto più si va rarefacendo la sua effettività. Lo testimonia in via generale, tra l'altro, l'incessante e profonda evoluzione anche sotto il profilo penalistico, e per via soprattutto giurisprudenziale, che la tutela dei *Grundrechte* ha avuto dagli anni '50 dello scorso secolo nell'ordinamento della Comunità europea, evoluzione poi coronata dalla menzionata Carta, soprattutto sulla scorta dell'apposito ordinamento scaturito dalla CEDU e dalle sue applicazioni: l'integrazione tramite il Diritto tende ad assorbire l'integrazione tramite il Mercato, nella “comunità di diritto” europea. La Convenzione costituisce l'asse portante dell'ordine pubblico europeo inteso tendenzialmente in funzione di Difesa (e non già di “offesa” come l'ordine pubblico di tradizionale marca statale penalistica).

Si profila quindi l'esigenza di tener conto dell'apparato europeo in una riforma del diritto penale nazionale. Questa riforma dovrebbe affrontare anzitutto il profilo penalistico che si radica nelle Carte europee, e tendere alla conquista di una compatibilità europea del diritto penale (già soltanto) nazionale italiano.

Orbene, i principi di legalità, irretroattività, proporzione quindi coerenza e anche offensività in concreto, sussidiarietà, colpevolezza, umanità della pena e altri principi sono offerti nel quadro europeo con una moltitudine di dispiegamenti applicativi. Non è possibile qui soffermarsi su ognuno di essi, salvo notare che certe difficoltà in tema di colpevolezza paiono in via di superamento³. Interessa piuttosto soffermarsi

³ Nel caso c.d. Punta Perotti (Corte EDU 20 gennaio 2009, caso Sud Fondi srl c. Italia, in Dir. pen. proc., n. 12/2009, con nota di F. Mazzacava, Un “hard case” davanti alla Corte Europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti (1540 ss.) di cui si dirà anche oltre, la Corte ha affermato il principio di colpevolezza (coscienza e volontà del fatto, conoscibilità della legge penale) derivandolo direttamente dall'art. 7 CEDU. In precedenza, la Corte di Giustizia CE aveva ravvisato taluni collegamenti tra principio di legalità e principio di colpevolezza sotto il profilo dell'ignoranza o errore di diritto, quando aveva valorizzato in sede di controllo sulla determinatezza di certe previsioni sanzionatorie comunitarie (in tema di concorrenza), il “sufficiente grado di prevedibilità” da parte dell'operatore economico rispetto a nozioni “precisate dalla prassi delle

sull'influenza di taluni principi, nel tentativo di definire un metodo di approccio all'implementazione del precipitato europeo nel processo di ricodificazione italiano.

Certezza e garanzia, anzitutto. Esse pretendono di contrapporsi costantemente anche alla modernizzazione del diritto penale, che ha portato l'illuministica "repressione limitata", peraltro utopistica, a trasformarsi in una postmoderna prevenzione illimitata; la modernità va assunta sino in fondo criticamente in relazione alle nuove esigenze, anche trovando nuove vie di affermazione dei "vecchi" valori, perché il diritto penale rimane veicolo di una sanzione, la pena, consistente in un'inflizione di dolore/sofferenza/compressione negativa della sfera giuridica personale, e perciò, quali che siano scopi e funzioni che si assegnino alla pena, resta imprescindibile costituire per quanto possibile, anche tramite il nuovo codice, una *Magna Charta* a Difesa dell'individuo umano e quindi dei suoi diritti fondamentali, i diritti c.d. umani, contro l'arbitrio punitivo.

2. Concezione europea della pena, pretesa punitiva europea, beni/interessi di rilevanza europea, ragioni di armonizzazione europea da fonte nazionale

Non molto più approfonditamente rispetto a quanto si è appena rilevato la pena viene riguardata oggi dal diritto europeo. L'Europa, sulla base dei criteri di individuazione "prevenzione generale-dissuasività" e "gravità" (contenutistica), ha saputo sia talvolta offrire garanzie migliori di quelle nazionali, italiane in specie (emblematico il caso della confisca)⁴, sia d'altra parte attribuire alla pena importanti compiti di difesa del Diritto, all'occorrenza individuando obblighi di penalizzazione in capo agli Stati⁵. Si intravede l'affacciarsi, come al solito incoerentemente,

autorità incaricate" (CGCE, 13 febbraio 1979, 86/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG/commissione, in Raccolta, 1979, 510, 553 ss.).

⁴ Per tutte, con riguardo a un famoso caso inglese di confisca di ricchezza riconducibile a traffico di stupefacenti, con inversione dell'onere della prova, Corte EDU, 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito, ric. N. 307-A/1995. Quanto all'Italia, si veda la recente sentenza CEDU del 20 gennaio 2009, caso Sud Fondi srl c. Italia, c.d. caso Punta Perotti, cit., in cui si badi il ricorrente è una persona giuridica. Nell'occasione, conformemente ai precedenti, la Corte europea ha completamente disatteso le ragioni che avevano portato la Cassazione penale ad escludere il carattere di sanzione penale per la confisca, qualificata come misura di sicurezza patrimoniale. Su questa base si sono innestate decise virate della Corte costituzionale in tema di confisca per equivalente (n. 27/2009) e in tema di confisca del veicolo (n. 196/2010), attuate proprio sulla base della giurisprudenza Corte EDU, riconducendo a principi penali misure travestite da misure non penali e ribadendo che la stretta legalità, l'irretroattività etc. vale anche per l'ambito punitivo amministrativo. Vedi da ultima Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196, in Giur. Cost., 2010, 2308 con nota di A. Travi, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione" (2323). Cfr. L. Picotti, Punti critici della confisca e prospettiva europea, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2010, 359; V. Maiello, Commento a Cassazione penale, Sez. Un., 6 ottobre 2009 (c.c. 25 giugno 2009), n. 38691, in Dir. pen. proc., 2010, 433.

⁵ Per tutte, Corte EDU, 25 agosto 2009, Giuliani e Gaggio (caso "Palacanica G8"); CGCE, 21 settembre 1989, C 68/88, Commissione c. Repubblica ellenica, in Cass. pen., 1992, 1654 con commento di L. Salazar. Sulla complessa problematica v. di recente C. Paonessa, Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari, Pisa, 2009.

delle stesse, plurime finalità che integrano l'eterno dilemma della pena nelle tradizioni giuridiche nazionali. Se è vero che anche e soprattutto da ciò consegue che il nostro Codice, ma anche gli altri, ha troppe teste e troppe anime, è tuttavia anche vero che si tratta di un dato realisticamente non estirpabile dall'effettività del diritto penale, compreso quello europeo, diritto che da sé continua a costituire, come pure il nostro codice, "un ibrido geneticamente incerto".

La constatazione dell'incertezza da sé non preclude di, anzi sprona a perseguire per quanto possibile gli obiettivi garantistici. Ciò è ascrivibile a un'esigenza etica che promana dal troppo trascurato principio, non solo nazionale ma anche europeo, di umanità (art. 27 Cost.; art. 3 CEDU), laddove si gioca la concezione penalistica della dignità umana. Questo principio inoltre e tra l'altro fonda un sindacato critico permanente sulla pena, al quale non sarebbe inopportuno che un Codice richiamasse gli interpreti con opportuni svolgimenti operativi (non solo quindi in funzione di inutile norma-manifesto). Si pensi per esempio – ma qui sta il cardine di ogni riforma – alla fase esecutiva della pena e allo stato permanente di violazione della dignità umana che contraddistingue le nostre carceri - l'Italia già è stata condannata per sovraffollamento delle carceri, inumano e degradante (cella di 16,20 mq per 6 persone, meno di tre metri quadrati a testa)⁶.

Su queste basi va considerato che a livello costituzionale europeo – CEDU, Trattato UE con la collegata Carta – compaiono beni giuridici di rilevanza europea, compare una tendenza punitiva europea o comunque competenza penale europea, con una pretesa europea a regolare anche il diritto penale nazionale, a partire dai principi. Una ricodificazione penale "informata" non può prescindere dal confrontarsi con questo precipitato penalistico europeo - ne deve considerare l'influenza, assumere una posizione al riguardo. Si tratta di un compito nazionale di armonizzazione penale europea, che poggia su vari ordini di ragioni: ragioni di carattere simbolico, come quelle scaturenti dal senso di appartenenza; ragioni pratiche, come quella di non creare diversità in contesti uniti sotto molti altri profili, non solo la moneta e l'economia, evitando per esempio fenomeni di *jurisdiction shopping*; ragioni di carattere tecnico giuridico riconducibili per esempio al mutuo riconoscimento delle sentenze, alla valorizzazione del principio del *ne bis in idem*, alla cooperazione penale, giudiziaria e amministrativa nelle varie forme, alla transnazionalità dei reati. L'articolo 2 dei Principi di delega elaborati dalla commissione Pisapia stabilisce senz'altro che "*Il codice penale si conforma ai principi e ai valori della costituzione, si adegua ai principi dell'Unione europea e alle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e si pone come testo centrale e punto di riferimento dell'intero ordinamento penale*". Così il problema si pone. La risolutiva conformazione europea si vorrebbe sviluppata in adeguata, conseguente normazione.

Da una prospettiva europea è riguardata la parte generale – già sopra è emersa l'esistenza di principi penalistici europei – ma anche la parte speciale – la nostra appare una "massa erratica" non dominabile. Rispetto alla parte speciale, è abbastanza noto che finora il diritto comunitario, ora eurounitario, ha esercitato ma senza ordinati filtri un'efficacia trainante, poiché ha originato o molto influenzato importanti settori: per esempio, interessi finanziari e correlate frodi comunitarie,

⁶ Corte EDU, 16 luglio 2009, Sulejmanovic, ric. n. 22635/03.

ambiente, mercati e società, responsabilità degli enti da reato, minori e famiglia, terrorismo, reato transnazionale. Dopo il Trattato di Lisbona si aprono sempre nuove prospettive di sviluppo penalistico, sostanzialmente senza limiti nel novero dei beni tutelabili. I diritti fondamentali a maggior ragione premono per il rispetto dell'insegna che le connota, quella di garantire uno spazio di libertà/sicurezza/giustizia nella "lotta" alla criminalità che l'Europa intende ingaggiare.

Qualora inoltre, più ampiamente, si pensi, come si dovrebbe una volta intrapresa la via della codificazione, a un Codice (o una pluralità di Codici) che consideri(no) tutti i "binari" sui quali corre il diritto penale in senso lato, nondimeno sulle stesse esigenze fondamentali dovrà misurarsi la tendenza del diritto europeo a rilevare almeno potenzialmente (sul piano delle competenze) rispetto alla misura di sicurezza, alla misura di prevenzione, nonché alle pene e misure che riguardano la responsabilità dell'ente da reato, e infine pure alle sanzioni punitive e misure afflittive amministrative in genere contro persone fisiche e contro persone giuridiche. Posso solo accennare, esemplificativamente, all'ormai ampia e dibattuta normativa e giurisprudenza concernente la prevenzione del terrorismo c.d. islamico e alla responsabilità penale e punitivo-amministrativa anche europea delle imprese (persone giuridiche e persone fisiche), laddove tra l'altro è ben emerso che principio fondamentale del diritto è il rispetto dei diritti della difesa in qualsiasi procedimento che possa concludersi con l'irrogazione di sanzioni⁷.

3. *Pluralità di Carte fondamentali e ruolo della giurisprudenza*

Il concepibile apporto di un Codice alla costruzione della *Magna Charta* non può dispiegarsi nel senso illuministico per cui lo stesso Codice tende ad incarnare integralmente sostanza e ruolo di Carta fondamentale; oggi la Carta è anzitutto la Costituzione, mentre il Codice in complesso da sé non ha valore costituzionale. Dal punto di vista della nostra Costituzione, soprattutto sugli artt. 11 e 117 poggia l'ingresso del diritto penale europeo, ma sempre con il limite del rispetto dei principi supremi.

Occorre però precisare quanto già rapidamente emerso in apertura, cioè che oggi le Carte fondamentali sono plurime: lo *ius poenalis quo utimur* trova principio non solo (1) nella Costituzione italiana ma anche (2) nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e (3) nella Carta fondamentale dei diritti dell'uomo collegata al Trattato sull'Unione europea con correlata (4) rilevanza delle "tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri". Occorre abituarsi a ragionare in prospettiva pluralistica abbandonando rigide concezioni moniste.

All'integrazione del diritto costituzionale partecipa la giurisprudenza delle corti deputate ad interpretarlo, con un ruolo talvolta "dirompente" in termini di certezza. Ma, come si dirà, i valori ricercati dovrebbero riuscire a imporsi per le esigenze penalistiche e per quanto possibile anche nei confronti della giurisprudenza intesa quale fonte. Del resto, è soprattutto la giurisprudenza il luogo di definizione dei processi di

⁷ CGCE, 2 ottobre 2003, C194/99 P, Thyssen Stahl/Commissione, in Raccolta, I10821, punto 30; CGCE, 8 febbraio 2007, C-3/06 P, Groupe Danone c. Commissione, in Cass. pen., 2007, 5, 2200.

internormatività costituzionale giocoforza necessari ai fini di co-ordinamento e risoluzione dei conflitti nel regime pluralistico costituzionale così congegnato, laddove *il giudice deve anzitutto stabilire di quale ordinamento è il giudice*, e quindi si pone in ultima come fattore pressoché esclusivo di co-ordinamento; alla fine, si svela il dato (che a qualcuno apparirà) rivoluzionario: il giudice del caso concreto dovrà impegnarsi nella logica combinatoria dei diritti umani per giungere alla norma del caso, ove è riconquistata una pur effimera unicità. Al contempo, il problema dei “controllimiti” grava sul giudice appalesandosi come un problema concernente piuttosto i rapporti di forza-resistenza tra ordinamento nazionale e ordinamento sovranazionale, che non un problema di contenuto che pure trova problematico contro-limite nella soglia dell’inadempimento del Trattato (*pacta sunt servanda*). Nei conflitti si ricerca la ragionevolezza della composizioni risolutorie⁸; ma l’incertezza dilaga non solo se la ragionevolezza, come a taluno pare, è indefinibile, ma anche se essa costituisce una valvola sempre aperta quale criterio di opportunità razionale empirica che alla fine si stempera nella logica del “preferibile”.

Diventa di conseguenza sempre più difficile il coordinamento legislativo, pur sempre necessario e auspicabile: esso infatti si trova a rincorrere la giurisprudenza ormai divenuta a sua volta formante (anticipatore) della legislazione. A questo riguardo, significativo per il nostro tema è che la competenza penale della Comunità europea, prima in tema di principi e poi in tema di incriminazioni, e in seguito la competenza penale dell’Unione europea, si sono sviluppate sulla base di attribuzioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

L’obiettivo è quello di tentare di “pilotare” la dilagante soggettività, anche con una positivizzazione codicistica: dal Codice penale ai Diritti dell’uomo, sì, ma per ritornare a un codice penale, magari scritto in minuscolo, che riesca a dare un minimo di connotati al “fantasma” del diritto naturale che così si aggira per l’Europa - diritto naturale che non necessariamente è un male, se è un diritto naturale “ragionevole”. L’oggetto della scienza penalistica deve riuscire a comprendere più adeguatamente la giurisprudenza, e anticiparla cogliendo il diritto latente che attende di esser reso manifesto/prevedibile e ragionevole – insomma: più attenzione all’effettività anche *in fieri*.

4. Finalità della “scrittura” dei principi di un codice, tra promozione e controllo diffuso di costituzionalità

Nel quadro del complesso costituzionale europeo/nazionale trovano posto, non senza problemi di coordinamento, principi/norme fondamentali del diritto penale. Un moderno codice penale dovrebbe quindi non tanto porre questi principi/norme quanto anzitutto rispettarli e attuarli, e anche svolgerli disciplinando se occorre gli svolgimenti, quindi le modalità applicative, le relative competenze. Nella sua veste di strumento imprescindibile di attuazione e disciplina secondo le esigen-

⁸ Cfr. D. PULITANO, Quale ragionevolezza nel penale? In Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia? Attualità del “Problema penale”. Nel trentesimo dall’Ultima Lezione di Giuseppe Bettiol, a c. di S. Riondato, Padova, Padova University Press, 2012, 43.

ze di certezza e garanzia che sono sancite perentoriamente in tutte le menzionate Carte, il Codice partecipa all'integrazione della ricercata *Magna Charta*, essendo fondamentale nella sua strumentalità, poiché collabora a costituire, beninteso nei limiti ormai forti di questo peculiare strumento di manifestazione del diritto, l'esposizione in via generale e astratta, chiara, ordinata di un diritto penale informato ai principi e alle norme costituzionali⁹.

Ai fini di certezza e garanzia non è escluso, anzi è opportuno, ribadire nel Codice principi e norme costituzionali. Tuttavia occorre ben chiarire, eventualmente di volta in volta, se si tratti di mera ripetizione a fine promozionale, didattico-pedagogico (se non di norme-manifesto di retorica proclamazione), o piuttosto anche di un modo per instaurare un controllo giurisdizionale diffuso di costituzionalità (non centralizzato e limitato al caso in decisione).

Sotto il primo profilo, si noti che i principi europei e i relativi meccanismi, soprattutto quelli dell'Unione già Comunità Europea, sono ancora molto poco conosciuti sia dai giudici che dagli avvocati, e ciò basterebbe a suggerire un congruo richiamo in un nuovo codice a fine didattico-promozionale, richiamo che forse servirebbe anche da criterio indicativo per il legislatore nazionale. Solo la notorietà del caso Berlusconi-reati societari e del mandato d'arresto europeo è riuscita a catalizzare maggiormente l'attenzione dei pratici, più modestamente il non peculiare caso-scommesse, e negli ultimi tempi il caso immigrati-direttiva rimpatri. Offrire nel codice un ordine pur ripetitivamente descrittivo servirebbe a far finalmente conoscere e considerare l'intero complesso costituzionale. Opportuna quindi sarebbe la scrittura ricognitiva in funzione per quanto possibile del co-ordinamento.

Sotto il secondo profilo, è importante la notazione che se i principi sono elastici e non rigidi, come quello di determinatezza, o di proporzionalità tra fatto e pena, il giudice finisce per assumere un ruolo finora impensato, nel senso che gli è dato un amplissimo potere discrezionale in vista della disapplicazione di una norma contrastante col principio. Proporzionalità, frammentarietà, determinatezza, sussidiarietà, effettività sono anche principi europei, che però aprono a scelte di politica criminal. Orbene, a questo riguardo si noti che pure i principi c.d. rigidi sono normogenetici e comunque soggetti all'elasticità derivante dalla necessità di interpretazione¹⁰. Inoltre e in generale va notato che un fenomeno di disapplicazione del genere, che in definitiva sostanzia un controllo diffuso di costituzionalità, non solo non è estraneo alla nostra tradizione penalistica, dato il valore sostanzialmente costituzionale attribuibile a certe norme codicistiche¹¹, ma anche è già da tempo previsto, compresi i principi c.d. elastici, nelle vesti della disapplicazione

⁹ Altra questione è se la nostra Costituzione, o le altre, debbano essere integrate con ulteriori principi e norme in materia penale, compresi eventualmente apporti di derivazione europea. Di questo tema non si tratterà in questa sede; qualche accenno emergerà in seguito.

¹⁰ Basti l'esempio europeo della derivazione giurisprudenziale del principio del favor dal nullum crimen: CorteEDU, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, in Cass. pen., 2010, 832 (con commento di G. Ichino), di cui v. anche infra all'altezza delle note 93-95.

¹¹ Basti ricordare il caso della norma penale sull'insubordinazione, rimasta priva di determinazione della pena per effetto di sentenza costituzionale caducatoria, ma nonostante ciò utilizzata in varia guisa dalla giurisprudenza di merito colmando la lacuna sanzionatoria, fino alla sentenza con cui la Suprema Corte ha sancito la disapplicazione della norma stessa per contrasto con l'art. 1 c.p. (SS.UU., 26 maggio 1984, Sommella, in Cass. pen., 1985, 827 con commento di S. Riondato).

della norma penale incompatibile con i principi costituzionali (prima comunitari e ora) dell'Unione europea; in particolare, oggi la Carta dei diritti dell'Unione europea preme anche in tal modo sul diritto penale nazionale.

5. Giurisprudenza come “fonte” e riscrittura degli artt. 1 e 2 del codice penale: nullum crimen sine iure (non soltanto sine lege); rilevanza in bonam partem dell’interpretazione successiva più favorevole; irrilevanza in malam partem dell’interpretazione successiva sfavorevole ragionevolmente imprevedibile

A molta distanza stanno oggi le concezioni illuministiche della separazione tra diritto e politica, tra potere giudiziario e potere politico, e le concezioni della stretta legalità quale baluardo effettivo ed esaustivo contro l'incertezza e l'arbitrio. Ormai siamo lontani dall'illuderci che il giudice possa essere mera *bouche de la loi*. L'interprete partecipa alla creazione del diritto. Non v'è un rimedio magico, ma un rimedio aggiuntivo si può conseguire qualora si riconosca che tra le forme di manifestazione del diritto penale, con le quali deve confrontarsi un codice che pretenda di disciplinare tale diritto, compare anche la giurisprudenza. L'avveduto giuspenalista pratico si dedica a cercare e leggere sentenze prima che a dilettersi delle mille interpretazioni attribuibili in astratto alle norme codicistiche.

Il nostro diritto penale vivente è ormai giunto a (una fase iniziale di) questo riconoscimento delle nuove forme di manifestazione. Nella sentenza delle SS.UU. penali del 13 maggio 2010, n. 18288, si è finalmente affrontato il “*vero problema di fondo, che è quello del rapporto tra legge e giurisprudenza o - meglio - tra norma e interpretazione*”¹². È stato affermato – entro limiti e per effetti che qui devono essere tralasciati, compresi profili problematici – che la giurisprudenza è elemento costitutivo del diritto. Questa decisione si ispira soprattutto all'art. 7 della CEDU, laddove il principio *nullum crimen sine iure* (e non già soltanto *sine lege*) riguarda anche il diritto scaturente dalla giurisprudenza intesa quale fonte¹³ – lo stesso principio è previsto nella Carta dell'Unione europea (art. 49 e art. 52.3)¹⁴. Con tutte le conseguenze. Di recente l'art. 7 è stato interpretato dalla Corte EDU come

¹² Cass. pen., SS.UU., 21 gennaio 2010, n. 18288, Beschi, in Cass. pen., 2011, 17, con commento di R. Russo. Sulla relativa problematica v., volendo, il nostro Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole tra legalità e ragionevolezza, in U. Vincenti (a cura di), *Diritto e clinica. Per l'analisi della decisione del caso, Padova, EDITORE?, 2000, 239.*

¹³ V., ex multis, CorteEDU, 25 maggio 1993, Kokkinakis c. Grecia, Serie A, n. 260-A, § 40; CorteEDU, 22 novembre 1995, S.W. c. Regno Unito, serie A n. 335-B, § 35; CorteEDU 15 novembre 1996, Cantoni c. Francia, in Racc., 1996, § 29; CorteEDU, 8 luglio 1999, Baskaja e Okçuoglu c. Turchia, in Racc., 1999, § 36; CorteEDU, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, cit. In dottrina, per tutti, A. Bernardi, *Nullum crimen nulla poena sine lege between european law and national law, in European cooperation in penal matters: issues and perspectives, ISIC, Atti e Documenti, Padova, 2008; A. Bernardi, Art. 7, in S. Bartole - B. Conforti - G. Raimondi, Commentario alla Convenzione europea, cit.; G. De Amicis, Il principio di legalità penale nella giurisprudenza delle Corti Europee, in Quad. eur., n. 14 ottobre 2009, in www.lex.unict.it/cde.*

¹⁴ A. Bernardi, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale, in Quad. costituzionali, 2009, 1, 37.*

conglobante anche il principio del *favor* nella successione del diritto penale nel tempo¹⁵. Va considerato quindi anche il mutamento giurisprudenziale successivo più favorevole.

Al fondo spicca la trasversale, complessa questione sulla creatività dell'atto interpretativo, sul rapporto tra legge e interpretazione, sulla dimensione *in action* della legalità penale, sulla crisi della riserva di legge penale e l'emergere della fonte o formante-giurisprudenza, in un quadro ordinamentale plurale¹⁶. Qui postuliamo tale creatività, di cui si tratta di apprezzare le conseguenze tramite indagini sul suo concreto operare, rimodulando i valori penalistici senza rinunzie ma secondo le nuove esigenze che emergono al banco di prova dell'esperienza giudiziale¹⁷.

Preclusioni radicali celano un *gap* culturale come quello dimostrato dalla Corte costituzionale che nella sentenza n. 230/2012, relatore Frigo, tenta di ostacolare la lunga marcia della concezione della giurisprudenza quale fonte/formante (anche) del diritto penale, opponendosi, tramite una ritrovata maestà del giudicato e un lucidato principio *nullum crimen nulla poena sine italica lege parlamentaria*, trionfante anche *in malam partem*, alla retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole, nella difesa del giudicato nazionale dagli esiti di una (diversa) lettura della legalità europea e del *favor* europeo¹⁸. Analoghi rilievi valgono, *muta-*

¹⁵ Caso Scoppola, cit.

¹⁶ Si tratta in complesso di quanto diffusamente è stato molto dibattuto di recente nell'annuario Criminalia sotto i molteplici, difficili profili problematici da Fausto Giunta, Giovanni Fiandaca, Alberto Gargani e Carlo Federico Grosso (2011, risp. 77, 79, 99, 125), e poi ancora da Renato Bricchetti, Ombretta Di Giovine, Gaetano Insolera, Sergio Moccia, Vito Veluzzi e Nicolò Zanon (2012, risp. 261, 267, 285, 299, 305, 315). V. inoltre R. Rampioni, Il reato quale illecito di modalità e di lesione tipiche: l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" al principio di riserva di legge, in Riv. it. dir. proc. pen., 2013, 573; Res Iudicata, a cura di C. Sarra e D.V. Velo Dalbrenta, Padova, Padova University Press, 2013; B. Guastafarro, Legalità sovranazionale e legalità costituzionale, Torino, Giappichelli, 2013; O. Di Giovine, Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione, Dir. pen. contemporaneo, 1, 2013, 159; IL ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri, a cura di G. Chiodi e D. Pulitanò, Milano, Giuffrè, 2013; i vari contributi sul tema Diritti e conflitti nel costituzionalismo transnazionale: dal territorio allo spazio. Verso un nuovo (dis)ordine globale policentrico?, a cura di G. D'Ignazio e A.M. Russo, in Dir. Pubbl. comp. ed eur., II, 2013, 423; Europa e diritto penale, a cura di C.E. Paliero e F. Viganò, Milano, 2013; A. Bernardi, I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2012, 15; Gli ottant'anni del codice Rocco, a cura di L. Stortoni e G. Insolera, Bologna, Bononia University Press, 2012; G. Zaccaria, La comprensione del diritto, Roma-Bari, Laterza, 2012; Positività e Giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto, a cura di P. Moro e C. Sarra, Milano, Franco Angeli, 2012; V. Manes, Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali, Roma, Dike, 2012; M. Donini, Euro-peismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte, Milano, Giuffrè, 2011; M. Bertolino, Dalla mera interpretazione alla "manipolazione": creatività e tecniche decisorie della Corte costituzionale tra diritto penale vigente e diritto vivente, in St. on. M. Romano, vol. I, Napoli, Jovene, 2011, 55; I. Trujillo, Il ragionamento giuridico, tra autorità e ragioni. Un approccio filosofico-giuridico al valore del precedente, in La Magistratura, 2010, fasc. 3-4, 104.

¹⁷ Per una recente, completa trattazione critica di tutti questi temi, con indagini approfondite sulla giurisprudenza penale e correlata giurisprudenza extrapenale, e rispettive propulsioni neoregolative v. R. Borsari, Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banche di prova dell'esperienza giudiziale, Padova, Padova University Press, 2013. Ivi sterminata bibliografia.

¹⁸ A. Ruggeri, Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012), in www.

tis mutandis, per molto altro, per esempio in tema di irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, irretroattività ora sancita anche per la fase esecutiva della pena, da parte della Corte EDU¹⁹.

La Corte costituzionale stessa, del resto, ha ampiamente valorizzato il ruolo della giurisprudenza, per esempio quando ha posto il principio di offensività in Costituzione come ancorato all'art. 25 "quale risulta dalla lettura sistematica a cui fanno da sfondo, oltre agli artt. 3, 13, 24, 112, *l'insieme dei valori connessi alla dignità umana*", e ne ha postulato "l'ininterrotto operare dal momento dell'astratta predisposizione normativa a quello dell'applicazione concreta da parte del giudice", "con conseguente *distribuzione dei poteri conformativi tra giudice delle leggi e autorità giudiziaria*, alla quale soltanto compete di impedire, con un *prudente apprezzamento della lesività in concreto*, una arbitraria ed illegittima dilatazione della sfera dei fatti da ricondurre al modello legale"²⁰. Questa pronuncia è significativa quanto alla concezione della legalità penale da parte della Corte, ben lontana dal mito dell'assoluta autonomia del diritto penale costituzionale a fondamento strettamente legalitario. Si vede che la dignità umana preme vincendo sulla pur stretta legalità penale che finisca per negarla; meglio: la legalità *ex art. 25 co. 2 Cost.* è legalità da intendere al contempo come formale ma anche sostanziale, e il controllo non grava interamente sulla Corte costituzionale (sarebbe, del resto, ineffettivo). Ne è ragione profonda che la nostra non è una democrazia soltanto procedurale, ma è una democrazia sostanziale, per cui non può darsi il caso in cui la dignità umana sia legittimamente annientata con decisione (pur massimamente) democratica; sicché per questi casi è molto opportuno che di principio ogni individuo abbia il potere di ripristinare la legittimità costituzionale sostanziale, a partire dalle autorità. Giocoforza si impongono quei "poteri conformativi" che veicolino il precipitato della dignità umana e nei quali il formante giurisprudenziale si contrappone alla (o meglio raffina il rozzo anche perché generale e astratto esito della) legalità parlamentare (se intesa) nella concezione "classica" (tanto più quando la legge non riesca ad assolvere ai suoi compiti). Con tutti i rischi, compresa la riproduzione, *mutatis mutandis*, dei rischi connessi alla concezione classico/esclusiva della legalità parlamentare. Il rischio però sta sempre e solo nell'uomo che produce diritto,

giurcost.org, sezione Studi e commenti, 2012. V. anche sent. cost. n. 210/2013 rel. Lattanzi e ord. cost. n. 235/213 rel. Frigo, e al riguardo rispettivamente i due commenti di F. Vigano', La Corte costituzionale sulle ricadute interne della sentenza Scoppola della Corte EDU, e Prosegue la 'saga Scoppola': una discutibile ordinanza di manifesta inammissibilità della Corte costituzionale, in www.penalecontemporaneo.it, 19 e 26 luglio 2013. V. inoltre A. Ruggeri, "Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali, novembre 2013, <http://www.diritticomparati.it/2013/11/dialogo-tra-le-corti-e-tecniche-decisorie-a-tutela-dei-diritti-fondamentali.html>; Id., Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale", ottobre 2013, <http://www.diritticomparati.it/2013/10/salvaguardia-dei-diritti-fondamentali-ed-equilibri-istituzionali-in-un-ordinamento-intercostituzionale.html>; Id, Tutela dei diritti fondamentali, squilibri nei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corti europee, ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio, 22.3.2012, in www.gruppodipisa.it; G. Martinico, Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione, Roma, Aracne, 2011; G. De Vergottini, Oltre il dialogo tra le Corti, Bologna, Il Mulino, 2010; G. Pino, Conflitti tra diritti fondamentali. Una critica a Luigi Ferrajoli, in *Filosofia politica*, 2010, 2, 287.

¹⁹ Sent. 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, ric. n. 42750/09a. Cfr. Riondato, Retroattività, cit.

²⁰ Corte cost., sent. n. 263/2000, rel. Mezzanotte, cors. Nostro.

comunque lo produca. Intanto anche le fonti dipendono dalla giurisprudenza. La Corte costituzionale assegna com'è noto alle pronunzie della Corte di giustizia UE il ruolo di vere e proprie fonti del diritto di forza "paracostituzionale", e a certe sentenze della Corte EDU di Strasburgo il ruolo di fonti quanto meno negli effetti²¹.

I menzionati principi europei, soprattutto nell'interpretazione sancita dalle Corti europee, danno le esposte indicazioni che risultano non poco rivoluzionarie in vista di una riscrittura già dei primi due articoli del Codice penale. È opportuno quindi che un progetto italiano di codice penale tenga conto del formante gius-europeo, che non è riducibile all'esperienza comparatistica a livello nazionale, esigendo invece una prospettiva sovranazionale. I più recenti codici di altre nazioni dimostrano al riguardo una notevole arretratezza, non considerando il formante di origine sovranazionale. Nemmeno risulta aver prodotto echi l'esperienza del *Corpus Iuris* per la tutela penale degli interessi finanziari della Comunità europea, laddove è contenuta anche una parte generale penalistica che costituisce un primo tentativo di diritto penale comune europeo, e, volendo, un embrione di codice penale modello europeo²², da considerare almeno in prospettiva comparatistica. Dal *Corpus Iuris* risulta chiaro che occorrono norme rivolte ad impedire l'applicazione di interpretazioni non ragionevolmente prevedibili al momento della commissione del fatto²³. Non è tanto questione di vietare l'interpretazione estensiva, divieto alquanto simbolico e comunque destinato a ineffettività, come fa il progetto costituzionale c.d. Boato²⁴, e come peraltro stabilisce la giurisprudenza costante delle Corti europee²⁵, quanto di precludere l'operatività retroattiva di un'interpretazione imprevedibile, come pure la Corte di Giustizia ha finalmente affermato, sempre sulla base della Convenzione EDU²⁶.

Su questa base, a maggior ragione si può parlare di un diritto penale che nasce quotidianamente, e a maggior ragione potrebbe aumentare lo scetticismo riguardo al conseguimento dell'obiettivo di incrementare certezza e garanzia tramite una ricodificazione, l'"incertezza strutturale" raggiungendo così il grado massimo. Peraltro, milita in senso contrario la constatazione che l'esigenza di codificazione è avvertita anche nei Paesi che fruiscono di sistemi penali di *common law*, sicché l'impresa codificatoria dovrebbe farsi carico della sfida di riuscire a coniugare, creando nuovi modelli, la legge con la giurisprudenza il più armoniosamente possibile. Obiettivi praticabili minimi per un Codice: forse quello di ridurre le incompatibilità più stridenti; probabilmente quello di rendere in qualche misura meglio comunicanti tra loro i diversi settori e sottosistemi. Per esempio, il rapporto e quin-

²¹ Ord. n. 150/2012 (sentenza europea come *ius superveniens*); sent. n. 210/2013 e ord. n. 235/2013, già menzionate poco sopra in nota.

²² Sulla legislazione modello in ambito europeo rinvio a R. Sicurella, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005, 491.

²³ S. Riondato, *Legalità penale versus prevedibilità delle nuove interpretazioni*. *Novità dal Corpus Iuris 2000*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, 967.

²⁴ In *Ind. Pen.*, 1998, 303 con numerosi commenti.

²⁵ Per tutte, Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi*, cit.; CGCE, 12 dicembre 1996, C-74/95 e C-129/05, *Procura di Torino c. X*, in *Raccolta*, 1996.

²⁶ CGCE, 28 giugno 2005, C189/02 P e aa. riunite, *Dansk Rørindustri e a./Commissione*, in *Raccolta*, 2005, 5425, punto 218; CGCE, 8 febbraio 2007, C-3/06 P, *Groupe Danone c. Commissione*, in *Cass. pen.*, 2007, 2200, con commento di A. Balsamo.

di anche il contrasto tra legalità dell'Unione europea e legalità nazionale potrebbe trovare una qualche soluzione, in relazione al ruolo integrativo della normativa eurounitaria rispetto ad elementi normativi della fattispecie penale : è un tema che per ora affatica sia la contrastata giurisprudenza che l'incerta dottrina penale, ma la cui importanza trascende il piano del diritto oggettivo per occupare anche il piano della colpevolezza in termini di affidamento soggettivo sulla norma, comunitaria o nazionale che sia²⁷.

5.1. A parte: la questione sulla legittimazione democratica

Pare ormai accertato (ancorché non accettato) il ruolo sempre meno centrale che nel diritto costituzionale penale vivente spetta alla riserva di legge sotto il profilo dell'importanza che l'istanza democratica mostra [Per tutti, C. Cupelli, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, Esi, 2012; C. Grandi, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, Giuffrè, 2010]. Ciò non tanto per la concorrenza, soprattutto quella sleale e quella iniqua, del diritto "giurisprudenziale", quanto per il progressivo annientamento dell'(auspicato alto) tasso di democraticità effettiva della decisione penale di fonte parlamentare. Basti qui accennare all'integrale delegittimazione democratica dell'attuale Parlamento italiano, conseguente al metodo elettorale non democratico. Il metodo elettorale è appena stato gravemente censurato per varie incostituzionalità, alla stregua di basilari esigenze di democrazia/rappresentatività/eguaglianza (Corte cost., sent. n. 1/2014). Il che oltretutto non avrebbe secondo la Corte la forza di minare la sopravvivenza della vigente legislazione (anche penale) non democraticamente legittimata, né di impedire la creazione non democratica di nuovo diritto (anche penale) legislativo da parte dello stesso Parlamento, in base ai due superiori principi rispettivamente di salvezza dei rapporti esauriti e di continuità istituzionale²⁸. Di conseguenza parrebbe perire definitivamente ogni pretesa realistica di attribuire aprioristicamente alla riserva di legge penale e alla sua *ratio* di democrazia un rango privilegiato, compreso il ruolo di principio supremo con la funzione di contro-limite all'ingresso di diritto "alieno". Ci sarà sempre una qualche continuità istituzionale e rapporti pregressi da salvaguardare, o altro da conservare - a parte pure il rilievo che, fuori da improponibili dogmatismi, ai contro-limiti si oppongono contro-contro-limiti e così via, come appunto stiamo verificando.

²⁷ Esemplare il caso dei c.d. pesci (tonni rossi) in malam partem, sul quale v. C. Sotis - M. Bosi, Il bizзарo caso dei pesci "in malam partem". Osservazioni in tema di pesca del novellame sui rapporti tra disapplicazione dell'atto amministrativo (di favore) contrario alla legge e non applicazione della norma nazionale (di favore) contrastante con il diritto comunitario, in www.dirittopenale-contemporaneo.it (gli autori tentano una distinzione tra ipotesi in cui l'effetto sfavorevole della norma comunitaria integratrice sarebbe ammissibile, e ipotesi in cui non lo sarebbe). Ivi ult ind., cui adde Cass. pen., SS.UU., 6 ottobre 2009, n. 38691 (che tende ad escludere l'effetto in malam partem della normativa comunitaria integratrice di elementi normativi della fattispecie penale), in *Dir. pen. proc.*, 2010, 433, con commento di V. Maiello, e in *Cass. pen.*, 2010, 1, 101, con commento di V. Manes.

²⁸ Corte cost. Servizio Studi, Il principio di continuità nel funzionamento degli organi costituzionali, dicembre 2013, http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu257_continuita.pdf

Comunque, riguardo alla concorrenza del diritto giurisprudenziale rispetto alla fonte-legge democratica, il punto non è, nel valutarla, che si debbano necessariamente abbandonare le sacrosante esigenze sottostanti all'ideale afflato costituzionale strettamente penal-legalitario, come parrebbero intendere coloro che si oppongono a qualsiasi riconoscimento della pronunzia giurisprudenziale quale fonte del diritto penale, e perfino di riconoscerla almeno a certi effetti di certezza e garanzia "come se" fonte essa fosse, poiché ritengono che altrimenti quelle esigenze sarebbero disattese o comunque contraddette, che in definitiva la legalità classica perderebbe ogni valore e si finirebbe per legittimare l'esistente²⁹. Gli è invece che, *accanto* ai tradizionali, sacrosanti presidi, che pure tuttavia necessitano di revisione a scopo di rinforzo, se ne potrebbero *aggiungere* di nuovi e coordinati, in conseguenza della constatazione non solo della inevitabile creatività dell'apporto interpretativo anche in ipotesi di sufficiente precisione della legge (fisiologia), ma anche della creatività evitabile ma non evitata, compresa quella "sleale" e comunque iniqua (patologia). L'irriducibilità sotto i vari profili della fonte-interprete non preclude anzi sprona a perseguire anche nei confronti di questa fonte e per quanto possibile gli obiettivi sostanziali classici.

6. Altri profili di compatibilità europea incidenti sulla codificazione penale: codice penale europeo; sussidiarietà; diritto penale "nazionale" come diritto penale "comune" europeo; codificazione "settoriale"

Sulle basi indicate si fonda l'abbandono della concezione autarchico-statale in materia penale. Pare da escludere che sia da perseguire la strada storicamente segnata dalla codificazione statale illuministica nel superamento del particolarismo normativo preunitario, laddove hanno operato in funzione globalizzante istanze autoritaristico-moniste la cui riedizione contrasterebbe oggi, se non altro, con i fondamentali diritti consustanzianti a una società democratica che esige di preservare l'uno e il molteplice senza negare l'essenza dell'individualità, come del resto impone il principio europeo penale di sussidiarietà, di cui più avanti si dirà. Fuori dalla storia rimane al momento e prevedibilmente a lungo il codice penale europeo, del quale è in dubbio l'utilità nonché la legittimità e fattibilità, quali che ne siano i rapporti con i codici nazionali. Occorre comunque lavorare su sviluppi di modelli pluralistici, grosso modo di stampo federalista. Può risultare utile anche alla codificazione nazionale prendere in considerazione le ampie riflessioni che sgorgano dagli studi dedicati alla futura codificazione europea³⁰, laddove si enucleano i tratti comuni e più ampiamente le compatibilità tra le varie tradizioni, anche con nuove soluzioni metodologiche.

Comunque, più raggiungibile pare l'obiettivo di assicurare compatibilità eu-

²⁹ Cfr. S. Moccia, Il volto attuale del sistema penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 2013, 1097.

³⁰ A. Bernardi, Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive, Ann. Università Ferrara – Scienze giuridiche, Saggi III, 1996; Id., Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale, in T. Rafaraci (a. c. di), L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive e esigenze di garanzia, Milano, 2007, 193. V. inoltre le opere citate in note 97, 98, 99.

ropea al proprio codice. Si impone però la considerazione di un nuovo ruolo del diritto (e quindi del Codice) penale nazionale: esso è anche formante del diritto penale europeo. Stringentemente, il diritto penale nazionale soggiace all'obbligo di dotarsi di un'integrale e pluridirezionale "compatibilità europea", compatibilità che un nuovo Codice dovrebbe pure contribuire ad assicurare. Essa si dispiega in termini di rispondenza per così dire verticale, "gerarchica", rispetto ai principi europei, ma anche di conseguenza in termini di rispondenza per così dire "orizzontale", alle attese degli altri Stati Membri (parte speciale in ogni caso compresa). Il diritto penale nazionale è strumento di esecuzione del diritto dell'Unione europea: sotto questo profilo è diritto penale (di interesse) comune. Si impone un lavoro (anche) dall'interno allo scopo di attenuare le differenze³¹.

Questa comunanza si vede bene per esempio nella disciplina europea del mandato d'arresto europeo: essa comporta in definitiva che ciascun diritto penale nazionale degli Stati membri assurga al rango di diritto penale comune, veicolando una pretesa punitiva comune, europea³² – tuttavia l'Italia ha deviato eccessivamente dalle aspettative europee³³, disconoscendo quanto anche di recente la Corte di Giustizia ha ribadito, cioè che le esigenze di certezza e garanzia, e in particolare le definizioni dei reati e le pene applicabili, sono "quelle risultanti dal diritto dello Stato membro emittente" che deve rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici europei³⁴. Il terreno comune delle garanzie è questo ultimo, la dove si annullano le differenze sul piano del diritto oggettivo tra i vari ordinamenti nazionali.

Più in generale, lo stesso principio europeo di sussidiarietà (anche) penale postula la comunanza rispetto a ogni diritto penale nazionale. C'è una doppia sussidiarietà del diritto penale dell'Unione europea: nel significato classico – principio di *extrema ratio* –, e nel nuovo significato per cui, se le decisioni devono essere prese per quanto possibile il più vicino a chi ne è riguardato, l'Unione non può intervenire laddove sia sufficiente ai suoi scopi l'intervento soltanto statale.

L'esigenza si dispiega, ribadiamo, sia sul piano della parte generale che su quello della parte speciale. Anzi, riguardo alla parte speciale, un'armonizzazione europea "spontanea" a livello nazionale coinvolgerebbe anche le fattispecie di "rilevanza meramente interna", oltre a quelle che tutelano beni di interesse europeo, poiché una stretta connessione tra le due categorie è imposta dal principio – affermatosi fin dalla sentenza CGCE del 1988 c.d. mais greco – per cui la tutela punitiva nazionale degli interessi europei deve essere non solo adeguata alla gravità del

³¹ Cfr. A. Bernardi, Sull'opportunità di una armonizzazione europea delle scelte sanzionatorie nazionali, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, vol. XIX, 2005, 290 (277) (e in *Scritti in onore di H. H. Jescheck*, Milano, 2006, 109).

³² S. Riondato, Dal mandato d'arresto europeo al Libro verde sulle garanzie alla Costituzione europea: spunti sulle nuove vie di affermazione del diritto penale sostanziale europeo, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 1130.

³³ Un quadro recente delle deviazioni, a nostro avviso riconducibili soprattutto ad una malintesa difesa della legalità nazionale, con esclusione della considerazione della legalità europea e di quella degli altri Stati membri, si trova in V. Maiello, La disciplina interna del MAE tra fedeltà comunitaria e garanzie costituzionali: riflesso di una primauté solo "tendenzialmente assoluta", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 112.

³⁴ CGCE, 3 maggio 2007, C-303/05, *Advocaten voor de Wereld c. Ledend van Ministerrad*.

fatto, efficace e dissuasiva, ma inoltre deve risultare simile alla tutela apprestata per lesioni di interessi nazionali di analoga importanza (principio di assimilazione)³⁵.

Tutte queste funzioni accomunanti non sono ben assolve in mancanza di compatibilità europea della normativa penale nazionale.

Per concludere, un cenno all'eventualità di una codificazione "settoriale". Non è da escludere in partenza che per certi versi risulti utile la soluzione di riservare una codificazione nazionale settoriale alla materia penale europea, che si coordini con il resto, anche se, trattandosi anzitutto di principi, questi non possono che riguardare tendenzialmente l'intera materia penale. Soluzioni del genere si sono imposte per la diversa materia del diritto penale internazionale, per esempio il codice settoriale penale internazionale germanico; altri Paesi come la Francia hanno inserito la materia nel codice penale.

La settorialità potrebbe più chiaramente rivelarsi utile con riguardo alla parte speciale, per esempio in materia ambientale, qualora si tratti di dare attuazione a obblighi europei di penalizzazione e correlata normativa europea che tratteggi i connotati delle emanande norme "nazionali" (e nondimeno europee) incriminatrici. Più in generale, realisticamente, non sarà possibile liberarsi dalla convivenza, anche di un futuro nuovo codice, con legislazione penale speciale.

³⁵ V., anche per i conseguenti profili problematici, Bernardi, Sull'opportunità di una armonizzazione europea, cit., 280.

LE POSIZIONI DI GARANZIA

SOMMARIO: 0. Una *sineddoche*. – 1. La premessa: la sovraesposizione della posizione di garanzia nel reato omissivo improprio colposo. – 2. La linea di sviluppo: la tipicizzazione della posizione di garanzia tra formante legislativo e formante giurisprudenziale. – 2.1. *Posizione di garanzia e fatto omissivo doloso*. – 2.2. *Posizione di garanzia e fatto omissivo colposo*. – 2.3. *Il rischio come criterio di collegamento tra fatto omissivo doloso e fatto omissivo colposo*. – 3. Le aporie legate a una codificazione (solo) ‘di parte generale’ delle posizioni di garanzia. – 4. Ipotesi di lavoro per una riforma delle posizioni di garanzia.

Una sineddoche

Nell'affrontare la tematica oggetto del mio intervento prenderei le mosse da un'*equazione* o – il che è lo stesso nella mia prospettiva – da una *sineddoche*: nella prassi del diritto vivente moderno, il reato omissivo *coincide* con la posizione di garanzia; ovvero, in altri termini, la posizione di garanzia rappresenta quella *parte* della responsabilità per omissione in grado di *evocare* quest'ultima nella sua *interessezza*.

Una simile impostazione è confortata da una *premessa* e da una linea di *sviluppo*, entrambe ovviamente relative all'istituto in parola.

1. La premessa: la sovraesposizione della posizione di garanzia nel reato omissivo improprio colposo

La *premessa* può essere ravvisata nell'enorme proliferazione della responsabilità omissiva nell'ultimo scorcio del secolo XX: mentre nella cornice del diritto penale classico costituiva un'ipotesi pacificamente residuale (l'*eccezione* rispetto *alla regola* rappresentata dalla responsabilità commissiva), la responsabilità per omissione tende a divenire oggi – di fatto – *la regola* e lo è sicuramente in una serie di settori cruciali.

Alla base vi è la crescita di bisogni di protezione diffusa, che determina una vera e propria '*caccia*' *alla posizione di garanzia* in sede di interpretazione e di applicazione della norma penale; di qui la vocazione espansiva di quello che, in origine, era solo il *nucleo* della fattispecie omissiva. Ed è soprattutto a un *modello* di responsabilità per omissione – quello *improprio colposo* – che tale evoluzione è essenzialmente riferibile.

La giurisprudenza, infatti, sottopone tale schema di incriminazione a una sorta di operazione di '*sintesi strutturale*':

– *a monte*, sul terreno del *rapporto di causalità*, ove da tempo si è denunciato il ricorrere di operazioni di *compattamento* tra nesso eziologico e posizione di garanzia, nel senso che, in presenza dell'evento, il legame causale è considerato

‘verificato’ a fronte della mera presenza della posizione di garanzia che, come noto, porta con sé proprio il *dovere di impedimento* di quello stesso evento;

– *a valle*, sul terreno della regola cautelare e del conseguente perimetro della fattispecie colposa, posto che sempre più spesso quest’ultimo viene fatto appunto coincidere con la posizione di garanzia; ma, così operando, il *cortocircuito logico* è inevitabile: la *posizione di garanzia* crea la regola (*cautelare*) di comportamento, ma è proprio sulla base della regola doverosa di comportamento gravante su certo soggetto che viene verificata la *presenza* della posizione di garanzia in capo al medesimo.

L’aporia ermeneutica appare, all’evidenza, allo stato insuperabile, poiché coinvolge direttamente il piano delle *garanzie*: il giudice, in questo campo, lavora infatti con un unico strumento, cioè la clausola generale dell’art. 40 cpv. c.p., che si rivela appunto *insufficiente* e *pericolosa*. E non stupisce che proprio tale norma sia individuata come base di partenza di tutti i tentativi di riforma del Codice penale; conseguentemente, appare del tutto legittima l’istanza generale di una *formalizzazione tipizzante* della posizione di garanzia.

2. La linea di sviluppo: la tipizzazione della posizione di garanzia tra formante legislativo e formante giurisprudenziale

Prima di considerare una prospettiva *de lege ferenda*, mi preme evidenziare come un processo di formalizzazione e di tipizzazione di *posizioni di garanzia* tra loro *diverse* stia già avvenendo, in alcune aree, grazie alla prassi, nella quale – lo anticipo subito – un ruolo fondamentale gioca la *coabitazione* (spesso *dialettica*) del formante legislativo e del formante giurisprudenziale. E proprio da tale evoluzione andrebbero, a mio parere, tratti gli spunti essenziali per un eventuale intervento riformatore del Codice penale.

Un’avvertenza preliminare, tuttavia.

Nell’analisi occorre separare nettamente tra loro, da un lato, il *fatto omissivo doloso*, dall’altro il *fatto omissivo colposo*, recuperando tale distinzione come *dicotomia di tipi* e non di mere (e tardive) forme di colpevolezza – altrimenti detto: radicando il discorso sul terreno della *tipicità*, con immediato radicamento *nel caso concreto*, che *sin da subito* dovrà orientare *strutturalmente* il momento ascrittivo della responsabilità.

2.1. Posizione di garanzia e fatto omissivo doloso

La tipizzazione della posizione di garanzia in rapporto al fatto omissivo *doloso* interessa principalmente il settore del *diritto penale dell’economia*, nel quale si registra una marcata estensione giurisprudenziale della responsabilità omissiva per mancato impedimento di un reato altrui a carico di soggetti ritenuti gravati da un obbligo di controllo.

Posso limitarmi a richiamare, in proposito, due filoni giurisprudenziali, per certi versi *tradizionali*, anche se attraversati attualmente - come detto - da linee evolutive di primario rilievo.

(a) Anzitutto, segnalo la giurisprudenza formatasi con riguardo alla *responsabilità degli amministratori non esecutivi* per reati commessi dagli amministratori esecutivi, ossia da coloro che hanno effettivo *potere* nella società. Nonostante la riforma del diritto societario abbia inciso profondamente sul combinato disposto di cui agli artt. 2381 e 2392 c.c., operando una sostanziale *actio finium regundorum* tra le diverse sfere di responsabilità interne alla *company* in ragione delle corrispondenti sfere di *potere* (secondo la logica del “*devi perché* (e nei limiti in cui) *puoi*”) la prassi, con una tipica operazione gattopardesca, continua a leggere le nuove disposizioni, ogni qual volta le deve calare nel contesto delle relative fattispecie di reato *lato sensu* societario, alla stregua della vecchia criteriologia imputativa, fondata su di un generalizzato dovere di sorveglianza (con conseguente tipica interversione del titolo di responsabilità, da doloso a sostanzialmente colposo).

(b) In secondo luogo, rammento la giurisprudenza formatasi con riguardo alla *responsabilità dell'amministratore di fatto*, dopo la formalizzazione della figura – condivisibile proprio per il rispetto così dimostrato alle esigenze di tipicità – operata dal legislatore con l'art. 2639 c.c. nel testo novellato dal d.lgs. 61/2002.

Ebbene, la prassi non si è limitata a estendere indiscriminatamente tale criterio di imputazione dalla sede per la quale era stato coniato (i reati societari) a *tutti gli altri* reati economici, anche latamente intesi, ma traccia una sorta di *correlazione biunivoca* tra la posizione di garanzia dell'*amministratore di fatto* e la posizione di garanzia dell'*amministratore di diritto*: in altre parole, il principio di diritto codificato nell'art. 2639 c.c. radica in capo all'amministratore di fatto una posizione di garanzia tesa a impedire i reati eventualmente commessi dall'amministratore di diritto; e quest'ultimo, a sua volta, risulta titolare – per definizione e *de iure*, se vogliamo – di una posizione di garanzia rispetto ai reati dell'amministratore di fatto, in una sorta di *circolo chiuso*, insuperabile quanto perverso.

La ‘chiave ermeneutica’, che permette di inserrare in modo totale e impenetrabile siffatto paradigma imputativo, a questo punto esclusivamente imperniato sulla posizione di garanzia, è poi rappresentato dalla componente soggettiva del tipo, declinata in termini di *dolo eventuale*, posto che l'amministratore (di fatto o di diritto, a seconda dei casi), stante l'obbligo di controllo gravante su di sé, non può – a parere della giurisprudenza – che aver *accettato il rischio* del reato commesso dal soggetto che avrebbe dovuto, ma ha ommesso, di controllare.

2.2. Posizione di garanzia e fatto omissivo colposo

Anche sul versante del fatto omissivo *colposo* si assiste senza dubbio a una estensione, di fonte giurisprudenziale, della responsabilità penale per mancato impedimento di un fatto illecito altrui. E, in quest'ambito, ciò costituisce di per sé un *cambio di paradigma*, se si considera che, proprio nelle importanti monografie degli anni '90 dedicate al reato colposo, si sottolineava come il perimetro estremo della posizione di garanzia coincidesse – salvo eccezioni assolutamente marginali – proprio con il fatto illecito altrui, che rompeva lo schema del (dovere di) controllo di attività rischiose di per sé lecite (gravante sull'esercente l'attività stessa).

Su questo versante della problematica, la formalizzazione di posizione di garanzia *nuove*, tipizzate *ad hoc*, ricavate, *ma non* contenute necessariamente nell'art. 40 cpv. c.p., avviene essenzialmente attraverso la *legislazione speciale*.

Cito due esempi:

(i) l'uno, nell'ambito del *diritto penale delle persone fisiche*, è ravvisabile all'interno del Testo unico sulla sicurezza del lavoro (d.lgs. 81/2008), dove per la prima volta (ma – per questi profili – già anticipata nel d.lgs. 626/94) ritroviamo una *tipizzazione normativa* – e dunque *legittima* per definizione, stante il formante che l'ha prodotta – delle diverse posizioni di garanzia rilevanti nel sistema di tutela dell'integrità psico-fisica delle persone presenti nell'ambiente di lavoro;

(ii) l'altro, correlato al sistema di *responsabilità ex crimine delle persone giuridiche*, così come delineato dal d.lgs. 231/2001. Il modello di imputazione a carico dell'ente, infatti, presuppone che la società sia titolare di una *globale* posizione di garanzia rispetto all'operato dei propri rappresentanti e, addirittura, rispetto all'operato della persona fisica che operi comunque per conto dell'impresa, anche senza rappresentarla legalmente.

In questo caso, lo schema di responsabilità si può affermare che sia *misto*, '*doloso-colposo*': il modello di garanzia gravante sulla persona giuridica è strutturalmente *colposo*, ma i fatti che l'ente è tenuto ad impedire sono illeciti altrui (della persona fisica), nella quasi totalità dei casi *dolosi*.

Nella dialettica tra persona giuridica e persona fisica, merita di essere sottolineato un punto di frizione, che coinvolge alcune persone fisiche particolari, ossia i *membri dell'organismo di vigilanza*, potenzialmente responsabili per non aver impedito i reati commessi dagli amministratori o dai dipendenti della società. La questione, come noto, è molto discussa, poiché qui si rischia di innescare una deriva che, per proprietà transitiva, faccia discendere dalla posizione di garanzia della persona giuridica la posizione di garanzia di persone fisiche, il cui potere di impedimento, tra l'altro, è tutto da verificare, e anzi di regola *per se* escluso (salvo la sola – particolare, e criminalpolitically assai discutibile – eccezione rappresentata dall'art. 52 d.lgs. 231/2007, con il quale il legislatore ha formalizzato, sia pure a determinate condizioni, una posizione di garanzia a carico dei membri dell'organismo di vigilanza per l'impedimento di fatti di riciclaggio).

2.3. Il rischio come criterio di collegamento tra fatto omissivo doloso e fatto omissivo colposo

Conclusione provvisoria, sul punto.

A mio parere, la cifra comune alle linee evolutive sopra tratteggiate va individuata nel concetto di *rischio*, che gioca un ruolo fondamentale sia sul fronte del reato omissivo doloso, sia sul fronte del reato omissivo colposo.

(a) Sul versante della tipicità dolosa, nel rischio si radica il fulcro dei nuovi paradigmi di *Garantenstellung*, volti all'impedimento di reati all'interno e da parte degli organi collegiali, posto che questi ultimi per la loro vitalità si ali-

mentano – come sopra chiarito – attraverso il ricorso al *dolo eventuale*, ossia un criterio di imputazione strutturalmente orientato su un *rischio illecito*, che si è percepito e che, pur tuttavia, non è servito da freno all'azione, propria e di altri (o dell'*organo* come tale).

(b) Sul versante della tipicità colposa, viceversa, il rischio – che in questo caso deve essere, ovviamente, *lecito*, previsto o prevedibile, ma da contenere e minimizzare – costituisce il perno per la configurazione della *regola cautelare* e, dunque, mediatamente, della posizione di garanzia ad essa correlata.

3. *Le aporie legate a una codificazione (solo) 'di parte generale' delle posizioni di garanzia*

Si tratta, a questo punto, di progettare una possibile evoluzione normativa – eventualmente formalizzata in un erigendo Codice – di uno scenario pragmatico e fenomenologico così complesso. Come ho già anticipato, non è casuale che ciascun riformatore del Codice Rocco abbia ritenuto necessario superare – sia pure con alcune differenze – il dettato troppo ampio (e pertanto troppo agevolmente 'riempibile') dell'art. 40 cpv. c.p., con modelli di imputazione orientati su posizioni di garanzia dotate di una loro autonoma (maggiore o minore, ma in ogni caso almeno minima) tipicità.

Desidero ora confrontarmi con tali risultati, per verificare se la strada tracciata dai progetti di riforma succedutisi nel tempo sia effettivamente percorribile. E mi riferisco, qui, soprattutto, all'articolato licenziato dalla c.d. "commissione Grosso", che alla posizione di garanzia ha dedicato, come noto, una speciale attenzione.

Premetto che condivido e ritengo senz'altro corretto sul piano metodologico lo schema di lavoro seguito dalla commissione, ossia l'individuazione a livello normativo di una *tipologia* di posizioni di garanzia *distinte* per campi di materia o fenomenologie (si pensi alle ipotesi che classicamente sollevano un problema di responsabilità per omissione, quali la posizione di garanzia a favore di soggetti incapaci, prevista all'art. 17 dell'articolato, o quella relativa all'attività di polizia, di cui all'art. 19).

Nondimeno, nel momento in cui lo sforzo di tipizzazione si concretizza in norme, anche in questa progettistica emergono le prime aporie, che – a mio avviso – non possono essere interamente risolte all'interno del solo tessuto codicistico.

Introduco così, consapevolmente, un primo elemento di pessimismo: l'osservazione della prassi mi fa dubitare che sia possibile risolvere tutti i problemi collegati alla definizione della posizione di garanzia all'interno della parte generale del Codice penale, per quanto articolata essa sia. E, nello specifico, riesco a individuare alcune criticità di fondo nel ricorso a una disciplina, *per se* necessariamente generale e sintetica, che tale collocazione topografica conservi.

In particolare:

(aa) Anzitutto, rispetto all'*oggetto* del dovere di impedimento: posto che la norma – nell'ipotesi 'codicistica' – dovrebbe anzitutto chiarire (compito *per se*

non facile) se il dovere di impedimento del garante si riferisca a un *evento naturale*, direttamente lesivo del bene tutelato, o a un *evento "umano"*, ossia a un fatto illecito altrui. Tale aspetto critico può senz'altro essere temporaneamente 'celato' in un testo normativo che da un punto di vista semantico si presti a ricomprendere entrambe le ipotesi; ma sarebbe comunque una soluzione di corto respiro, poiché il problema della distinzione e della relativa disciplina riemergerebbe inevitabilmente in sede giurisprudenziale.

(bb) Inoltre, con riguardo al *grado di anticipazione* della tecnica di protezione che si intende sviluppare attraverso la creazione di specifiche posizioni di garanzia. Il dettato normativo che fissa la singola *Garantenstellung* dovrebbe cioè chiarire senza ambiguità se il dovere di impedimento è funzionalmente orientato alla prevenzione di eventi di danno, eventi di pericolo, situazioni pericolose, o se risponde addirittura a una logica di prevenzione ancora più arretrata, di tipo *cautelativo*.

(cc) Infine, quanto al *titolo della responsabilità* per omissione, che dovrebbe essere esplicitato nella norma introduttiva di *ogni singolo paradigma impeditivo*. È questo un tema assolutamente centrale, come pure traspare dallo stesso progetto di riforma rassegnato dalla 'commissione Grosso'; e qui il quesito basilico suona: deve trattarsi di una responsabilità *solo dolosa*, ovvero *solo colposa* (*per agevolazione*) o *per entrambe* le possibilità?

Tanto per capirsi circa le difficoltà applicative che potrebbe produrre una semplice tipizzazione della posizione di garanzia che resti a livello codicistico generale. Pensiamo all'art. 18 del progetto Grosso:

– “*Attività terapeutica*. 1. Colui che, nell'esercizio della professione di medico o di altra attività terapeutica, abbia preso in cura taluno, è tenuto ad impedire, nell'ambito dell'incarico, eventi lesivi della vita o della salute del paziente”.

Di per sé si tratta di una disposizione impeccabile, che fissa un principio sacrosanto ed è riferita a un settore nel quale la responsabilità omissiva assume (e sempre più) un rilievo centrale. Tuttavia, se ci limitiamo al dato letterale di un siffatto schema ascrittivo di responsabilità *per alios*, potrebbe non essere affatto escluso che, alla stregua di tale norma, anche il medico di base che abbia, sussistendone l'indicazione, indirizzato il paziente verso una complessa e sofisticata operazione chirurgica, sia chiamato a rispondere dell'eventuale complicità mortale conseguente all'operazione medesima. Un esito che fortunatamente la giurisprudenza attuale rifiuta, sulla base del criterio della ripartizione delle sfere di rischio orientate sui diversi modelli cautelari, ma che di per sé si presenta del tutto compatibile con il modello normativo sopra ipotizzato, soprattutto se lo pensiamo in un futuro affidato alle mani di una giurisprudenza *creatrice*.

4. *Ipotesi di lavoro per una riforma delle posizioni di garanzia*

Breve: una tutela penale razionale, completa e garantista, che pur muova dalla necessità di tipizzare le posizioni di garanzia, nell'ambito della responsa-

bilità omissiva, già *all'interno* della 'Parte Generale' del codice, per superare anzitutto l'uso di formule *passerpartout* 'buone per tutte le stagioni', dovrà gioco-forza configurare la disciplina di fondo dell'istituto '*per astrazione*' dalla 'Parte Speciale'. Indubbiamente – come già anticipato – il metodo corretto è quello della formalizzazione 'per campi di materia', ma muovendosi sul terreno della legislazione speciale, o comunque della 'parte speciale' del sistema.

L'esperienza della prassi può suggerire i contorni di una possibile articolazione della tassonomia *ex lege* delle posizioni di garanzia, che dovrebbe orientarsi quanto meno su tre direzioni diverse.

(α) In primo luogo, traendo ispirazione dall'opera di *formalizzazione dei ruoli per porzione di rischio* alla quale procede proprio la – sopra evocata – giurisprudenza in tema di *attività medico-chirurgica*, allorché fissa i limiti della responsabilità penale dei singoli specialisti nel lavoro di *équipe*: in questo settore, la posizione di garanzia è strettamente correlata al perimetro del rischio, individuato come 'di competenza' di un certo soggetto – risulta così *per se* tipizzata secondo parametri certi e conoscibili *ex ante*.

(β) In secondo luogo, coordinando nei limiti del (massimo) possibile la paradigmatica delle *Garantenstellungen* con i c.d. *macro-rischi*, ossia i rischi *per se* difficilmente arginabili e al contempo di impatto potenziale megalico, che trovano il proprio – anche se non esclusivo – terreno d'elezione nella attività delle c.d. *organizzazioni complesse*.

Sempre osservando la prassi, non si può non rappresentare come la pronuncia della IV Sezione della Corte di Cassazione sul noto "caso Sarno" abbia mostrato gli esiti paradossali cui può portare, in questo campo, una posizione di garanzia *omnibus*, cioè costruita secondo un paradigma 'aperto' e a contenuto totalizzante: a disastro avvenuto, essa finisce per inglobare l'intera serie di eventi di natura catastrofica, piegandosi alle esigenze di politica criminale (impropriamente) mediate dalla giurisprudenza (anche a prezzo del corretto rispetto dei fondamentali del modello d'imputazione, quale, *in primis*, il principio di colpevolezza).

Anziché costruire macro-posizioni di garanzia che 'chiameranno' poi i loro sventurati titolari a rispondere per qualsiasi evento si verifichi – 'a catena' –, lungo la filiera non intercettabile dei processi catastrofici, sembra piuttosto da preferirsi, in questo ambito, l'introduzione di (adeguatamente tipizzati) *illeciti di pericolo*, cioè di fattispecie orientate alla tutela anticipata di eventi verosimilmente indominabili, una volta che ne sia iniziata la complessa dinamica.

(γ) Infine, sviluppando sino alle sue estreme potenzialità quel paradigma di *Garantenstellung alternativo* rispetto a quello classico, rappresentato dal *modello organizzativo* tipico delle organizzazioni complesse. Questo infatti dà corpo a una posizione di garanzia *macro-selettiva*, e dunque articolata e funzionale, che, soprattutto distingue in modo basilare le fasi di *risk assessment* dalle fasi di *risk management*; all'opposto di quanto avviene nei settori privi di un referente normativo puntuale, nei quali la prassi tende a fomentare una posizione di garanzia unitaria e onnicomprensiva, che trascura il dato oggettivo dell'articolazione in fasi del processo di gestione in senso lato del rischio; appunto quanto di più disfunzionale un sistema penale moderno possa oggi esibire.

La conclusione: segnatamente con riferimento alle posizioni di garanzia e alla loro necessaria disciplina, la soluzione non può *più* essere trovata *esclusivamente* all'interno della parte generale; 'principi di fondo' 'di parte generale' e *specifiche* discipline di settore (siano queste da rinvenirsi nella normativa complementare penale o nella normativa extra-penale, o addirittura in *compliances* e/o paradigmi tecnico-prasseologici extra-legali) devono integrarsi in un superamento necessario dell'utopia – bellissima, ma destinata a restare tale – del Codice penale come Istituzione monistica e monopolistica del penalmente rilevante.

UN VEGLIO SOLO, DEGNO DI REVERENZA

La parabola del tentativo negli scenari del 'postclassicismo' penale

SOMMARIO: 1. Il tentativo e gli odierni paradigmi 'scientifici' di imputazione del fatto. – 2. Il modello del tentativo di fronte all'espansione dei reati di 'pericolo'. – 3. L'infittirsi degli illeciti di carattere 'preparatorio' o rilevanti sotto forma di 'attentato'. – 4. L'esigenza ineludibile di una 'base totale' nella valutazione dell'idoneità. – 5. Il 'livello' prognostico del giudizio di idoneità: i paradossi del criterio 'probabilistico'. – 6. La direzione degli atti tra univocità ed 'esecuzione' della fattispecie. – 7. Tentativo e forme del dolo. – 8. Le prospettive sanzionatorie e la disciplina del tentativo inidoneo.

1. Il tentativo e gli odierni paradigmi 'scientifici' di imputazione del fatto

V'era un tempo in cui nelle mie lezioni universitarie ero solito affermare che il tentativo poteva essere considerato come l'espressione di una scelta generale del sistema orientata in una duplice direzione: per un verso, cioè, esso anticipava la soglia di punibilità della condotta, in ragione della sua potenzialità offensiva nei confronti degli interessi protetti, mentre, per altro verso, esso segnava anche il limite di tale anticipazione, dovendosi considerare del tutto eccezionali eventuali scelte punitive riferite a comportamenti ancor più arretrati e prodromici rispetto al tentativo medesimo.

Ebbene, guardando ai tempi d'oggi, non mi sentirei più di riproporre un analogo scenario sul piano sistematico e politico-criminale. Ed invero (dando ovviamente per scontati i tradizionali limiti applicativi dell'istituto *ex art.* 56 c.p.), sembra di dover dire come il ruolo di 'spartiacque' attribuito alla fattispecie tentata sia destinato a perdere la propria valenza (sia pur relativamente) generale, grazie al progressivo consolidarsi di due linee di sviluppo, bensì diverse tra loro, ma tuttavia suscettibili di convergere in direzione del medesimo risultato.

Si intende alludere, in primo luogo, all'attuale modo di presentarsi delle questioni collegate alla definizione dei limiti di rilevanza dei giudizi di tipo 'causale'. In particolare, l'irrompere delle nuove tendenze favorevoli al ricorso a 'leggi scientifiche', pur legittimando – com'è ben noto – l'ingresso in ambito penale di modelli esplicativi (anche) di carattere 'probabilistico', ha condotto a rendere particolarmente rigorosa e selettiva l'utilizzazione del paradigma causale, imponendo, tra l'altro, di abbandonare il più elastico criterio valutativo fondato sul richiamo a 'massime di esperienza', in ossequio ad un sapere 'nomologico' da considerare (e praticare) quale metro esclusivo di giudizio. Orbene, è parimenti noto come il paradigma della 'causalità scientifica' abbia finito col coinvolgere – come attestano importanti studi in materia – anche il fenomeno del tentativo, ve-

nendo a distaccare quest'ultimo dal riferimento alla comune esperienza e all'*id quod plerumque accidit*, per ancorarlo invece a un'indagine volta ad accertare (se non la produzione effettiva, quanto meno) la 'causabilità' del risultato, sulla base di quella spiegazione in termini razionalmente inattaccabili del nesso con un evento individuato *hic et nunc*, da cui si fa oggi dipendere la fondatezza della verifica giudiziale. Il legame del tentativo con la prospettiva causale – sia pure rivolta, necessariamente, verso uno sviluppo di carattere potenziale – si è andato dunque rafforzando ulteriormente. Ma, a ben guardare, insieme a tale circostanza – ed in conseguenza della medesima – è venuta ad emergere con ancor più spiccata evidenza l'*intima connessione del tentativo con l'esigenza di poterlo commisurare ad un esito determinato, 'specifico', individualizzato nella sua dimensione spazio-temporale, sì da rendere quella 'prognosi causale' scientificamente esperibile grazie ad una puntuale e concreta delimitazione dello scenario cui essa deve venire ricollegata*. Il tentativo, da questo angolo visuale, vede oggi sempre più restringersi (sia pure per motivi differenti da quelli originari) il proprio spazio applicativo all'ambito dei delitti per i quali era venuto storicamente ad affermarsi: ossia, come ben s'intende, quelli per lo più attinenti a beni – e a correlativi eventi a danno dei medesimi (accogliendo, adesso, una nozione di 'evento' tale da ricomprendere anche le dinamiche di realizzazione di fatti diversi da quelli causali 'puri') – percepibili in una dimensione naturalisticamente circoscritta e per lo più riferibile ad un destinatario determinato.

2. Il modello del tentativo di fronte all'espansione dei reati di 'pericolo'

Per altro verso – ma in linea con il quadro appena abbozzato – ad assottigliare il ruolo 'centrale' della figura del tentativo concorre in misura significativa l'ulteriore fenomeno consistente nel ricorso sempre più diffuso e massiccio a modelli d'incriminazione incentrati (più o meno esplicitamente) su di un giudizio in termini di 'pericolo'. Ciò, non soltanto nel senso che la valorizzazione di tale modello di tutela si rivela, già ad un primo approccio, tendenzialmente 'sostitutiva' (in termini politico-criminali) rispetto all'anticipazione della punibilità insita nello stesso tentativo, ma anche, per di più, nell'ottica della difficoltà di valutare comunque gli estremi di quest'ultimo rispetto ad un delitto di solo pericolo; ed in effetti, specialmente laddove manchi la possibilità di 'agganciare' i requisiti del tentativo ad una realtà fattuale o evento 'intermedio' materialmente afferrabile (si pensi per tutti al richiamo alla nozione di 'disastro' in taluni reati di pericolo contro la pubblica incolumità), il giudizio prognostico che detti requisiti dovrebbero esprimere tende a farsi evanescente, quando non addirittura indecifrabile: come dimostra, ad esempio, il ben noto problema di rinvenire il 'termine di relazione' di quei connotati nella fattispecie criminosa di cui all'art. 432 c.p. (e, per vero, non soltanto in essa), a causa della mancata indicazione del 'dato' obiettivo che dovrebbe fungere, a sua volta, da base di riferimento per il giudizio di pericolo. Per non parlare, poi, delle fattispecie, sempre più numerose, inerenti al settore della criminalità economica o finanziaria: nelle quali, come spesso accade, la dimensione 'collettiva' dei beni giuridici coinvolti tende – come

già notava autorevolmente Pedrazzi – a rendere problematica la definizione di precisi “correlati fenomenici” cui poter ancorare la prognosi di idoneità della condotta. In tale prospettiva, il tentativo finisce, in ultima analisi, col vedere sempre più confermato il suo ‘destino’ sistematico ad assumere un ruolo ed una portata ‘residuali’ nel panorama complessivo delle tecniche di tutela penale. E invero, (anche) sotto la spinta delle attuali tendenze sul piano politico-criminale, vanno guadagnando un consenso crescente modelli di tutela volti a disciplinare e a governare già ‘a monte’ i possibili ‘rischi’ collegati all’avverarsi di scenari ad impronta estesa e ‘massiva’, dei quali appare arduo concepire la ‘tracciabilità’, secondo le scansioni postulate da una verifica circa lo ‘stadio’ di sviluppo di volta in volta raggiunto dall’*iter criminis*.

Ed ancora: di fronte alla proliferazione di figure di pericolo ‘astratto’ (e a maggior ragione, presunto) – nelle quali si celebra il distacco da una valutazione effettiva delle *chances* di realizzazione del risultato – è la stessa tipizzazione dei fattori cui si accompagna l’‘astrazione’ del pericolo a rendere irragionevole l’idea di ‘astrarre’ ulteriormente dall’integrazione dei medesimi. In effetti, proprio la circostanza che il modello prescelto si muova, per così dire, nella sfera più ‘rarefatta’ insita nella suddetta astrazione, fa apparire sconsigliabile la scelta di attribuire rilevanza ad un *quid minoris* rispetto al perfezionamento (quanto meno) della vicenda su cui poggia quella meno ‘esigente’ connotazione prognostica. Di modo che ben si comprende, da questo punto di vista, come, nella stessa realtà normativa, tale ipotetico arretramento della tutela sia destinato, almeno in prevalenza, a trovare (anche) formalmente una radicale smentita: nel senso che, come mostrano le scelte in materia, il carattere ‘astratto’ del pericolo si accompagna, con notevole frequenza, alla previsione di figure di natura ‘contravvenzionale’, come tali escluse dall’orbita del tentativo. Al qual proposito, v’è da dire come l’irrilevanza di quest’ultimo, più ancora che una conseguenza della scelta operata, venga a rappresentare una motivazione non trascurabile a favore della sua adozione; l’idea stessa di una tutela anticipata avulsa da un apprezzamento in concreto del pericolo, lascia emergere, in effetti, la rilevanza di quel mero ‘rischio situazionale’ – per usare una formula di successo – che denota un’intrinseca affinità con la trasgressione di regole di contenuto ‘cautelare’ (altrimenti) valutabile sotto forma di colpa, e che – come nota Padovani – trova per lo più un precipitato ‘tipico’ proprio nella creazione di fattispecie di carattere contravvenzionale: un insieme di fenomeni – e di modelli legali corrispondenti – che trova dunque il proprio campo di elezione in un programmatico ‘ripudio’, se così si può dire, di scelte normative suscettibili di prestarsi, al loro interno, a un’ulteriore (e francamente abnorme e paradossale) duplicazione di ‘livelli’ di rilevanza penale.

3. L’infittirsi degli illeciti di carattere ‘preparatorio’ o rilevanti sotto forma di ‘attentato’

Ma non basta. Nelle logiche di tutela ‘anticipata’ destinate a porsi in alternativa al modello dell’art. 56 c.p. stanno incontrando una rinnovata legittimazione delle scelte repressive volte a colpire quelle attività ‘preparatorie’ ritenute un

tempo inidonee (pur con alcune eccezioni), non soltanto ad integrare le dinamiche *lato sensu* 'esecutive' proprie del tentativo, ma anche, proprio a causa di tale inadeguatezza, a giustificare il ricorso *tout court* allo strumento della sanzione penale. In comune col 'pericolo' tali fattispecie presentano il dato saliente di fronteggiare la minaccia del successivo avverarsi di un'offesa ad interessi meritevoli di tutela; ma se ne discostano, pur tuttavia, grazie al fatto che, mentre il pericolo (in senso stretto) allude ad uno scenario concepito in chiave 'dinamica' – ossia nella prospettiva di uno sviluppo in grado di attuarsi senza un ulteriore contributo da parte dell'agente – dette attività postulano, affinché l'offesa (od un più grave pericolo) possa realizzarsi, la necessità di un intervento ulteriore, volto a permettere il conseguimento degli obiettivi in ragione dei quali la 'preparazione' del fatto era stata anteriormente disposta.

Orbene, il problema posto da simili condotte non si presta – ai tempi d'oggi – a venire inquadrato nello schema vincolante di un *aut-aut* refrattario a qualsiasi opzione intermedia. Piuttosto, e a ben guardare, la questione dipende dalla fisionomia, dalla dimensione, dalla 'consistenza' dei fenomeni in cui s'incardina l'anticipazione della tutela. Fenomeni, per vero, che sembrano poter assumere rilievo penale, soprattutto laddove presentino un sostrato materiale-obiettivo dotato di un accentuato potenziale 'criminogeno', quale si riscontra, ad esempio, non soltanto nelle associazioni con scopi delittuosi – la cui crescente diffusione, anche a livello di interventi normativi, rappresenta ormai una costante in quasi tutti i paesi europei – ma anche nelle più gravi forme di istigazione al reato, oppure nello svolgimento di attività quali l'"addestramento" o "arruolamento" a fini terroristici (cfr. artt. 270 *quater* e *quinquies* c.p.), come conferma all'evidenza la stessa 'pregnanza semantica' con cui le fattispecie che le riguardano vengono a caratterizzarne i requisiti oggettivi ed il finalismo che vi si accompagna. Oltre a quanto osservato poc'anzi circa le affinità con la categoria del pericolo, i suddetti fenomeni (ed altri ancora, sui quali non è qui possibile soffermarsi) condividono, del resto, con tale categoria quell'ulteriore profilo dato dal fatto di rivolgersi in direzione di uno scenario a vasto spettro di attività collegate al perseguimento degli scopi: il 'controllo' dell'economia, il terrorismo per lo più su vasta scala (o comunque orientato verso un 'ventaglio' ampio di offese e verso strategie e piani operativi ad alto potenziale destabilizzante), la diffusione massiva e reiterata di messaggi volti ad incitare terzi ad aderirvi, *et similia*, integrano senza dubbio, da questo punto di vista, quella prognosi di 'diffusività' degli sviluppi lesivi che si riscontra nella stessa *ratio puniendi* insita nella tecnica normativa del pericolo.

Né può dimenticarsi, nel momento di concludere questo pur sommario giro d'orizzonte, la periodica riemersione di figure incentrate su condotte di 'attentato', variamente formulate – e perennemente oscillanti tra le logiche della 'preparazione' e quelle dell'esecuzione o dell'"univocità" degli atti – ma che hanno visto, proprio in tempi recenti, un incremento non irrilevante della tendenza a farvi ricorso (v., ad es., gli artt. 280, 280 *bis*, 635 *ter*, 635 *quinquies*), la quale testimonia, ancora una volta, un *trend* favorevole a soluzioni di 'parte speciale' in luogo del richiamo alla funzione estensiva spettante alla norma 'generale' sul tentativo di delitto.

4. *L'esigenza ineludibile di una 'base totale' nella valutazione dell'idoneità*

Quanto si è detto finora non giustifica, beninteso, l'abbandono di una prospettiva di indagine, la quale si preoccupi di conferire al tentativo il dovuto spessore sotto il profilo materiale e teleologico. Se è pur vero che il tentativo si erge quale un 'monumento' del diritto penale classico sempre più isolato rispetto all'inesausto svilupparsi di un vasto 'agglomerato' circostante, ciò non fa certo scemare l'interesse a preservarne l'integrità, ed anzi a consolidarne ulteriormente le strutture portanti e l'armonia tra le singole parti e con il tutto.

Fuor di metafora, e dando ora uno sguardo alla tematica dell' 'idoneità' degli atti, sembra anzitutto profilarsi l'esigenza di garantire, ad un tempo, la dimensione rigorosamente *obiettiva* di tale requisito, e l'effettiva *praticabilità* e controllabilità del giudizio in chiave prognostica che esso impone di formulare. Ebbene, a noi pare che, quanto al primo aspetto della questione, debba risolutamente respingersi qualsiasi tentazione di dare ingresso a una verifica 'su base parziale' delle circostanze dell'azione, la quale si limiti a considerare soltanto quelle 'verosimilmente' esistenti, salvo l'aggiunta dei fattori oggetto di particolari conoscenze in capo all'autore della condotta. *Exempla docent*: nel caso in cui un ladruncolo allunghi la mano verso una borsa 'verosimilmente' provvista di un portafoglio o di altri oggetti di valore, la 'parzialità' del giudizio dovrebbe indurre ad affermare l'esistenza dell'idoneità, anche qualora detta borsa dovesse poi risultare completamente vuota. D'altronde – stando alla concezione in esame – vi sarebbe tentativo, anche qualora l'atto, pur non apparendo idoneo secondo un giudizio di comune esperienza, si rivelasse tale in virtù di circostanze peculiari, di cui il soggetto era a conoscenza: ad es., trattandosi di persona affetta da un'eccezionale forma di allergia a certi tipi di bevande (ad es., a quelle contenenti derivati del latte), e il soggetto ne fosse al corrente, l'atto consistente nell'offrirle alla vittima predestinata darebbe senz'altro luogo ad una condotta di tentativo. Ampliando ancora lo scenario: mentre lo sparo di un'arma dovrebbe integrare o meno il tentativo, a seconda che fosse o meno verosimile, alla luce delle conoscenze in materia, che il colpo andasse a segno, la circostanza che il destinatario fosse eccezionalmente munito di un invisibile giubbotto antiproiettile – pur rendendo impossibile l'offesa – non impedirebbe l'esistenza di una condotta rilevante alla stregua dell'art. 56 c.p. Qualora, viceversa, tale giubbotto fosse ben visibile, il tentativo andrebbe escluso, anche laddove l'inesperienza dell'autore lo avesse indotto a supporre che il proiettile avrebbe facilmente trapassato quella barriera protettiva. Tuttavia, dandosi il caso che quel mezzo di protezione fosse difettoso e che di tale circostanza, a prima vista del tutto inverosimile, l'autore fosse nondimeno a conoscenza, ecco che il tentativo tornerebbe nuovamente a configurarsi.

Se il quadro sinora tracciato rispecchia fedelmente le logiche di un giudizio 'a base parziale', non è allora difficile evidenziarne la profonda incoerenza con le esigenze fondamentali che la stessa opinione in esame pone alla base del tentativo. In effetti, una volta condivisa l'idea secondo la quale l'idoneità deve ritenersi strettamente collegata alla dimensione oggettiva del tentativo, appare francamente discutibile, sia la scelta di 'amputarla' delle circostanze – obiettivamente

esistenti – che rendevano impossibile il conseguimento del risultato, sia quella di subordinarla – laddove tale possibilità (per quanto inverosimile) fosse concretamente data – alla condizione di essere ‘conosciuta’ da parte dell’agente. Nel primo caso, in effetti, l’oggettività della valutazione risulta contraddetta dall’arbitraria esclusione dalla base del giudizio di fattori impeditivi che pur sussistevano nel momento della condotta; a maggior ragione, l’incongruenza emerge, poi, nel secondo caso, essendo impossibile affermare, da un lato, il carattere obiettivo del giudizio di idoneità, ma, dall’altro, far dipendere quest’ultima dall’ulteriore profilo delle ‘conoscenze’ presenti nel singolo autore.

Ne deriva, in ultima analisi, che l’unico criterio per valutare obiettivamente l’idoneità degli atti non potrà essere che quello – del resto, suggerito anche da una corretta interpretazione del dell’art. 49, 2° comma c.p. – offerto da un giudizio ‘su base totale’, operato, cioè, alla luce di tutte le circostanze presenti al momento della condotta, sia che esse conducano, poi, ad escludere l’esistenza dell’idoneità, sia che invece impongano di riconoscerla, senza riguardo alcuno per i ‘saperi’ o le valutazioni soggettive riscontrabili nella persona dell’autore.

5. Il ‘livello’ prognostico del giudizio di idoneità: i paradossi del criterio ‘probabilistico’

Venendo adesso a considerare un secondo, importante profilo concernente la valutazione di ‘idoneità’, è da ricordare come, stando alle opinioni più diffuse, quest’ultima dovrebbe atteggiarsi, non già nei termini della *possibilità* del risultato (come già sembrerebbe desumersi da quanto detto finora) bensì sotto forma di una ‘rilevante attitudine’ – concepita in termini *probabilistici* – di verifica dell’offesa. Sennonché, non appena si passi a considerare le tendenze della prassi applicativa – e, talora, le stesse elaborazioni della dottrina volte ad illustrare le conseguenze di tale impostazione – non è raro trovarsi di fronte a notevoli incertezze ed ambivalenze nel momento di sviluppare un solido percorso argomentativo in ordine all’esistenza o meno di un livello particolarmente ‘qualificato’ e consistente delle *chances* di realizzazione del fatto.

Le ragioni di simili incertezze non sono, peraltro, difficili da comprendere. Consideriamo, in primo luogo, l’esempio ‘classico’ di un tentativo di omicidio. A voler seguire la tesi prevalente, il fatto di puntare un fucile verso una persona non potrebbe, invero, dar luogo a tentativo, laddove, trattandosi di un tiratore ancora ‘inesperto’ – e trovandosi il bersaglio a una distanza considerevole – le *chances* di un eventuale ‘successo’ dell’azione omicida apparissero particolarmente ridotte. Ma è davvero plausibile negare, in un caso del genere, l’idoneità degli atti? Una volta prescelta una *base totale* di giudizio, una volta, altresì, che – a differenza delle condotte collegate ad interessi di rilevanza ‘collettiva’ (come, ad es., l’‘ambiente’, il ‘risparmio’, la ‘sicurezza’ della circolazione: ipotesi tutte in cui il giudizio di pericolo è chiamato a compensare un intervento già fortemente arretrato rispetto ad esiti non immediatamente determinabili: v., *retro*) – si possa cogliere la ‘direzione’ dell’atto verso un evento specificamente individuato (come la morte di una persona), perché mai negare la punibilità di una condotta che pur rendeva ‘possibile’ la realizzazione dell’offesa? Né si può fare a meno di sot-

tolineare come tale possibilità dovrà essere, in ogni caso, valutata *in concreto*: di modo che sarebbe fuori luogo obiettare che, dal momento che ‘tutto è possibile’ – anche che un imprevedibile colpo di vento allunghi, ad es., la traiettoria di una freccia *ex ante* incapace di ‘coprire’ la distanza dal bersaglio – sarebbe allora pressoché inevitabile affermare l’esistenza di un tentativo. Quest’ultimo, invero – è opportuno ribadirlo – esige pur sempre il ricorso ad una prognosi fondata su adeguati riscontri sotto il profilo empirico: e, come tale, esso rifugge dalla prospettazione di scenari del tutto astratti ed ipotetici, e tali, per di più, da collocarsi in una fase successiva rispetto a quella in cui tale prognosi doveva essere concretamente operata.

Ma non basta. Le incongruenze della concezione dominante sono destinate ad amplificarsi nei casi in cui si tratti di valutare l’idoneità rispetto ad una condotta in corso di svolgimento, tanto più laddove tale fenomeno venga ad interessare fattispecie di pura condotta, in quanto tali non riferibili ad un evento naturalistico come ‘conseguenza’ della medesima. Si pensi al ladro che venga colto in procinto di aprire una cassaforte nella quale erano contenute delle banconote o altri oggetti di valore. Ebbene: a quale termine di relazione dovrà aversi riguardo per stimare la ‘probabilità’ di consumazione del reato? La risposta dovrebbe essere la seguente: non l’evento – e cioè un dato esterno alla condotta rispetto al quale sia possibile domandarsi se questa fosse idonea a cagionarlo – bensì, per l’appunto, la condotta stessa, o meglio quella sua parte non giunta ancora a compimento. Sennonché, la probabilità in questione, lungi dal poter essere desunta da dati oggettivi – chi mai potrà dire, basandosi sulle circostanze materiali, se quel soggetto proseguirà ‘probabilmente’ nella propria condotta? – non potrà che essere fatta dipendere dal dato puramente *sogettivo dell’“intenzione”* di portare a termine il compimento del delitto. Con il che, tuttavia, l’idoneità dell’atto, una volta ‘trasferita’ sul piano psicologico, finirebbe col perdere il suo ruolo primario di identificare la dimensione oggettiva della condotta di tentativo. Ne deriva, allora, che a connotare oggettivamente quest’ultimo, non potrà essere, a ben vedere, un giudizio in termini di idoneità-probabilità, quanto, piuttosto, la sola, elementare, constatazione della concreta *possibilità* di prosecuzione della condotta; se quella cassaforte poteva essere aperta con gli strumenti a ciò destinati, se essa conteneva quelle banconote, e se dunque quest’ultime potevano essere sottratte, si sarà accertato quanto basta per caratterizzare obiettivamente il tentativo punibile.

In definitiva, l’idoneità dell’atto – com’era stato giustamente avvertito in sede di redazione del progetto Grosso – non può che atteggiarsi nei termini di quella ‘non idoneità’ della condotta, quale risulta confermata, in chiave ‘negativa’, dalla stessa disposizione sul “reato impossibile” (art. 49, 2° comma, cit.). Se quella cassaforte, per riprendere l’esempio dianzi prospettato, non poteva essere comunque aperta con gli strumenti a disposizione del ladro, ecco allora che, essendo impossibile il perfezionamento del furto, verrà a mancare l’elemento dell’idoneità degli atti, e con esso anche gli estremi di un tentativo.

Sulla base dei rilievi svolti, è possibile, infine, offrire una risposta anche ad una questione che è venuta ad interessare di frequente le problematiche applicative del requisito dell’idoneità. S’intende alludere alla particolare ipotesi della *predisposizione della forza pubblica*, e cioè al previo appostamento della polizia con l’obiettivo di sventare, ad esempio, una rapina o un sequestro di persona. Ebbene, mentre la giurisprudenza afferma solitamente che di tale circostanza –

valutabile soltanto *ex post* – non si possa tener conto per escludere il tentativo, di contrario avviso è la dottrina propensa ad adottare una prognosi ‘a base totale’, dovendo questa includere anche l’ostacolo rappresentato dal dispiegamento della polizia già presente al momento dell’azione.

A ben vedere, entrambe le opinioni sembrano muovere, tuttavia, da una premessa difficilmente condivisibile: e cioè che, nel caso di specie, debba trattarsi di un problema suscettibile di essere risolto con esclusivo riferimento alla ‘base’ del giudizio di idoneità: nel senso, più precisamente, che, guardando alle circostanze esistenti, si dovrebbe (o meno) poter escludere *ictu oculi* l’idoneità della condotta. Un esame più attento mostra invece che la tematica in oggetto esige un approccio maggiormente articolato e selettivo. Invero, il significato della predisposizione della forza pubblica si colloca in una dimensione ancora ‘potenziale’, per così dire, riferita, cioè, al momento in cui l’azione intrapresa dovrà ‘misurarsi’ con l’ostacolo che si era inteso frapporre al suo compimento: la questione non riguarda, insomma, un profilo desumibile *sic et simpliciter* dalle circostanze date, pretendendosi, invece, verso l’ulteriore valutazione concernente – in una chiave di sviluppo ‘dinamico’, per così dire – la possibilità di ‘vincere’ la reazione che le forze dell’ordine fossero eventualmente in grado di esercitare per impedire la commissione del reato. Né parrebbe fondato obiettare, con Sergio Seminara, che una soluzione del genere, ‘convertendo’ la valutazione di idoneità in una prognosi di non impossibilità, impedisca di cogliere l’effettiva consistenza del pericolo insito nel tentativo: al qual proposito si fa l’esempio del rapinatore che faccia fuoco contro il cliente di un negozio di gioielli protetto da un vetro blindato, notandosi come sarebbe problematico accordare rilevanza alla ‘minima’ possibilità che il colpo, attraverso l’incrinatura prodotta nel vetro, finisca con l’attingere la vittima designata. A ben guardare, tuttavia, delle due l’una: o il vetro blindato era tale da impedire l’ingresso dei proiettili di quel calibro sparati a quella distanza da quel tipo di arma da fuoco; o, viceversa, quella sicurezza non c’era, ed allora non si vede perché il tentativo dovrebbe venire necessariamente escluso. Che se invece, in ipotesi, la blindatura non fosse ‘a regola d’arte’ – ed anche a supporre che tale circostanza venga accertata *ex post* – e non potesse dunque escludersi che il tipo di munizione usato fosse in grado di neutralizzarla, non si comprende, ancora una volta, perché il tentativo dovrebbe essere negato.

6. La direzione degli atti tra univocità ed ‘esecuzione’ della *fattispecie*

Passando adesso a lumeggiare l’ulteriore requisito dell’univocità degli atti, è appena il caso di ricordare con’esso postuli, ancora una volta, una valutazione di carattere obiettivo, in quanto tale destinata a precedere il momento ‘finalistico’ dell’intenzione perseguita dall’autore del fatto. Il che, peraltro, non significa che la verifica da espletare al riguardo possa giungere a rivelare *ex se* una connessione indefettibile degli atti compiuti con il delitto da imputare *ex art. 56 c.p.*

Si intende dire, in particolare, come nessuna delle soluzioni in materia di tentativo possa ragionevolmente pretendere di conferire rilevanza ai soli atti rivolti al delitto in una prospettiva rigorosamente ‘unidirezionale’; nel senso che, a ben guardare, nemmeno l’adozione di una rigida visuale di tipo ‘formale-

obiettivo' appare in grado di denotare *eo ipso* uno specifico orientamento teleologico nei confronti di un *solo* delitto. Si pensi, a tale proposito, ad una condotta di percosse, la quale potrebbe pur sempre segnare l'ingresso' degli atti compiuti in un novero di fattispecie diverse tra loro: violenza privata 'comune', violenza sessuale, rapina, lesioni personali (venendo anch'esse a ricomprendere, come sottofattispecie legale, la violenza medesima, come si deduce *ex adverso* dal richiamo 'in negativo' del fatto di lesioni da parte della norma sulle percosse). Ed è proprio qui che si coglie, in una prospettiva più generale, l'esatta intuizione di Francesco Carrara, laddove il grande criminalista stigmatizzava l'idea che l'univocità debba necessariamente venire apprezzata, *già ab initio*, rispetto ad un fine assunto come 'unico' ed esclusivo; il percorso valutativo ha da essere, necessariamente, più articolato e complesso, non essendo possibile considerare, di fronte ad un fatto non consumato, un certo 'segmento' dell'*iter criminis* come rivelatore di una relazione immancabile con un solo tipo di reato.

In realtà, la condizione essenziale da rispettare è quella secondo cui la 'direzio- ne' della condotta non può essere soddisfatta in base alla sola intenzione perseguita: e ciò, dal momento che un simile requisito rischierebbe di venire allora riferito anche ad un atto 'preparatorio', malgrado esso appaia oggettivamente inespressivo rispetto ad un ambito di esiti delittuosi (sia pur) relativamente circoscritto. E d'altronde, è proprio quest'ultima preoccupazione a spingere la dottrina più consapevole verso quella soluzione c.d. materiale-obiettiva incentrata sulla rilevanza (oltre che degli atti parzialmente tipici) delle sole condotte che 'precedono immediatamente' l'esecuzione; di queste, invero, potrà e dovrà predicarsi l'illiceità, nella misura in cui il loro modo di atteggiarsi offre sufficienti garanzie di una delimitazione del quadro fenomenico obiettivamente assumibile come fondamento di un tentativo.

A tale stregua, resta tuttavia da domandarsi se, anche in una prospettiva *de lege ferenda*, si debba preferire il richiamo all' 'esecuzione' del fatto (e a quelle condotte che immediatamente la precedano) – come si legge, tra l'altro, nei due importanti progetti di riforma Grosso e Pisapia – ovvero se si debba continuare a far leva sul parametro dell'univocità (magari connotandolo, come nei progetti Pagliaro e Nordio, in termini di "direzio- ne oggettiva" della condotta). Il problema, peraltro, dopo quanto si è detto finora in merito a tale requisito, è destinato in buona parte a sdrammatizzarsi. Semmai, come si è notato in altra sede, le due qualificazioni potrebbero anche meritare una loro previsione congiunta: nel senso che, mentre la prima verrebbe in certa misura a 'segnare' l'ingresso nell'area dell'illiceità, la seconda potrebbe suonare come un richiamo ad approfondire, alla luce degli elementi di contesto, il nesso 'teleologico' degli atti esecutivi con il delitto da imputare; senza, beninteso, trascurare l'ulteriore profilo dell'accertamento del dolo, nella misura in cui questo non appaia rivolto a surrogare l'elemento obiettivo del tentativo, bensì a consentire l'individuazione in via definitiva del delitto (o dei delitti) oggetto del medesimo, grazie al fatto di conoscere quale (o quali) di essi, specificamente, il soggetto mirasse a realizzare.

7. Poiché abbiamo toccato da ultimo le problematiche del dolo, sia adesso consentito sottolineare come il ruolo 'selettivo' di tale elemento, dianzi ulteriormente ribadito, risulterà tanto più apprezzabile una volta che se ne limiti

la rilevanza unicamente a quelle 'forme' psicologiche che si rivelino in grado di 'attrarre' in maniera particolarmente intensa e pregnante i requisiti propri di quel fatto che non si sono materialmente realizzati. Lungi dal poter fare le veci della dimensione rigorosamente oggettiva dei parametri dell'idoneità e dell'univocità, il dolo dell'autore dovrà, in altri termini, investire il fatto non realizzato nel grado più alto della 'tensione' volitiva in direzione del suo verificarsi, ossia nella forma di un'intenzione o di un dolo 'diretto', il quale (come posto in luce dagli stessi rappresentanti della 'teoria finalistica') deve ritenersi dotato di livello d'intensità fondamentalmente equiparabile.

Prendendo spunto, ancora una volta, dalle fondamentali intuizioni di Francesco Carrara, il dolo del tentativo non potrà dunque presentarsi nella sua dimensione puramente 'eventuale'. Quest'ultima, invero, di fronte ad un fatto rimasto incompiuto, non potrà non apparire alla stregua di una mera ipotesi o 'congettura' cui è venuto a mancare l'effettivo avverarsi del 'rischio' di volta in volta divisato dall'autore. Da questo punto di vista, per esprimersi con le parole di Carrara, non potrà insomma bastare un '*affetto*' privo di '*effetto*', quando il primo non si sostanzia in una volizione diretta del risultato: soltanto il verificarsi di quest'ultimo potrebbe invero conferire alla suddetta previsione una base fenomenica atta a concretizzare e 'materializzare' il contenuto meramente eventuale dello scenario ipotizzato dall'agente.

8. *Le prospettive sanzionatorie e la disciplina del tentativo inidoneo*

Senza pretendere di esaurire le molteplici problematiche del tentativo, sembra tuttavia opportuno gettare adesso uno sguardo sulla questione inerente al regime sanzionatorio applicabile a tale 'forma' del reato.

A questo proposito, le ragioni poste alla base della minore gravità della fattispecie tentata appaiono difficilmente contestabili, anche in una prospettiva *de iure condendo*; ed invero, com'è stato recentemente ribadito, verso tale soluzione convergono in egual misura, sia motivazioni ispirate al canone del 'diritto penale del fatto', sia la postulata necessità di valorizzare i rapporti tra il tentativo e il momento dell'offesa nella sua accezione politico-garantista, in linea con il 'volto' dell'illecito penale quale risulta dalla lettera e dallo spirito di fondo della nostra Carta costituzionale. Da tale punto di vista, l'equiparazione tra tentativo e consumazione – per quanto accolta, ad esempio, in una tradizione penalistica di rango, quale quella francese – tradisce inevitabilmente le suggestioni di una declinazione in chiave soggettivistica del fondamento della punibilità: una soluzione, in altri termini, che, nel momento in cui lascia trasparire – data l'indifferenza rispetto alla lesione effettiva – il significato preminente del c.d. 'disvalore d'azione', minaccia di accreditare nuovamente (al di là delle stesse intenzioni) i contenuti qualificanti di quel modello giuspolitico di 'illecito personale', i cui rischi involutivi hanno ricevuto, purtroppo, reiterate ed inquietanti conferme.

D'altronde, nemmeno parrebbe ammissibile una totale equiparazione di trattamento, anche a fronte dell'esistenza di una condotta giudicata inidonea a produrre il risultato. Si vuol dire, in altri termini, che, alla stregua dello stesso ordinamento vigente, non sembra che tutte le ipotesi di reato impossibile pos-

sano giustificare l'eventuale applicazione di una misura di sicurezza. Invero, tra i casi di inidoneità del tentativo possono figurare anche quelli in cui l'autore, pur di fronte all' 'evidenza' dell'incapacità offensiva dell'atto – come nel caso, ad esempio, di chi confidasse nella morte di una persona grazie alla trafittura di un coltello scagliato a duecento metri di distanza - giungesse ad ipotizzare uno scenario totalmente surreale ed inverosimile. In tale ipotesi, per vero, è da dubitare che l'atteggiamento dell'autore – di fronte ad una simile forma di crassa e 'grossolana' supposizione (per seguire la formula tedesca con cui si consente al giudice di ridurre o escludere la pena) – possa esprimere l'esistenza di un vero e proprio 'dolo del fatto'; e si può forse aggiungere come appaia quanto meno problematico riscontrare, addirittura, l'esistenza di un'univoca 'direzione' dell'atto (*id est*, di un' 'azione' *ex art.49 c.p.*, ove si acceda all'idea secondo la quale, come dicemmo in altra sede, le due locuzioni tendono a sovrapporsi), sembrando ardua la pretesa di valutare tale connotato rispetto ad uno sviluppo destinato a rivelarsi del tutto immaginario.

Opinando diversamente, persino l'etichetta di 'quasi-reato' apposta al fenomeno descritto dall'art. 49 finirebbe col perdere, del resto, la sua – per quanto incerta – capacità denotativa. La locuzione 'quasi' suggerisce, invero, una relazione di prossimità con i contenuti di un illecito, o, detto altrimenti, che il contegno dell'agente giunga a esprimere una dimensione teleologicamente contigua alla fattispecie incriminata. Soltanto in questa prospettiva, può giustificarsi, in effetti, la possibile adozione di una misura, la quale, per quanto diversa dalla pena, postula in linea di principio l'esistenza di un reato: e che non può tollerare, pertanto, che, pur mancando quest'ultimo, la sanzione prevista vi si allontani a tal punto da condurre ad esaltare in via esclusiva la 'pericolosità' di chi non abbia, quanto meno, integrato dei requisiti (oggettivi e soggettivi) consentanei ad una valutazione *lato sensu* 'assimilativa' a quella propria del tentativo punibile. Ne deriva, in conclusione, che tale misura – di cui taluno, in forza dell'adesione ad un giudizio su 'base parziale', auspica, coerentemente, l'abolizione in una futura riforma – sembra, piuttosto, destinata, almeno in prevalenza, a riferirsi proprio alle situazioni che non lascino apparire inverosimile la realizzazione del fatto, pur quando, alla stregua di un giudizio 'a base totale', l'idoneità della condotta si riveli, ciò nondimeno, oggettivamente inesistente.

Un atteggiamento troppo benevolo nei confronti dell'autore di un tentativo? C'è chi non ha mancato di sottolinearlo, esprimendo il timore di un 'indebolimento' eccessivo del sistema nei confronti di condotte suscettibili di generare pur sempre un significativo turbamento ed allarme sociale presso la collettività; e che ha, per altro verso, messo in guardia contro il rischio che, a fronte di una marcata restrizione della sfera della punibilità, le esigenze di tutela avvertite nella comunità sociale finiscano col suggerire l'introduzione di un più ampio novero di fattispecie volte a colmare possibili lacune, quali, *in primis*, quelle di pericolo presunto o volte a reprimere attività di carattere preparatorio.

Sennonché, come si è detto più volte, il tentativo manifesta un intrinseco collegamento con un gruppo di ipotesi normative a contenuto assiologicamente definito; mentre, il campo di elezione dei reati di pericolo (variamente configurati) – come pure, ad esempio, delle scelte di tutela anticipata volte a contrastare il crimine organizzato – impingono, in realtà, in una sfera di interessi (e di fenomeni lesivi) di ben più vasta portata, al cui cospetto le tecniche repressive

tradizionali, ivi incluso il modello del tentativo, sono destinate a rivelarsi tendenzialmente inadeguate. Il che non significa, peraltro, a differenza di quanto taluni oggi sostengono, che simili sviluppi possano segnare un'attenuazione delle più 'classiche' garanzie proprie del diritto penale, purché accompagnata da una rigorosa 'giurisdizionalizzazione' dei percorsi applicativi delle misure adottabili; invero, quelle garanzie dovranno necessariamente investire qualsiasi scelta sul piano politico-criminale, con la conseguenza che eventuali difficoltà nel preservarle e salvaguardarle dovrebbero allora condurre a rinunciare a simili interventi, pur quando se ne possano temere esiti socialmente indesiderati.

Il discorso, giunti a questo punto, rischierebbe, tuttavia, di portare troppo lontano. Semmai, e restando sul terreno del tentativo, i segnalati timori potrebbero, in una futura riforma, trovare una risposta maggiormente efficace, come si è talora ipotizzato, postulando, in caso di tentativo inidoneo, l'applicazione di una misura di sicurezza – eventualmente, la stessa libertà vigilata – dotandola, tuttavia, di contenuti dissuasivi di maggior 'peso' e consistenza rispetto a quelli che la disciplina attuale permette al giudice di conferire al regime delle prescrizioni destinate al soggetto pericoloso.

LA DEFLAZIONE PENALISTICA NELL'ERA DEL GIUSTO PROCESSO

1. L'esigenza di una deflazione penalistica è strettamente connessa allo stesso riconoscimento del principio di legalità e, sotto questo profilo, alla stessa più tradizionale ricerca di una delimitazione del diritto penale.

Se riflettiamo con attenzione sulle molte implicazioni potenzialmente riferibili a queste tematiche¹, ci rendiamo subito conto di come la questione di fondo rappresenti una sorta di costante del pensiero penalistico e, da un certo punto di vista, richiami principi e criteri in parte direttamente ricollegabili alla stessa genesi del c.d. diritto penale moderno. È infatti innegabile che è proprio da una primaria esigenza di rivisitazione di quello "scolo de' secoli i più barbari", come Cesare Beccaria definì lo stato della legislazione che precedette l'avvento della rivoluzione illuminista², che ha preso il via anche quel processo di radicale revisione della tradizione penalistica, che ha portato al riconoscimento di quei principi fondamentali (primo fra tutti proprio il principio di legalità), che stanno oggi alla base dei moderni ordinamenti giuridici. Ed è altresì innegabile che proprio nel corso di quel fondamentale passaggio storico si è avuto modo di dare una prima e determinante risposta anche ad una concreta ed avvertita esigenza di delimitazione della nostra materia.

Partendo da quella prima fondamentale opera delimitazione, la riflessione sulla deflazione penalistica ha poi trovato anche altri apporti di razionalizzazione e di sistematizzazione. Si pensi, in particolare, a tutto ciò che, successivamente, ha portato al riconoscimento ed alla valorizzazione del c.d. principio di frammentarietà³, in una prospettiva chiaramente orientata a frenare e limitare ogni potenziale e ricorrente spinta ad una ingiustificata ed inopportuna estensione dell'intervento punitivo penale.

Di analoga valenza è stata altresì la maturata consapevolezza sottesa al riconoscimento del c.d. principio di sussidiarietà, volta espressamente a sottolineare una legittimazione del diritto penale solo quale *extrema ratio*, quale strumento di

¹ L'analisi degli aspetti e delle implicazioni potenzialmente riferibili al problema della deflazione penalistica è quanto mai articolata e complessa. Anche per questo motivo, in vista della partecipazione al presente convegno, ho ritenuto utile confrontarmi con gli amici e colleghi che fanno parte del Comitato Scientifico della Camera Penale "Franco Bricola" di Bologna: Avv. Francesco Cardile, Avv. Marco D'Apote, Avv. Bruno Guazzaloca ed Avv. Marco Linguetti. Le riflessioni che andrò a sviluppare rappresentano quindi il frutto di un confronto comune con questi colleghi e sono pertanto espressione condivisa di quanto emerso anche dai loro singoli contributi.

² V. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*. Consulte criminali, a cura di G. Armani, Milano, 1987, 3, nelle parole introduttive della premessa dedicata "A chi legge".

³ In relazione al quale rimane fondamentale lo studio di Maiwald, *Zur fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, in *Festschrift Maurach, Karlsruhe*, 1972, 9 ss..

tutela accettabile ed ammissibile solo in assenza di altre alternative di intervento normativo. Ma considerazione di identico tenore è parimenti apprezzabile anche nella riflessione sul c.d. principio di meritevolezza della pena⁴.

Da quelle basi storiche e nel solco di quei principi, l'esigenza di una deflazione penalistica ha poi trovato ulteriori occasioni di approfondimento a fronte di più recenti reiterate tendenze ad un eccessivo ricorso legislativo al diritto penale, un fenomeno che ha portato a denunciare effetti ipertrofici del diritto penale, con una tendenza legislativa al c.d. "panpenalismo".

Il tentativo di dare un fondamento anche costituzionale a questa esigenza di delimitazione ha formato oggetto di una riflessione teorica, che ha conosciuto un passaggio di primaria importanza nel pensiero di Franco Bricola: è stato Franco Bricola, infatti, sulla base di una attenta lettura dei principi costituzionali, a creare le basi per una possibile delimitazione costituzionale del diritto penale, fondata, come è noto, sul riconoscimento di una legittimazione dell'intervento punitivo penale solo a tutela di beni giuridici di significativa rilevanza costituzionale e con l'ulteriore riflesso di una sostanziale illegittimità costituzionale di tutte le norme penali, anche di quelle già da tempo in vigore, che non fossero suscettibili di essere lette o interpretate secondo i parametri di tale rigido fondamento costituzionale⁵.

Certamente, quella tesi non ha trovato un consenso unanime, ma rimane ancora ferma nella considerazione di tutti quale principale attestazione di una innegabile esigenza, anche costituzionale, di delimitazione, razionalizzazione e legittimazione del ricorso legislativo alla sanzione penale.

2. Il processo di deflazione penalistica pone tuttavia spesso di fronte ad una netta alternativa di soluzione: perché, o c'è spazio per rivalutare una determinata condotta già sanzionata penalmente in una prospettiva di radicale riconduzione alla sfera della liceità, oppure diventa necessario il ricorso a diverse modalità di tutela e/o ad un diverso apparato sanzionatorio; in questa seconda e più frequente ipotesi è, cioè, ovvio che la prospettiva di una razionale ed effettiva delimitazione del diritto penale è in concreto praticabile solo a condizione che l'ordinamento sia in grado di dare spazio anche a soluzioni alternative di tutela.

Nel momento in cui Franco Bricola sviluppò la sua riflessione, la principale alternativa era sicuramente ravvisata nel diritto amministrativo ed in specie nel potenziamento di quelle sanzioni che, pur conservando un concreto potenziale afflittivo, potevano essere affrancate da qualunque ipotetica ricaduta sulla sfera della libertà personale. Si trattava di indicazione che all'epoca apparve sicuramente logico considerare in una ottica di seria praticabilità, anche in ragione dei primi tentativi del legislatore italiano di operare nella prospettiva di una vera e propria depenalizzazione: dopo un primo intervento settoriale, attuato nel 1975, in materia di circolazione stradale (con la legge n. 706/1975), quell'obiettivo apparve anzi ancor più serio e credibile, proprio alla luce di quell'importante puntualizzazione

⁴ Per un quadro d'insieme, a questo riguardo, v. l'interessante e documentato studio di Demuro, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1654 ss.

⁵ V. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Noviss.mo Dig. It.*, vol. XIX, 1973, 17 ss.

delle regole generali sull'illecito amministrativo, che fu fornita con la famosa legge n. 689 del 1981⁶.

L'importanza e la praticabilità di questa strada alternativa fu poi tanto più apprezzata anche alla luce di quelle note circolari della Presidenza di Consiglio, con le quali fu meglio precisata e ribadita la possibilità di fissare una valida piattaforma di razionalizzazione sistematica, sia dei criteri idonei a meglio distinguere fra la sfera di più specifica pertinenza dell'illecito penale rispetto a quella dell'illecito amministrativo⁷, sia dei criteri di distinzione interna al mondo del diritto penale, nella contrapposizione fra delitti e contravvenzioni⁸.

La sollecitazione e l'apporto teorico della dottrina italiana a favore di questo processo di rinnovata delimitazione del diritto penale è stato molto importante e, dopo la stagione segnata dal pensiero di Franco Bricola, un altro momento di grande rilevanza si è registrato soprattutto attraverso gli studi di Carlo Enrico Paliero⁹ e, in prospettiva di più ampia rivisitazione storico-filosofica, con l'opera di Luigi Ferrajoli, al quale si deve il più recente e motivato richiamo ad un modello ideale di "diritto penale minimo"¹⁰.

Con la legge di depenalizzazione del 1981 il legislatore italiano cominciò, però, anche a meglio affinare la potenziale valenza deflattiva di alcuni istituti di portata generale. Sul piano processuale, in particolare, fu soprattutto ampliata la sfera di previsione dei casi di procedibilità a querela, mentre sul versante più prettamente sostanziale, con l'inserimento nel codice penale dell'attuale art. 162bis c.p., fu riconosciuto più ampio spazio di operatività alla disciplina della oblazione.

Si trattò di una riforma molto importante, perché la valorizzazione in chiave deflattiva di questi due istituti si accompagnò anche ad una parziale trasformazione della loro funzionalità originaria. Ciò soprattutto per quanto concerne l'istituto della querela, che, nata nella prospettiva di offrire maggiore tutela alla vittima rispetto a rischi di ulteriori "sofferenze" esercitate dall'avvio del processo penale, veniva così trasformata in strumento di selezione processuale affidato sempre alla vittima, sì, ma da apprezzarsi non già rispetto alla fase di avvio del processo penale (e quindi in relazione al momento di formalizzazione della querela), bensì con riguardo alla prevista possibilità di una sua "remissione", e quindi in ragione e/o in relazione alla possibilità di attribuire efficacia estintiva del reato all'esito di determinati effetti "satisfattori/risarcitori" raggiunti in corso di processo¹¹. Fu questa soluzione che ebbe modo di essere valorizzata soprattutto con riguardo al settore dei reati contro il patrimonio, ovvero per quelli contro l'integrità fisica in

⁶ Per un quadro d'insieme di questo importante intervento legislativo ancora utile è il riferimento a Dolcini - Giarda - Mucciarelli, *Commentario delle "Modifiche al sistema penale"*, Milano, 1982.

⁷ V. Presidenza del Consiglio dei Ministri, Circolare 19 dicembre 1983 - *Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Cass. Pen.*, 1986, 624 ss.

⁸ V. Presidenza del Consiglio dei Ministri, Circolare 5 febbraio 1986, n. 1.1.2/17611/46 - *Criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penali*, in *Cass. Pen.*, 1986, 640 ss.

⁹ V. Paliero, *Minima non curat praetor. Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati*, Padova, 1985.

¹⁰ V. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1990.

¹¹ In argomento v. per tutti, Giunta, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993.

relazione a fatti di non particolare gravità, ma che trovò maggiore spazio anche con riguardo a reati posti a tutela di beni quali la fede pubblica, laddove rilevanti soprattutto con una funzione di tipo strumentale rispetto alla tutela di altri diritti patrimoniali.

Sono però anche noti i limiti incontrati da quella riforma.

L'efficacia deflattiva della remissione della querela è stata, in parte, ostacolata da un corposo apparato di circostanze aggravanti, spesso rimaste nella valorizzazione legislativa quale criterio vincolante ed inderogabile di una mantenuta e necessaria procedibilità d'ufficio. Nel caso della oblazione, al contrario, ha talvolta pesato quel filtro discrezionale rimesso al giudice, sia in ragione della "gravità del reato", sia in relazione alla permanenza di "conseguenze dannose eliminabili dal contravventore", ma soprattutto ha "pesato" la circoscritta predeterminazione astratta della tipologia dei reati complessivamente oblazionabili.

La notevole funzionalità deflattiva di quest'ultimo istituto è stata, peraltro, meglio valorizzata negli anni successivi (ed in specie con il Decreto Legislativo 19 dicembre 1994, n. 758), allorché, pur affinata attraverso il meccanismo delle prescrizioni finalizzate a sanare eventuali inosservanze di natura precauzionale, si è consentito di assicurare più efficace concretezza alla tutela della salute nei luoghi di lavoro, senza comportare un inutile appesantimento dell'apparato giudiziario penale, ma senza parimenti cedere il passo a favore di generici, ma sicuramente inopportuni, arretramenti del livello complessivo della tutela penale.

3. Se considerato sul piano dell'ampiezza complessiva degli effetti deflattivi, il bilancio globale di queste prime esperienze non è stato positivo.

La strada alternativa della depenalizzazione a favore dell'illecito amministrativo non ha funzionato, sia per la limitatezza degli interventi attuati, sia soprattutto perché non si sono create le basi per una effettiva efficacia della sanzione amministrativa anche sul piano dell'accertamento e dell'irrogazione di questa sanzione. Sullo sfondo c'è poi un altro pericolo legato a questa soluzione, e cioè il rischio che, con il ricorso a sanzioni formalmente solo amministrative, si continui a dare applicazione a misure non meno afflittive di quelle penali, ma senza tutte le garanzie costituzionalmente imposte per il diritto penale.

Non credo, invece, si possa parlare di esiti negativi, ma semmai solo di esiti insufficienti, rispetto agli ulteriori strumenti di tipo deflattivo sopra menzionati. Sia l'estensione del ricorso all'oblazione, sia l'aumento dei casi di procedibilità a querela, si sono rivelate soluzioni utili e ben funzionanti, ma frenate nei loro effetti solo perché, come detto, erano condizionate all'origine da un eccesso di limitatezza del campo di applicazione o dal margine di discrezionalità del giudice.

Risultati ed effetti senza dubbio insufficienti sono stati conseguiti anche dalle innovazioni introdotte nel 1989 con la riforma del codice di procedura penale, ed *in primis* con l'istituto del "patteggiamento", oggi reso sicuramente meno "appetibile" proprio a causa del vertiginoso e sempre più ingestibile aumento del carico processuale.

L'insuccesso di questi strumenti deflattivi ha però coinciso anche con un netto e molto più ampio spazio di azione di quelli che, a mio avviso, possono essere definiti quali strumenti di "deflazione arbitraria". Da un primo punto di vista, il riferimento è ovviamente all'istituto della amnistia, fortunatamente lasciato inattivo

negli ultimi anni, ma che rimane sullo sfondo quale unico e più efficace strumento per una larga deflazione processuale.

Discorso in parte diverso ritengo, al contrario, possa essere sviluppato rispetto alla esperienza dei c.d. condoni (utilizzati dal legislatore soprattutto in ambito edilizio e fiscale), in relazione ai quali il connotato di arbitrarietà è certamente apprezzabile nella rigidità della soglia temporale di concreta rilevanza, ma che potrebbe però essere almeno in parte compensato da soluzioni di più ampia portata, volte a favorire l'eliminazione (in chiave sanatoria) di eventuali situazioni di illegalità formale.

All'apice di queste soluzioni arbitrarie si colloca, tuttavia, l'istituto oggi più diffuso e ricorrente: la prescrizione. Sì, perché la prescrizione, che è istituto ancorato ad un sicuro ed innegabile fondamento sostanziale, nella dimensione attuale si presenta con una incidenza del tutto arbitraria, risultando applicato ed applicabile in modo diverso a secondo del carico processuale di ogni singola sede giudiziaria ed operando così, nei fatti, come una sorta di "amnistia localizzata". La sperequazione degli effetti deflattivi è in questo caso massima e non altrimenti accettabile.

4. Quali soluzioni si offrono allora, oggi, per dare risposta a una perdurante e mantenuta esigenza di deflazione del sistema penale?

Ancorché importante e meritevole di essere più ampiamente valorizzata, la via della depenalizzazione in senso stretto appare, oggi, utopistica, insufficiente e, per certi versi, pericolosa.

È utopistica e insufficiente, perché non pare suscettibile di sortire effetti reali sul versante di una rivalutata liceità dei fatti attualmente sanzionati. Non mi pare, cioè, che lo spazio per una radicale rivalutazione legislativa dello stesso contenuto di illiceità oggi attribuito a determinati fatti possa davvero giungere a cancellare ogni ipotetica sanzione.

Sotto altro profilo è però anche pericolosa, laddove possa comportare il ricorso a sanzioni sostanzialmente non meno afflittive della sanzione penale, ma affrancate dalle garanzie tipiche del diritto penale. Questa soluzione, peraltro, non sarebbe oggi neppure più proponibile, atteso che, a fronte dei recenti sviluppi interpretativi in materia di rispetto delle convenzioni internazionali, ed in specie dei principi fissati dalla Carta Europea dei Diritti dell'Uomo, è vietata qualunque ipotetica "truffa delle etichette" ed anche in caso di ricorso a sanzioni formalmente solo amministrative, laddove il grado di afflittività della sanzione possa essere equiparato a quello "massimo" proprio della sanzione penale, il legislatore rimane potenzialmente vincolato (almeno in relazione ad alcuni profili quali quelli legati al divieto di retroattività ed alla possibilità di applicazione solo a fronte di un compiuto accertamento processuale della colpevolezza) al rispetto delle garanzie costituzionalmente previste per la materia penale¹² e la nozione di "pena" non può più es-

¹² Il riferimento è ovviamente indirizzato ai noti riflessi delle c.d. "sentenze gemelle" nn. 348 e 349 pronunciate nel 2007 della Corte Costituzionale: per tutti v. Cartabia, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564 ss. Nel quadro dell'approfondimento penalistico del tema v. per tutti Viganò, *Diritto penale sostanziale e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 42 ss., nonché i contributi pubblicati nel volume *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di Sgubbi-Manes, Bologna, 2007.

sere assunta in chiave formale, ma in ragione di sostanziali criteri di “afflittività”¹³.

Nell'esperienza degli ultimi anni, un importante intervento di deflazione processuale è stato sicuramente affidato alla riforma sul giudice di pace. Si è trattato di esperienza ancora di dubbia ed incerta portata, che sicuramente suscita più di una perplessità, ma che ha senz'altro consentito di meglio potenziare l'incidenza deflattiva di istituti di natura processuale che già erano stati apprezzati in campo minore. Penso, ovviamente, alla previsione della disciplina in tema di “esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto”, ex art. 34 D.Lgs. 274/2000 ed a quella in tema di “estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie”, ex art. 35 D.Lgs. 274/2000, fondata sulla riconosciuta possibilità di considerare chiusa la funzione del processo penale nel momento in cui si giunga a un componimento, anche sul piano riparatorio e/o risarcitorio, degli interessi in gioco¹⁴.

Il valore di queste esperienze non è stato trascurato e negato anche nei più recenti progetti di riforma, sia del codice penale, che del codice di rito, nell'ambito dei quali ampio spazio è stato attribuito proprio al potenziamento del principio di offensività ed alla disciplina dei casi di proscioglimento per “irrelevanza del fatto”. Questi principi, in particolare, erano già stati valorizzati anche nell'iniziale “disegno di legge Carotti” (d.d.l. n. 4625/1998), all'interno del quale era stata espressamente prevista la possibilità di dare applicazione ad una “clausola di esclusione della procedibilità per l'irrelevanza penale del fatto”. In sede di approvazione parlamentare quel riferimento è stato però accantonato e risulta oggi ripreso nella prospettata riforma del codice di procedura penale contenuta nel c.d. “progetto Riccio”.

Sul fronte “sostanziale”, nell'ottica perciò di riforma del codice penale vigente, l'unico progetto che non ha considerato questo aspetto è il “progetto Nordio”. Nelle relazioni ai progetti “Grosso”¹⁵ e “Pisapia”¹⁶, al contrario, sono stati molto ben chiariti i criteri attraverso i quali è possibile dare spazio a queste clausole, innanzitutto ben chiarendo la differenza tra “offensività” e “irrelevanza”: la prima è infatti un requisito di tipicità del fatto, nel senso che se un fatto non risulta concretamente offensivo, non è neppure penalmente rilevante; la formula della “irrelevanza” lascia invece inalterata la concreta offensività del fatto tipico, ma si presta a meglio evidenziare quei casi in relazione ai quali ciò che viene meno è solo l'esigenza di una completa definizione del processo penale. Si è così anche evidenziata la differenza di disciplina astrattamente adottabile per tali ipotesi, atteso che, mentre quello sulla offensività del fatto è criterio che pare meritevole di essere trattato e disciplinato

¹³ Il punto, come noto, è stato affrontato soprattutto con riferimento alla qualificazione giuridica della “confisca”: per i riferimenti essenziali alla tematica v. per tutti Maugeri, *La confisca per equivalente - ex art. 322-ter - tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 791 ss.; nonché F. Mazzacuva, *Confisca per equivalente come sanzione penale: verso un nuovo statuto garantistico*, in *Cass. pen.*, 2009, 3420 ss. Singolare è così l'assimilazione delle premesse di fondo per la determinazione della nozione di “pena” con quanto forma oggetto della tradizione di common-law: in relazione al modello statunitense v. ad esempio le precisazioni di Fletcher, *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004, 47 ss.

¹⁴ Per un utile ed interessante bilancio globale di questi istituti, anche in chiave comparatistica, v. i contributi raccolti in Picotti (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, Padova, 2010.

¹⁵ La Relazione della commissione Grosso è pubblicata in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 600 ss.

¹⁶ V. anche Pisapia, *Prospettive di riforma del codice penale*, in *Cass. pen.*, 2007, 407.

all'interno del codice penale, il criterio dell'irrilevanza può essere sviluppato, sia all'interno del codice penale, sia sul piano delle regole processuali.

Proprio questi aspetti hanno tuttavia posto in luce alcuni ulteriori problemi di disciplina: perché se l'accertamento della inoffensività del fatto è requisito che, sul piano processuale, giustifica sicuramente la possibilità di una generica archiviazione, il diverso accertato riconoscimento di una "irrilevanza del fatto" potrebbe aprire spazio ad un diritto dell'accusato di giungere ad una più completa ed approfondita definizione del processo, che in ipotesi escluda la stessa sussistenza di un fatto, poco rilevante, sì, ma sempre penalmente apprezzabile e, come tale, "disonorevole".

A parte questi aspetti di disciplina processuale, nell'insieme mi pare comunque indubbia l'opportunità di dare pieno spazio ai casi di proscioglimento per irrilevanza del fatto. Certo è però anche che, proprio perché destinato a filtrare solo i fatti di minore rilevanza, non potrà essere questo l'unico strumento attraverso il quale cercare di trovare soluzione all'attuale esigenza di deflazione penalistica.

5. In prospettiva futura occorre allora pensare anche ad altre possibilità di intervento, pur nella consapevolezza che, salve "invenzioni" al momento non prevedibili, gli strumenti a disposizione non potranno necessariamente variare di molto rispetto a quelli già sperimentati.

In primo luogo ritengo perciò vadano potenziati ed estesi proprio quegli stessi strumenti deflattivi, che già erano stati valorizzati con la riforma del 1981. In questo senso, penso in particolare ad un potenziamento dell'istituto della procedibilità a querela e credo che questa soluzione, in linea con quanto era stato proposto in ottica di riforma del codice penale con il c.d. "progetto Grosso", possa essere utilmente sfruttata in tutti i casi nei quali gli interessi lesi hanno una rilevanza più prettamente patrimoniale e privatistica.

Nel caso, invece, di interessi a connotazione più specificamente pubblicistica, penso che possa risultare più utile e funzionale un potenziamento dell'istituto dell'oblazione, in ipotesi collegata allo strumento dell'ingiunzione/prescrizione, qui ovviamente intesa quale provvedimento dell'amministrazione competente che imponga al responsabile del fatto vietato di intervenire per sanare le irregolarità accertate.

Nell'insieme, e quale principale profilo di novità, ritengo però anche utile sottolineare l'importanza di una diversa valorizzazione di tutti questi strumenti in una prospettiva parzialmente diversa da quella seguita fino ad oggi.

Tutti questi istituti, infatti, sia quelli collegati alla disciplina della querela o della oblazione, sia quelli connessi al riconoscimento della c.d. "irrilevanza del fatto", sono sempre stati considerati e disciplinati secondo criteri di tipo sostanziale. Così, ad esempio, l'oblazione ex art. 162*bis* c.p. è ancora oggi subordinata all'accertamento discrezionale della "non gravità" del fatto, la querela è condizionata dall'eventuale integrazione di circostanze aggravanti che rendono obbligatoria la procedibilità d'ufficio, la stessa disciplina proposta in materia di "irrilevanza del fatto" tende a considerare aspetti del fatto oggettivo nella sua concreta dimensione sostanziale.

Oggi il quadro costituzionale è però mutato ed anche nella splendida relazione di presentazione del c.d. "progetto Riccio" si ribadisce con grande puntualità il

diverso e più articolato quadro dei principi, sia di fonte costituzionale, sia di fonte comunitaria, sui quali può e deve oggi essere rifondata la disciplina del processo penale. Da un lato, va infatti tenuto conto dell'esigenza, oggi imposta anche da specifici obblighi comunitari, di dare più spazio all'istituto della c.d. "mediazione" e di valorizzare maggiormente il ruolo della vittima (Dec. 2001/220/GAI del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale), qui intesa quale figura processuale portatrice della pretesa determinata dall'offesa e non quale soggetto meramente interessato ad azionare una propria richiesta risarcitoria. Ma, sotto altro profilo, vanno anche considerate le forti innovazioni che sono state inserite nel tessuto costituzionale.

L'art. 112 della Costituzione continua oggi a rimarcare il principio della obbligatorietà dell'azione penale, ma questo non impedisce la previsione di più specifiche e dettagliate condizioni limitative, sia all'effettivo e concreto esercizio dell'azione, sia soprattutto all'ipotesi di un suo proseguimento fino alla conclusione del processo.

Ma è soprattutto il nuovo dettato dell'art. 111 della Costituzione il perno sul quale, a mio avviso, bisogna riflettere maggiormente. Il riconoscimento costituzionale del principio del c.d. "giusto processo", da questo punto di vista, sollecita ed offre spunto per una rinnovata valutazione della stessa funzione del processo penale.

Un processo è "giusto", non solo quando è condotto nel rispetto del contraddittorio delle parti e di fronte ad un giudice terzo ed imparziale, ma anche quando presenta le condizioni e la possibilità di giungere a una soluzione "giusta"; quando, cioè, opera quale strumento idoneo e funzionale a "fare giustizia". Parimenti, il riconoscimento costituzionale della necessaria "durata ragionevole" del processo è principio che non pone solo un ipotetico limite di durata massima, ma che fissa anche un obbligo di "ragionevolezza" dello stesso proseguimento del processo; non è quindi "ragionevole" la durata di un processo che prosegua nell'assenza di una effettiva esigenza funzionale al raggiungimento di un risultato di "giustizia". Ed ancora: il rispetto del c.d. "principio del contraddittorio" comporta anche il riconoscimento di una partecipazione reale ed effettiva delle parti e, quindi, anche l'esigenza di un effettivo interesse di quelle stesse parti a portare avanti quel processo.

Se si conviene su queste premesse, è allora lecito e per certi versi doveroso operare nella ricerca, se non di nuove soluzioni deflative, quanto meno di nuove modalità di funzionamento di quegli stessi strumenti fino ad oggi maggiormente utilizzati, ma secondo criteri di operatività che possano risultare conformi a quelle medesime premesse.

Lo spazio per queste nuove modalità di funzionamento potrebbe essere colto proprio sul fronte di possibili nuovi limiti al prolungamento del processo, in caso di sopravvenute condizioni di cessata funzionalità del processo rispetto al raggiungimento di un risultato di "giustizia". L'idea, sia chiaro, non è nuova: nel "progetto Riccio" si prevedono, ad esempio, alcune nuove cause di "improseguibilità dell'azione penale". Personalmente riterrei preferibile parlare di "condizioni sopravvenute di improcedibilità", ma questo è solo un problema definitorio: ciò che conta, sono i contenuti.

Se consideriamo la questione sul piano dei c.d. fini della pena, l'unico vincolo ad un ipotetico obbligo di conclusione del processo e di conseguente irrogazione della pena potrebbe essere colto in una ottica di stretta e rigida valenza retributiva della pena. Ma considerato che lo stesso assoggettamento ad un processo penale è fenomeno ed esperienza che già contiene in sé aspetti ed implicazioni afflittive;

considerato, cioè, che, per dirla con Carnelutti, “anche il processo è di per sé già una pena”, è oggi lecito chiedersi quale effettiva necessità di conclusione del processo penale possa e debba essere ravvisata, laddove, nel caso concreto, non sia più apprezzabile alcuna effettiva giustificazione della pena, né sul piano retributivo, né su quello general-preventivo o special-preventivo. Ed il quesito è quanto mai rilevante proprio nell'accennata riconsiderazione degli stessi principi costituzionali in materia di “giusto processo”, essendo oggi lecito porre in dubbio l'effettiva legittimità, prima ancora che la concreta necessità, di un processo che non abbia più alcuna rilevanza funzionale al raggiungimento di un risultato di “giustizia”

In Germania è da tempo previsto l'istituto della c.d. “rinuncia alla pena” (*“Absehen von Strafe”*), attraverso il quale il legislatore riconosce la legittimità di una rinuncia alla applicazione della pena laddove il fatto di reato abbia comportato conseguenze così negative per lo stesso autore di quel fatto, da rendere sostanzialmente inutile, nel caso concreto, l'effettiva irrogazione della pena. Una disciplina analoga era stata proposta anche nel quadro del progetto di legge delega per un nuovo codice penale elaborato dalla c.d. “commissione Pagliaro”, allorquando fu proposta la previsione di questa formula: “Prevedere che il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna per un reato colposo, possa astenersi dall'infliggere la pena, quando il reo abbia subito gli effetti pregiudizievoli del reato in misura e forma tale che l'applicazione della pena risulterebbe ingiustificata sia in rapporto alla colpevolezza che alle esigenze di prevenzione speciale. / Previsione di un'analoga possibilità per il reato doloso, purché gli effetti pregiudizievoli si siano verificati esclusivamente a carico del soggetto agente”.

Si tratta di soluzione apprezzabile e condivisibile (forse anche al di là del limite di pena detentiva – un anno – prevista dal codice penale tedesco), anche se non è certo a questo solo strumento che si possono affidare le speranze di una più ampia portata deflattiva.

Il modello è però utile per considerare situazioni analoghe, fondate sulla possibilità di rinunciare alla pena, e quindi anche al processo, nel momento in cui vengano comunque meno esigenze di punizione, tanto in un'ottica di prevenzione generale, quanto di prevenzione speciale. È questa, in particolare, come già accennavo, la prospettiva attraverso la quale potrebbero essere meglio potenziate le possibilità di definizione del processo penale, laddove siano già stati raggiunti risultati di composizione del danno da reato, ovvero, mediante l'istituto della oblazione, qualora sia già stato raggiunto l'effetto di adeguamento alle prescrizioni formali in precedenza violate.

In relazione alla prima ipotesi, sono frequenti oggi i processi nei quali, a fronte di una raggiunta transazione risarcitoria fra l'autore e la vittima del reato, ci si trova costretti a proseguire nel processo a causa della contestazione di circostanze aggravanti che comportano un regime di procedibilità d'ufficio. Spesso, anzi, proprio per evitare il prolungamento di un processo che non interessa più a nessuno, si propongono e vengono accolte palesi forzature interpretative volte ad escludere la sussistenza di quella ipotetica aggravante. Tutto questo merita oggi di essere rivisto e certamente la soluzione all'uopo più utile e funzionale è proprio quella di operare attraverso una correzione delle regole sulla procedibilità d'ufficio, non già nel senso di escluderla, bensì, come detto, riconoscendo lo spazio alla individuazione di “condizioni sopravvenute di improcedibilità”.

Sempre in questa prospettiva, molto utile ed opportuno appare però anche un potenziamento dell'istituto dell'oblazione, quale strumento al contempo capace di

mantenere, per quel che serve, lo stigma proprio della sanzione penale, e tuttavia di prevedere una regressione dell'illecito nella sfera della mera tutela amministrativa.

Certamente in linea con questa soluzione si era orientato il progetto di riforma del codice penale elaborato dalla c.d. "commissione Grosso", che a tale riguardo aveva ipotizzato una proposta di riforma a mio avviso del tutto condivisibile ed in relazione alla quale sicuramente auspicabile potrebbe considerarsi anche una più drastica esclusione di una limite discrezionale di ammissibilità fondato sul generico criterio della "gravità del fatto"¹⁷. A fronte di una scelta legislativa favorevole a riconoscere la possibilità di elidere ogni rilevanza penale del fatto in presenza delle condizioni riparative alle quali risulta subordinata l'applicabilità dell'oblazione, priva di fondamento potrebbe risultare la mantenuta possibilità di un diniego discrezionale genericamente rimesso alla sola valutazione del giudice.

6. Devo infine dedicare un ultimo accenno alla questione relativa alla c.d. "riserva di codice", vale a dire alla sostenuta opportunità, in prospettiva di riforma, di riassegnare piena centralità al codice penale, escludendo la possibilità di prevedere norme penali al di fuori di tale circoscritto contenitore.

Come è noto, prospettata di recente anche da Luigi Ferrajoli¹⁸ ed inserita in alcuni progetti di nuovo codice penale (*in primis*: il "progetto Pagliaro" del 1991),

¹⁷ Questo il testo previsto all'art. 87 del progetto:

"L'oblazione consiste nel pagamento di una somma pari a un terzo del massimo della pena pecuniaria prevista dalla legge per il reato contestato. / Può presentare domanda di oblazione l'imputato al quale: sia stata contestata una contravvenzione punita con l'ammenda, anche alternativa o congiunta ad altra pena; sia stato contestato un delitto punito con la multa, anche alternativa o congiunta ad altra pena non detentiva, ovvero alternativa a una pena detentiva; questa disposizione si applica ai soli delitti per i quali l'oblazione sia consentita in forza di specifica disposizione di legge. / La domanda di oblazione deve essere presentata prima dell'apertura del dibattimento. / Nel caso di nuove contestazioni in corso di dibattimento, la domanda può essere presentata non oltre la prima udienza successiva a quella in cui è stata fatta la contestazione; per la eventuale presentazione della domanda di oblazione, l'imputato ha diritto a ottenere un termine non inferiore a 7 giorni. / I termini di cui ai commi 3 e 4 valgono anche quando, pur essendo stato contestato un reato non suscettibile di oblazione, l'imputato ritenga applicabile l'oblazione in base a una diversa qualificazione giuridica o ad elementi di fatto non considerati nell'imputazione. In tal caso, la domanda di oblazione deve indicare la qualificazione giuridica ritenuta corretta, e le eventuali prove dei fatti affermati nella domanda. / L'oblazione non è ammessa quando non sia stato risarcito il danno o permangano conseguenze dannose o pericolose del reato eliminabili da parte di chi abbia chiesto di essere ammesso all'oblazione. / La domanda di oblazione può essere respinta quando sia stata chiesta da persona già condannata a pena detentiva, o in caso di recidiva specifica. / Qualora la pena pecuniaria sia prevista congiuntamente ad altra pena, ovvero in alternativa a una pena detentiva, la domanda di oblazione può essere respinta avendo riguardo alla gravità del fatto. / Con il provvedimento che ammette l'oblazione, il giudice determina l'importo della quota giornaliera, ed assegna un termine, non superiore a 15 giorni, per il deposito della prima rata mensile della somma di cui al comma 1 e delle spese del procedimento. Si applica l'articolo 81, comma 2. Il procedimento è sospeso dalla data del provvedimento che ammette l'oblazione alla data del pagamento dell'ultima rata. Il mancato pagamento anche di una sola rata entro il termine dovuto comporta di diritto la revoca dell'ammissione all'oblazione. / Verificati gli adempimenti di cui al comma precedente, il giudice dichiara non luogo a procedere.

¹⁸ V. Ferrajoli, *Crisi della legislazione penale e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in *Legalità e giurisdizione: le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*, Padova, 2001, 27 ss.

questa proposta era stata recepita in quel modello di riforma costituzionale che era stato ipotizzato nel 1997, ai tempi della c.d. “commissione Bicamerale” per le riforme costituzionali: all’ultimo comma dell’art. 129 del progetto elaborato dalla commissione fu, infatti, inserita una disposizione del seguente tenore: “Nuove norme penali sono ammesse solo se modificano il codice penale ovvero se contenute in leggi disciplinanti organicamente l’intera materia cui si riferiscono”¹⁹.

Le ragioni poste a fondamento di questa soluzione sono senz’altro serie e condivisibili, e mirano ad un più netto rafforzamento del principio di legalità, assicurando nel contempo maggior tutela anche ad una più effettiva possibilità di conoscenza della norma penale. La disposizione era comunque strettamente funzionale alla stessa esigenza di deflazione penale, essendo stata presentata (nel commento ufficiale al progetto della commissione Bicamerale) proprio quale espresso *rimedio all’inflazione legislativa in materia penale*.

Sono però anche note le perplessità che sono state sollevate rispetto a questa proposta. Un primo motivo di perplessità e di critica è ad esempio legato a tutti quei casi nei quali la previsione delle norme penali appare meglio coordinata ed intelligibile solo se collocata nello stesso testo di riferimento di tutta una più ampia disciplina normativa: si pensi, ad esempio, al caso delle norme in materia fallimentare, ovvero a quello delle norme in materia edilizia. E proprio per questo, nel testo proposto dalla commissione Bicamerale, si era previsto detto limite rispetto ai casi di disciplina organica della materia di riferimento.

In linea generale è, però, anche ipotizzabile una soluzione di compromesso, che tenga conto di queste esigenze contrapposte. Si potrebbe, infatti, pensare alla previsione di una regola generale, una sorta di “condizione di applicabilità della legge penale”, che subordini la possibilità di dare applicazione ad una determinata sanzione penale alla condizione che venga inserito nel codice penale un richiamo espresso alla corrispondente fattispecie di riferimento; in altri termini, si potrebbe cioè imporre al legislatore di inserire nel codice penale un espresso richiamo ad una determinata nuova fattispecie ogni qual volta dovesse essere emanata una nuova legge all’interno della quale risultino previste anche nuove norme penali.

Ancorché a prima vista complessa, questa soluzione potrebbe oggi risultare di più semplice adozione grazie alle nuove potenzialità offerte dagli strumenti informatici. A questo scopo sarebbe quindi sufficiente ipotizzare la creazione di un nuovo sito internet da parte del Ministero di Giustizia, nel quale venga mantenuta la presenza di un testo sempre aggiornato del codice penale e di tutti i richiami in esso inseriti ad eventuali disposizioni penali contenute in singole e separate leggi statali. Credo che, pur senza formalizzare in modo rigido la previsione di una vera e propria “riserva di codice”, anche questa possa essere soluzione idonea ad assicurare maggiore centralità al codice penale e, soprattutto, a garantire una più effettiva possibilità di conoscenza dell’insieme delle norme penali vigenti.

¹⁹ Per un commento globale ai principi penalistici inseriti in questo progetto v. Donini, *L’art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione “legale”, prima che “giurisprudenziale”, dei principi di offensività e di sussidiarietà*, in *Crit. del Dir.*, 1998, 95 ss.

7. Nel quadro di rinnovata considerazione delle complessive esigenze di deflazione del sistema penale, quanto mai utile ed importante mi parrebbe anche un intervento sul versante della esecuzione della pena.

Riportando qui un appunto messi a disposizione da un collega del Comitato Scientifico della Camera Penale “Franco Bricola” di Bologna²⁰, segnalo, in particolare, la possibilità di una riduzione del contenzioso penale esecutivo, “attraverso meccanismi di accesso alle “misure alternative alla detenzione” dallo stato di libertà senza necessità di chiamare in causa la c.d. magistratura della rieducazione, e cioè quella di sorveglianza”. Un chiaro esempio di questa possibilità può essere colto con riguardo all’attuale disciplina dettata dall’art. 656, comma 5, c.p.p., laddove si prevede una sospensione *ex officio* dell’ordine di esecuzione, ma con la scelta di differire al Giudice della sorveglianza ogni giudizio in merito alla meritevolezza dei benefici. “Se è vero, ed oggi lo è più che mai, che questo meccanismo determina ormai una specie di diritto ad una “terza sospensione condizionale” della pena (opinabile, forse, sul versante della politica criminale, ma comunque oggettivamente “necessitato” da drammatici problemi di sovraffollamento carcerario), allora non è dato comprendere perché ciò debba avvenire attraverso un meccanismo caratterizzato da elefantiasi temporale e dispersione di mezzi e di risorse”. Anche su questo fronte è, pertanto, doveroso e necessario cercare di dare spazio a soluzioni che possano favorire un opportuno alleggerimento del carico processuale.

8. Ritornando conclusivamente al tema della deflazione penalistica, credo, come detto, che il ventaglio delle problematiche già da tempo affrontate in chiave di riforma meriti oggi di essere parzialmente rivisitato anche in una prospettiva diversa e più orientata ad una attenta considerazione dei nuovi principi costituzionali in tema di “giusto processo”.

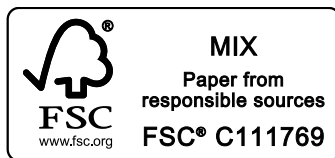
Ovviamente, il tenore di queste problematiche è molto complesso e la riflessione sviluppata in questa sede non vuole certo proporsi con un taglio di esaustività, ma di mero stimolo ad ulteriori approfondimenti.

L’idea di ammettere la possibilità di una rinuncia al processo (e, per conseguenza, di una rinuncia alla stessa punibilità del fatto) anche in casi di effettiva responsabilità del reo, può certamente suscitare turbamenti o perplessità. Credo però che il problema di fondo vada visto anche nella stretta logica di un bilanciamento fra “costi” e “benefici”. La situazione attuale è nota a tutti; ed è situazione intollerabile e fonte di tutte quelle ingiustizie che si vengono oggi a registrare lasciando spazio solo alla cieca ed irrazionale operatività di quelle modalità di “deflazione arbitraria” che già ho stigmatizzato negativamente e che vedono quale esempio paradigmatico l’iniquo modo di operare della prescrizione.

Ed allora le soluzioni alternative non sono molte: o si ricostruisce il sistema e l’apparato applicativo delle sanzioni amministrative in termini tali da riportarlo a fungere da vera e razionale alternativa al diritto penale (solo così potrà riassumere concretezza la via della c.d. depenalizzazione, ma con la parallela esigenza di non violare superiori esigenze garantistiche oggi estese anche a questo settore sanzio-

²⁰ Le osservazioni di seguito citate sono formulate dall’Avv. Bruno Guazzaloca.

natorio); o non vedo altra via se non quella di intervenire nella prospettiva non già di una “deflazione penale”, ma di una più ampia “deflazione processuale”. Vanno, quindi, ampliate le possibilità di favorire una “rinuncia al processo”, nella segnalata prospettiva di considerare sì obbligatoria l’azione penale, ma non anche la stessa conclusione del processo; nella segnalata prospettiva, cioè, di considerare “giusto” il processo, non solo quando è condotto nel rispetto del contraddittorio delle parti e di fronte ad un giudice terzo ed imparziale, ma anche quanto presenta (ancora) le condizioni e la possibilità di giungere a una soluzione “giusta”; quando, cioè, opera (ancora) quale strumento idoneo e funzionale a “fare giustizia”. Se nel corso del processo è già stato possibile pervenire ad una situazione di “giustizia”, quel processo non ha più alcuna ragione di proseguire.



Finito di stampare nel mese di luglio 2014
presso le Industrie Grafiche della Pacini Editore S. p. A.
Via A. Gherardesca • 56121 Ospedaletto • Pisa
Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300
www.pacineditore.it



