

# Riscrivere il Codice Penale I REATI

a cura  
dell'Unione delle Camere Penali Italiane

Prefazione di  
GIOVANNI FLORA



© Copyright 2014 by Pacini Editore SpA

ISBN 978-88-6315-746-8

*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](mailto:segreteria@aidro.org) e sito web [www.aidro.org](http://www.aidro.org)

# INDICE

Prof. Avv. Paola Severino <i>Ministro della Giustizia</i> Messaggio di saluto .....	5
Prof. Avv. Giovanni Flora <i>Ordinario di Diritto Penale, Università di Firenze</i> Prefazione .....	6
Prof. Avv. Tullio Padovani <i>Ordinario di Diritto Penale, Università di Pisa</i> Necessità di un nuovo codice: riflessioni in controtendenza.....	9
Mons. Domenico Mogavero <i>Vescovo di Mazara del Vallo</i> L'esempio "minimalista" del diritto penale canonico .....	14
Prof. Giovanni Fiandaca <i>Ordinario di Diritto Penale, Università di Palermo</i> La selezione dei fatti da punire tra criteri teorici e verifiche empiriche .....	19
Prof. Luigi Lombardi Vallauri <i>Ordinario di Filosofia del Diritto, Università di Firenze</i> Superare la società criminogena, riorientare bisogni e valori .....	25
Prof. Cristina De Maglie <i>Ordinario di Diritto Penale, Università di Pavia</i> Per una parte speciale aperta alle diversità culturali .....	29
Prof. Antonio Pagliaro <i>Emerito di Diritto Penale, Università di Palermo</i> Il Progetto Pagliaro .....	32
Prof. Rosaria Sicurella <i>Straordinario di Diritto Penale, Università di Catania</i> I vincoli sovranazionali di penalizzazione .....	37

Prof. Avv. Davide Petrini <i>Straordinario di Diritto Penale, Università di Torino</i> La tutela della pubblica incolumità e del lavoro .....	49
Prof. Stefano Canestrari <i>Ordinario di Diritto Penale, Università di Bologna</i> La tutela della persona .....	54
Prof. Avv. Mario Zanchetti <i>Ordinario di Diritto Penale Università C.Cattaneo LIUL, Castellana</i> La tutela dell'economia e della finanza .....	58
Prof. Filippo Sgubbi <i>Ordinario di Diritto Penale, Università di Bologna</i> La tutela del patrimonio .....	62
Prof. Alessandro Spina <i>Straordinario di Diritto Penale, Università di Palermo</i> La riforma dei delitti di corruzione .....	66
Prof. Roberto Bartoli <i>Ordinario di Diritto Penale, Università di Firenze</i> I reati di falso .....	69
Prof. Vincenzo Militello <i>Ordinario di Diritto Penale, Università di Palermo</i> La tutela dell'assetto politico istituzionale dello Stato .....	73
Prof. Avv. Gaetano Insolera <i>Università di Bologna</i> La tutela della sicurezza pubblica e i reati associativi .....	78
Avv. Emilia Rossi <i>Foro di Torino, Componente della Commissione Nordio</i> Il Progetto Nordio .....	82

Prof. Avv. Paola Severino  
*Ministro della Giustizia*

## MESSAGGIO DI SALUTO

“Un diritto penale minimo ed efficace, questo è l’obiettivo evocato nel titolo del convegno. Sono fermamente convinta che le misure di tempo nel quale questo obiettivo sarà raggiunto condizioneranno in maniera sostanziale gli esiti di qualsiasi riforma del sistema giustizia nel nostro Paese. È indiscutibile che vi siano almeno due aspetti sui quali la necessità di un intervento riformatore è oramai diffusamente avvertita nelle istituzioni, tra gli operatori della giustizia, nell’intera società civile. Da una parte un’incisiva azione volta alla piena attuazione del dettato costituzionale in materia di erogazione ed esecuzione della pena, soprattutto quella detentiva; dall’altra parte – e da qui l’evidente attualità del convegno – la necessaria evoluzione verso un sistema di reati che denoti l’intervento punitivo in termini di estrema *ratio* migliorandone l’efficacia. Rivolgo pertanto un sentito ringraziamento all’Unione delle Camere Penali che, come dimostra anche l’organizzazione di questo convegno, non ha mai mancato di offrire il suo prezioso contributo alla riflessione su entrambi questi temi di importanza cruciale. A tutti i partecipanti al convegno il mio più caloroso augurio di buon lavoro, con la certezza che il contributo di ognuno sarà prezioso per il lavoro che ci attende”.

## PREFAZIONE

Affrontare oggi il tema della riforma della parte speciale presuppone la risoluzione di due quesiti preliminari: se sia ancora percorribile la stessa idea di porre al centro della legislazione penale il “codice”; se e in che misura sia necessaria la ristrutturazione della sua parte speciale.

Quanto al primo quesito, il bagaglio argomentativo degli scettici, se non degli avversari, della percorribilità, quando non della stessa opportunità, del progetto di riportare il codice al centro della legislazione è ben conosciuto.

Vanno in particolare considerate le perplessità di fondo avanzate da Tullio Pavolini e le altre voci degli scettici, come quella di Giovanni Fiandaca. Certo, in un periodo storico dove l'idea del diritto penale e del processo penale che si va sempre più affermando nella legislazione e nella prassi è quella di un insieme di norme, non poste a presidio, nei limiti della stretta necessità, di beni o valori personali o sociali riconosciuti indispensabili per la civile convivenza, ma in funzione dell'attuazione di una mera tecnica coercitiva di controllo sociale dove domina la creazione giurisprudenziale della regola, riproporre l'idea stessa di codice penale può davvero sembrare utopistico.

Ma io mi chiedo: qual è il modello di diritto penale e di processo penale che la Costituzione della Repubblica inequivocabilmente disegna? È davvero quello che risponde alla logica della “forma coercitiva” di controllo sociale votata non alle garanzie ma schiava dei miti dell'efficienza e dell'effettività?

E gli studiosi del diritto penale devono rassegnarsi alla quotidiana opera di “sfriggio permanente” del volto costituzionale del diritto e del processo penale, rinnegando la propria vocazione critica per immiserirsi nella sistemazione concettuale degli “arresti” giurisprudenziali? E gli Avvocati penalisti devono rassegnarsi a subire la quotidiana mortificazione (ben inteso con numerose, ma sempre più rare, eccezioni) dei principi fondamentali del diritto penale sostanziale e del giusto processo?

Credo che il bisogno di semplificazione e razionalizzazione, di riconduzione del dato normativo ai principi fondamentali, della limitazione del numero delle incriminazioni, del contenimento in limiti fisiologici della indispensabile opera di adeguamento interpretativo dei giudici, sia fortemente sentita e spinga a superare le angustie del pessimismo della ragione e a farci guidare dall'ottimismo della volontà.

È dunque una grande sfida culturale quella lanciata dall'Unione delle Camere Penali che deve essere sostenuta e alimentata.

Risolto così il primo quesito preliminare, il secondo si presenta, forse, più facile.

Pur se la parte speciale del codice risulta profondamente modificata rispetto a quella originaria, non v'è dubbio che l'impianto di fondo non possa essere mantenuto. Anzi, proprio perché gli interventi sulla parte speciale si sono susseguiti in modo disordinato, a ondate successive, senza un preciso disegno complessivo di politica criminale, essa ha bisogno più che di una ristrutturazione, di un intervento di demolizione ed “infedele” ricostruzione.

Non per nulla l'unico dei progetti di riforma succedutisi nel tempo (e mai dive-

nuti legge) che si è impegnato nel rielaborare anche la parte speciale (il “progetto Pagliaro”), rovescia completamente le gerarchie di valori del Codice Rocco, collocando all’inizio i reati contro la persona che attualmente occupano invece l’ultima posizione.

È però anche vero che la riforma della parte speciale del Codice è quella che presenta le maggiori difficoltà di attuazione. Mentre la parte generale richiede, in definitiva, un intervento di adeguamento ai principi costituzionali in materia di presupposti e limiti della responsabilità e di revisione, anch’essa in senso più aderente alla Costituzione, del sistema sanzionatorio, i problemi che si stagliano di fronte a chi si accinge alla riforma della parte speciale sono molto più complicati. Cosa e in che misura punire, infatti, richiede un consenso sufficientemente ampio su scelte di valore che, in una società eterogenea come la nostra, non sembra affatto facile raggiungere.

Volendo schematizzare e forse eccessivamente semplificare, i problemi di fondo sono essenzialmente tre.

Inserire nel codice tutto il penalmente rilevante, riconducendo al suo interno anche le fattispecie ora disseminate nella legislazione speciale o complementare che dir si voglia?

Oppure collocarvi solo le incriminazioni più significative mantenendo o comunque sistemando le incriminazioni relative a materie connotate da particolare tecnicismo nelle leggi speciali che ne contengono anche la disciplina extra-penale? Quali decisioni prendere in relazione a materie di confine tra etica e diritto? Per esempio, in materia di problematiche di fine o di inizio vita; in materia di riservatezza sessuale, oppure in relazione alle materie economico-finanziarie. Quali condotte, dotate di un qualche significato di disvalore, elevare a reato e quali no?

In terzo luogo: quale criterio adottare in ordine al mantenimento di una ragionevolezza comparativa tra i livelli edittali per mantenere le sanzioni penali per i singoli reati nell’ambito di una sufficiente ragionevolezza complessiva?

Infine, mantenere ancora la distinzione tra delitti e contravvenzioni (il “binomio irriducibile”, come direbbe Padovani) oppure depenalizzare tutte le attuali contravvenzioni e non prevederne affatto in futuro (secondo la scelta operata dal progetto Nordio)?

A molti di questi interrogativi tentano, con argomentazioni molto approfondite, di dare risposta in vario modo le voci degli studiosi. Alcune mettendo a fuoco i problemi di fondo dei confini della criminalizzazione in generale (Fiandaca) nonché della stessa “sensatezza” di percorrere la via della riforma del Codice (Padovani) e spingendosi fino ad ipotizzare la sostituzione del binomio giustizia retributiva/processo con quello della giustizia riparativa/mediazione penale (Lombardi Vallauri), altre portando l’esperienza di precedenti tentativi organici di riforma (Pagliaro, Emilia Rossi), altre tentando di ridisegnare i profili di specifici ambiti di tutela in conformità alla dimensione costituzionale dei beni tutelati ed al principio dell’*extrema ratio* (Bartoli, Canestrari, Insojera, Militello, Mogavero, Petrini, Sgubbi, Spena, Zanchetti), altre ancora sviluppando riflessioni costituenti vere e proprie indicazioni metodologiche di fondo per un futuro legislatore che voglia adeguare l’opera riformatrice della parte speciale agli impegni derivanti dall’appartenenza all’Unione europea (Sicurella) e alle istanze nascenti dal fenomeno del multiculturalismo (De Maglie).

A dimostrazione che, al di là di qualche naturale e forse scontato accento scettico, v’è non solo la volontà, ma anche l’adeguata capacità di formulare proposte di una, a mio parere, indispensabile riforma della parte speciale.

Se posso poi esprimere, sia pure in estrema sintesi, il mio pensiero su ciascuno dei punti nodali della riforma della parte speciale, comincerei con il dire che, laddove l'opzione per la criminalizzazione sia il portato di determinate concezioni religiose, filosofiche e sociali non condivise dalla larghissima maggioranza dei consociati, il legislatore dovrebbe astenersi dall'intervenire. Non so se sia il caso di prevedere per le decisioni che tocchino la "materia" penale una maggioranza qualificata; ma certo che una soluzione del genere ci metterebbe al riparo dai guasti, spesso irreparabili, della legislazione "compulsiva" degli ultimi lustri.

Quanto poi all'alternativa se riportare o meno all'interno del codice tutto il "penalmente rilevante" o se perpetuare l'odierna distribuzione topografica dei reati tra codice e leggi complementari, non avrei dubbi a sposare, almeno tendenzialmente, la prima alternativa. Innanzi tutto perché è l'unica che richiede un impegno serio di selezione dei fatti davvero socialmente dannosi e meritevoli quindi della sanzione penale.

In secondo luogo, perché è l'unica che garantisce una migliore conoscibilità del precetto penale (con conseguenti benefici risultati anche sul versante della c.d. prevenzione generale allargata, oltre che su quella della prevenzione generale mediante intimidazione).

In terzo luogo, perché è l'unica che consente una "visione di insieme" delle scelte di criminalizzazione favorendone l'ancoraggio a criteri dotati di congrua razionalità.

Certo vi sono materie particolarmente tecniche le cui fattispecie penali, spesso costruite con la tecnica del rinvio, presuppongono comunque il riferimento alla disciplina extra-penale (penso ai reati urbanistico-edilizi, a quelli ambientali e ad alcuni reati economico-finanziari). Questi, una volta collocate nel codice le fattispecie più significative e depenalizzate quelle meno rilevanti, potrebbero essere inseriti in "testi unici", unitamente alle disposizioni extra-penali di riferimento, mantenendo la loro natura contravvenzionale (da ciò si capirà che non scioglierei quello che Padovani chiama il "binomio irriducibile", conservando la distinzione tra delitti e contravvenzioni).

Detto ciò, ad evitare che un lavoro del genere, vada miseramente perduto per la cronica insipienza del legislatore, sancirei una "riserva di codice" in materia penale.

Prevederei cioè una norma materialmente costituzionale (già peraltro ipotizzata in passato) in base alla quale non possono essere introdotte nuove fattispecie penali, né modificate quelle esistenti, se non intervenendo sul tessuto del codice.

So che una norma siffatta è problematicamente sanzionabile, ma ci si può augurare che possa costituire almeno una remora ad improvvide iniziative quali quelle cui abbiamo assistito ed alle quali continuiamo ad assistere.

Quanto, infine, alla "dosimetria" sanzionatoria, un margine di discrezionalità legislativa è del tutto inevitabile. Credo ci si debba accontentare che i livelli edittali sui quali si esprime il disvalore dei fatti di reato non sia palesemente arbitrario. Fermo restando che la "forbice" tra il minimo ed il massimo debba essere contenuta in limiti accettabili in modo da ridurre i margini di discrezionalità commisurativa del giudice, oggi forse eccessivamente ampi.



Prof. Avv. Tullio Padovani  
*Ordinario di Diritto Penale, Università di Pisa*

## NECESSITÀ DI UN NUOVO CODICE: RIFLESSIONI IN CONTROTENDENZA

A differenza del tema che mi è stato assegnato e cioè la rilevanza storica della parte speciale, tema adattissimo a un anziano professore come me, ho deciso di esprimermi invece sul tema della riforma del codice penale in generale e quindi anche sulla parte speciale.

La prima volta che ho potuto parlare di un progetto di riforma del codice penale risale al 1968. In quell'occasione Alessandro Pizzorusso mi sollecitò a intervenire sul tema: immaginatevi l'emozione e l'impegno di un giovane che, proiettato su un tema così grande, avverte con gioia la vicinanza di un evento come la riforma del codice penale. Da allora si sono susseguiti moltissimi convegni e io ho riunito tutti gli appunti, che tengo a memoria personale di un impegno dipanatosi negli anni e che ha trovato forse il suo momento più felice nella partecipazione alla Commissione per la riforma del codice presieduta da Antonio Pagliaro. Fu quello un momento straordinario in cui si sarebbe potuta cogliere un'occasione che all'ultimo è tuttavia mancata.

Ma da allora molta acqua è passata sotto i ponti del nostro Paese, la sensazione è un po' quella che esprimeva Giuliano Vassalli nella lezione dottorale pronunciata in occasione del conferimento della laurea *honoris causa* a Bologna il 24 gennaio del 2002, intitolata *La riforma del codice penale: se, come e quando*. Un uomo come Vassalli che alla riforma ha creduto sempre, nel momento in cui riceve uno dei più importanti riconoscimenti che gli sono stati tributati nella sua vita, si chiede se una riforma sia possibile. Risolve il quesito in senso positivo, ma scetticamente positivo, senza illusioni. E, nonostante questo, l'interrogativo resta, un quesito che si era posto per la prima volta all'indomani della Liberazione: bisogna mantenere questo codice penale e di procedura penale – sia pure provvisoriamente in attesa di una riforma – oppure dobbiamo dare un taglio netto con un passato da rigettare e respingere, rimettendo in vigore i codici liberali? Fu un quesito che attanagliò la dottrina dell'epoca e coinvolse ovviamente il mondo della politica. Piero Calamandrei ricostruisce la vicenda dopo qualche anno con lucida chiarezza. Egli si era schierato per la continuità e la conservazione dei codici, perché riteneva troppo laborioso rimettere in vigore codici onesti ma superati dalla storia. E poi, in definitiva, il codice Rocco allora recava tutte le stigmate di un diritto autoritario, ma con una matrice liberale. Si poteva quindi sforbiciare qua e là, eliminare le punte più ispidi, in attesa di una riforma che sarebbe giunta da lì a poco.

Risale al 1949 il primo progetto di riforma, il progetto Gonella. Eppure, l'idea della continuità, sostenuta soprattutto da coloro che pensavano a un cambiamento rapido, in realtà era finita con l'inserirsi nella dinamica politica del Paese con estrema forza di penetrazione. Già nel 1945 si era sostenuto che i testi fossero un po' autoritari ma, se prima avevano servito un cattivo padrone, lo Stato fascista, ora avrebbero servito un buon padrone, lo Stato repubblicano. Purtroppo, pur non

escludendo che uno stesso codice possa servire padroni diversi, abbiamo di fatto assistito a una perpetuazione di ciò che c'eravamo lasciati alle spalle.

Noi abbiamo traghettato il fascismo nella Repubblica, di questo si è trattato, è inutile fingere che quella sia stata una cesura: in realtà c'è stata continuità. Questa conservazione del testo si è poi mossa in un clima che vedeva da un lato la persistenza di quelle che definirei riforme ordite o riforme tentate, commissioni su commissioni che sfornavano progetti totali o parziali su quel che volevano. Dall'altro lato, mentre si sfornavano questi progetti e ci si sforzava di elaborare un nuovo testo organico, si consumavano le riforme vere che dal 1945 non sono mai cessate, fino anche alle leggi *ad personam* che hanno portato a riscrivere alcuni pezzi della parte generale in funzione di interessi non esattamente generali. Io mi sono divertito, per così dire, a dare una dimensione quantitativa al fenomeno. Per esempio, alla parte generale che aveva 240 articoli ne sono stati aggiunti 12 con nuovi inserimenti; tolti poi gli aggiornamenti formali e quelli legati a riassetto istituzionali, le modifiche sostanziali hanno interessato la parte generale in tutti gli articoli meno 50, che sono, in definitiva, quelli meno applicati. Ma prendiamo anche qualche titolo della parte speciale, ad esempio i delitti contro la persona. Questi avevano, nel testo del 1930, 49 articoli e 35 ne sono stati aggiunti; di questi 84 articoli, solo 30 riproducono il testo originale; alla fine solo un terzo della parte speciale dei delitti contro la persona è rimasto stabile. Se andiamo a fare la stessa riflessione per tutti i titoli, si scoprirà che la percentuale tende addirittura ad aumentare: più di due terzi delle disposizioni, infatti, sono state interessate da modifiche di natura sostanziale, con riscritture radicalmente innovative. Persino i delitti contro la personalità dello Stato hanno subito veri e propri cicloni normativi. Allora mi chiedo: se Alfredo Rocco si trovasse tra le mani una delle tante versioni di quello che va sotto il nome di codice Rocco e ripercorresse gli articoli di questo suo codice, quale sarebbe la sua reazione? Il codice non è il suo, perché nulla ripete il disegno criminale di Alfredo Rocco. Non c'è più nulla in tema di commisurazione e di esecuzione della pena, in tema di figure criminose di un certo peso: ad esempio i delitti contro la moralità pubblica e il buon costume risultano sconvolti e dove sono rimasti uguali, si sono totalmente capovolti nell'ermeneutica giudiziaria, trasformati dall'interno fino a far dire loro il contrario. Nulla ripete lo schema ordinato che Alfredo Rocco aveva concepito a tutela di un disegno di politica criminale orientato alla prevenzione generale e al culto statolatrato da preservare nella tutela di singoli beni, concepiti tutti come un accessorio dello Stato persona.

Si diceva che gli avvocati non vogliono più accettare l'idea di morire con il codice Rocco, ma si può stare tranquilli: nessuno morirà con il codice Rocco perché questo è già morto da tempo. Quello che abbiamo davanti è il figlio della Repubblica, è tutto nostro, lo abbiamo formato pezzo su pezzo, smontando e rimontando, togliendo e aggiungendo, spostando e cancellando. È nostro, l'abbiamo fatto a nostra immagine e somiglianza, e se ora inorridiamo guardandolo è perché noi facciamo orrore, non il codice. È inutile che ci attacchiamo ancora a "bagatelle" – perché di queste si tratta – come la responsabilità obbiettiva o il concorso di persone è davvero un problema riscriverli, se non ci piacciono? Abbiamo fatto per decenni un cattivo bricolage normativo, possiamo continuare a farlo, possiamo emendare, correggere, riscrivere. Abbiamo di fronte agli occhi un codice che è il nostro codice, il codice della Repubblica, quindi se lo vogliamo riformare è perché non ci piace il codice che ci siamo fatti. L'abbiamo realizzato, confezionato, ma ogni volta che lo

guardiamo diciamo che è un mostro e lo rifiutiamo; e allora per esprimere il rifiuto lo attribuiamo a Rocco, quel “mascalzone” che ha confezionato un prodotto orrendo, ce lo ha consegnato e noi ce lo siamo sciaguratamente tenuti.

In realtà, abbiamo semplicemente eretto un idolo polemico che ha, allo stesso tempo, la funzione catartica di mettere tutti fittiziamente d'accordo e la funzione rassicurante di esonerarci dal riconoscere le nostre responsabilità. Il primo passo per la riforma dovrebbe quindi essere costituito dal riconoscimento, franco, che dobbiamo riformare il codice della Repubblica, quella costruzione mostruosa che abbiamo edificato fino a ieri e che continuiamo a edificare oggi e continueremo a edificare domani. Cambiare il codice Rocco era così facile che lo abbiamo fatto, e l'operazione è riuscita, male, ma è riuscita. A questo punto non ci piace il codice che ci siamo fatti. Però, è più facile accusare un nemico che viene da lontano, dal regime fascista, da un corpo estraneo rispetto a noi che siamo sani e abbiamo i valori della Repubblica, che abbiamo i valori della Costituzione. Facile proclamare l'esigenza della riforma impostandola in modo così fittizio, più difficile è invece dire che il codice che ci siamo fatti tra mille peripezie, scaturito dall'ordinamento repubblicano – che magari ha pure tradito i valori della Costituzione ma intanto è fatto così – adesso deve essere sostituito con uno nuovo.

Per fare un nuovo codice bisogna chiedersi che cos'è un codice, bisogna essere vivificati dallo spirito della codificazione, un vento che in Europa ha soffiato a lungo, per tutto il Settecento e l'Ottocento, che ha continuato a soffiare per il Novecento e ora si è un pochino affievolito, diciamo che io non lo sento più. Identifichiamo allora lo spirito della codificazione e vediamo se riusciamo a riconoscerci, se abbiamo spinte adeguate a edificare un nuovo testo. La codificazione nasce per formare un testo normativo completo, vale a dire un testo che esaurisca la disciplina dei rapporti e delle situazioni giuridiche rilevanti in un determinato ambito materiale: deve quindi ricomprendere un'intera materia e svolgere una funzione di semplificazione, di organizzazione dei dati.

Però non basta. Per essere un codice deve avere anche un valore sostitutivo e innovativo rispetto al diritto preesistente, in modo da porsi come una sorta di apice del sistema normativo, un nucleo forte dotato di una resistenza rispetto a modifiche future e di una capacità di eliminazione rispetto al passato. E infine deve nascere da un empito egualitario, si tratta di eliminare il particolarismo giuridico.

Questa era la battaglia settecentesca, particolarismo giuridico sul piano delle fonti e sul piano dei soggetti: troppe fonti e soggetti trattati non in funzione di ciò che fanno ma in funzione di ciò che sono. Completezza, innovatività, capacità sostitutiva e spirito egualitario sono però elementi di per sé formali, che si reggono in quanto al servizio di un disegno di politica criminale. Nel Settecento e nell'Ottocento avevano idee chiarissime su questo, si trattava di tracciare i limiti del potere punitivo e quindi di definire i rapporti tra autorità e cittadino, potere e privato, Stato e individuo, in modo da delimitare l'ambito di tutela della libertà. I codici ottocenteschi cominciano tutti con le pene non con i reati. Identificano ciò che lo Stato è in grado legittimamente di fare al cittadino sul piano della misura punitiva. Fissati questi limiti che danno al codice il fondamento di un testo costituzionale, è in rapporto alla tutela di beni e diritti socialmente riconosciuti in funzione di uno scopo utile che la punizione interviene in termini di prevenzione speciale punitiva. Rimane dunque essenziale che completezza, sostitutività, spirito egualitario, siano al servizio di un disegno di politica criminale razionale.

Oggi giorno, invece, si può parlare di completezza del codice? No. Solo la parte generale può essere completa perché composta di norme secondarie, cioè di norme costitutive rispetto alle regole regolanti, cioè di norme che presuppongono altre norme. Tentativo, concorso di persone, prescrizione: nella parte generale può esserci tutto ciò che serve a disciplinare altre norme. Ma le regole regolanti, cioè quelle che dicono ciò che è permesso e ciò che non lo è, sono necessariamente frammentarie, perché il diritto penale è un diritto frammentario e per questo non possono stare tutte nel codice. La parte speciale ha una sua funzione, una funzione largamente recessiva, ma su questo punto dovremmo intrattenerci troppo. Ad ogni modo, la constatazione di tutti i giorni è davanti a noi: i reati sono troppi. Adesso, con la cosiddetta semplificazione normativa, sono stati rimossi molti di quei reati che né i giudici né i pubblici ministeri spesso conoscevano. Ma la nostra è una società complessa che, come tutte le società moderne, ha bisogno di tante regole. Che abbia poi una capacità sostitutiva rispetto al diritto preesistente: abbiamo provato a stabilire, in Commissione Pagliaro, una riserva di codice, tentativo ripreso poi dalla Commissione Grosso. Ma anche qui le difficoltà sono state tali e tante da far dubitare. Quanto poi al disegno egualitario, viviamo in un'epoca di particolarismo giuridico, le fonti sono policentriche, e metterle insieme è diventato sempre più complicato. Abbiamo un andamento di produzione normativa fortemente influenzato dalla giurisprudenza, sempre più giurisprudenziale, di una giurisprudenza che non è solo nazionale ma internazionale. La crisi della legalità non è scritta negli articoli dei professori di diritto, sta scritta nelle cose. E allora noi oggi, non essendo in grado di concepire un testo completo, sostitutivo, egualitario in questo senso, dobbiamo limitarci a costruire un codice umile, se ci riusciamo. Per la parte generale potremmo anche riuscirci, ma a condizione di avere un piano di politica criminale, e la politica criminale non s'identifica in un diritto penale minimo ed efficace. Minimo ed efficace in realtà non vogliono dir nulla di per sé, sono parole sulle quali si può trovare un largo consenso; noi siamo un Paese dove se si pensa di introdurre un'aggravante sull'omofobia, immediatamente si scatena una sorta di guerra civile. Oltre questo – e non possiamo non rendercene conto – camminiamo sulle macerie della politica criminale, e quando dico macerie, uso una metafora per dire che abbiamo una situazione carceraria criminale in senso tecnico, perché nel nostro Paese il carcere è diventato la manifestazione corporea del crimine, un crimine istituzionalizzato, come ha detto il Presidente della Repubblica il 28 luglio di quest'anno a Roma.

Certamente “meno carcere” e “diritti umani nel carcere”, è il primo programma di politica criminale, è una pre-condizione di tutto: la riforma del codice penale sta alla nostra situazione carceraria attuale come l'arredamento di un edificio sta a un vecchio palazzo che crolla. I diritti umani sono essenziali, a prescindere da qualunque cosa significhi la rieducazione anche se essa non dovesse esistere: questo sosteneva Arturo Rocco già nel 1910, quando affermava che bisognava occuparsi dei diritti dei condannati poiché inalienabili.

Ma, meno carcere e rispetto dei diritti umani cosa c'entrano con la riforma del codice penale? Come si può pensare davvero che la riforma del codice penale riduca le presenze carcerarie? Nessuno credo pensi una simile corbelleria, perché i canali collettori dell'umanità degradata che viene avviata alla galera sono due soli e non stanno nel codice penale: la droga e gli stranieri, la normativa sulla droga e la normativa sugli stranieri. Il terzo grande collettore è il codice di procedura per

la carcerazione preventiva; non userò il termine custodia cautelare perché carcerazione preventiva è il nome vero che corrisponde alla realtà delle cose e non alle chiacchiere imbonitorie che vogliono spennellare una realtà oscena.

Siamo disposti ad affrontare queste grandi questioni? Se la risposta è no, possiamo fare tutte le riforme che vogliamo, possiamo abolire, ad esempio, il delitto previsto dall'articolo 565 c.p. "*Attentato alla morale familiare col mezzo della stampa*", ma che otteniamo? Sulla depenalizzazione possiamo davvero fare qualcosa?

È ridicolo pensarlo. Ho partecipato a tutte le commissioni di depenalizzazione che si sono tenute in questo paese e posso dire che abbiamo grattato il fondo del barile. Si può depenalizzare qualcosa che non rientra mai nella pratica giudiziaria, ma non si può depenalizzare la "polpa", perché chi potrebbe mai essere disposto a depenalizzare il furto? La depenalizzazione è un mito alimentato per nascondere il problema reale, cioè l'azione penale e la sua obbligatorietà. L'Italia è uno dei pochissimi paesi al mondo che hanno il principio di obbligatorietà inserito nella costituzione, ma è anche uno dei pochissimi paesi dove alla proclamazione costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale corrisponde l'arbitrarietà dell'esercizio della medesima.

Perché un potere-dovere che non è regolato diventa arbitrio, poiché basta giocare con i termini per adempiere formalmente e fare, in realtà, ciò che si vuole.

Dobbiamo fare la riforma del codice penale per punire più efficacemente, dobbiamo essere più capaci di intervenire, dopo aver ridotto mitologicamente il carcere, con sanzioni sostitutive di vario genere. Ma, Signori miei, lanciamo uno sguardo sul nostro sistema: esso non è composto solo da misure di natura punitiva penale, il nostro sistema è composto anche da misure di prevenzione. Mentre un tempo le misure di prevenzione più mordaci riguardavano Regioni devastate dalla criminalità organizzata, ad oggi il discorso è un po' cambiato, dacché le misure patrimoniali si applicano indistintamente a tutti i soggetti indicati dalla legge come pericolosi, a prescindere dall'appartenenza a organizzazioni di tipo mafioso e dalla persistenza di una pericolosità attuale. Se poi vogliamo occuparci di problemi che non abbiamo, piuttosto che occuparci di problemi veri, allora possiamo discorrere sulla riforma del codice penale.

Voi comprenderete, a conclusione di questa mia riflessione, se io debbo dichiararmi piuttosto scettico sulle speranze e le fortune di una riforma del codice penale che non solo non vedo all'orizzonte, ma che penso non debba nemmeno comparire per il momento a questo orizzonte. È un po' come accade per certi reperti antichi che, una volta dissotterrati, è opportuno risotterrare subito perché non adatti ai tempi che li hanno scoperti e rinviarli a tempi più civili che siano in grado di godere di ciò che al momento non è possibile trarre alla luce.

## L'ESEMPIO "MINIMALISTA" DEL DIRITTO PENALE CANONICO

La mia riflessione che attinge al diritto penale canonico che, statutariamente, è finalizzato a rispondere a esigenze di tutela in una società multiculturale, quella ecclesiale naturalmente, e a creare vincoli sovranazionali di penalizzazione. Ritengo perciò l'esperienza del diritto della chiesa utile ad ampliare l'orizzonte delle vostre considerazioni, tenuto conto che, anche a fini esegetici e in prospettiva deontologica, un'analisi comparata delle diverse formalizzazioni giuridiche giova a esaltare una delle dimensioni caratterizzanti il diritto funzionale al riconoscimento e alla tutela della dignità della persona e dei suoi diritti fondamentali e soggettivi. Mi permetto adesso di proporvi alcune brevi annotazioni sul fondamento della pena canonica, e parto da una citazione tratta dal Vangelo secondo Matteo capitolo quinto versetti 17-19:

Dice il Signore Gesù, non crediate che Io sia venuto ad abolire la legge o i profeti, non sono venuto ad abolire ma a dare compimento. In verità vi dico: finché non siano passati il cielo e la terra, non passerà un solo iota o un solo trattino della legge, senza che tutto sia avvenuto. Chi dunque trasgredirà uno solo di questi minimi precetti e insegnerà agli altri a fare altrettanto, sarà considerato minimo nel regno dei cieli; chi invece li osserverà e li insegnerà sarà considerato grande nel regno dei cieli.

È chiaro che qui si parla non della legge umana ma della legge divina, e quindi quanto sto per dire si applica solo analogicamente al mio discorso nella prospettiva canonistica della pena e del diritto penale. Per prima cosa da questa citazione del Vangelo si deduce che ogni legge, umana e divina, ha una obbligatorietà materiale e una obbligatorietà formale che esige l'osservanza della norma medesima con la conseguente sanzione penale per chi la viola. E già su questa prima affermazione occorre sottolineare una differenza tra l'ordinamento canonico e quello civile: infatti, mentre quest'ultimo può imporre solo una osservanza esterna della legge, in ottemperanza a quella che ho chiamato obbligatorietà materiale, l'ordinamento canonico può imporre anche atti interni corrispondenti a quella che ho tradotto in obbligatorietà formale.

Questa particolare connotazione propria ed esclusiva del nostro ordinamento consente di far incontrare armonicamente il piano etico con il piano giuridico, dando luogo a una fattispecie singolare che è quella di un'azione che ha in sé una duplice configurazione: sotto il profilo etico si configura come peccato, sotto il profilo giuridico si configura come reato. Una conseguenza importante e simmetrica di questa singolarità, peraltro con gravi implicanze sul piano della situazione ecclesiale del soggetto, è questa: come l'unica azione ha duplice connotazione etico-giuridica e di peccato-delitto, così anche l'atto di risoluzione deve essere unico ed esso pure con valenza etico-giuridica. E siccome l'assoluzione del peccato è legata

al sacramento dell'ordine, mentre l'assoluzione della pena canonica è legata alla potestà di governo, un semplice sacerdote non può assolvere dal peccato-delitto di aborto, sanzionato con la pena della scomunica, perché ha la potestà di ordine ma non ha la potestà di governo. Questo accenno credo che dia conto della complessità e della delicatezza di questo tema, un tema che implica molto il significato e il ruolo della coscienza, perché a quella ci si appella in ultima analisi, laddove il peccato attinge l'ambito della coscienza e giudice in quest'ultima è proprio il soggetto interessato.

Quella che potrebbe sembrare una digressione dall'assunto principale rappresenta invece una buona ed efficace nota, che fa comprendere lo spessore della concezione e della connessione tra delitto e pena nel campo canonico e il riferimento a un'osservanza integrale e puntigliosa della legge per le ricadute negative che le sue violazioni possono avere sulla posizione ecclesiale e sulla condizione giuridica del fedele. C'è nelle parole di Matteo una dinamica che, da una parte, esalta il ruolo della persona e, da un'altra, diminuisce il rilievo esteriore della pena stessa. In questo contesto così delineato sul piano epistemologico, la ragion d'essere della pena ha una legittimazione chiara su tre testi decisivi che mi permetto di richiamare: *Il catechismo della chiesa cattolica*, *Il compendio della dottrina sociale della chiesa* e *Il codice di diritto canonico*.

Nel *Catechismo* la pena viene trattata in questi termini: ha innanzitutto il compito di riparare il disordine introdotto dalla colpa; quando è volontariamente accettata dal colpevole essa assume il valore di espiazione. La pena poi, oltre a difendere l'ordine pubblico e a tutelare la sicurezza delle persone, mira a uno scopo "medicinale" nella misura del possibile, essa deve contribuire alla correzione del colpevole.

Nel *Compendio della dottrina sociale* la pena non serve unicamente allo scopo di difendere l'ordine pubblico e di garantire la sicurezza delle persone, essa diventa uno strumento per la correzione del colpevole, una correzione che assume anche il valore morale di espiazione quando il colpevole accetta volontariamente la sua pena, è una rilettura per altro del testo del *Catechismo*. La finalità a cui tendere è duplice: da un lato, il favorire il reinserimento delle persone condannate; da un altro, può promuovere una giustizia riconciliatrice. Questo mi sembra un concetto veramente innovativo e abbastanza disomogeneo anche rispetto a una certa letteratura nell'ambito canonistico, laddove l'elemento quasi vendicativo della pena ha talora avuto un rilievo esagerato rispetto a quello della giustizia riconciliatrice. Promuovere una giustizia di questo genere, capace di restaurare le relazioni di armonica convivenza spezzate dall'atto criminoso.

Il codice, che dei tre testi è il più antico, dice così:

Le sanzioni penali nella chiesa sono tre, primo le pene medicinali o censure cioè la scomunica, l'interdetto e la sospensione, e le pene espiatorie che possono essere applicate a un delinquente in perpetuo oppure per un tempo stabilito, oltre alle altre che la legge può avere stabilito indipendentemente e sono per esempio la proibizione o l'ingiunzione di dimorare in un determinato territorio, la privazione della potestà, dell'ufficio dell'incarico, la proibizione di esercitare in un determinato luogo, il trasferimento penale ad altro ufficio, la dimissione dallo stato clericale. Sono inoltre impiegati rimedi penali e penitenze, i primi per prevenire i delitti i secondi per sostituire le pene o in aggiunta a esse.

Come vedete, si tratta di un sistema che ha una sua articolazione abbastanza complessa con una forte coerenza, che parte dalla necessità che nei confronti del reo si eserciti tutto quanto possibile dopo il reato e per prevenire il reato con la formula del rimedio penale, si eserciti in ogni modo un'attività di cura che diminuisca il più possibile il ricorso all'erogazione delle pene, e invece per quanto possibile la pena abbia la funzione non tanto di rivalsa quanto di recupero del reo perché nella logica di una giustizia riparatrice e riconciliatrice, possa tornare a occupare utilmente il suo posto. Evidentemente la logica del diritto canonico non è la logica del diritto penale degli Stati. Oserei dire che nel nostro campo le cose per certi versi sono più semplici, ma, esaminate da altri punti di vista, risultano molto più complesse perché non c'è un vero potere coercitivo e soprattutto non ci sono dei sistemi di polizia che possano costringere all'applicazione della pena nei casi di rifiuto o di renitenza.

Dopo queste brevi annotazioni sul fondamento della pena canonica, adesso passiamo a qualche considerazione sulla natura della pena canonica.

A parte taluni elementi comuni a tutti gli ordinamenti perché riconducibili a una sistematica del diritto penale, mi interessa esporre qualche peculiarità del diritto penale canonico: la prima di queste note proprie è il rilievo dato al ruolo della superiore autorità piuttosto che alla via processuale. Questa scelta obbedisce a due esigenze che assicurano il raggiungimento della finalità della pena canonica: si tratta dell'immediatezza del rapporto tra il fedele che viola la legge e colui che ha la responsabilità spirituale sul medesimo reo e sulla comunità alla quale appartiene. La seconda nota riguarda la celerità dell'erogazione della pena, che, non ponendosi come conclusione di una talora esageratamente lunga vicenda processuale, sancisce l'illegittimità del comportamento con l'adozione della corrispondente sanzione penale e con un'efficacia alquanto evidente nella connessione tra violazione e riparazione.

Quindi la scelta della via amministrativa piuttosto che la via processuale consente di recuperare questa immediatezza di rapporto, perché, mentre il giudice è un terzo tra le parti, qui colui che agisce è l'interlocutore diretto di colui che viola la legge. Si mantiene quindi un rapporto che si estende al momento dell'erogazione della dinamica penale, senza ignorare o turbare quel rapporto iniziale, così come si mantiene anche un'immediatezza nell'effetto che dà maggiore efficacia alla sanzione penale erogata nell'istantaneità dei fatti e quindi nel ricordo, nella memoria, che collega evidentemente ciò che è accaduto con ciò che si pone come momento risolutivo della vicenda stessa.

A questo riguardo l'ordinamento canonico contempla una fattispecie penale che prescinde addirittura dall'intervento dell'autorità e che trova il suo fondamento unicamente nel precetto penale. Si tratta delle cosiddette pene *latae sententiae*, cioè di quelle pene nelle quali il fedele incorre in modo quasi automatico nel momento stesso in cui compie una determinata azione delittuosa configurata per legge, senza che si richieda un qualche intervento autoritativo esterno. Le pene *latae sententiae* differiscono da quelle *ferendae sententiae*, che vengono inflitte cioè solo a fine di un espresso pronunciamento in sede amministrativa o processuale. Le pene *latae sententiae* sono le più gravi e sono fissate tassativamente per legge in ossequio al principio di stretta legalità accolto anche nel diritto della chiesa e concernono i delitti di maggiore gravità. Esse inoltre sono finalizzate a perseguire i delitti occulti che altrimenti rischierebbero di restare non sanzionati. Questa



duplice categorizzazione delle pene canoniche ha rilievo non solo sulla loro identificazione, ma anche quanto alla determinazione della loro cessazione. Infatti, le pene *latae sententiae*, per il fatto che sono note solo all'interessato, decorrono dal perfezionarsi della fattispecie sancita secondo la coscienza del soggetto interessato, e cessano in conformità alle modalità previste una volta esaurita la finalità della sanzione penale.

Un aspetto che sembra scostarsi dalla conformità al principio di legalità è rappresentato da una formazione normativa generale del codice di diritto canonico che recita:

Oltre i casi stabiliti da questa o da altre leggi, la violazione esterna della legge divina o canonica può essere punita con giusta pena o penitenza solo quando la speciale gravità della violazione esige una punizione e urge la necessità di prevenire o riparare agli scandali.

Le condizioni richieste perché si agisca senza una espressa sanzione penale, però, sono così determinate che è difficile eccepire la legittimità di questo canone, soprattutto se si sottolinea la ratio della norma e la finalità generale del diritto canonico formulata in modo molto efficace nelle parole dell'ultimo canone, il 1752, con cui si chiude il codice. In esso si dice che in tutto bisogna aver presente la salvezza delle anime, che deve sempre essere, nella chiesa, legge suprema. Una concezione valoriale in più sta proprio nella necessità della punizione quando urge di prevenire o riparare gli scandali.

In altri termini c'è un fine meta-giuridico, la salvezza delle anime appunto, che può legittimare una qualche attenuazione nell'applicazione stretta del principio di legalità. Un corollario di questa considerazione lo possiamo trovare nella sospensione della pena in casi ben precisi, connessi con il bene spirituale di terzi, come ad esempio nel caso di un fedele che in pericolo di morte chiede di essere confessato da un sacerdote scomunicato o sospeso *a divinis*, che di per sé, in via ordinaria, non può esercitare il suo ministero, ma che, a richiesta di una persona che è in pericolo di morte, può lecitamente non far conto della pena nella quale è in corso e quindi porre quell'atto ministeriale che altrimenti sarebbe illecito e illegittimo. Ugualmente se versa in pericolo di morte colui che *in poenam* non può ricevere il sacramento: per lui, in quella precisa condizione, la pena viene sospesa *ex lege*.

Un ultimo elemento che vorrei sottolineare è quello relativo a talune clausole riguardanti il diritto penale nella sua generalità, una di queste rileva il valore medicinale e non vendicativo della pena, per cui, se dopo che il delitto è stato commesso la legge subisce mutamenti, si deve applicare la legge più favorevole all'imputato; così anche se una legge posteriore elimina la legge o almeno la pena, questa cessa immediatamente. L'attenzione dell'ordinamento canonico pone al centro la persona, le sue esigenze e i suoi diritti, più che stabilire e affermare astrattamente il primato della legge.

Il mio intendimento, con questo intervento, era di mostrare la chiara angolatura privilegiata del legislatore canonico nella redazione del diritto penale della chiesa, e cioè di un diritto sanzionatorio limitato a poche ma significative fattispecie, caratterizzato da particolare gravità e mai banalizzabili sotto il profilo valoriale. È impensabile per il diritto canonico sanzionare con pene, fattispecie o comportamenti che siano irrilevanti o quasi. Questo taglio eziologico del diritto penale ca-

nonico trova conferma anche in una certa discrezionalità riconosciuta a colui che può infliggere sanzioni penali nel ricorso alla via amministrativa o giudiziale. Cioè il più delle volte dipende da una superiore autorità scegliere se intervenire in via amministrativa o demandare il tutto alla conclusione di un processo. Come anche nella previsione che impone all'autorità di avviare la procedura giudiziaria o amministrativa per infliggere o dichiarare le pene solo quando abbia constatato che, né l'ammonizione fraterna né la riprensione per altre vie dettate dalla sollecitudine pastorale, è possibile ottenere sufficientemente la riparazione dello scandalo, il ristabilimento della giustizia, l'emendamento del reo.

Nel nostro ordinamento, cioè, la pena è l'*extrema ratio*, addirittura mancando la previa ammonizione canonica nella maggior parte dei casi l'erogazione della pena, senza il passaggio obbligato di mettere il soggetto in condizione di riconoscere l'illegittimità e l'anti-giuridicità del suo comportamento perché si emendi, la pena è nulla e quindi viene revocata in un giudizio di verifica nelle sedi competenti. Infine sempre su questa linea – per così dire – minimalista, si può collocare il disposto del canone 1349, che impone al giudice di non infliggere le pene più gravi in mancanza di una gravità conclamata, qualora la sanzione penale non è determinata per legge, per non dire anche dei termini minimi per la prescrizione dell'azione penale fissati ordinariamente in tre anni proprio per eliminare ogni litigiosità e rasserenare la coscienza di chi ha violato la legge e non è stato legittimamente perseguito in tempo utile senza alcuna sua colpa.

Pur percorrendo strade che sono abbastanza contigue a quelle della tradizione civilistico-penalistica in materia, credo che la particolare natura dell'ordinamento ecclesiale e della Chiesa in quanto istituzione favorisca molto questo lavoro e quindi una codificazione piuttosto essenziale che sottolinea e sancisce veramente le fattispecie che più attentano a valori oggi divenuti facilmente definibili come valori non negoziabili; valori che fondamentalmente si incentrano su quello che è il nucleo centrale della chiesa, la sua grazia e il suo ministero, e anche su ciò che attiene la dignità e i diritti della persona, mentre tutto il resto viene liquidato come affare più o meno di ordinaria amministrazione, gestito direttamente dall'autorità costituita.

## LA SELEZIONE DEI FATTI DA PUNIRE TRA CRITERI TEORICI E VERIFICHE EMPIRICHE

La ricodificazione è considerata un obiettivo importante nell'ambito delle Camere Penali e, a parole più che nei fatti, anche nell'ambito dell'universo magistratuale attuale. Io però appartengo al novero degli studiosi non nemici della codificazione, ma di quelli che ritengono che l'impresa della codificazione sia eccessivamente difficile per i nostri tempi e probabilmente potrebbe anche essere considerata obsoleta o inadatta a raggiungere alcuni degli obiettivi che con la ricodificazione si desidererebbe raggiungere.

Come Tullio Padovani, ritengo ci sia quanto meno da dubitare ragionevolmente che un nuovo codice penale possa, di fatto, sortire l'effetto di contribuire a rendere più efficiente la macchina giudiziaria, perché non necessariamente una ricodificazione sarebbe destinata a tradursi nel risultato di una forte riduzione delle fattispecie incriminatrici, quantomeno in quella misura che sarebbe auspicata quando si sbandiera lo slogan del famoso diritto penale minimo per una giustizia efficiente. Fa riflettere che, nel dibattito pubblico, mentre con una mano si aderisce all'obiettivo del diritto penale minimo, contemporaneamente si assiste a questa sorta di comportamento schizoide, ovvero non si dice mai quali sono i reati che non vorremmo più, oppure quelli inutili che proporremmo di eliminare, sulla scia di una riflessione che abbia alla base anche un monitoraggio realizzato attraverso un'analisi empirica, un'indagine anche di tipo statistico sui reati che più ingolfano la macchina giudiziaria. Sulla base di questi reati che ingolfano la macchina giudiziaria, occorrerebbe poi andare a vedere poi quali sono i reati davvero importanti a cui non potremmo rinunciare e quelli invece meritevoli di essere eliminati, abrogati, decriminalizzati o depenalizzati, a seconda che pensiamo di eliminarli completamente o di ridurli a illeciti amministrativi.

C'è una sorta di preoccupazione per cui non si capisce bene quale sia la zavorra da eliminare; invece, mentre si dice che bisogna eliminare tanta zavorra, si è più precisi sull'incremento della fattispecie penale, cioè si è più precisi nella parte che attiene alla proposta di nuovi reati. È emblematico l'esempio della rivista "Micro-mega" dove scrivono Marco Travaglio e alcuni illustri magistrati: in questa sede si propone ad esempio l'introduzione dell'autoriciclaggio, o del nuovo reato di traffico di influenze. Se guardiamo alle proposte sul traffico di influenze, ci accorgiamo che certamente, al di là della più o meno felice formulazione tecnica della nuova fattispecie incriminatrice che si inserisce, la preoccupazione è quella di estendere il controllo penale a supporto di un'elevazione del livello dell'etica pubblica nel nostro Paese, cioè dell'etica degli affari, dell'etica pubblica dal punto di vista del rapporto tra economia pubblica e amministrazione. È anche da immaginare che se un reato di questo tipo fosse introdotto, oggi certamente sarebbe molto coltivato a livello di indagini e in prospettiva anche di processi, e siccome si tratterebbe però di indagini molto complesse su elementi in parte sfuggenti, ecco che le difficoltà

dell'aspetto giudiziale e i tempi del processo inevitabilmente si accrescerebbero.

Quanto alla riduzione dei reati, io sono convinto che non si possa fare oggi un discorso sulla riscrittura del codice penale rimanendo chiusi all'interno dei tradizionali paradigmi della giustizia punitiva, senza ridare nuova linfa al dibattito (stanco) sulle funzioni della pena, come ci veniva prima suggerito dal vescovo Mogavero e dal codice canonico.

Come sappiamo, c'è una tendenza a pensare anche alcune riforme di materia, come per esempio – non a caso – il settore complesso della responsabilità medica che, proprio per la sua complessità, si presterebbe bene a una riscrittura, da ripensare in un'ottica di giustizia riparativa. Però, se lo si pensa in questa ottica, ne derivano implicazioni anche sul modo di concepire l'illecito, la gravità della colpa, sul modo di concepire il senso e la semantica dell'illecito penale.

Il problema è questo: oggi siamo in un mondo molto complesso in cui si potrebbe anche dire, provocatoriamente, che esistono non solo certe semantiche della punizione ma anche diverse semantiche del reato. Il significato del reato differisce non poco in base ai settori a cui noi facciamo riferimento, ed è questa una delle ragioni per le quali il senso di un codice penale come sistema che obbedisce a una razionalità unitaria, organico, che ci dà regole uguali per tutti i reati, che tende a livellare tutto all'interno di un solo sistema, che obbedisce a logiche semplificate uguali per tutti, non ci entusiasma più, è forse un'illusione illuministica che abbiamo scoperto essere eccessivamente razionalistica e eccessivamente semplificatrice sotto alcuni aspetti e che non tiene conto di tante cose e di tante difficoltà.

Quanti reati vogliamo? Se pensiamo a un codice penale minimo, quanti reati può contenere? Potremmo davvero sbizzarrirci, potremmo dire che il numero preciso di reati non ha importanza, basta che sia molto minore di quello che c'è adesso e circoscritto a fatti davvero gravi e intollerabili, per i quali non c'è alternativa dal punto di vista della reazione sociale, della reazione giuridica. Siamo però in grado di stabilire quali sono questi fatti, particolarmente gravi, che possono legittimamente aspirare a essere definiti illeciti penali?

Viviamo in un mondo molto complesso, in cui le esigenze di tutela crescono, in cui anche dalla Chiesa cattolica ci viene il messaggio che i peccati gravi, i nuovi peccati mortali, crescono. Sappiamo tutti che in un sistema liberale c'è una fondamentale distinzione tra peccato e reato e tra fatto legato alla concezione religiosomorale e fatto socialmente dannoso. La Chiesa dice che i peccati crescono anche nel senso di fatti socialmente dannosi, che riguardano l'etica pubblica: manipolazioni genetiche, esperimenti sulla persona, violazione dei naturali diritti della persona umana, inquinamento ambientale, ingiustizia sociale, accumulare ricchezze eccessive, causare povertà, drogarsi.

Se ci sforzassimo di verificare, rispetto a questi nuovi peccati che abbiamo enumerato, in relazione a quali di questi un diritto penale laico potrebbe aspirare ad avere un ruolo e potrebbe aspirare a intervenire? E pur potendo intervenire, sarebbe un intervento facile o un intervento controverso? Temi delicatissimi e controversissimi di bioetica, uno dei settori in cui la società laica e pluralistica si trova in maggiore difficoltà. Stabilire cosa punire e cosa no pone problemi enormi. Se un codice penale li dovesse affrontare e impegnarsi approfonditamente su questo punto, la discussione sul codice penale resterebbe bloccata per tanto tempo.

Io feci parte della Commissione Pisapia per la riforma del codice penale e dal Ministro dell'epoca ci venne rivolto un invito: quello di non impelagarci in que-

stioni riguardanti la bioetica, perché questioni non da Commissione di studio, ma dense di un tale calore politico che erano lasciate al dibattito politico.

Certamente, poi, esistono già reati contro la persona, reati che in tutti gli ordinamenti giuridici corrispondono a lesioni gravi dei diritti umani, però in questo campo più che diminuire dovremmo aumentare: manca, per esempio, il reato di tortura.

Sull'inquinamento ambientale abbiamo normative penali che però sono, per ragioni ben note, tra le più inefficaci di tutto il diritto penale, soprattutto sono controverse le tecniche di incriminazione per i reati di pericolo astratto e di pericolo presunto.

Per quanto riguarda l'ingiustizia sociale, che si crei una nuova fattispecie penale per attuare una nuova giustizia sociale non è compito del diritto penale.

Queste sono evidenti provocazioni volte a mettere in evidenza che se noi volessimo riflettere su quali sono i nuovi tipi di illecito, aggiornati ai fatti più gravi, che dovrebbero interessare un nuovo codice penale in una prospettiva di politica criminale e anche di nuova etica pubblica aggiornata ai nostri tempi, si riproporrebbe, da un lato, il problema della dubbia efficacia e, dall'altro, la legittimità dell'intervento del diritto penale in settori e rispetto a forme di comportamento che oggi si possono considerare, anche con l'aiuto della visione ecclesiastica, tra i fatti socialmente più gravi. Allora se dovessimo pensare ai principi sulla base dei quali agire per disboscare la fitta boscaglia del penale, ci troveremo in difficoltà perché è più facile pensare a fattispecie da inserire che da eliminare, senza considerare naturalmente le "contravvenzioncine" che abbiamo già eliminato, pensando di dover eliminare reati più seri.

Come procedere allora? Pensiamo a criteri empirici, sulla base dell'esperienza giudiziaria concreta, quindi proprio sulla base di una conoscenza giornaliera del funzionamento della macchina giudiziaria, questo credo sia un tipo di approccio fondamentale che dovrebbe essere poi sviluppato con maggiore impegno, anche tecnico, al di là dell'etichetta del diritto penale minimo. Per esempio tutti gli uffici giudiziari e tutte le Camere Penali dovrebbero fare uno sforzo di analisi per verificare quali sono i reati più frequenti, che ingolfano di più la macchina giudiziaria, e fare un'analisi della qualità o della gravità dei reati che vengono in questione. Bisognerebbe fare uno studio approfondito sul tutto il territorio nazionale per avere una mappatura del sistema.

Ma ci possiamo accontentare di criteri di tipo pratico, empirico? Potremmo accontentarci se questo disboscamento del diritto penale volessimo realizzarlo in un'ottica prevalentemente efficientistica. Ma, se pensiamo a una nuova codificazione penale come impresa politico culturale di ampio respiro, che dovrebbe tendere a riscrivere il diritto penale sulla base di nuovi spunti di filosofia penale, condivido con Padovani che il problema non è il codice Rocco, ma il diritto penale vigente che ha una testa con mille anime, che è privo di un'identità ben definita, che nasce dalla sovrapposizione di tante cose, che è fatto di tanti modelli, e che in larga parte non ci piace.

Anche io sono convinto che il problema non sia il codice Rocco, ma tutto il diritto penale di cui disponiamo, sia quello dentro che quello fuori dal codice: esso, oltre a essere in larga parte obsoleto, è frutto di ispirazione e di logiche diverse, non si capisce bene certamente che cos'è. Questo diritto penale noi lo vorremmo rifondare, vorremmo ricostituirlo dalle fondamenta, allora dovremmo ripensare a che vuol dire illecito penale oggi, che vuol dire punizione, senza fare però come hanno fatto alcune commissioni.

Non si può ripensare l'illecito penale senza pensare al senso della pena, le due cose sono strettamente connesse: c'è una interazione circolare, ciò che significa reato dipende anche da ciò che significa pena e viceversa, le due cose non vivono separatamente. Il punto è che come oggi non esiste un senso comune diffuso e univoco, non esiste nemmeno rispetto a ciò che è reato e rispetto a ciò che significa pena; esistono tanti diversi sensi comuni di ciò che significa pena. Un ambientalista considererà i reati più gravi quelli ambientali, uno di orientamento cattolico sarà molto preoccupato delle questioni di bioetica e auspicherà un intervento penale a tutela dei beni bioetici che sono però quelli più controversi e più lontani da un consenso univoco; chi è influenzato da una certa cultura comunitaria (o anche religiosa) dirà che la giustizia oggi deve essere soltanto riparativa chiudendo con la giustizia punitiva. Non esiste cioè nessun senso comune univoco rispetto a ciò che è reato e a ciò che è pena. Si tende a essere d'accordo su alcuni principi generalissimi di massima, di un diritto penale democratico, laico e pluralistico, che però – guarda caso – hanno lo stesso livello di genericità del diritto penale minimo. Oggi i professori di orientamento liberal-democratico, laici in senso stretto, o anche cattolici laici, dicono che il diritto penale deve essere l'*extrema ratio*, il problema è nella concretizzazione, nel dettaglio.

La funzione del diritto penale deve essere quella di tutelare beni giuridici e la pena punisce o fatti che ledono questi beni giuridici o fatti socialmente dannosi. Il criterio di una legittima criminalizzazione in un diritto penale liberal-democratico non potrebbe che essere costituito dalla dannosità sociale, dal famoso danno criminale. Ciò significa tendenziale separazione tra illecito penale e reato da un lato, e fatto semplicemente immorale dall'altro. Il concetto di offensività come lesione dei beni giuridici o il concetto di danno ad altri, di matrice angloamericana, tende a sottolineare la tendenziale autonomia tra la valutazione morale e la valutazione giuridica, perché in una società liberal democratica e pluralistica, non sarebbe compito del diritto penale elevare a reato fatti che contravvengono semplicemente con la morale generale o, ancor peggio, con una delle morali particolari che sono in concorrenza nell'ambito dello scenario pluralistico complessivo. Da questo punto di vista, si potrebbe sanzionare, ad esempio, un comportamento ritenuto immorale secondo una certa morale religiosa, come l'omosessualità. Ma siccome non riteniamo che ciò sia lesivo di un bene giuridico laico o produttivo di un danno sociale laico, allora riteniamo che non vada punito.

Il problema reale però è che la distinzione di principio tra lesione di bene giuridico o dannosità sociale in senso laico da un lato, e immoralità o fatto che contravviene alla morale o a concezioni particolari di morale dall'altro, è una distinzione che proprio nei casi problematici è così sfumata che sostenere che c'è un bene giuridico o una dannosità sociale laica, o sostenere che si tratti, di fatto, semplicemente immorale è questione di punti di vista. Infatti, lo stesso concetto di bene giuridico tutelabile e lo stesso concetto di danno sociale sono concetti complessi che, quando l'hanno, possiedono una base empirica tangibile, ma, rispetto alla base empirica, assume un valore ancora più determinante il giudizio di valore espresso sulla base di criteri valutativo-normativi.

Ecco che nei casi veramente problematici quella separazione di principio tra diritto penale e morale diventa problematica e il senso di ciò che è penalmente tutelabile finisce con l'essere inevitabilmente influenzato dalla concezione morale di appartenenza. Possiamo allora mettere in evidenza quali sono i casi di illeciti pena-

li presenti in buona parte delle legislazioni, rispetto ai quali si dibatte ancora oggi se l'elevazione del fatto in questione a reato abbia legittimità in un ordinamento liberal democratico, oppure debba essere eliminato dalla legislazione penale come fatto che il legislatore soltanto abusivamente incrimina. Ci sono alcune ipotesi classiche discusse da tempo, come l'omosessualità tra adulti consenzienti che in buona parte dei codici penali non è più reato. La prostituzione lede i beni giuridici o è un fatto solamente immorale? E poligamia e incesto? Un'importantissima sentenza della Corte costituzionale tedesca ha dibattuto con particolare profondità il problema se l'incesto tuteli beni giuridici in senso laico o sia dannoso socialmente in senso laico, se un codice penale moderno sia tenuto ancora a punire fatti che sono ancestrali tabù morali laddove non siano rinvenibili con chiarezza beni giuridici laici. La Corte costituzionale tedesca non si è spinta fino ad affermare che la persistente incriminazione dell'incesto è incostituzionale, sulla base di una serie di considerazioni approfondite ma opinabili. È da leggere anche la motivazione dissenziente di un giudice costituzionale tedesco di orientamento liberale, il quale esprime con particolare chiarezza e anche con sinteticità quali sono i problemi che sul versante di un diritto penale di ispirazione liberal democratica emergono rispetto alla punizione dei fatti che sembrano contravvenire soprattutto a radicate convenzioni morali. Nella motivazione di questa bellissima sentenza, la Corte costituzionale tedesca afferma un concetto pienamente condivisibile: nello stabilire ciò che legittimamente in uno stato democratico può essere considerato reato, il legislatore, per motivazioni costituzionali, non può essere vincolato ad alcuna preconstituita teoria del bene giuridico o della dannosità sociale; essendo le ragioni dell'incriminazione, e quindi i criteri della giusta incriminazione, tutti da discutere, elaborare e definire, all'interno di un dibattito pubblico democratico il più possibile conforme ai principi di una democrazia veramente critica e veramente discorsiva.

Ulteriore reato, il maltrattamento di animali, è uno dei reati di cui tradizionalmente più si discute se abbia legittimazione all'interno di un diritto penale laico perché – si dice – la sensibilità animale non rientra tra quelle condizioni essenziali della convivenza in comune che dovrebbero costituire invece i presupposti dei beni giuridici fondamentali. La sensibilità animale non rientra nei presupposti della convivenza umana. Se però noi, nella definizione di bene giuridico o di dannosità sociale, superiamo il riferimento antropocentrico e assumiamo una posizione assiologica più ampia, allora dove è scritto che la sensibilità animale o i beni ecologici o i beni, persino, delle generazioni future non possono essere assunti a beni giuridici penalmente tutelabili, ammesso che il diritto penale sia uno strumento giuridico efficace per tutelarli? Allora vediamo quanto il concetto di bene giuridico tutelabile sia influenzabile da concezioni politico-ideologiche, da concezioni culturali che in una società pluralistica possono essere legittimamente differenziate. Queste sono le fattispecie più antiche.

Vediamo adesso un elenco di fattispecie rispetto alle quali non si capisce se ci sia un effettivo bene giuridico come oggetto di tutela, o se ci sia una dannosità sociale laica sufficientemente corposa da giustificarle. Si tratta di beni astratti ad amplissimo spettro rispetto ai quali non è facile individuare l'oggetto della tutela, salvo a considerarli beni giuridici che costituiscono l'anticipazione di una tutela di beni concreti. Per esempio, Roxin non ha ancora capito cosa significhi tutelare la salute pubblica. E come si dimostra un comportamento lesivo rispetto alla salute pubblica? L'aspetto dottrinale dei beni astratti o collettivi ad ampio spettro è pen-

sata anche da premesse ideologiche di tipo liberal-individualistico tradizionale, perché per i liberali i beni giuridici veri sono quelli concreti, tangibili dalla singola persona umana, e vedete anche come da questo punto di vista una premessa ideologica sul modo di concepire il liberalismo può avere effetto sul modo di concepire il bene giuridico. Il reato di negazionismo introdotto in alcuni ordinamenti, ad esempio, quale bene giuridico lede? Una ritenuta verità storica o una memoria di per sé ha il senso giuridico di una cosa da tutelare penalmente? O il negazionismo, in nome della libertà di pensiero, si combatte soprattutto attraverso il dibattito pubblico per cui affidare la tutela al diritto penale significa affidare una tutela soltanto simbolica – e torniamo al punto della tutela di meri valori ideali – senza che il diritto penale possa avere una funzione adeguata e reale di tutela?

Nella discussione sui beni giuridici tutelabili ovviamente rientra, tra quelli più problematici, quello sulla dignità umana: si può dire che questo sia un bene giuridico afferrabile? Per esempio, se noi diciamo che la dignità umana è un bene giuridico vero, noi potremmo creare a tutela di tutto questo cento fattispecie differenti l'una dall'altra, senza che vi sia nesso tra il bene della tutela umana e i comportamenti incriminati. Che significa fatti offensivi della dignità umana? Noi utilizziamo questo contenitore concettuale come bene giuridico anche se non ha alcuna attitudine selettiva rispetto ai fatti che veramente si possono laicamente considerare lesivi della dignità umana, perché quest'ultimo è un costrutto storico-assiologico che può essere interpretato nel suo oggetto e nei suoi limiti, in maniera diversa a seconda dei punti di partenza morali, culturali, politici. Parlare di bene giuridico della dignità umana per il diritto penale significa avere un punto di riferimento che può giustificare molte fattispecie.

Non parliamo poi dei problemi che si incontrano oggi in una prospettiva di effettiva ed equilibrata disciplina delle situazioni di fine vita. Come bilanciare la tutela della vita e dare spazio all'autodeterminazione personale e al principio dell'autonomia della persona? L'autonomia della persona è un valore politico che può costituire oggetto di un consenso per intersezione, o il concetto di autonomia personale appartiene a una concezione morale particolare di matrice laica e di laicità in senso positivo?

Questa è un'esemplificazione dei problemi che oggi si incontrano sullo stesso terreno della disciplina penale e che sono prima ancora problemi di filosofia politica e problemi costituzionali e di discussione democratica. Tutta la discussione teorica sui limiti del diritto penale si è finora incentrata rispetto a fattispecie del tipo di quelle che io ho finora menzionato. Se pensassimo di usare l'accetta o il rasoio di Ockham ed eliminare buona parte delle fattispecie incriminatrici più dubbie dal punto di vista della tutela dei beni giuridici o della dannosità sociale, potremmo desumere che ne conseguirebbe un effetto sul piano dell'efficienza della giustizia penale o elimineremmo fattispecie dubbie e molto interessanti dal punto di vista dei criteri di fondo della penalizzazione che però, rispetto alla concreta incidenza e al sovraccarico della macchina giudiziaria hanno un effetto minimo? Questo a riprova del fatto che una riforma che miri a togliere dalla dimensione penale il troppo e il vano è possibile che non coincida con l'obiettivo di una forte riduzione del numero dei reati.

Allora se pensiamo di sfoitare in gran quantità la legislazione penale, non è certamente sulla base dei criteri teorici fin ora elaborati che noi possiamo procedere a quest'opera di disboscamento.



Prof. Luigi Lombardi Vallauri  
*Ordinario di Filosofia del Diritto, Università di Firenze*

## SUPERARE LA SOCIETÀ CRIMINOGENA, RIORIENTARE BISOGNI E VALORI

Non essendo un penalista il diritto penale mi fa una terribile paura, quando penso che ci sono miei allievi che condannano alla prigione o che hanno a che fare con dei condannandi alla prigione mi viene uno sgomento profondissimo. Sono oggi vicino alla sensibilità della nonviolenza e mi pare che la violenza dello Stato sia comunque spaventosa. Ricordo un proverbio cinese: per noi il buon gusto e l'etica, per i barbari il diritto penale.

Un'altra fonte di quasi sgomento è che stiamo ragionando tra cervelli: piccoli cavolfiori di carne speciale intrisa di sangue stanno trasformando in questo istante la carne in pensiero cosciente e nessuno al mondo sa come avviene. Questo è lo statuto ontologico che ha dato all'uomo il dominio su tutta la creazione e che porta a imputare all'uomo colpe che agli animali invece non si possono imputare. Ma, al tempo stesso, il ruolo del cervello come origine del pensiero fa parte del fiscalismo che è la forma di pensiero dominante nel nostro tempo. E il fiscalismo determinista mette radicalmente in questione il fondamento del diritto penale, perché mette radicalmente in questione l'imputabilità e la responsabilità e mette in questione anche la pensabilità del valore, portando a un dubbio radicale sulla soggettività umana e a un dubbio radicale sul giudizio di valore, cioè al noncognitivismo assiologico. Sapete tutti degli esperimenti che mettono in dubbio il libero arbitrio, sapete tutti che in etica prevale la posizione noncognitivistica.

Quindi è non solo sociologicamente, ma teoricamente traballante, lo statuto del diritto penale, quali che siano i suoi contenuti. È sicuro, d'altra parte, che se esiste un'etica universale come la matematica, non può dipendere dal principio di autorità, in particolare non può dipendere dall'autorità divina, perché Dio non può far sì che la matematica sia diversa da com'è. La matematica è *logos*, e questo *logos* fronteggia eternamente Dio: lui può solo sottoscriverlo, è impotente di fronte al *logos*, figuriamoci quanto possono essere potenti i suoi rappresentanti terreni. In etica, quindi, o c'è universalità di tipo matematico e allora non esistono autorità salvo gli argomenti, oppure non c'è universalità e allora ti affronto eticamente o con il rogo o con il condizionamento mediatico.

Detto questo, ho l'impressione che i penalisti si occupino di salute morale della società quasi poco quanto i medici i quali non sono mai in prima linea nella prevenzione, intervengono quasi sempre nella terapia e nella patologia, cioè intervengono a valle.

È chiaro che ci sono due modi per ridurre il crimine: quella che io chiamo una 'criminologia della fenditura' e quella che chiamo una 'criminologia della pressione'. Immaginiamo la società come una grande diga: chi si occupa del criminale si occupa delle fenditure nella diga e di come evitare che ci siano queste fenditure; chi si occupa della pressione si occupa di ciò che è criminogeno in quella società, cioè della massa d'acqua. Noi abbiamo una criminologia centrata sul criminale e

non sulla società criminogena. Ora, cos'è che rende profondamente criminogena la nostra società a livello di pressione? È che i beni considerati fondamentali sono la ricchezza, il potere e il successo, in particolare il successo in termini di visibilità. Il personaggio che da decenni chiamo "homunculus bandana" e che è stato nostro, per così dire, Primo Ministro, è il successo assoluto dell'antropologia dell'individualismo possessivo. L'individualista possessivo è colui secondo il quale i beni fondamentali sono ricchezza, potere e successo come visibilità. Una società di individualisti possessivi è una società di conflitto non congiunturale ma strutturale, logico e inevitabile, perché in una società così l'espansione di un soggetto per definizione esclude o riduce l'espansione degli altri. Nelle nostre società, che sono diventate il maestro di tutto il pianeta, i valori concupiti e resi credibili da tutta l'organizzazione pubblicitaria e mediatica in genere sono i tre che ho appena detto.

Ma che caratteristica ha una società il cui desiderio fondamentale è quello dei beni esclusivi? Che lo spazio sociale che si genera è uno spazio sociale incompatibile, nel quale l'espansione di un individuo è incompatibile con quella degli altri. E allora l'unico modo, secondo me, per affrontare la questione della criminogenesi (e naturalmente della crisi economica) è cambiare alla radice l'orientamento del desiderio.

Molti trovano ci sia troppa crisi e parlano di rilanciare lo sviluppo, ma uno sviluppo del tipo italiano, per esempio delle automobili, esteso alla Cina sarebbe la fine del mondo. Quindi occorrono tutti gli accorgimenti e le astuzie della decrescita felice, ma quello che occorre soprattutto è un riorientamento radicale del desiderio, altrimenti avremo delle società in cui personaggi leader come l'"homunculus bandana" e super criminali come i capi mafia vogliono le stesse cose con mezzi diversi, vogliono gli stessi beni, condividono lo stesso desiderio; e la sinistra ugualmente, perché i sindacati e i partiti della sinistra troppo spesso non sono stati che gli alto-parlanti ugualitari dell'individualismo possessivo tra le masse.

La misura fondamentale da affiancare al diritto penale è il cambiamento culturale, il passaggio dal desiderio dei beni esclusivi a quello dei beni non esclusivi. E quali sono i beni non esclusivi? Sono tre categorie di beni: quelli del corpo, della mente e della relazione. Beni del corpo come la piena salute e tutte le abilità, beni della mente come le virtù, la cultura, l'esperienza contemplativa, beni della relazione umana come l'io-tu, l'amore, l'amicizia.

Se non c'è un riorientamento fondamentale del desiderio, non è nemmeno pensabile di affrontare la crisi, ma la stessa cosa si applica esattamente alla società criminogena, perché non può non essere criminogena una società nella quale prevale quel tipo di desiderio: è criminogena in modo necessario, strutturale.

Adesso farò un accenno a qualcosa di filosofia della pena retributiva, e qui mi dissento totalmente dal vescovo, che ha parlato di giustizia conciliativa, mentre è il rappresentante ufficiale della giustizia dell'inferno. Anni fa ho sostenuto che l'inferno è anticostituzionale per almeno tre motivi: c'è sproporzione tra la pena infinita e la colpa finita, consiste in trattamenti contrari al sentimento di umanità e non tende alla rieducazione del condannato. Quando poi l'inferno eterno è comminato in base al peccato originale, cioè a un peccato di nascita (come ha voluto il genio sant'Agostino in polemica con Pelagio) abbiamo anche la violazione del principio di personalità della responsabilità penale e di tutti i rudimenti del diritto penale non solo liberale ma assolutamente classico.

Quindi la giustizia divina del cattolicesimo è l'ingiustizia assoluta. Scendendo a dei livelli meno spaventosi, veniamo alla questione generale se è etica l'inflizione

di afflizione. Secondo me non è un successo etico perché penso con Kant che la sola cosa eticamente buona è la volontà buona e quindi il solo successo etico è il passaggio da una volontà cattiva a una volontà buona. Allora la domanda decisiva è: siamo sicuri che l'infrazione di afflizione trasforma una volontà cattiva in una volontà buona? Per nulla. E dunque la pena afflittiva è problematica, e un inferno che consiste nel fare del male a chi ha fatto il male e a farglielo per sempre, rimanendo lui altrettanto cattivo, è un insuccesso etico totale.

Un confronto istruttivo può essere quello con la sanzione in estetica. Intanto: non esiste un solo Dio a me noto, nemmeno quello dantesco, che irroghi condanne e punizioni fisicamente afflittive per colpe estetiche; vorrà pur dire qualcosa. Eppure io ritengo, in dissenso dal dominante noncognitivismo estetico, che ci sia modo di accertare plausibilmente chi si comporta bene e chi si comporta male in campo estetico, e credo che ci siano modi efficaci (primo fra tutti la critica intelligente, competente, dialogante) per "punire" il cattivo pittore, il cattivo poeta, il cattivo musicista senza infliggergli pene corporali o pecuniarie o chiuderlo in prigione. Vorrei sostenere con calore la tesi che i penalisti farebbero bene a studiarsi a fondo il regime della sanzione estetica.

Torniamo alla questione della prevenzione: ci sono filosofi del diritto che si sono occupati molto del diritto promozionale, per esempio Bobbio. La Repubblica promuove il pieno sviluppo della persona, promuove la scienza, le arti, il verbo promuovere è centrale in uno Stato sociale di diritto. Bene, io sostengo che il diritto penale è legittimo in esatta proporzione all'efficienza del diritto promozionale. Mi ricordo a Palermo un tassista che mi disse che, siccome non c'era lavoro, i ragazzini dovevano per forza lavorare per la mafia. Allora se tu gli procuri lavoro e quelli rubano, è abbastanza legittimo che tu li metta dentro, ma se tu li butti sulla strada disoccupati e un po' rubano, è molto meno legittimo. Quindi il penalista non può non chiedersi cosa fa realmente lo Stato per la promozione dello sviluppo della persona (articolo 3, secondo comma della Costituzione, che è per me il principio supremo dell'ordinamento italiano).

Infine, se devo confrontare le coppie giustizia riparativa-mediazione penale e giustizia retributiva-processo, mi schiero per la prima coppia. Nel vecchio ordinamento lamaitico, andare in giudizio era considerato un fallimento della persona: bisognava che si purificasse per un mese dopo il processo anche il vincitore. Lo stesso vale nella cultura ebraica e in forse tutte le culture religiose tradizionali, dove si cerca prima la mediazione. Andare in giudizio ha su di sé l'onere della prova, perché una condanna retributiva irrogata in base a un processo vale molto meno eticamente, psicologicamente e sul piano della recidiva, di una riparazione propiziata dalla mediazione.

Segnalo due punti di diritto penale che mi sembrano assurdi. Il primo sono gli articoli 12 e 13 della legge Ruini, quella sulla fecondazione negata che contiene sette ipotesi in cui si dice di no a una donna che vorrebbe avere un figlio. In quegli articoli si arriva a una pena per la clonazione fino a vent'anni, con interdizione perpetua dall'esercizio della professione medica: una condanna alla morte professionale, economica e civile. Chi fa nascere un gemello clonale di qualcuno viene colpito dall'ordinamento penale italiano come un assassino.

Il secondo è il titolo IX bis sui delitti contro il sentimento per gli animali, una novità del 2004: si arriva fino alla prigione per chi uccide o maltratta senza necessità o con crudeltà un animale. Ma c'è un articolo di collegamento, il 19-ter delle

disposizioni di coordinamento del codice penale, che afferma che cacciare non è uccidere, pescare non è uccidere, far agonizzare un animale non è maltrattamento, macellare non è uccidere, fare sperimentazione sugli animali non è maltrattamento e sopprimerli dopo la sperimentazione non è uccisione. In poche parole, il diritto nega la propria stessa normativa perché c'è una contraddizione assoluta tra ontologia e norma. Ci sono, in tutti questi campi, le norme cosiddette di protezione: si potrebbe cercare di colpire almeno le violazioni di queste norme, ma le sanzioni previste rimangono largamente ineffettive. L'articolo 13 del Trattato di Lisbona dice espressamente che l'Unione, in tutte le sue attività, terrà pienamente conto delle esigenze di benessere degli animali in quanto esseri senzienti: chiaramente il diritto penale contraddice se stesso e non rispetta questa norma.

Concludo dicendo che i nostri cervelli sono delle meraviglie cosmiche, ma dovremmo cercare di vivere all'altezza delle meraviglie che siamo, rendendo il ricorso al diritto penale sempre più superfluo e antiestetico.

## PER UNA PARTE SPECIALE APERTA ALLE DIVERSITÀ CULTURALI

La composizione multi-etnica delle società attuali è un dato di fatto che è sotto gli occhi di tutti. In Italia il fenomeno è recente e dovuto alle grandi migrazioni dalle aree di povertà e di guerra. In altri paesi europei come la Francia e l'Inghilterra il fenomeno è risalente e dovuto alla caduta degli imperi coloniali.

Il caso archetipo rimane però quello degli USA che le grandi ondate migratorie hanno trasformato in una vera e propria società di minoranza; dopo che è fallito l'ideale della fusione perfetta tra le componenti etniche, si è passati a un modello di mescolanza dei vari ingredienti etnici senza fusione e poi si è arrivati a parlare di multiculturalismo. Esso è il segno più importante di questo cambiamento delle società dal semplice al complesso, non è un'ideologia unica perché ce ne sono varie e variabili versioni, ma è comunque una prospettiva d'indagine molto interessante per capire l'evoluzione delle nostre società.

Dalla convivenza forzata con la diversità possono emergere sentimenti di paura, di sospetto, di superiorità, di razzismo, si può arrivare anche a etichettare il diverso come il nemico, non per quello che ha fatto, ma per quello che è perché portatore di culture diverse. In altre parole, il multiculturalismo diventa la chiave di lettura dell'apertura o della chiusura di un sistema, perché costringe la democrazia a prendere posizione e a mettersi in gioco. Questa è una sfida che diventa cruciale quando entra in azione il diritto penale, il braccio armato dello Stato, destinato da sempre a presidiare beni e valori con strumenti più forti, incisivi e atroci rispetto a quelli degli altri rami dell'ordinamento. Allora succede che possono instaurarsi dei veri e propri conflitti di cultura tra il sistema ospitante e i gruppi di minoranza che sono in esso ospitati. Può succedere che un comportamento che è accettato e approvato, tollerato o addirittura imposto dalla cultura di un sistema di minoranza, sia invece considerato come reato dalla cultura del sistema di accoglienza. Gli esempi sono numerosi, ma ne citerò solo alcuni: i casi di poligamia o di mutilazioni genitali femminili che sono illeciti nel nostro sistema occidentale; matrimoni tra parenti stretti che da noi sono incestuosi; riti prematrimoniali che nel nostro sistema corrispondono a reati di sequestro di persona e violenza sessuale; riti di iniziazione sul viso e sul corpo di minori che nel nostro sistema sono imputabili come reato di lesione.

Il sistema italiano ha optato per un modello marcatamente assimilazionista per contrastare la criminalità e infatti non si trovano, né nella parte generale né in quella speciale del codice penale, norme che siano aperte alla diversità culturale. La relazione che accompagna il codice penale parla in più punti dell'unità etnica del nostro sistema e solo molto recentemente questa omogeneità etnica ha cominciato a mostrare dei segni di crisi e di corrosione, perché è solo da poco tempo che ci imbattiamo in contro-nazionalità che sono soprattutto di origine musulmana.

Di fronte però a questo scontro di culture cosa ha fatto il nostro legislatore? Ha mostrato una chiusura netta, introducendo nel sistema solo il reato di mutilazione genitale femminile.

Qui mi preme sottolineare l'inutilità della disposizione. Infatti, l'articolo 583 *bis* non interviene a colmare un vuoto normativo, perché nel nostro sistema esiste da sempre il reato di lesione grave o gravissima a cui potevano essere ricongiunte la maggior parte delle pratiche di mutilazione genitale femminile. Questa è inoltre una norma che risulta difficilmente applicabile, perché si parla di mutilazioni qualificate dal dolo specifico di menomare le funzioni sessuali che sembra molto difficile da provare, perché sono ben altre e diverse le motivazioni che qualificano queste condotte, e la prima fra tutte è senz'altro quella culturale. Anche il sistema delle sanzioni va criticato. Si consideri, infatti, che per le ipotesi più gravi è prevista una sanzione che varia tra i 4 e i 12 anni di reclusione, una sanzione che se il fatto è posto a carico di un minore può arrivare a 16 anni di reclusione, una pena gravissima che si ritrova in reati gravissimi come il terrorismo o l'omicidio. Inoltre c'è un mancato coordinamento con il reato di lesioni gravi e una conseguente disparità di trattamento a violazione dell'articolo 3 della Costituzione, perché, se non ci fosse questa norma, la maggior parte delle pratiche potrebbe essere ricondotta a reati di lesioni gravi e gravissime. Ma si tratta di circostanze aggravanti che quindi sono bilanciabili con la presenza di una qualunque attenuante e questo porta risultati sanzionatori molto più miti di quelli a cui si arriva applicando il reato di mutilazioni genitali femminili che invece è un'ipotesi autonoma. Questa norma viola dunque il principio di uguaglianza, viola l'articolo 3 della Costituzione ed è inutile. Inoltre, dal punto di vista politico-criminale, si può sottolineare il rischio di ineffettività di questa disposizione.

L'esperienza comparatistica ce la dice lunga sul punto perché in tutti i sistemi che si sono attrezzati di una norma come la nostra, il risultato è sempre stato lo stesso: le pratiche di mutilazione genitale non sono state sradicate, non sono state contenute, ma sono diventate per lo più occulte e clandestine.

Il nostro legislatore, finora molto a digiuno di studi sul principio di effettività, ha evidentemente deciso di inserire nel sistema un esempio di legislazione simbolica tesa a riaffermare i valori e i principi della cultura del sistema dominante. La pluralità di effetti negativi e l'assenza di effetti positivi in questo tipo di legislazione sono state evidenziate già da moltissimi anni, già da più di vent'anni in relazione al delitto di aborto che è stato opportunamente tolto di mezzo dal sistema proprio per il deficit di convenienza che la norma arrecava. Per il futuro è bene che questa norma sia cancellata dal sistema e questo è un punto fondamentale.

In secondo luogo come potrà essere, se ci sarà, una parte speciale aperta alla diversità culturale? Questa apertura ci potrà essere, però bisogna stare molto attenti, ricollegandomi con quello che ha detto il professor Fiandaca, a bilanciare l'apertura con il rispetto di due presupposti: il primo riguarda la nozione di reato culturalmente motivato, perché non è possibile adottare una nozione amplissima altrimenti andiamo contro il principio di legalità. L'elemento giuridico su cui si fonda la categoria deve essere provato nel processo e quindi inteso in senso etnico e deve riguardare l'autore del reato e anche il suo gruppo etnico di riferimento i cui requisiti devono emergere.

Per questo la prova del fatto culturalmente motivato deve superare tre gradi di accertamento che sono ben distinti tra di loro e separati sul piano logico.

Il primo grado riguarda la motivazione culturale, qui bisogna accertare che la causa psichica che ha indotto il soggetto ad agire trova spiegazione nei valori culturali di cui è portatore il soggetto agente, quindi l'indagine è solo sul soggetto.

Il secondo grado è quello del riscontro obiettivo su cui si è soffermata molto la letteratura soprattutto statunitense, qui bisogna dimostrare che la motivazione culturale ha una dimensione oggettiva, cioè non è solamente espressione della cultura del soggetto, dell'autore singolo, ma è riconducibile alla cultura di un intero gruppo etnico.

L'ultima fase costituisce il passaggio più delicato e decisivo per l'affermazione di un fatto culturalmente determinato. Allora il giudice dovrà prima di tutto individuare di che gruppo etnico fa parte l'agente, non basta l'affermazione per la quale il soggetto è un extracomunitario, un immigrato o uno straniero.

Bisogna poi dimostrare che tutti i componenti del gruppo etnico di minoranza individuato si sarebbero comportati come si sarebbe comportato il soggetto agente, senza questa prova non si può parlare di reato culturalmente motivato.

Perché propendere per una nozione ristretta? Ci sono varie ragioni, la prima è di ordine classificatorio. Solo una nozione ristretta di reato culturalmente motivato può valorizzare questo tipo di categoria. Una nozione troppo ampia solleva dubbi sul terreno dei principi di legalità, appiattisce la categoria, ne rende labili i confini e confonde il motivo culturale con il fatto culturalmente motivato. In secondo luogo, ci sono ragioni di carattere sanzionatorio: solo dall'affermazione in questo modo di fatto culturalmente motivato risulta una possibilità di trattamento sistematico-sanzionatorio per l'autore culturale, visto il conflitto etnico che ha generato il comportamento. E poi ci sono anche ragioni sociali, ultime ma importanti, perché l'affermazione dell'esistenza del fatto culturalmente motivato si abbatte non solo sull'autore, ma anche sulla comunità di riferimento: la comparazione lo dimostra molto bene. Il comportamento, infatti, non è solo espressione della cultura di un singolo, ma dell'intero gruppo etnico, scatenando reazioni di intolleranza, e quindi esigenze di tutela delle minoranze etniche impongono una prova rigorosa del fatto culturalmente motivato.

La nozione ristretta è una norma definitoria con il blocco delle immunità fondamentali: allora si può pensare a una parte speciale aperta alle diversità culturali e anche addirittura a una causa di non punibilità. Cause personali, modellate sulla nozione ristretta di reato culturalmente motivato, non praticabili in caso di attacco ai beni fondamentali, e i reati coperti da queste cause di non punibilità sono d'accordo che siano reati senza vittima, qualora il legislatore non ci abbia pensato: poligamia, incesto, reati contro la pietà dei defunti, contro il sentimento degli animali, commercio di stupefacenti a scopo terapeutico. Non mi sembra una proposta scandalosa, mi sembra una proposta molto ragionevole e d'altra parte, anche dal punto di vista sistematico, come si sa, le cause di non punibilità non incidono sulla struttura oggettiva e soggettiva del reato, non sono suscettibili di applicazione analogica, non sono comunicabili ai concorrenti, non sono invocabili in caso di errore. E peraltro non sarebbe una novità nel nostro sistema perché esso conosce già una causa di non punibilità della specie di quella che io propongo ed è l'articolo 649. L'interpretazione più attuale è quella che individua la ratio nella logica di pluralità di ordinamenti, nella relazione tra diversi sistemi sociali e nel riconoscimento della famiglia come struttura che mantiene i tratti di autonomia rispetto allo Stato. Anche queste cause di non punibilità, che io propongo, derivano da motivazioni meditate sul piano politico-criminale e sono quelle di non esacerbare il conflitto tra il sistema ospitante e i gruppi di minoranza che sono ospitati.

## IL PROGETTO PAGLIARO

La commissione per la riforma del codice penale fu presieduta da me e voluta da quel grande maestro che fu Giuliano Vassalli, all'epoca Ministro della Giustizia. Fu costituita nel 1988 e lavorò fino al 1991, quando oramai era ministro Claudio Martelli. Egli tuttavia, non mostrò alcun interesse per il lavoro da noi svolto e si limitò a far pubblicare nel 1992 il lavoro della commissione nella rivista del ministero "Documenti Giustizia". Per scelta autonoma di Vassalli, la commissione era stata composta, oltre che da me, da Franco Bricola, da Mantovani, da Latagliata, da Padovani e da Fiorella.

È difficile adesso dire tutte le variazioni alla parte speciale che erano contenute in questo progetto di riforma e potete intuire quanto sia stato complesso arrivare alla fine dei lavori, considerando che tutti i progetti successivi sono riusciti a riguardare quasi soltanto la parte generale del diritto penale, mentre il nostro comprendeva anche tutta la parte speciale.

Uno dei punti era la riduzione del numero delle fattispecie incriminatrici e inoltre ricordo le indicazioni contenute nei principi di codificazione che erano elencate nell'articolo 2 del progetto:

Il codice penale deve conformarsi ai valori e ai principi della costituzione della repubblica e del diritto internazionale, armonizzare funzioni e limiti della sanzione penale, porsi come punto di riferimento fondamentale nell'intero ordinamento penale così da contrastare il pericolo di decodificazione, impiegare norme definitorie per garantire una maggiore certezza, evitare le tecniche del sistema casistico e del rinvio.

Solo una ristretta minoranza di studiosi ha contestato la scelta di codificare, preferendo piuttosto una decodificazione, con sostituzione del codice con una rete di microsistemi di tutela. Vassalli diceva:

Gli studiosi del diritto penale non hanno mai rinunciato all'idea di un codice visto come forma di ordine, razionalità e chiarezza, specialmente quando la legislazione occasionale e il groviglio dei sottosistemi hanno dimostrato di non poter efficacemente concorrere alla risoluzione di gravi crisi e al progresso della scienza del diritto.

Militello aggiungeva:

La teoria che ha preconizzato la morte del codice nell'attuale universo penalistico risulta falsificata dal fenomeno di ricodificazione penale che è avvenuto in Germania, Austria, Portogallo, Francia e Spagna.



Il codice quindi deve rimanere e costituire il centro dell'universo penale. Ma dobbiamo isolare tre gruppi di incriminazioni per i quali si pone in modo autonomo il problema di un'eventuale decodificazione e il nostro progetto, in parte, aveva accolto l'idea dei sottosistemi. I tre gruppi sono questi: leggi di particolare rigore in materia di prostituzione, associazione mafiosa, legislazione dell'emergenza. Per questo gruppo di norme, il dubbio se collocarli entro o fuori il codice deve essere risolto guardando alla prevedibile stabilità o instabilità del tipo di disciplina che contengono. Le tecniche della lotta contro questi illeciti e talvolta gli illeciti stessi sono troppo legati alla contingenza dei tempi per poter essere stabilmente formalizzati in un codice.

In particolare è sembrato opportuno escludere l'associazione di stampo mafioso, perché un corpo autonomo può rispondere meglio per contrastare efficacemente queste forme di criminalità organizzata.

Il secondo gruppo per cui è preferibile una decodificazione appartiene a quelle norme che hanno come centro il tema d'impresa, le norme concorsuali, le società, i tributi, l'urbanistica, il lavoro, la salute, la gravidanza. In questi casi abbiamo destinatari specifici delle norme e l'uso di un linguaggio tecnico in coordinazione con una regolamentazione extra penale.

Infine può essere ragionevole lasciare fuori del codice le norme che prevedono variazioni del regime penale in rapporto ad esigenze di tipo processuale, per esempio il trattamento di favore per i pentiti, i livelli di pena nei procedimenti speciali e così via.

Tolti questi, la codificazione è la scelta di gran lunga preferibile per tutelare la libertà del cittadino. Il rendere più facilmente conoscibile la legislazione penale può, infatti, aumentarne l'efficacia dissuasiva e, al tempo stesso, può rassicurare il cittadino riguardo ai limiti dell'illecito, accrescendo quindi gli spazi di libertà. Ammettere una pluralità di reati porterebbe a duplicare la valutazione per le prove di illecito che ci sono in comune, oppure assorbire completamente un illecito nell'altro porterebbe a non consentire di valutare adeguatamente il loro valore complessivo.

Con la soluzione da noi proposta tutte le componenti dell'illecito complessivo vengono poste a carico del reo, ma nessuna più di una volta.

Più complesso è il tema dei vincoli da porre al legislatore futuro per diminuire la probabilità di decodificazione con l'introduzione di leggi penali speciali non sempre meditate o che introducono nuovi principi incompatibili con quelli alla base del codice. Per evitare questo problema, nel nostro progetto era prevista una norma nella parte speciale applicabile anche alle materie regolate da altre leggi speciali. Quest'ultima limitazione dei poteri del legislatore ordinario può avere effetto soltanto se posta a livello costituzionale.

Quanto al livello di determinatezza delle fattispecie incriminatrici, il nostro progetto ha tenuto conto del fatto che una delega troppo generica avrebbe fallito il suo compito di fissare, a norma dell'articolo 76 della Costituzione, principi direttivi, mentre una delega troppo specifica avrebbe finito col contenere in modo surrettizio lo stesso articolato della futura legge delegata; perciò il livello di determinatezza è stato differenziato in rapporto alle esigenze di ogni materia.

È stato poi suggerito che la descrizione dei fatti incriminati richiedesse l'accertamento della concreta lesività o pericolosità del fatto. Questa disposizione ha lo scopo di permettere che nell'applicazione di ogni norma penale esista in

concreto una ragione sufficiente per giungere all'applicazione delle sanzioni, ma possono darsi casi nei quali questa proporzione non sia rilevabile già in astratto, né vi sia modo di richiedere la concreta lesività o pericolosità del fatto. Si pensi soprattutto ai delitti di danno astratto, tra i quali è compreso persino l'omicidio, dove la proporzione tra illecito e sanzione si costruisce nella sua essenza a prescindere da ogni valutazione di offensività concreta.

L'ordine delle incriminazioni nel nostro progetto è stato profondamente innovato rispetto al codice Rocco, secondo una prospettiva nella quale il punto di riferimento è la persona umana e non lo Stato. Inoltre, agli effetti della tutela penale e compatibilmente con le sue ragioni, è stata suggerita l'assimilazione degli interessi della comunità europea a quelli dello Stato o di altro ente pubblico italiano. Non è stato poi previsto un accorpamento delle sanzioni sotto un unico intitolato per far emergere meglio la loro oggettività giuridica.

Quanto al contenuto di questa parte speciale, il primo dei libri abbraccia il contenuto della persona individua. Qui ritroviamo i reati contro la vita, l'incolumità individuale, i reati di schiavitù, i reati contro la libertà, e, con un'innovazione interessante, quelli contro il patrimonio individuale come proiezione della persona nel mondo esterno. Il libro secondo prevede i reati contro i rapporti civili, prendendo in considerazione non più la persona individua come tale, ma il suo inserimento in rapporti di vita associata, pertanto riguarda i reati contro i rapporti di lavoro, quelli contro la libertà religiosa contro la famiglia e contro la fede pubblica. Il libro terzo tutela sempre la persona umana, ma nel suo inserimento nella comunità di soggetti, comprende quindi i reati contro l'economia e i reati ambientali. Nel libro quarto, infine, la persona è tutelata nell'organizzazione di quella collettività che storicamente costituisce la Repubblica Italiana, vi figurano reati contro l'ordine costituzionale, contro la giurisdizione e contro la pubblica amministrazione. Fra le modifiche più importanti citiamo la soppressione di tutti i reati aggravati dall'evento e dell'omicidio preterintenzionale, che è sostituito da un'aggravante legata alla condotta violenta.

Soppressione anche della morte o lesione come conseguenza di altro delitto che è riportato al concorso di reati. Inoltre si possono ricordare la configurazione autonoma delle lesioni personali per diverse gradazioni di gravità, il ripristino della perseguibilità di ufficio per le lesioni personali gravissime, la reintroduzione del reato di plagio accuratamente tipizzato.

Ancora tra le modifiche più importanti cito i reati contro l'identità genetica, la dignità della maternità e il reinquadramento dei reati contro la libertà sessuale. Quelli contro il patrimonio sono compresi tra i reati contro la persona. La struttura dei reati contro il patrimonio è stata semplificata in quanto sono state soppresse le incriminazioni di furto e di appropriazione speciale come reati autonomi. Innovativo è pure il capo contro la solidarietà familiare, dove, accanto ai delitti tradizionali, vengono indicati il delitto di violazione degli obblighi di assistenza economica, di assistenza fisica e di violazione dell'obbligo di istruzione. Ancora una tutela immediata della persona umana si ha nelle incriminazioni dei reati che abbiamo indicato come reati contro le genti, cioè genocidio, deportazione, cattura di ostaggi, dirottamento di navi o di aerei; reati che finalmente trovano una sistemazione adeguata nel codice.

Circa i reati contro la religione, essi sono stati ricondotti al solo schema possibile in uno stato liberal-democratico: si tutela cioè la libertà di tutti i cittadini

a professare una fede religiosa e a professarne i culti, o anche a non professare alcuna religione, purché tali scelte non rechino offesa alla libertà altrui. I reati di falso sono graduati non più in base all'atto in sé ma in relazione ai loro possibili effetti. Il corpo dei reati fallimentari abbandona la legislazione speciale e si avvia a essere introdotto nel codice penale, ciò rende più facile il sottoporlo a regole penalistiche generali.

Infine, la tutela accordata allo Stato, che era preminente in tutta la codificazione Rocco, risulta trasfigurata per riapparire con dignità e vigore dovuti, nella più ampia tutela della persona umana secondo quanto esige un'affermata e moderna democrazia partecipativa. I reati politici sono qui configurati richiedendo insieme lo scopo politico e l'uso di mezzi intrinsecamente illeciti.

Tra i reati contro la pubblica amministrazione si nota l'unificazione sotto il pubblico agente delle due figure attuali del pubblico ufficiale e dell'incaricato del pubblico servizio e si è ripristinata la forma per distrazione, la quale da un punto di vista criminologico è certamente più grave di quella per appropriazione. Penalmente rileva solo l'appropriazione per diritto privato.

Vorrei richiamare alcuni punti inerenti al metodo della legislazione penale. Il principio riportato nell'articolo 2 comma 2, che il codice penale dovrà armonizzare a tutela dei beni giuridici, delle funzioni e dei limiti della sanzione penale, comporta come corollario che la tutela penale deve porsi come ultima *ratio*. Solo i beni che meritino protezione penale potranno essere considerati possibile oggetto di tutela e, tra questi, occorre attentamente esaminare se non sia possibile una diversa forma di salvaguardia. In quest'ordine di idee deve essere visto l'articolo 11, allora, della disposizione d'attuazione, dove è espressamente elencata una serie di norme incriminatrici da provare. Altre volte l'abrogazione è implicita in quanto la disposizione che all'epoca del progetto incriminava quel fatto, non trova riscontro nelle leggi delega.

Il bene tutelato deve comunque avere una consistenza che meriti l'intervento protettivo delle norme penali, perciò bisogna evitare quel tipo di incriminazioni che portano l'etichetta di diritto penale simbolico. Quest'ultimo è un diritto che non mira davvero alla tutela di un bene, ma serve solo a soddisfare gli uomini politici nel loro intento di tranquillizzare i cittadini, non è un diritto penale da adottare e forse non è neppure legittimo dal punto di vista costituzionale, in quanto privo di razionalità e di proporzione. Legittima, invece, è la tutela di un simbolo, quindi bisogna distinguere tra diritto penale simbolico e tutela di un simbolo. Il simbolo è il segno di un valore, tutelarlo significa tutelare un valore e quindi anche il bene giuridico costituito dal valore. Infatti, del bene giuridico non si può avere una nozione piattamente materialista, anche un valore spirituale può costituire a tutti gli effetti un bene giuridico che è giusto tutelare. Così avviene, ad esempio, nei reati contro la dignità della persona viva o defunta, contro la libertà sessuale, personale o religiosa, contro la riservatezza della vita privata o delle comunicazioni, contro l'inviolabilità dei segreti, la paternità delle opere dell'ingegno, la tranquillità personale, l'altrui sentimento di decenza, il matrimonio, la solidarietà familiare, lo stato di filiazione, la fede pubblica e persino nei reati associativi. In tutti questi casi la legge difende valori che sono giuridici e quindi la tutela penale è ben giustificata.

Infine la proporzione tra illecito e sanzione deve essere rispettata nel rapporto tra ciascun reato e la pena per esso stabilita. A questo proposito, le soluzioni

da prendere sono due: una orizzontale, nel senso di assicurare parità di trattamento anche a quei reati assai diversi tra loro che però presentino un disvalore simile; l'altra verticale, nel senso che per ciascun reato sia prevista la pena più appropriata. Il codice Rocco trascura totalmente la prima prospettiva e quindi ne risulta un quadro complessivo irrazionale; il progetto prevedeva, invece, fasce di livelli sanzionatori in ciascuno dei quali fossero fissati il minimo e il massimo della pena per ciascun reato, cosa che avrebbe reso facile capire se la pena era davvero adeguata a quel tipo di reato.

## I VINCOLI SOVRANAZIONALI DI PENALIZZAZIONE

La tematica dei vincoli derivanti per il legislatore penale dalla previsione in strumenti normativi europei di specifici obblighi di penalizzazione è da molti guardata – non sempre a torto – con grande inquietudine. Le ragioni di un tale atteggiamento risiedono essenzialmente nell'asserito esito scardinante di ogni razionalità dell'intervento penale a livello interno e l'altrettanto asserita dinamica di sovrappenalizzazione che il rispetto (dovuto) di tali vincoli è destinato a produrre, muovendo pertanto (per lo meno *prima facie*) in direzione diametralmente opposta rispetto alla prospettiva auspicata (ed auspicabile) di una drastica riduzione dell'area del penalmente rilevante. Una situazione, questa, che non potrebbe logicamente non avere significative ricadute laddove esaminata nella prospettiva propria del dibattito sulla codificazione, rappresentando senza dubbio uno dei più visibili fattori di crisi della stessa, o, per lo meno, del modello ottocentesco di codice quale sistema di precetti chiuso e tendenzialmente esaustivo.

Ad una più attenta indagine, tuttavia, la dinamica sottesa agli obblighi europei di penalizzazione risulta lungi dal condurre univocamente – come di contro paventato – ad un peggioramento degli standard di ragionevolezza e proporzione dell'impiego della risposta penale, potendo (e dovendo) di contro muovere di pari passo con la costruzione di percorsi virtuosi (in termini di *extrema ratio*) nell'iter decisionale delle scelte di penalizzazione.

D'altro canto, rispetto al più ampio discorso sulla codificazione, la doverosa considerazione degli obblighi di costante adeguamento dell'ordinamento interno agli *inputs* di penalizzazione di matrice europea non si pone in totale antitesi con l'idea codificatoria, ma esclusivamente con il tradizionale modello attuativo della stessa, in verità difficilmente conciliabile più in generale con le dinamiche (in atto da decenni) sottese al processo di integrazione tra ordinamenti. Una constatazione, questa, che parrebbe confortare la posizione di quella parte della dottrina che, abbandonato il 'mito della codificazione' e l'idea del codice quale *summa* del penalmente rilevante, non ne nega tuttavia in radice una possibile perdurante funzionalità rispetto ad esigenze di razionalizzazione, visibilità e certezza, asserendo però la necessità di una coesistenza dello stesso con microsistemi normativi *extra codicem*, rispetto ai quali le stesse generali esigenze di ordine e razionalità imporrebbero l'enucleazione di precisi 'criteri di raccordo' (tra il nucleo duro dei reati codicistici – e le regole di parte generale su di questi concepite – e i suddetti sistemi normativi *extra codicem*) che siano in grado, mutuando una felice espressione di Mireille Delmas-Marty, di "ordinare il molteplice".

Sebbene solo recentemente essa abbia assunto un'indiscussa centralità nel dibattito prettamente penalistico – in particolare a partire dall'adozione ed entrata in vigore, nel dicembre 2009, del Trattato di Lisbona che per la prima volta ha espressamente sancito la competenza del legislatore europeo ad adottare, in un'ampia serie di settori, diretti obblighi di penalizzazione –, in verità, com'è a tutti noto, la questione dell'incidenza sul diritto penale interno del diritto comunitario

(prima) e del diritto dell’Unione europea (oggi) è tutt’altro che nuova, e affonda le proprie radici nello stesso processo di integrazione europea inaugurato con la creazione delle Comunità. Seppur con intensità diversa, secondo le varie modalità di incidenza, la compenetrazione tra diritto europeo (quale diritto dell’ente sovranazionale) e diritto penale interno è infatti connaturata ad un tale processo di integrazione. E ciò, da un lato, in ragione della unitarietà dei sistemi nazionali – e la fisiologica interrelazione tra le varie branche di uno stesso ordinamento – che rende praticamente impossibile escludere qualunque incidenza del diritto europeo sul diritto penale interno laddove un tale diritto, ammettendo comunque forme più o meno spinte di ‘eterointegrazione’ del precetto, si ‘apre’ ad altre branche del diritto, con riguardo alle quali la competenza normativa dell’ordinamento europeo non è stata mai messa in discussione; dall’altro, in ragione della precipua opzione effettuata nei trattati originari e confermata nei trattati successivi circa il carattere ‘strutturalmente complementare’ dell’ordinamento europeo che non è stato concepito come chiuso ed autonomo ma come necessariamente e fisiologicamente ‘in relazione’ con gli ordinamenti nazionali: sono innanzitutto le autorità nazionali ad assicurare il raggiungimento degli obiettivi della costruzione europea – agendo pertanto quale *longa manus* delle istituzioni europee –, e tra questi assicurare anche l’eventuale rispetto coattivo delle norme europee contenute negli strumenti normativi europei. Un dato, questo, assolutamente centrale nella concezione dei rapporti tra i due livelli ordinamentali (europeo ed interno) che trova, sin dalle origini, formale riscontro nei trattati nell’affermazione del principio di leale cooperazione (detto anche di fedeltà europea), in ossequio al quale gli Stati membri (in ragione della loro adesione alla Comunità) sono tenuti ad adottare “tutte le misure di carattere generale atte ad assicurare l’esecuzione degli obblighi derivanti dal trattato”, ed altresì ad “astenersi da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del trattato”. Pur nell’assenza di un’esplicita attribuzione di competenza alla Comunità in materia penale nei trattati istitutivi, pertanto, non è mai stata giuridicamente sostenibile l’asserita ‘impermeabilità’ del diritto penale rispetto alle dinamiche del processo di integrazione europea.

In un tale contesto, il Trattato di Lisbona si segnala indubbiamente per il significativo salto qualitativo rappresentato dall’avvenuta esplicitazione e formalizzazione delle dinamiche fin qui sinteticamente richiamate e l’espreso riconoscimento di una competenza dell’Unione in materia penale, da attuarsi, secondo quanto disposto dall’art. 83 TFUE, con l’adozione di direttive recanti “norme minime relative ai reati e alle pene”; disposizione che sancisce una (parziale) ridefinizione delle fonti del diritto penale.

Benché con riguardo alla competenza riconosciuta all’Unione si parli ancora, a giusto titolo, di competenza ad “armonizzare”, a “ravvicinare” le legislazioni penali nazionali – laddove lo strumento normativo della direttiva, previsto all’art. 83 TFUE come canale esclusivo di esercizio di una tale competenza, ha quali suoi destinatari naturali i legislatori interni, chiamati poi a tradurre gli obblighi di penalizzazione contenuti nella direttiva in precetti applicabili agli individui (mentre risulta ad oggi preclusa, secondo l’opinione dei più, una competenza dell’Unione ad introdurre precetti direttamente applicabili ai singoli) –, ciò che il nuovo trattato in effetti predispone è una vera e propria ripartizione della competenza a penalizzare tra Unione europea e Stati membri. Sancendo infatti, come prima rilevato, la possibilità di adottare direttive recanti “norme minime relative alla definizione dei reati e delle

sanzioni”, l’art. 83 TFUE attribuisce all’Unione europea la competenza a decidere circa la ‘necessità di pena’ ed anche, in una certa misura, a definire la gravità del reato. Laddove sia adottata una direttiva penale, è infatti all’Unione, quale entità ormai autonoma rispetto agli Stati (come d’altronde attestato dalla tendenziale generalizzazione della regola della decisione a maggioranza qualificata), che competono le scelte essenziali quanto all’indicazione delle condotte da sottoporre a pena ed anche, eventualmente, un inquadramento di massima del disvalore ricollegato alla fattispecie (espresso da eventuali ‘norme minime’ relative alle pene), scelte che il legislatore interno è chiamato a tradurre fedelmente nella puntuale formulazione delle fattispecie incriminatrici<sup>1</sup>: in nessun caso lo Stato, nell’ambito delle ipotesi interessate dalla direttiva, potrà penalizzare meno di ciò che è espressamente indicato nella direttiva stessa, pena il possibile deferimento dinnanzi alla Corte di Giustizia attraverso un ricorso per inadempimento (con la conseguente perdita per il legislatore nazionale della discrezionalità quanto alla decisione di sottoporre a pena o meno condotte previste nella direttiva).

Alla luce di quanto fin qui detto, può quindi concludersi che risulta ormai definitivamente attratta (nei settori interessati dalle nuove disposizioni) a livello dell’ordinamento sovranazionale la valutazione di meritevolezza e necessità di pena che, pur non esaurendo certamente l’essenza della competenza penale, ne costituisce una componente assolutamente essenziale e connotante, ergendo conseguentemente il legislatore europeo a *co-determinatore* della norma penale.

Rimane evidentemente precluso qualunque automatismo relativamente all’adeguamento dell’ordinamento interno agli obblighi di penalizzazione scaturenti da direttive europee, situazione che conferma, da un punto di vista interno agli ordinamenti degli Stati membri, la discrezionalità delle scelte di penalizzazione del legislatore nazionale, e, più a monte, la discrezionalità della scelta di quest’ultimo di non ottemperare (o non ottemperare pienamente) all’obbligo di penalizzazione di matrice europea, mantenendo pertanto al momento formativo della legge di attuazione la valenza di filtro politico e garantistico degli inputs di penalizzazione provenienti da istanze extra-statali. Tuttavia, la sanzionabilità di un tale inadempimento da parte della giurisdizione europea attesta (e formalizza) il venir meno della esclusività (statale) delle stesse scelte di penalizzazione nel contesto più generale del sistema integrato di ordinamenti (dell’Unione europea e degli Stati membri), e la conseguente ‘patologia’, rispetto all’assetto di competenze delineato dal trattato, di una inerzia (totale o parziale) del legislatore interno a fronte degli obblighi di penalizzazione fissati dalla normativa europea. Ciò che si profila, per lo meno con riguardo ad un certo novero di settori e in presenza di determinate condizioni, è pertanto una *competenza integrata* del legislatore interno e del legislatore europeo quanto alla predisposizione della tutela penale e alla definizione dei contenuti di quest’ultima. Una nuova realtà, questa, che introduce significativi elementi di tensione (in verità non irrisolvibili) rispetto ad alcuni fondamentali principi che connotano la materia penale (primo fra tutti il principio di legalità), la

<sup>1</sup> È evidente che l’ottemperanza di un obbligo di penalizzazione possa in certi casi essere *ab origine* assicurata da disposizioni già esistenti nel tessuto normativo di un certo ordinamento nazionale, o anche attraverso la modifica di preesistenti disposizioni, senza che pertanto si imponga l’introduzione di fattispecie *ad hoc*.

cui analisi deve tuttavia essere condotta a partire da un'attenta considerazione della natura e della portata della competenza riconosciuta all'Unione. Al riguardo, oltre a dover rilevare la naturale 'incompletezza' di una tale competenza, ad oggi carente di ogni vincolatività nei confronti dei singoli e non supportata da un concreto potere coercitivo dell'ordinamento sovranazionale, assoluta centralità deve essere altresì assicurata alla considerazione della diversa dimensione ordinamentale in cui questa si inserisce, e che potrebbe giustificare pertanto una diversa declinazione e attuazione dei principi fondamentali del diritto penale, in grado cionondimeno – e qui sta la vera sfida che l'ordinamento europeo deve affrontare e vincere – di mantenerne la relativa sostanza garantistica.

Ma una tale nuova realtà impone soprattutto una più attenta riflessione circa i rapporti e gli obblighi rispettivamente incombenti al legislatore europeo e al legislatore interno. È su tale piano che logicamente si gioca ormai la complessiva coerenza e razionalità della concreta definizione dell'area del penalmente rilevante.

Sebbene, come era prevedibile, le reazioni registratesi all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona si siano pressoché esclusivamente concentrate (in chiave per lo più critica) sui più ampi ed incisivi poteri di azione riconosciuti all'Unione in materia penale, la nuova realtà normativa sollecita invero una più articolata chiave di lettura, che si pone altresì quale irrinunciabile punto di avvio di qualunque iniziativa normativa a livello interno come anche a livello europeo: *co-determinazione* della norma penale significa infatti *co-responsabilità* per le concrete scelte di penalizzazione e per la definizione dei contenuti del precetto penale. Pertanto, se un obbligo di 'adeguatezza' si impone all'ordinamento sovranazionale rispetto alla legittima formulazione di scelte (vincolanti) di penalizzazione – adeguatezza sia con riguardo all'imperativo democratico, sia riguardo alla ragionevolezza/razionalità delle scelte operate a livello europeo rispetto ai criteri di politica criminale di stampo liberale –, un analogo obbligo di 'adeguatezza' (rispetto al nuovo assetto di competenze) si impone specularmente in capo al legislatore interno chiamato ad assolvere consapevolmente e compiutamente a questi incombenti quale *attore del processo di formazione della normativa europea*, sia nella fase c.d. ascendente di un tale processo (la fase cioè dei negoziati sul testo proposto dalla commissione, e quindi la fase di definizione dei 'contenuti minimi' del precetto, in cui è indubbio entrino in gioco aspetti essenzialmente extra-giuridici: competenza, autorevolezza, capacità politico-diplomatiche), così come nella fase c.d. discendente (più tecnico-giuridica) allorquando il legislatore interno è chiamato a formulare puntualmente il precetto che verrà applicato dal giudice interno. Merita in proposito di essere specialmente sottolineato come gli obblighi di penalizzazione di cui è destinatario non esonerino certo il legislatore interno dagli obblighi a lui incombenti, in attuazione dei principi fondamentali del diritto penale – innanzitutto il principio di legalità, ma non solo – con ciò che ne consegue non solo in termini di concreta formulazione della fattispecie (e il correlato necessario rispetto dei principi di tassatività e precisione) ma altresì in termini di complessiva coerenza e razionalità della risposta punitiva. Nel contesto del discorso qui condotto, che vede la questione degli obblighi di penalizzazione di matrice europea collocata (opportunamente) nell'ambito della discussione più generale e fondamentale del "cosa punire" nella prospettiva di un diritto penale moderno ed efficace (una discussione pertanto sul fondamento delle scelte di penalizzazione e sulla 'competenza' – e conseguente responsabilità – di tali scelte), la suddetta precisazione risulta oltre-



modo opportuna. Se l'affermazione a livello europeo di un obbligo di penalizzazione si configura, in prima battuta, quale 'irrefrenabile' input all'estensione dell'area del penalmente rilevante – giustificando la posizione di chi denuncia la 'disfunzionalità' di una tale dinamica rispetto alla prospettiva di un diritto penale minimo (o comunque di una razionalizzazione dell'opera di penalizzazione nel senso di un ridimensionamento del ricorso alla sanzione penale) –, il ruolo del legislatore interno è lungi dall'essere quello di un meccanico esecutore, spettando a questi la precisa formulazione del precetto e, se del caso, un complessivo ripensamento e ridimensionamento dell'intervento penale in un certo settore. Un ruolo tanto più 'politicamente' (nel senso della natura prettamente politica delle relative scelte) rilevante e significativo laddove si consideri la possibilità (in verità criticabile in termini di coerenza e razionalità dell'opera di penalizzazione complessivamente condotta a livello europeo e interno) sempre riconosciuta al legislatore interno di ampliare l'area di penalizzazione così come delineata dalla direttiva (trattandosi pur sempre di "norme minime" relative ai reati e alle sanzioni).

Quanto più precisamente all'*adeguatezza dell'ordinamento europeo* – adeguatezza da declinarsi quale adeguatezza democratica e adeguatezza politico-criminale (quest'ultima intesa quale idoneità ad esprimere scelte di penalizzazione ispirate ai canoni di una politico-criminale di stampo liberale) –, questa chiama senza dubbio in causa questioni sulla cui soluzione non è arduo affermare che si metta in gioco la stessa affermazione dell'identità europea: il *modus essendi* dell'Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia non potrà non dipendere, infatti, anche dalle risposte che le istituzioni europee saranno in grado di dare a questioni da cui dipende la legittimità formale e sostanziale dell'intervento dell'Unione in materia penale.

Una riflessione sulla adeguatezza dell'Unione rispetto alla materia penale deve tuttavia prendere le mosse da un dato da ritenersi ormai acquisito: il superamento di ogni obiezione circa la legittimità di una competenza penale dell'Unione penale rispetto al principio di riserva di legge (nella sua accezione di riserva di legge statale). Come ribadito da autorevoli studiosi, lo stesso principio di riserva di legge statale in materia penale non risulta in un'assoluta preclusione del riconoscimento di una legittima competenza dell'Unione in materia, posto che anche laddove, come nella tradizione giuridica italiana, nei confronti di un tale principio si registrano posizioni senza dubbio più rigorose e 'assolutistiche' di quanto non possa dirsi con riguardo ad altri sistemi (come innanzitutto negli ordinamenti di *Common Law* ma anche, tra i sistemi di diritto continentale, il sistema francese in cui è al Governo che spetta la competenza incriminatrice in materia contravvenzionale), il testo costituzionale consente esplicitamente, all'art. 11 Cost., "limitazioni di sovranità", purché siano fatti salvi i principi fondamentali del sistema costituzionale. Tra questi deve senza dubbio essere annoverato il principio di legalità che tuttavia non si oppone in sé ad eventuali trasferimenti di competenza, purché risulti salva la sostanza politico-garantista del principio, che per l'appunto non si esaurisce nella garanzia di certezza assicurata dalla legalità formale, ma necessita della garanzia politica per cui l'adozione delle misure maggiormente lesive della libertà personale sia affidata ad organi che assicurino il controllo democratico.

L'asserita debolezza dell'ordinamento europeo in ragione del limitato ruolo dell'organo democratico – il Parlamento europeo –, cui è essenzialmente preclusa la competenza di proposta normativa (demandata alla commissione) risulta in ef-

fetti obiezione debole laddove una tale realtà non appare lontana dalla situazione riscontrabile nella maggioranza degli Stati europei in cui la funzione propulsiva di iniziativa normativa riposa sull'esecutivo, mentre l'istanza garantistica sottesa al principio di riserva di legge si concentra sulla dimensione del controllo democratico delle opzioni di politica criminale dell'esecutivo, e quindi in funzione di argine alle spinte alla penalizzazione e di controllo della stretta necessità dell'intervento penale (cui andrebbe peraltro ad aggiungersi il potenziato ruolo di controllo *ex post* della Corte di Giustizia).

È anzi possibile sostenere che l'esplicito riconoscimento di una competenza dell'Unione in materia penale, che impone l'adeguamento dell'impianto garantistico a livello dell'ordinamento europeo, si presenta quale passaggio evolutivo in grado di realizzare un generale miglioramento dell'assetto democratico complessivo piuttosto che un indebolimento dello stesso. Pertanto, se adeguatamente attuato, il riconoscimento dell'ordinamento sovranazionale quale luogo deputato ad esprimere alcune scelte di penalizzazione (sottratte pertanto alla esclusiva disponibilità del legislatore interno) non solo non reca con sé una (automatica) flessione democratica, ma rappresenta, di contro, il canale per un arricchimento democratico, moltiplicando i fori di dibattito pubblico e i livelli di controllo.

Permane, senza dubbio, la debolezza scaturente dalla non sufficiente rappresentatività dell'assemblea parlamentare europea, non tanto in ragione della spesso asserita inadeguatezza dei meccanismi di voto rispetto al principio di eguaglianza, quanto piuttosto in ragione dell'attuale assenza di una "capacità discorsiva sovranazionale", di una reale "sfera pubblica europea", di un "popolo europeo" in seno al quale maturino le istanze di tutela e i comuni giudizi di disvalore sottesi a tali istanze. Come sottolineato da autorevole dottrina, senza il legame con una sfera pubblica, il procedimento legislativo perde di effettiva sostanza democratica. Si tratta di una innegabile carenza dell'ordinamento europeo che segna la distanza netta rispetto alla realtà degli Stati e che porta a riconoscere una perdurante strutturale 'incompletezza' dell'ordinamento sovranazionale rispetto ai tradizionali modelli della rappresentanza democratica. Tuttavia, nell'assetto definito a Lisbona, una tale persistente debolezza del Parlamento europeo risulta in qualche misura destinata ad essere strutturalmente compensata dal diretto coinvolgimento dei Parlamenti nazionali nel processo formativo degli atti normativi europei (in un momento iniziale in cui essi possono far valere le proprie ragioni e, per tale via, rafforzare il controllo democratico, innescando plausibilmente un meccanismo virtuoso di stimolo dello stesso Parlamento europeo a migliorare e approfondire la propria sfera di controllo). A fronte di una competenza dell'Unione in materia penale che rimane nei confini di una potestà penale necessitante l'intervento 'adesivo' – per quanto dovuto – del legislatore interno (in quanto di per sé inadeguata ad incidere direttamente sulla sfera dei singoli), gli attuali equilibri istituzionali europei – e in particolare, per ciò che attiene al processo decisionale, il ruolo integrato di Parlamento europeo e Parlamenti nazionali (insieme alle molte possibilità di discussione e interazione che il processo decisionale a livello europeo consente, anche nella dimensione più politica del Consiglio) –, sebbene non ancora pienamente maturi in senso democratico, risultano comunque idonei ad esprimere un grado di legittimazione democratica sufficiente ed adeguato. Una competenza, quella attribuita all'Unione, che peraltro, nonostante le voci critiche che ne denunciano l'artificialità (rispetto ad un comune giudizio di disvalore dei cittadini europei ritenuto

inesistente), risulta logicamente congrua rispetto al livello di integrazione ad oggi raggiunto e ad una realtà dell'integrazione europea irreversibilmente caratterizzata dalla libera circolazione su tutto il territorio comunitario, dalla maggiore fiducia reciproca tra gli Stati e da un contesto complessivo in cui i diritti dei singoli risultano adeguatamente tutelati.

Allo stato attuale, il vero banco di prova dell'adeguatezza dell'ordinamento europeo è dato dalla razionalità politico-criminale delle relative scelte di penalizzazione, con riguardo alla quale (forse criticabilmente) nessun riferimento o ancoraggio è dato riscontrare nel trattato.

I criteri della "particolare gravità" e "transnazionalità" dei fenomeni criminali, così come il criterio della "indispensabilità" di misure penali per l'efficacia di politiche dell'Unione, posti dall'art. 83 TFUE quali criteri legittimanti l'intervento dell'Unione – criteri a buon diritto bollati da autorevoli commentatori come inidonei a scongiurare il concreto rischio di una deriva simbolica e di una produzione normativa ipertrofica e l'assunzione di fatto di una funzione c.d. "promozionale" del diritto penale europeo quale strumento di definizione identitaria e di consenso –, si pongono in verità quali criteri fondanti esclusivamente la sussidiarietà comunitaria (e non la sussidiarietà penale) della competenza dell'Unione rispetto alla perdurante competenza degli Stati in materia penale. Pertanto, lungi dal sancire a monte e *a priori* un'insuperabile e strutturale irragionevolezza dell'intervento del legislatore europeo in materia penale, il trattato (*rectius* il silenzio del trattato) conferma esclusivamente l'assoluta necessità, ai fini di un consolidamento della stessa legittimità dell'azione dell'Unione in materia penale, della definizione di una metodologia che consenta di formulare scelte di penalizzazione rigorose a livello europeo; una legittimità da assicurare in primo luogo rispetto allo stesso ordinamento europeo e ai fondamentali principi di sussidiarietà (europea) e proporzione, nell'ambito dei quali possono senza dubbio essere ricondotte le tradizionali valutazioni sottese ai principi di meritevolezza e necessità di pena che rappresentano, per opinione unanime, il fondamento teorico di ogni politica criminale che si voglia improntata alla tradizione giuridica liberale. Spetta ora al legislatore europeo la responsabilità di scegliere di assecondare istanze repressive anche ingiustificate (in una prospettiva di ricerca del consenso), o viceversa fondare le proprie iniziative di penalizzazione su canoni di razionalità politico-criminale che trovano peraltro ancoraggio in principi fondamentali dell'ordinamento sovranazionale, primo fra tutti il principio di proporzione, che nell'ordinamento europeo assume contenuti particolarmente articolati.

È infatti acquisizione consolidata della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo l'affermazione secondo cui il rispetto del principio di proporzione implichi l'esigenza di verificare "l'adeguatezza e la necessità" della misura disposta a livello europeo con riguardo agli obiettivi perseguiti, nonché il carattere strettamente indispensabile rispetto a tale obiettivo degli oneri imposti agli operatori, così incardinando sul generale principio di proporzione, oltre al vaglio di proporzionalità in senso stretto (fondato sul bilanciamento degli interessi in gioco), quelle esigenze di concreta adeguatezza e stretta necessità della sanzione (rispetto agli obiettivi perseguiti) che sono generalmente sottese al giudizio di necessità di pena.

A sostegno dell'idoneità dell'ordinamento europeo ad ancorare le proprie scelte di penalizzazione ai tradizionali canoni di politica criminale di impronta liberale, e quale segno altresì della consapevolezza delle istituzioni europee circa la cen-

tralità di un tale ancoraggio, possono d'altronde essere menzionate le linee guida contenute nelle Conclusioni del Consiglio Giustizia e Affari interni adottate il 30 novembre 2009 (“Council Conclusions on Model provisions guiding the Council Criminal Law deliberations”), e relative proprio alla fase valutativa di selezione delle istanze di tutela, al fine di delimitare l'intervento del legislatore europeo all'interno delle due macro aree individuate dal trattato (all'art. 83 §§ 1 e 2 TFUE).

L'estremo interesse di un tale documento risiede in effetti, prima ancora che nei relativi contenuti, nella sua stessa adozione, che attesta la consapevole adesione del Consiglio ai fondamentali principi del diritto penale e ai canoni di una politica criminale di stampo liberale: dal principio di *extrema ratio* – peraltro significativamente articolato fino a ricomprendere una penetrante valutazione di efficacia/necessità dell'intervento penale destinata a coprire altresì la valutazione circa la (prevedibile) concreta efficacia ed effettività della sanzione penale (tenendo conto non solo della gravità delle conseguenze delle condotte che si intende supportare da specifici obblighi di penalizzazione, e della diffusione e ricorrenza di tali condotte, ma altresì della realistica possibilità per le competenti autorità di perseguire il reato), nonché circa l'impatto di una tale previsione sia sulla preesistente normativa penale europea, sia sugli ordinamenti nazionali – al principio di offensività, fino al principio di colpevolezza. Il riconoscimento di tale ultimo principio (ed evidentemente delle conseguenze sul piano della costruzione della fattispecie in termini di previsione del necessario elemento soggettivo) risulta peraltro particolarmente degno di nota a fronte di una giurisprudenza europea che, com'è noto, non si è fino ad oggi espressa nel senso di un riconoscimento di tale principio – e della sottesa esigenza di limitare la responsabilità penale a comportamenti supportati dal dolo o per lo meno dalla colpa – quale diritto fondamentale dell'ordinamento sovranazionale, pronunciandosi di contro per la compatibilità con il diritto comunitario di forme di responsabilità oggettiva, laddove previste con riguardo a condotte potenzialmente lesive di interessi estremamente rilevanti (come la vita o l'integrità fisica).

Si tratta di indicazioni che, seppur non vincolanti, si impongono quale primo nucleo di una metodica dell'intervento dell'Unione in materia penale, delineando il percorso ‘obbligato’ per il legislatore europeo nelle relative scelte di penalizzazione, inequivocabilmente finalizzato ad ancorare le stesse ai consolidati canoni di politica criminale di stampo liberale, da cui discendono non solo limiti e preclusioni ma anche vincoli positivi quanto alla cernita degli oggetti di tutela e alle forme e portata di una tale tutela. Tali indicazioni, peraltro, appaiono naturalmente destinate ad assurgere a possibili parametri di controllo da parte della Corte di Giustizia, che sarà plausibilmente chiamata a sindacare la solidità degli argomenti addotti a sostegno di ogni iniziativa normativa di ravvicinamento in materia penale (argomenti in genere esposti nella parte introduttiva obbligatoria – la motivazione – del testo recante la proposta normativa della commissione).

Alla luce delle considerazioni che precedono, può fondatamente affermarsi che l'Unione abbia in effetti già iscritti nella propria cultura giuridica gli strumenti concettuali – declinati a partire dai principi di sussidiarietà, proporzione e adeguatezza – per condurre le necessarie valutazioni di meritevolezza e necessità di pena nell'esercizio delle importanti competenze che il trattato le attribuisce in materia penale.

Le riflessioni qui condotte consentono peraltro (quantomeno) di ridimensionare il rischio di panpenalizzazione da molti paventato anche quale conseguenza

di una strutturale rigidità del processo di penalizzazione a livello dell'ordinamento sovranazionale per l'assenza di meccanismi e criteri in grado di rimettere in discussione, laddove venissero meno le condizioni di necessità di pena, precedenti scelte di penalizzazione del legislatore europeo, con conseguente marginalizzazione del valore relativo della pena. Una tale obiezione prende infatti le mosse dalla preclusione al legislatore interno della possibilità di una ri-considerazione di precedenti valutazioni di necessità di pena circa una data condotta (qualora fosse successivamente riscontrata la sufficiente efficacia di sanzioni 'altre' e meno incisive della sanzione penale); rivalutazione preclusa in ragione del fatto che, una volta introdotta la sanzione penale in ossequio ad un obbligo di penalizzazione di matrice europea, una eventuale successiva depenalizzazione si porrebbe come conflitto sopravvenuto con l'ordinamento sovranazionale.

In verità, lo snodo di una tale questione risiede nella considerazione per cui, laddove siano stati fissati a livello dell'Unione obblighi di penalizzazione attestanti, come più volte sottolineato, l'avvenuta attrazione a livello dell'ordinamento sovranazionale della complessa prognosi fattuale sottesa al giudizio di necessità di pena, la valutazione circa l'esistenza delle condizioni necessarie di una eventuale successiva opera di depenalizzazione trasmigri anch'essa a livello dell'ordinamento sovranazionale. La giurisprudenza prima menzionata, insieme all'acquisita centralità delle procedure miranti ad assicurare periodiche valutazioni di impatto delle iniziative normative dell'Unione, appaiono confortare l'idea di un ordinamento sovranazionale (e della Corte di Giustizia in sede di controllo) dotato degli strumenti valutativi per escludere dal penale ciò che non rispondesse più ai parametri della meritevolezza e necessità di pena, e pertanto di assicurare, laddove ne ricorressero le condizioni, il necessario flusso 'in uscita' dall'area del penalmente rilevante di condotte precedentemente supportate da precisi obblighi di penalizzazione. Pertanto, sebbene sia realistico prevedere un ricorso inizialmente molto diffuso alla sanzione penale negli strumenti normativi europei (per l'assenza di alternative ritenute ugualmente valide e l'innegabile attrattiva che tale nuovo strumento di tutela degli interessi europei presenta per le istituzioni sovranazionali) – situazione nella quale solo una stringente valutazione di proporzionalità della sanzione alla gravità del fatto potrà rappresentare il fragile argine a derive simboliche e promozionali –, l'effettiva tenuta della sussidiarietà penale in dimensione europea potrà apprezzarsi solo nel medio-lungo periodo, allorquando ci si confronterà con la valutazione della necessità di un intervento ulteriore nella stessa materia.

L'attenzione – sicuramente giustificata ed anzi auspicabile – alla problematicità di una competenza in materia penale riconosciuta all'Unione ha in effetti avuto quale (criticabile) esito di far passare in secondo piano il (persistente) fondamentale ruolo del legislatore nazionale e dei processi normativi interni, e la conseguente necessità di assicurare a tale livello non solo il rispetto delle istanze garantistiche sottese al principio di legalità ma altresì la complessiva ragionevolezza e coerenza delle scelte di penalizzazione.

Sebbene nei settori in cui sia intervenuta una direttiva penale le scelte del legislatore penale interno debbano muoversi nel rigoroso rispetto delle scelte effettuate a livello europeo, una tale situazione non può in alcun modo spiegare né tanto meno giustificare una pressoché totale abdicazione del legislatore interno alle proprie responsabilità (innanzitutto) in sede di adozione della legge di attuazione della direttiva. Questi, infatti, è chiamato non solo ad assicurare al precetto

europeo la necessaria ‘forma’ giuridica della norma penale, ma anche ad articolare e completare i contenuti del divieto (o anche di eventuali obblighi di agire la cui violazione sia prevista dalla normativa europea come necessitante la sanzione penale), procedendo alla concreta formulazione della fattispecie, e precisamente alla puntuale definizione delle condotte da sottoporre a pena, così come all’esatta indicazione della pena edittale.

È in una tale ottica che deve essere affrontata la questione circa il rispetto del principio di tassatività, spesso disatteso – secondo quanto denunciato da molti – nelle formule dei precetti europei. In verità, è la stessa precipua configurazione dei contenuti dei precetti europei quali “norme minime”, destinate ad essere attuate e tradotte in precetti applicabili ai singoli nei diversi ordinamenti europei, a rendere illogico e incongruente esigere a livello europeo il medesimo livello di tassatività e determinatezza in genere richiesto per la norma penale interna direttamente applicabile ai singoli (e quindi deputata a definire chiaramente ciò che è penalmente illecito).

La natura vincolante propria dello strumento normativo della direttiva, e in particolare il suo possibile impatto ‘immediato’ sui sistemi penali interni attraverso il meccanismo della interpretazione conforme, impongono senza dubbio che un certo standard di determinatezza sia rispettato anche dalle “norme minime” europee, almeno per ciò che attiene alla esatta delimitazione dell’area del penalmente rilevante (nella valutazione effettuata a livello europeo); il che comporta (*rectius* dovrebbe logicamente comportare) che la norma europea individui con sufficiente precisione le specifiche condotte da sottoporre a pena e l’elemento soggettivo che deve supportarle, nonché eventuali ulteriori elementi della situazione tipica concepiti come qualificanti il disvalore ricollegato all’obbligo di penalizzazione di matrice europea (tra cui, per esempio, eventuali circostanze aggravanti o attenuanti). Tuttavia, è al momento dell’intervento attuativo del legislatore interno che i principi di determinatezza e precisione della fattispecie devono trovare piena esplicazione; con il conseguente dovere (senza dubbio gravoso e delicato) per il legislatore interno, nella fase di puntuale definizione del precetto, di assicurare la piena e corretta attuazione agli obblighi europei con soluzioni tecniche e linguistiche in grado di assolvere alle istanze garantistiche sottese ai principi summenzionati. Non solo. L’obbligo di adeguamento dell’ordinamento interno ai vincoli europei va oltre la mera traduzione dell’obbligo di penalizzazione in precetti interni, ma esige di volta in volta una ri-considerazione della disciplina di settore in cui il precetto europeo si inserisce, che potrebbe imporre al legislatore interno una riscrittura della disciplina in questione in grado di assicurare non solo la generale coerenza del sistema ma spesso anche lo spirito complessivo dell’intervento normativo europeo.

È una conclusione, questa, che risulta cozzare drammaticamente con il procedimento della c.d. legge comunitaria, da tempo consolidato nell’ordinamento italiano, e i criteri standardizzati da questo previsti e deputati ad indirizzare il legislatore delegato: basti pensare ai parametri edittali (ammenda fino al 150.000€ e l’arresto fino a tre anni) previsti indistintamente per una serie di condotte illimitata ed eterogenea; una scelta che è destinata a frustrare all’origine ogni ragionevole adeguamento della risposta sanzionatoria a condotte e situazioni profondamente eterogenee.

In effetti, molti sono i rilievi critici che con riguardo alle questioni sin qui trattate possono essere sollevati relativamente alle soluzioni adottate nell’ordinamento italiano. In generale, un esempio particolarmente eloquente in termini di corretta

individuazione dei piani di rispettiva responsabilità del legislatore europeo e del legislatore italiano circa la rispondenza delle scelte di penalizzazione intervenute in settori di competenza concorrente ai principi di offensività ed *extrema ratio* è senza dubbio rappresentato dalla normativa in materia ambientale.

A fronte di una direttiva europea (la Direttiva n. 2008/99/CE, del 19 novembre 2008) che, al di là di un ricorrente (e problematico) richiamo nei *consideranda* iniziali alla finalità di deterrenza e di stigma sociale della sanzione penale (che fa da *pendant* alla generica affermazione dell'insufficienza di misure diverse, amministrative e civili), mostra di rifiutare il modello del diritto penale accessorio, traducendo nei vincoli alla penalizzazione in essa contenuti più o meno raffinati giudizi di meritevolezza e necessità di pena, il pigro ricorso del legislatore italiano nella relativa legge di attuazione (la legge-delega n. 96/2010) all'ormai consueta formula utilizzata in tema di sanzioni nella legge comunitaria ha di fatto precluso non solo la possibilità di un intervento di riforma realmente incisivo, ma ha altresì, più problematicamente, inficiato *ab origine* la piena rispondenza ai canoni di offensività e proporzione della normativa interna di attuazione, confermando sostanzialmente l'impianto normativo pre-esistente caratterizzato da figure di reati contravvenzionali per lo più strutturati sul modello del reato ostacolo e di pericolo astratto. Soluzione, questa, di per sé non incompatibile con gli obblighi di matrice europea (che lasciano sempre impregiudicata la possibilità per gli Stati di procedere ad una più ampia penalizzazione), ma che si pone di contro in termini senza dubbio problematici rispetto a valutazioni di complessiva razionalità della risposta repressiva, rivelando per tale via una certa 'inadeguatezza' (o non piena adeguatezza) delle soluzioni adottate rispetto alla summenzionata situazione di co-determinazione della norma penale. In particolare, la necessità per il legislatore delegato di mantenersi entro i limiti sanzionatori generali ha di fatto precluso la possibilità di strutturare fattispecie penali e determinare l'entità delle pene in modo realmente corrispondente alla specifica potenzialità lesiva di ciascuna condotta, e ha altresì sancito un netto distacco rispetto alle significative scelte 'strutturali' del legislatore europeo che, fissando l'obbligo per gli Stati di qualificare come reato condotte di emissione o immissione illecite di sostanze o radiazioni ionizzanti nell'aria "che provochino o possano provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, del suolo o alla qualità delle acque", prefigurava chiaramente l'introduzione di figure di reato strutturate quali fattispecie di danno o di pericolo concreto; soluzione che, pur indiscutibilmente problematica sul piano del concreto accertamento del nesso di causalità tra condotta individuale e danno all'ambiente, mostrava, come è stato riconosciuto in dottrina, un'adeguata valorizzazione del principio di offensività. Così, è in sede di attuazione della delega che risultano disattesi quei principi di offensività e di proporzione che appaiono di contro trovare adeguato riscontro nelle scelte di penalizzazione effettuate dal legislatore europeo, e il cui esito in termini di 'eccesso' di penalizzazione, risulta altresì in certa misura distonico rispetto agli stessi obiettivi della direttiva europea.

Molte e sempre più pressanti d'ora in poi saranno comunque le occasioni per il legislatore penale italiano di procedere ad un complessivo ripensamento e ad una sostanziale correzione di rotta (a fronte di vincoli europei alla penalizzazione presumibilmente sempre più incisivi e pervasivi); considerazione, questa, tanto più rilevante laddove ci si confronti con la prospettiva di una eventuale riscrittura della parte speciale del codice penale o, più in generale, di una complessiva riflessione

nell'ottica di una decisa opera di razionalizzazione delle scelte di penalizzazione. Alla luce delle riflessioni qui condotte, l'auspicio di un complessivo miglioramento dei processi sottesi all'opera di definizione dell'area di penalizzazione non può che riguardare entrambi i livelli ordinamentali coinvolti (europeo e nazionale).

Appare infatti senza dubbio necessario, sul piano dell'ordinamento dell'Unione, non solo un rafforzamento e completamento della democraticità dei processi normativi, ma altresì la piena esplicazione del controllo della Corte di Giustizia sulle scelte di penalizzazione operate dal legislatore europeo e la relativa piena adesione ai principi generali del diritto europeo e del diritto penale. Sebbene il controllo della Corte di Giustizia circa il rispetto da parte del legislatore europeo del principio di sussidiarietà e di proporzione sia stato fin qui improntato al *self restraint* (dopo un primo periodo in cui, plausibilmente preoccupata di mostrare di voler tenere saldi gli argini di un intervento dell'Unione sempre più pervasivo, la Corte di Lussemburgo ha dato prova di giudizi particolarmente rigorosi) – con la conseguenza di circoscrivere in ambiti estremamente ridotti ed angusti la giustiziabilità di tali principi –, non può infatti non riconoscersi che il corretto funzionamento del sistema nel suo complesso (*rectius* del sistema integrato, nazionale e sovranazionale) sia destinato a trovare proprio nel controllo della giurisdizione europea il suo punto di tenuta. In generale, l'auspicio è quello che, a fronte della innegabile peculiare sensibilità della materia penale quale nuova competenza concorrente dell'Unione, un maggiore rigore accompagni il controllo del rispetto dei principi cardine delle competenze europee. L'avvenuto riconoscimento all'Unione di competenze in materia penale pone chiaramente in primo piano la necessità di ri-considerare i fondamentali principi dell'ordinamento europeo in tutta la loro pregnanza e potenzialità precettiva – e la correlata funzione 'contenitiva' del concreto esercizio delle competenze tendenzialmente 'espansive' dell'ordinamento sovranazionale –, con il precipuo obiettivo di raggiungere il necessario punto di equilibrio di una *giustiziabilità sostenibile* di tali principi. E ciò anche avvalendosi dei suggerimenti e degli stimoli che auspicabilmente proverranno da una rinnovata riflessione condotta su tali questioni dalla dottrina e in particolare dalla scienza penalistica.

Ma altrettanto necessario ed imprescindibile si presenta da parte di tutte le istituzioni nazionali la piena e consapevole assunzione di responsabilità che l'integrazione europea (anche in materia penale) comporta, assicurando in ogni fase del processo formativo del precetto (a livello europeo e a livello interno) le condizioni di autorevolezza, competenza ed efficacia che si impongono in una situazione di co-determinazione della norma penale, e realizzando in tal modo una netta inversione di tendenza rispetto all'attuale svilimento ed esautoramento di alcuni momenti fondamentali di un tale processo formativo, in cui il legislatore interno, lungi dall'ergersi a 'filtro' politico e tecnico degli obblighi di matrice europea, risulta disattendere ogni ruolo di garanzia giuridica e di concreta valutazione politica.



## LA TUTELA DELLA PUBBLICA INCOLUMITÀ E DEL LAVORO

Il mio è il primo degli interventi cosiddetti di settore, ovvero sulla tutela della pubblica incolumità e del lavoro.

Ho provato a guardare quali fossero i bisogni di intervento tenendo presente soprattutto le due commissioni del prof. Pagliaro e del prof. Nordio, che hanno affrontato la parte speciale, ma devo dire che pure la commissione Grosso ha dato un contributo rilevante al mio settore, con particolare riguardo alla sua sottocommissione deputata ai delitti e attentato che ha affrontato in maniera straordinariamente efficace anche i delitti contro l'incolumità pubblica. Infine ho preso a modello qualche codice penale straniero, come quello francese, che da questo punto di vista è abbastanza fuori modello, o come quello tedesco, spagnolo e olandese.

Nella materia dei reati contro l'incolumità pubblica io non credo – e ho conferma dalla commissione Pagliaro, dalla commissione Nordio e dalle esperienze straniere – che si possa tanto discutere sulle singole fattispecie da eliminare (la strage, l'incendio), ma i veri problemi sono principalmente due.

Si tratta innanzitutto di anticipazione della tutela: la maggiore o minore penalizzazione deriva tutta non dalle scelte delle fattispecie da incriminare, ma dalla tecnica con le quali le si incrimina. Non ci si può limitare a togliere, ad esempio, la strage, l'incendio o ad aggiungere il disastro ambientale, perché tutto questo non entra per nulla nel nostro tema, ma devo provare a dare qualche indicazione sul livello di anticipazione della tutela che si ritiene, da un lato, necessario e, dall'altro, compatibile con un principio fondamentale di frammentarietà, da un lato, e di *extrema ratio*, dall'altra.

La seconda grande complicazione in questa materia – che compare già dal titolo – riguarda i rapporti con la legislazione penale speciale, ovvero la disciplina dell'igiene degli alimenti, la tutela ambientale, quella dei rifiuti, volendo anche la tossicodipendenza (perché il codice Rocco aveva in questo titolo una norma in materia di sostanze stupefacenti). Ma è soprattutto il Testo Unico che pone problemi relevantissimi di rapporto con la legislazione speciale, che non credo si possa risolvere tanto serenamente con i diversi criteri finora proposti rispetto ad altri ambiti della legislazione penale speciale.

Poi c'è un terzo problema: le soluzioni che si prospettano in materia di parte speciale sono comunque influenzate da grandi scelte di parte generale, con riferimento all'anticipazione della tutela della vita e dell'integrità fisica con dei reati di comune pericolo. In primis esistono le contravvenzioni nel codice penale che andiamo ad immaginare? Secondo, la struttura del tentativo, che è fondamentale nel momento in cui si va ad anticipare la tutela di questi beni. Terzo, la presenza o meno di delitti di attentato e la loro struttura. Poi è fondamentale il problema del concorso di reati e del concorso apparente di norme: lo testimonia l'insistenza con cui le due commissioni si sono dedicate al problema. Si veda, ad esempio, come su un piccolo ambito, ovvero quello dei rapporti

fra articolo 437 c.p., Testo Unico della sicurezza sul lavoro e omicidio e lesioni colpose e dolose ponga dei problemi relevantissimi. D'altro canto siamo davanti ad un'esigenza imprescindibile – faccio una proclamazione di principio poco discussa – è: quella della tutela avanzata dei beni sia della vita sia dell'integrità fisica con riferimento ai delitti di comune pericolo. Li chiamo così, perché il codice tedesco continua a chiamarli così e mi pare una dizione particolarmente significativa, certamente eliminando il riferimento all'incolumità pubblica e sostituendolo con quella collettiva, certamente eliminando quello che è uno dei pochi esempi veri di caduta di coerenza del codice Rocco, perché qui violenza e frode non c'entrano nulla. Chiarito questo, è imprescindibile una tutela di questo tipo, ma un primo problema che si pone è: solo quando sullo sfondo c'è la vita o l'integrità fisica o anche quando vi sono altri beni? La relazione al codice Rocco è chiarissima al riguardo: solo la vita e l'integrità fisica meritano questo tipo di anticipazione. In realtà, se ne potrebbe in parte dubitare, perché a volte i rapporti tra incendio di cosa propria e incendio di cosa altrui potrebbero insinuare qualche dubbio, ma credo sia una scelta rigorosa quella che il codice fa e che ci viene proposta; altri ordinamenti non fanno così. Nell'ordinamento tedesco, quando si crea il pericolo per un danno a beni di particolare rilevanza, scatta la tutela anticipata dei reati di comune pericolo. Io credo che una prima indicazione molto chiara a riguardo possa essere questa: limitiamo l'anticipazione della tutela a fatti che mettono concretamente in pericolo vita e integrità fisica, escludendo altre forme di anticipazione della tutela. Se andiamo a leggere la proposta di riforma della commissione Pagliaro e quella della commissione Nordio, sotto il profilo della fattispecie, non troviamo sostanziali novità. Da questo punto di vista, infatti, io credo che il codice nostro sia già abbastanza frammentario e limitato nel numero delle fattispecie incriminatrici; non è una delle caratteristiche del codice Rocco, ma in questo caso lo è. Faccio solo riferimento al codice tedesco, in cui troviamo 6 fattispecie di incendio e 21 fattispecie incriminatrici nei delitti di comune pericolo; in Spagna 4 ipotesi di incendio e 28 delitti in tutto; questi ordinamenti, soprattutto in quello spagnolo, contemplano tutta una serie di norme, soprattutto in materia di codice stradale, che per noi stanno nel codice della strada, addirittura la manovra particolarmente spregiudicata del guidatore è delitto contro l'incolumità pubblica.

Trovo che siamo già abbastanza "minimi", certo, con tutte le problematiche legate alla legislazione speciale. Mi pare che, con riferimento alle fattispecie incriminatrici, grandi problemi non ce ne dovrebbero essere: strage, incendio, disastri, inondazioni, frane, valanghe, disastro ferroviario, aviatorio, naufragio, crollo. Un delitto di esplosione che effettivamente non c'è nel nostro ordinamento e che la commissione Pagliaro propone di introdurre, sicurezza dei trasporti, sicurezza degli impianti nucleari, di energia elettrica e di gas, epidemia, avvelenamento, adulterazione (in senso molto tecnico) di sostanze alimentari e di farmaci, manipolazione di altri prodotti che creino pericolo per la salute pubblica e poi ovviamente la grossa questione della tutela dell'incolumità di quella collettività particolare che sono i lavoratori.

Mi pare che un primo nodo fondamentale, individuate queste fattispecie imprescindibili, sia quello della necessità o meno di prevedere anche delle contravvenzioni. Il problema è complesso, non si tratta di stabilire se mantenere le attuali contravvenzioni contro l'incolumità pubblica, come, per esempio, aveva fatto la

commissione Pagliaro. Si potrebbe dire che questa è una soluzione, se le contravvenzioni nel codice penale nuovo in cui andiamo a immaginare la parte speciale ci saranno; io forse le ridurrei, ma non è questo il problema fondamentale.

Qui la questione non è tanto di quelle poche contravvenzioni che oggi fanno parte del codice penale, sono piuttosto i rapporti con tutta la disciplina in materia di sicurezza del lavoro. Al di là della scelta che si voglia fare rispetto ad una norma che tuteli l'incolumità della collettività dei lavoratori (l'attuale articolo 437) io penso che immaginare una riserva di codice oggi con il Testo Unico in materia di sicurezza del lavoro in questo ambito sia impossibile. Credo che se vogliamo fare la riforma del codice penale e della parte speciale, inserendo la riserva di codice e ci poniamo il problema del Testo Unico, probabilmente mettiamo un ostacolo grave sul nostro cammino. Ci sono di mezzo anche gli obblighi di penalizzazione e certo che li siamo prima, perché la direttiva del 1980 sta prima di Lisbona, certo che lì la possibilità della scelta tra le diverse sanzioni era rimessa quasi totalmente al legislatore nazionale ma non è un caso che tutti abbiano fatto questo tipo di scelta, che moltissimi ordinamenti abbiano penalizzato in questa prospettiva e che così abbia fatto poi il nostro, che già penalizzava in quella prospettiva. Ho quindi l'impressione che operando per la riforma, finiremo in un ginepraio.

A riguardo della tutela dell'incolumità dei lavoratori, a me sembra che il modello attuale possa avere un senso ed essere riproposto; si tratta di un modello che si gioca su tre piani, innanzitutto quello delle norme preventive precauzionali del Testo Unico, che sono norme che dovrebbero sempre tutelare in concreto la sicurezza e l'igiene del lavoro; una fattispecie incriminatrice della quale possiamo immaginare una struttura più adeguata alle reali esigenze che l'articolo 437 solleva e pone sempre nelle aule di giustizia, che punisce la messa in pericolo dell'incolumità dei lavoratori attraverso l'omissione di cautele preventive. Io sono a riguardo molto schierato perché da l'avvocato mi occupo solo di processi in materia di sicurezza del lavoro; schierato da una certa parte, ovvero quella dei lavoratori. Quindi inserirei nel nuovo articolo 437 che le cautele omesse sono quelle imposte dalla legge e dai regolamenti oppure dalla scienza e dalla tecnica e dall'esperienza e dalla particolarità del lavoro, rimettendoci dentro l'articolo 2087. Così com'è, mi sembrerebbe indispensabile aggiungere tra gli eventi che le cautele mirano a prevenire anche le malattie professionali, risolvendo una questione che come sappiamo ha portato la nostra giurisprudenza di legittimità a delle soluzioni che verosimilmente confinano o sconfinano con l'estensione analogica.

Ma al di là di queste considerazioni, dicevo di un modello a tre piani per il Testo Unico: tutela preventiva, contravvenzionale e precauzionale; fattispecie che punisce la concreta messa in pericolo dell'incolumità dei lavoratori; fattispecie autonoma più grave. La soluzione per cui se non è espressamente detto che è aggravante significa che è titolo autonomo di reato, mi piacerebbe per tutti i delitti aggravati dall'evento se ne rimangono, se ce ne saranno; occorre chiarire che sono titoli autonomi di reato, che puniscono la realizzazione o di un infortunio o di una malattia professionale o di un disastro attraverso quelle medesime modalità indicate nella fattispecie base. Un modello di questo tipo, Testo Unico, messa in pericolo dell'incolumità dei lavoratori, realizzazione dell'evento, mi parrebbe funzionale, con due questioni molto complesse: primo, il rapporto tra la fattispecie codicistica e le contravvenzioni e credo che la soluzione debba essere

quella del rapporto di specialità con l'ipotesi più grave; ma poi l'altra questione più delicata e discussa anche nei processi, il rapporto tra questa verifica dell'evento del disastro e dell'infortunio professionale, da un lato, e i delitti di omicidio e lesioni colpose, dall'altro. Io credo che anche qui la soluzione stia nella parte generale.

Ultima questione. Al di là del fatto che bisognerà prevedere dei delitti di disastro causalmente orientati nei quali si può o no inserire la concreta pericolosità, io credo che il problema non sia tanto dire se la inserisco in un reato di pericolo concreto e se non la inserisco è un reato di pericolo astratto. Il problema è la struttura della fattispecie: cosa vuol dire disastro, frana, inondazione, incendio? Se interpreto correttamente il termine, posso anche prescindere, ma se mi trovo davanti ad un'esasperata discrezionalità, introduco l'elemento sapendo che mi espongo a quell'altra critica che è un elemento che il giudice deve andare a valutare sulla base di criteri che non stanno scritti, quindi paradossalmente aumentare un elemento delle fattispecie aumenta anche la discrezionalità anziché ridurla. Quindi è chiaro che queste scelte fanno sempre apparire la nuova fattispecie incriminatrice che si ipotizza di scrivere come un letto di Procuste sempre o troppo stretto o troppo lungo. Io mi ricordo che uno dei miei maestri torinesi, Marco Siniscalco, quando faceva qualcosa sui delitti sul patrimonio diceva sempre: "Sarebbe bello per il penalista avere un'unica fattispecie, che dice che chiunque cagiona ad altri un danno patrimoniale ingiusto è punito con la reclusione da 15 giorni fino all'ergastolo se muore il sequestrato, nel sequestro di persona". E poi ci spiegava perché non si poteva fare.

Allo stesso modo chiunque cagiona un danno all'incolumità collettiva è punito. Al di là della necessità di andare a costruire queste fattispecie così come in parte la commissione Pagliaro ha proposto –, resta un'ultima questione che è quella del disastro innominato, perché qua – come tutti sappiamo – abbiamo la sentenza della Corte costituzionale n. 328 del 2008, che ha due massime in contrasto tra loro: da un lato, si dice che la definizione degli altri disastri, – evento distruttivo, proporzioni straordinarie, effetti dannosi, pericolo per la vita o integrità fisica di un numero indeterminato di persone –, dà tassatività anche al disastro innominato. Poi, invece, in materia di disastro ambientale sarebbe bene introdurre una norma apposita più tassativa. A me sembrava più verosimile porre l'accento sulla prima delle due massime e dire che, se il disastro innominato è concetto sufficientemente chiaro, allora potremmo fare a meno anche di tutti gli altri, perché, se è vero che sono tutti gli altri che danno coerenza al disastro innominato, allora è anche vero che il disastro innominato così qualificato potrebbe sostituire incendio, frana, naufragio e quant'altro. D'altro canto mi rendo conto che il monito della Corte è rilevante ed è comprensibile immaginare, come ha fatto la commissione Pagliaro, un delitto di disastro ambientale che potrebbe essere un reato ad evento di pericolo concreto o a forma libera o a forma vincolata. In Germania, ad esempio, è un reato a forma vincolata. Dove si parla dell'attentato alla sicurezza dei trasporti, "chiunque pone in pericolo la sicurezza dei trasporti" si descrivono le condotte: i massi, gli ostacoli e altre condotte consimili. Allora, per andare ad individuare alcune modalità della condotta, aggiungendo altre condotte analoghe e creando, di nuovo, di fatto, un reato a forma libera, tanto vale tenere sia la sicurezza dei trasporti che il reato di disastro ambientale come un disastro che non si caratterizza tanto per la mo-

dalità della condotta, quanto per l'evento che si viene a realizzare. Anche se lo si potrebbe immaginare come delitto non causalmente orientato, non a forma libera, ma nel quale si dice: "Chiunque con scarichi di emissioni di sostanze e quant'altro crea un pericolo per l'incolumità pubblica", inteso come danno all'ecosistema, con previsione di un'ipotesi aggravata, ma nella prospettiva che dicevo prima, "crea un disastro ambientale".

## LA TUTELA DELLA PERSONA

In merito ai reati contro la persona, che sono il classico banco di prova delle categorie di parte generale, vorrei limitarmi a poche considerazioni importanti ed attuali. La prima appartiene all'omicidio e alle lesioni dolose, come i delitti contro la vita, e al problema della dilatazione del dolo eventuale, della forma più tenue e più sfumata di dolo che però non è più, com'era fino ad una quindicina di anni fa, relegata ad un'applicazione nell'ambito di attività ad origine già illecita penalmente, quindi in ambiti già delittuosi. Oggi si dilata anche in attività incipienti, in cui la fenomenologia del rischio è neutra: penso al contagio sessuale da virus HIV, alle attività criminali *tout court* come il lancio di sassi dal cavalcavia, fino ad essere applicato in maniera copiosa anche all'ambito delle attività autorizzate, lecite e disciplinate dall'ordinamento giuridico: penso agli infortuni sul lavoro e a tutto il settore sterminato del diritto penale dell'economia.

Da giurista, io mi limiterei ad un compito che la scienza penale dovrebbe sentire suo, vale a dire elaborare, enucleare una nozione più matura di dolo eventuale, articolata su tre livelli, cioè prendendo in considerazione anche la tipologia di rischio e non solo limitandosi ad una parafrasi del versante interiore, per poi richiedere con forza e incisività che vi sia sempre una rappresentazione concreta ed effettiva dell'evento in concreto. Qui le formule che i vari progetti di riforma del codice hanno sottolineato sono quelle di richiedere l'accettazione dell'evento di danno, laddove vi è un evento di danno, e non solo del rischio. Ma non esistono formule magiche. Il compito del legislatore non dovrebbe essere quello di trapiantare una terza forma che accorpi dolo eventuale e colpa cosciente cercando soluzioni in altri ordinamenti giuridici con storie e tradizioni diverse dalla nostra. Semmai, invece, dovrebbe introdurre nella parte speciale, nella parte dei reati contro la persona, fattispecie *ad hoc*, con pene più alte, ma non confinanti con quelle molto aspre, rigorose, draconiane afflittive del dolo eventuale.

Qui l'esempio della circolazione stradale è interessante: il rischio che possa esservi un'applicazione molto intensa e copiosa del dolo eventuale potrebbe forse portarci a ritenere che una fattispecie *ad hoc*, quindi una soluzione di parte speciale senza evocare una terza forma che accorpi dolo eventuale e colpa cosciente, sia più opportuna.

Rispetto all'omicidio preterintenzionale, rispetto a questa terza forma, invece io devo dire che qui abbiamo raggiunto delle consapevolezze scientifiche (Pagliaro, Militello), ci sono stati dei passi in avanti. Vale a dire c'è una consapevolezza che l'omicidio preterintenzionale e reati aggravati da un evento necessariamente non voluto, qualora l'evento sia letale, possa essere un'ipotesi sanzionata con una pena superiore alla sommatoria tra illecito doloso e illecito colposo, però richiedendo l'accertamento di una colpa in concreto, in reazione all'evento più grave. Credo che sia un passo in avanti, ci fa da guida la sentenza Ronci delle Sezioni Unite della Cassazione del 2009, che, con un atteggiamento affatto moralistico, invita il

giudice a verificare la violazione di vere e proprie regole attentive. Naturalmente qui è d'obbligo una puntualizzazione non nel senso di applicare *tout court* la figura dell'agente modello dell'*homo eiusdem professionis et conditionis*, ma, come avevo avuto occasione di sostenere anch'io, una figura di uomo mediamente avveduto, con una verifica reale della violazione delle regole cautelari. La pena di questa responsabilità preterintenzionale intesa in senso lato è comunque troppo alta, deve essere più alta della sommatoria tra illecito doloso e illecito colposo, ma va ritoccata verso il basso.

Rispetto all'omicidio colposo, rispetto alla colpa, è compito della dottrina essere molto vigile rispetto a una commistione verso il basso tra il nesso di causalità e la colpa; qui io ritengo che vada sottolineato con preoccupazione crescente il fatto che, dopo la sentenza Franzese, si torni ad applicare il paradigma dell'aumento del rischio. Si veda pure la sentenza Possi, dove applicando il paradigma dell'aumento del rischio, veniva condannato per omicidio colposo uno psichiatra che aveva modificato la posologia rispetto alla cura del paziente, in questo caso finendo addirittura per neutralizzare l'attività clinica *tout court*, cioè l'attività psichiatrica in quanto tale. Attenzione a questi rischi, perché se si sostituisce al modello della sussunzione sotto leggi scientifiche il paradigma dell'aumento del rischio, si dilata molto la sfera della colpa.

Mi si consenta qui una digressione sulla genesi delle regole di cautela. Faccio una breve parentesi in relazione alla colpa medica: si rischia anche qui di riferirsi a queste figure ancipiti e ambigue delle linee guida e protocolli, di dare valore come regola che può fondare un'imputazione per colpa, a delle linee guida che non hanno natura cautelare vera e propria. Qui si potrebbe ipotizzare un intervento del legislatore penale teso a introdurre un concetto di colpa grave in relazione all'attività medica. Io dico, come cittadino oltre che come studioso di diritto penale, che una delle esperienze più negative che ho avuto partecipando ad interventi a cavallo tra bioetica e responsabilità medica, è stato sentire che i grandi medici, di fronte a casi difficili e complessi, un tempo forse con atteggiamento paternalistico, sprezzante, negativo, si assumevano il rischio, accettando la sfida salvifica del paziente. Oggi invece preferiscono non rischiare per non avere grane giudiziarie. Attenzione, perché se si sedimenta una linea di medicina difensiva, in cui il primo timore del medico è quello di evitare rischi di contenziosi giudiziari, la salute del singolo cittadino e del paziente è messa a rischio. Qui forse un intervento che non giunga alla depenalizzazione della colpa medica, ma che introduca un concetto di colpa grave potrebbe essere opportuno in una riforma del codice penale.

Passando all'altro punto di discussione, quello dei temi eticamente sensibili, introdurrei due riflessioni. La prima molto breve in relazione al carattere, al principio di laicità che dovrebbe contrassegnare il codice penale. Qui non vi è dubbio che il pensiero religioso o i vari pensieri etici presenti nella società debbano contribuire a un dibattito legislativo, il giurista deve ritenere che tutte le posizioni che hanno un valore etico nel paese debbano essere prese in considerazione, ma deve criticare una normativa che sia comprensibile unicamente all'interno di quella sfera di valori etici o religiosi. Ad esempio, noi abbiamo una bellissima legge sull'interruzione volontaria della gravidanza che parte dal fatto che l'aborto sia illecito, ma consente l'aborto quando c'è da comparare la salute psico-fisica della donna e la vita del feto. Un giurista non riesce a comprendere come mai la tutela dell'embrione sia più rafforzata di quella del feto, cioè come mai ci sia un divieto

assoluto della diagnosi genetica pre-impianto dell'embrione e invece sia consentita l'interruzione volontaria della gravidanza. Questa è una posizione legittima da un punto di vista etico-religioso, ma che un giurista deve in maniera molto serrata fare oggetto di critica.

Non si può comprendere perché una coppia portatrice di malattie genetiche trasmissibili al nascituro non possa ricorrere ad una diagnosi genetica delle cellule vitali dell'embrione e quindi evitare un'eventuale interruzione di gravidanza successivamente. Nessuno impedisce che debbano entrare successivamente tutti i punti di vista etici e religiosi nel dibattito pre-legislativo, ma il giurista quando non riesce a capire una scelta legislativa se non assumendo quel punto di vista etico-religioso, deve dire che c'è una violazione del principio di laicità.

La stessa cosa vale per il divieto assoluto perentorio e categorico della fecondazione assistita eterologa. Anche qui un bene giuridico non c'è, l'embrione non viene leso in maniera necessaria, c'è solo l'idea che un figlio che nasca da una donazione di gameti abbia uno sviluppo psicologico non adeguato, ma le ricerche delle scienze empiriche non confermano questo e anche qui siamo di fronte ad un divieto che un giurista che deve essere necessariamente laico non può accogliere.

Rispetto al fine vita c'è un punto di vista che renderebbe necessaria una riforma. Qui va detto che l'idea che si debba modificare la legislazione attuale (noi dobbiamo muovere dall'idea che il codice del 1930 considera la vita non appartenente a Dio in una visione teocratica, ma appartenente allo Stato e veniva prevista la pena di morte), io credo che sia essenziale. Come? Io non sono favorevole ad una liberalizzazione dell'eutanasia attiva, però le strade sono aperte e si potrebbe introdurre una fattispecie *ad hoc*, come in Spagna, che sanzioni in maniera più tenue, blanda l'omicidio *pietatis causa*, che non è previsto nel nostro ordinamento giuridico. Vale a dire che chi pratica un omicidio *pietatis causa* rischia un omicidio doloso aggravato dall'uso di sostanze venefiche e dalla premeditazione, perché di solito l'intervallo cronologico è ampio: insomma questo significa una pena dell'ergastolo.

Qui siamo di fronte ad un paese che ha punti di vista eticamente diversi e non riesce a instaurare un meccanismo virtuoso di dialogo per arrivare a una riforma possibile, punti di vista eticamente divergenti che si annullano reciprocamente. Questo lede anche la comunità dei penalisti, perché il codice penale avrà un valore simbolico su questo punto. Ripeto, io non sono d'accordo con la liberalizzazione dell'eutanasia attiva, tanto che qui va dato merito alle applicazioni giurisprudenziali sul punto. Non tanto con riguardo al caso Englaro (che a mio parere è indecidibile) quanto sul caso Welby, su cui noi siamo riusciti ad avere una presa di posizione giurisprudenziale adeguata: non siamo passati giustamente attraverso il tema vita come bene disponibile o indisponibile, ma ci siamo collegati all'articolo 32 della Carta Costituzionale. Va detto pure che abbiamo una bella Carta Costituzionale che riesce a risolvere alcuni dilemmi attuali anche dicendo che il valore dell'intangibilità della sfera corporea, dell'inviolabilità dell'*habeas corpus* è valore collegabile all'articolo 32 della Carta Costituzionale e che quindi il medico, salva l'obiezione di coscienza, ha il dovere/potere di rendere attuativa una rinuncia a delle cure. Anche perché è importante dare al paziente malato il messaggio di non sottrarsi alle cure per paura che una volta che viene inserito in un tunnel curativo non può più sottrarsene. Su questo punto, quindi, per esempio, sul diritto dell'*habeas corpus* attraverso l'articolo 32, non sono favorevole con chi sostiene che il familiare possa staccare la spina, io ritengo che la soluzione vada trovata nell'articolo 32.



Rimane il fatto che il codice del 1930 non prevede una fattispecie sull'omicidio *pietatis causa*, non è neppure applicabile l'omicidio del consenziente. Riguardo a questi argomenti, il nostro codice è ancora antico e allora forse una riforma complessiva di un codice è difficile ma una riforma di un codice penale su temi così significativi per l'appartenenza ad una comunità deve esserci. Non è possibile – e come comunità di penalisti dovremmo dirlo – che ci sia un'interdizione tra punti di vista etici e ideologici diversi che non giunga a un bilanciamento e a un dialogo come dovrebbe essere.

Chiudo sui temi del multiculturalismo. Io credo che una legislazione *ad hoc*, di tipo pedagogico con una fattispecie che intenda sanzionare in maniera più severa alcune pratiche per educare, mi sembra che non dovrebbe essere il compito del diritto penale. Questa opera di moralizzazione ed educazione pedagogica che noi oggi vorremmo fare ad esempio, attraverso il divieto penale del velo, non tiene conto che nel nostro paese avevamo l'omicidio per causa d'onore fino a pochi anni fa. Quindi dobbiamo anche essere più comprensivi rispetto a un'eventuale evoluzione di altri cittadini e di altri paesi.

## LA TUTELA DELL'ECONOMIA E DELLA FINANZA

Non sono d'accordo con l'impostazione della commissione Nordio perché gran parte del diritto penale dell'economia necessariamente deve rimanere fuori dal codice penale e, riguardo a quello che c'è nel codice penale, ovvero i reati contro l'economia pubblica, la riforma potrebbe farsi tranquillamente con le forbici.

Vi è necessità di considerare come bene giuridico autonomo, distinto dal patrimonio, l'economia – e in particolare l'economia pubblica – e forse sarebbe più semplice non avere nel codice penale un distinto settore dedicato alla tutela dell'economia come distinto dalla tutela del patrimonio.

D'altra parte, nei codici stranieri più moderni non è detto che ci sia questa parte. Il codice tedesco degli anni '70 /'90 prevede parte dei reati contro l'economia, ma forse quella più cospicua in merito è costituita dal gruppo di norme contro la corruzione, che noi non consideriamo neanche – a torto o a ragione – un reato contro l'economia. Anche quello è stato introdotto, ovviamente, nel contesto dell'identico movimento comunitario che ha portato tutte le legislazioni europee ad adattarsi alle direttive del 1999. Il codice francese del 1995 non ha una parte specifica di reati contro l'economia; il codice spagnolo purtroppo ce l'ha, un enorme titolo sui delitti socio-economici, che è un completo zibaldone laddove il bene giuridico non serve più all'unico compito che ha per l'interprete, ovvero cercare di capire se le fattispecie siano offensive o no e quali comportamenti possano essere effettivamente puniti e quali no.

Sono veramente preoccupato per questo eccesso nel diritto penale dell'economia di andare a ricercarsi nuovi beni giuridici settoriali e sono preoccupato di un ritorno ad una metodologia del bene giuridico per cui ci inventiamo un bene giuridico diverso in ogni norma, con il rischio che, rispetto alla bella immagine che tutti abbiamo studiato della frammentarietà del legislatore che sulla spiaggia raccoglie le norme penali come fossero sassi. Ecco il problema della frammentarietà nei tempi moderni. L'economia pubblica non è né sostanza, né accidente, se vogliamo usare una citazione di tipo manzoniano; l'economia pubblica è divisa tra una vecchia lettura fascista (forse questo è uno dei pochi nuclei fascisti del codice Rocco) che si muove attorno ad una serie di eventi inattuabili di danno all'economia nazionale, a protezione di una piccola economia autocratica e protezionistica come voleva essere l'economia all'epoca, con fattispecie che non sono state applicate neanche nel dopoguerra, più una serie di norme fasciste cadute dalla Corte costituzionale, più alcune norme, le uniche utilizzate, sulla frode in commercio, che starebbero molto meglio tra i reati contro il patrimonio piuttosto che tra i reati contro l'economia pubblica.

Questo è uno dei lati.

L'altro lato, invece, è una visione dell'economia pubblica come anticipazione della tutela rispetto ai reati contro il patrimonio, laddove si tratti di condotte offensive non di un concetto collettivo di economia pubblica, ma del patrimonio di un

numero indeterminato di soggetti, cioè fattispecie che sono a tutela del patrimonio di tutti, del patrimonio del cittadino sul mercato e che quindi non sono suscettibili di essere punite attraverso fattispecie tradizionalmente orientate verso la tutela del patrimonio. Ma qui va detto che certamente, in una concezione moderna di patrimonio, ormai il confine fra il patrimonio e l'economia pubblica è sfumato completamente perché, se dal patrimonio come proprietà (codice Zanardelli) si è passati al patrimonio come coacervo di diritti patrimoniali su beni di rilevanza economica, col codice Rocco, si è passati al Patrimonio Risparmio protetto dalla Costituzione, si è passati al Patrimonio Investimento (e qui rimando alle pagine storiche di Pedrazzi) e quindi alla tutela del risparmiatore, siamo dunque arrivati alla concezione moderna dell'economia pubblica. I reati che hanno un merito contro l'economia pubblica oggi o sono reati che anticipano la tutela del patrimonio individuale al patrimonio di tutti, oppure sono reati di anticipazione della tutela rispetto all'elusione di normative secondarie, all'elusione di controlli, alla tutela di beni giuridici funzionali. Pensiamo alla tutela dell'autorità di vigilanza della Banca d'Italia. Qui l'interprete e lo studioso di diritto penale non può non denotare una certa preoccupazione, perché il passaggio tra i beni giuridici funzionali e i beni giuridici formali e il rischio di slabbramento del sistema è sempre presente. È un rischio in cui siamo cascati persino col vecchio diritto penale dell'economia, quello che per 60 anni è girato intorno alle fattispecie di falso in bilancio e di bancarotta, le uniche due applicate sostanzialmente dai nostri tribunali e andate incontro ad una deformazione giurisprudenziale del bene giuridico tutelato.

Ci ricordiamo come la vecchia fattispecie di false comunicazioni sociali, che originariamente era un reato contro l'economia pubblica, punito con una pena sostanziale di 5 anni, è stata trasformata in via giurisprudenziale in una fattispecie formale di protezione delle norme del codice civile su come si fa il bilancio. Ricordo (avrei dovuto citare gli studi di Bartulli), che ho cercato di riportarlo verso una lesione effettiva, finché è arrivato il legislatore che, con il classico meccanismo del cavallo in Sant'Antonio, ha fatto cadere il cavaliere dall'altra parte trasformando il falso in bilancio in un reato contro il patrimonio individuale, con l'effetto di abbassare le pene ai livelli tipici del patrimonio individuale e portare a prescrizione tutti i processi per falso in bilancio.

Ma forse di peggio è successo al reato di bancarotta, perché stretto tra l'economia pubblica vecchio stampo (1942) – che giustificava i 15 anni di reclusione e i beni giuridici sfuggenti come la *par condicio creditorum*, – è diventata un reato di pericolo astratto, punito con 15 anni di reclusione. Dove, di fatto, nella lettura giurisprudenziale il disvalore della lesione sfugge sia dalla condotta, sia dal fallimento, qualsiasi cosa sia il fallimento nella fattispecie di bancarotta. Perché la giurisprudenza dice che il fallimento dove sta dentro il disvalore non deve essere legato né da un nesso oggettivo, né da un nesso soggettivo con le condotte, e la stessa giurisprudenza dice che non ci vuole nessun connotato né di lesione oggettiva né di legame soggettivo nel momento della condotta distrattiva o di falsificazione.

Quindi sono molto contrario al bene giuridico in "economia pubblica" a meno che non riusciamo a concentrare bene le fattispecie sulla lesione di interessi patrimoniali diffusi che davvero vogliamo tenere perché meritano di essere protetti. Non sono contrario a mantenere un diritto penale dell'economia forte, ci vuole la tutela dell'economia e non si può fare a meno della tutela delle fattispecie penali. Chiedo solo un ritorno ad Adam Smith, ai principi fondamentali di un'economia

liberale che ha un afflato etico di fondo (egli era favorevole al diritto penale dell'economia): quando parlava delle fattispecie di bancarotta di Giorgio II, che per quel reato aveva introdotto la pena di morte, egli dice che è molto giusto perché non c'è nessuna frode che sia così difficile da scoprire e così grave quando non viene scoperta. In un'economia liberale, potrei citare anche Carrara che, in alcune pagine sulla bancarotta, riconosce come il fido, la fiducia del mercato sia un bene giuridico fondamentale. Potrei anche dire, andando indietro, che il diritto penale dell'economia nasce prima del diritto dell'economia e cioè le più antiche ipotesi di normativizzazione dell'economia sono penali. La prima traccia di un processo penale di cui abbiamo gli atti è un processo penale tenutosi sotto il regno di Ramsete II, durante il Nuovo Regno dell'Antico Egitto, intorno al 1290 a.C. Era un caso che sta tra l'ipotesi dell'art. 2634 ed il peculato: il custode di un tempio, insieme con la moglie, si è portato via mandrie di bestiame, 2000 libbre di rame, argento, gioielli tutti annotati fedelmente dallo scriba cancelliere sugli atti del processo. Poi purtroppo il papiro finisce e non ci dice come sia finita, ma dubito che gli abbiano concesso l'indulto. Ma anche sul fallimento, le leggi delle 12 Tavole erano norme penali sulla bancarotta e nascono prima della disciplina civilistica del fallimento che invece è medievale.

Quindi il diritto penale dell'economia è sempre esistito, perché è sempre esistito un grave possibile danno sul patrimonio diffuso a causa di questo tipo di comportamenti.

Allora qual è il rapporto tra diritto penale dell'economia intesa come patrimonio diffuso e diritto penale del patrimonio? È come, richiamando la relazione del Petrini, il rapporto tra incolumità pubblica e la tutela di vita e salute? Non proprio, perché fattispecie quasi a forma libera, tranne quelle tedesche di cui parlava Petrini in merito all'incolumità pubblica, nei confronti di pericolo concreto per l'economia diffusa mi fanno una gran paura. Nell'economia oggi vigente, nella società del rischio, il pericolo concreto – direbbero gli economisti – di una redistribuzione forzosa della ricchezza (gli economisti distinguono tra i reati che distribuiscono la ricchezza, quindi creano una distribuzione forzosa della ricchezza, come il falso in bilancio o la bancarotta, e i reati che producono ricchezza, come lo sfruttamento della prostituzione o lo spaccio di stupefacenti) è insito nell'economia contemporanea globalizzata. Siamo nell'economia del rischio (qui ricordo Bonelli tra gli studiosi di diritto commerciale), non è giusto che gli investitori si giovinno del rischio, se le cose vanno bene, e poi cerchino di mandare in galera chi ha cagionato il rischio, se le cose vanno male.

Quindi dobbiamo stare molto attenti a costruire fattispecie di pericolo concreto a tutela dell'economia, intesa come pericolo concreto per il patrimonio diffuso, e ad agganciarle a condotte forti, con forte connotato (e qui ritorno ad Adam Smith) di frode o di violenza, secondo l'ancestrale divisione di reati contro il patrimonio, e mai a forma libera, dove la frode è la mancanza di trasparenza, lo sfruttamento interessato delle asimmetrie informative, la scorretta comunicazione del rischio.

Il tema del mercato del rischio è interessantissimo, meriterebbe un maggiore approfondimento ma non è questa la sede. Oggi il rischio è diventato una *commodity*, il rischio si vende. Il mercato dei prodotti finanziari strutturati dei derivati è un mercato dove si vendono e si comprano rischi. Allora non possiamo punire perché si è creato il pericolo concreto, perché il rischio è addirittura l'oggetto della compravendita; dobbiamo quindi limitarci a fattispecie realmente fraudolente, dove

la frode starà nella mancanza di trasparenza e cioè nella violazione delle regole di correttezza che sono il fondamento della disciplina dell'economia.

Avviandomi verso la conclusione, dico che, di fronte a questa economia intesa come patrimonio-investimento dei cittadini, noi possiamo tenerci e migliorare alcune fattispecie di reato che nella parte speciale del codice già ci sono, come riciclaggio, ricettazione, la vecchia truffa, le frodi in commercio – che possono trovare delle nuove rimodulazioni. Forse potremmo aggiungerci un paio di fattispecie che hanno altri paesi, di cui da tempo si parla ne che non ci sono: come una fattispecie generale di infedeltà, classico modello svizzero, mai poi applicato in Italia; la corruzione commerciale: la prima che dovrebbe essere introdotta in Italia è la corruzione tra privati sul modello tedesco, che funziona benissimo, la cui mancanza ha trasformato in pubblico ufficiale gente che pubblico ufficiale non è. Mentre il resto, come reati tributari, reati societari, reati fallimentari, reati ambientali, deve restare, contrariamente al modello Nordio, accanto alle normative speciali perché è strettamente integrato con le normative speciali di riferimento. Spesso si fa confusione persino quando le fattispecie penali sono dentro le normative speciali di riferimento, perché siamo riusciti a riformare il penale societario prima del diritto societario, il fallimentare senza riformare il penale fallimentare. Se riusciamo a fare confusione anche quando le normative sono insieme, figuriamoci cosa saremmo capaci di fare se le teniamo divise. Tutto il resto va ristrutturato tenendo conto che vanno ristrutturate molte cose che stanno intorno al penale.

Quando mi chiedono quale sia il peggior problema del processo penale, io rispondo il processo civile: tante volte per migliorare la giustizia penale bisogna migliorare le cose che stanno intorno al diritto penale, pensando a norme che stanno al confine tra il penale e il processuale, per esempio, una seria riforma del diritto penale finanziario, oppure una riforma della competenza in tema di reati finanziari. Qui noi abbiamo la nuova legge del 2005 che stabilisce che i giudici italiani possono perseguire in campo finanziario *insider trading* e manipolazioni di mercato anche se avvenuti completamente all'estero, ma non dicono quale sarebbe il giudice naturale. Questo solo per dire come sono le normative circostanti a dover essere modificate.

Questo vale anche per normative civili. Per esempio, la risoluzione del vecchio problema del rapporto tra l'azione civile nel processo penale e il processo penale. In Italia uno dei peggiori problemi è che, con tutto vantaggio dei nuovi avvocati penalisti di impresa, si fanno processi penali per cose che, a pari livello di gravità, a pari livello di sensibilità sociale, a pari livello dei problemi (perché i problemi sono globali) altrove sono risolti dalla giustizia civile. Faccio qualche esempio: la responsabilità penale da prodotto si fa solo in Italia, anche i processi per truffe bancarie o per disastri ambientali si fanno in sede penale, mentre altrove si fanno in sede civile. Forse dovremmo modificare il sistema civile, rendendo più semplice per le vittime di questi comportamenti riuscire ad avere il risarcimento dei danni senza dover fare una *class action* che, uscita dalla porta del diritto civile dove non riesce ad entrare, finisce con il rientrare dalla finestra del processo penale. Se si risolvesse questo problema, forse il diritto penale dell'economia potrebbe tornarsene nei suoi più ristretti confini.

## LA TUTELA DEL PATRIMONIO

Chiunque si appresti ad occuparsi di una possibile riforma dei reati “contro il patrimonio”, deve fare i conti con una constatazione: che nella realtà di oggi dei reati riguardanti i reati di cui gli articoli 624 e seguenti, classificati come reati contro il patrimonio, di bene giuridico patrimonio c’è rimasto veramente pochissimo. È una constatazione che deve essere un punto di partenza per un’eventuale valutazione di riforma. Intendo dire che il tema, ad esempio, della truffa – che sarebbe un classico reato contro il patrimonio – ormai viene visto da larga parte della giurisprudenza come una forma di tutela della libertà del volere, prima ancora che di tutela del patrimonio individuale. Tant’è vero che, ad esempio, secondo una giurisprudenza forse non di maggioranza, ma presente, si punisce per truffa anche quando un danno patrimoniale del soggetto passivo non c’è, purché si constati l’inganno e la deviazione del volere contrattuale rispetto a quella che sarebbe stata la volontà senza quell’atto decettivo. Il che significa che, prima ancora che il patrimonio, è la tutela della libertà del volere negoziale che viene in considerazione, quindi più un profilo di libertà che un profilo patrimoniale.

L’appropriazione indebita – altro reato ben caratteristico nell’ambito dei reati contro il patrimonio – viene vista, almeno da parte della giurisprudenza con riferimento ai fatti di appropriazione indebita in ambito societario, più che come norma che tutela il patrimonio della società o dei soci, come norma che punisce la violazione di legge. Basti pensare al caso della formazione di fondi riservati o di fondi neri che vengano messi da parte per eventuali attività riservate della società, ma sempre nell’interesse sociale, cioè senza negare i diritti della società o dei soci; qui la violazione della norma viene reputata come un fatto che integra l’indebito dell’appropriazione indebita (ormai in ambito societario sempre perseguibile d’ufficio e non perseguibile a querela di parte, perché c’è sempre l’aggravante dell’articolo 61 numero 11 sulla relazione di prestazione d’opera dell’amministratore o di chi altri nei confronti della società).

La stessa usura, in una famosa sentenza della Corte di Cassazione, viene vista, più che come una tutela del patrimonio e del rispetto dell’eguaglianza delle condizioni contrattuali, come invece una norma che tutela anche il bene della vita e dell’incolumità personale del soggetto passivo. In quella famosa sentenza, ci si chiedeva se l’autore dell’usura dovesse rispondere del suicidio della persona vittima dell’usura e la conclusione a cui pervenne la Corte di Cassazione in questo caso fu quella secondo cui l’autore dell’usura risponde se vi è un coefficiente di prevedibilità. Ma in un contesto in cui l’usura viene vista e interpretata non più come un fatto di natura eminentemente patrimoniale, ma come un fatto che determina disagio, preoccupazione, problemi di tipo psicologico per la vittima prima ancora che per il suo patrimonio.

Per non parlare poi di ricettazione, riciclaggio, reimpiego, 648 - 648 bis - 648 *ter*, da sempre qualificati come delitti anche contro l’amministrazione della giustizia, non solo contro il patrimonio. Questa è una valutazione sempre fatta, almeno da quando è entrato in vigore il codice, ma con una particolarità: che il patrimonio,

soprattutto con riferimento al riciclaggio, oggi è totalmente obliterato ed eclissato, nel senso che il tema amministrazione della giustizia non è solo un’aggiunta di un bene giuridico al patrimonio, è diventata il bene praticamente esclusivo. Non solo, io credo che ci si debba far carico nell’ambito di questa tipologia di delitti, e soprattutto nell’ambito del riciclaggio, anche di alcuni problemi che credo siano ben noti a tutti. Da un lato, la presenza di due definizioni di riciclaggio nell’ambito del nostro ordinamento, quello del 648 *bis* e quello di cui la legge 231 del 2007. Sono due definizioni non coincidenti per giunta e questo evidenzia come l’esigenza di ridurre *ad unum* certe tipologie di reato sia veramente impellente, perché non si sa se si debba applicare l’una o l’altra: addirittura, quella della legge 231 del 2007 prevede forme di tentativo che, in materia di riciclaggio *ex art.* 648 *bis*, non era mai stato ritenuto configurabile. Non solo, qui c’è un altro problema che credo che l’interprete e chi si accinge a valutare una riforma debba prendere in considerazione.

Nel settore del riciclaggio sono apparsi sulla scena due temi che sembravano in larga parte obliterati nel tempo. Il primo è quello dei reati di sospetto: vi sono ipotesi di sospetto sia nella legge, che nel decreto ministeriale 16 aprile 2010, con riguardo agli indicatori di anomalia in materia di riciclaggio, che in tutto quel complesso che si usa chiamare di *soft laws*, cioè normative secondarie delle autorità di vigilanza o di organismi privati, consigli dell’ordine, etc., da cui emerge un’attenzione al sospetto che talvolta viene ad essere menzionato attraverso una norma del decreto 231 del 2007 che è l’articolo 55 e suoi accessori, cioè la non compiuta, né adeguata verifica della clientela. Ma questo risorgere dei reati di sospetto (tradizionali negli artt. 707-708 in materia di contravvenzioni che riguardano la prevenzione dei reati contro il patrimonio), andando a vedere queste normative secondarie, la cui presenza integra la norma sul riciclaggio o integra norme collaterali, troviamo indici di sospetto che nemmeno le forme più autoritarie di interpretazione dei vecchi 707-708 credo fossero mai arrivati ad ipotizzare. Esempio: è un fattore di sospetto la provenienza geografica della persona che si appresta ad effettuare un’operazione o addirittura, ed è il decreto ministeriale a dirlo, è indice di sospetto quando il cliente mostra un’inusuale familiarità con la normativa anti-riciclaggio. Ora che la conoscenza della legge sia un fattore di sospetto in ordine al delitto di riciclaggio crea degli scenari e delle aperture straordinarie; allora tutte le volte in cui un determinato soggetto mostra familiarità inusuale con la normativa in materia di violenza sessuale è soggetto che può essere incline a compiere un fatto di violenza sessuale. Al tempo stesso, però, è un fattore di sospetto, – mi riferisco al punto 3 del decreto ministeriale – se pone ripetuti quesiti all’intermediario o al professionista in ordine all’applicazione della norma sul riciclaggio. In sostanza c’è il sospetto sia che conosca la legge, sia che, non conoscendola, cerchi di informarsi. È una ripresa del sospetto che ci porta molto lontano e sono forme non innocue, sono forme che non attengono solo a degli indicatori collaterali con il diritto penale, ma incidono direttamente su aspetti centrali del diritto penale, sia perché un’eventuale omessa verifica o inadeguata verifica può portare all’articolo 55, che è un delitto punito con sola pena pecuniaria e quindi può interessare relativamente poco (a parte le conseguenze che ci sono in termini extrapenali su requisiti di onorabilità ecc.) ma può essere anche fattore di favoreggiamento rispetto al riciclaggio, nel senso che un’omessa adeguata verifica, un mancato rispetto dei requisiti che indicano l’ipotesi di anomalia può costituire nell’ottica del pubblico ministero, – e non è fantasia, ma anzi ci sono almeno, a quanto mi consta, un paio

di processi sul punto –, un favoreggiamento del riciclaggio, considerato anche che il riciclaggio nella legge 231 del 2007 comprende già il favoreggiamento addirittura come condotta tipica del riciclaggio stesso, il favorire.

Questo per dire che, da un lato, queste tematiche ci allontanano molto dalle classificazioni tradizionali sui reati contro il patrimonio.

Tra i reati contro il patrimonio, inteso come patrimonio individuale, probabilmente è rimasto il furto. La stessa rapina è sempre stata vista come un reato con oggettività giuridica plurima. Quindi probabilmente è rimasto solo il furto o forse qualche fattispecie collaterale di scarsissima applicazione.

Dove troviamo il danno patrimoniale, che potrebbe essere il criterio significativo di organizzazione dei reati contro il patrimonio, il danno patrimoniale individuale? Lo troviamo altrove, lo troviamo ad esempio nell'articolo 2622 del codice civile in materia di falso in bilancio, caratterizzato da danno e quindi troviamo – al di fuori dei reati contro il patrimonio – una figura di danno patrimoniale.

Non sarebbe male, in un'ottica di riforma, magari minima e marginale, dare una definizione di alcune categorie che oggi la giurisprudenza fatica ad individuare con nuovi fenomeni e cioè definire il danno, definire il nocumento, visto che in tante fattispecie nuove, come nell'ambito della riforma dei reati societari, troviamo questa l'espressione, "Nocumento" è una cosa diversa dal danno e comprende anche forme di pregiudizio a beni immateriali, mentre con l'espressione danno ci si intende riferire esclusivamente al danno patrimoniale, anche se la giurisprudenza ritiene che nella nozione di danno rientri anche il danno non patrimoniale. La differenza tra danno e nocumento che in una norma, il 2635, cioè la corruzione privata o l'infedeltà a seguito di azioni di danaro è contenuto nella stessa fattispecie o almeno nelle fattispecie contigue del 2634 e del 2635 è rilevante; quindi una definizione di danno credo che sia ineludibile per cercare di ricondurre a un minimo di tassatività queste disposizioni che, forse nate tassative nel codice penale, fuori da esso tuttavia soffocano per interpretazione giurisprudenziale di una perdita di un connotato di certezza.

Questo vale anche per una definizione che considero necessaria di profitto: perché la lasciamo alla giurisprudenza la definizione di profitto? Perché dobbiamo vedere una serie di sentenze delle Sezioni Unite, per giunta adottate non in sede di cognizione ma in sede incidentale, se il profitto debba essere considerato, in certa tipologia di fatti, il ricavo che il soggetto ottiene da un reato o il ricavo meno i costi che eventualmente abbia sostenuto (ad esempio qualora si tratti di un'attività lecita, come la corruzione per avere un appalto, poi l'appalto viene effettivamente eseguito)? Il profitto è uguale al ricavo? O il profitto è uguale al ricavo meno i costi che ha sostenuto per svolgere un'attività lecita e concreta effettivamente eseguita? Perché dobbiamo affidarle alla giurisprudenza una definizione di questo tipo che può essere oggi nel senso di ritenere il profitto in questa tipologia di reati come appunto ricavo meno i costi, ma potrebbe benissimo essere in un'altra sentenza delle Sezioni Unite più recente considerato equivalente al ricavo di una determinata attività obliterando i costi? Perché consentire questa tipologia di oscillazioni quando si tratta di definizioni che non incidono solo sull'ablazione del profitto del reato, ma incidono soprattutto sul sequestro in funzione di confisca, cioè incidono su un'operatività cautelare che tutti noi sappiamo che significato può avere rispetto alla vita di una persona o alla vita di un'azienda?

Io credo che nel contesto di un'eventuale riformulazione, al di là delle singole fattispecie e prendendo in considerazione il fatto che ormai i reati contro il



patrimonio, in senso proprio, che tutelino cioè il patrimonio non ce n'è quasi più, un'opera definitoria dovrebbe essere fatta.

Un altro aspetto da prendere in considerazione è che oggi il patrimonio non coincide più con la proprietà, questa è una considerazione che già il codice del '30 faceva; ma oggi il patrimonio è sostituito dal risparmio, tanto è vero che la legge del 2005 riguarda la tutela del risparmio, la riforma del 2622 in materia di falso in bilancio parla di nocumento grave ai risparmiatori. Allora mentre il diritto reale è tutelato essenzialmente da azioni fisiche di aggressione oppure anche da azioni contrattuali che aggrediscano i diritti del soggetto, il risparmio più che una tutela diretta richiede un complesso di regole che disciplinino l'attività di chi il risparmio gestisce nell'interesse del risparmiatore, che in genere non ha mai un diritto reale sul danaro o sul titolo de-materializzato di cui è “titolare”, cioè non è proprietario. Di solito è proprietaria la banca del danaro depositato ed è proprietario, non si sa bene chi, quando io acquisto un titolo, uno strumento finanziario de-materializzato sul quale ho solo un diritto alla restituzione, alla ricezione. Allora lì più che una tutela specifica di un diritto “reale” sul bene, io ho bisogno che vi sia un complesso di regole che disciplinino e governino l'attività di chi gestisce il mio patrimonio come complesso di diritti che io ho verso un altro soggetto, non un diritto reale, ma un diritto di obbligazione di ricezione dei miei beni.

## LA RIFORMA DEI DELITTI DI CORRUZIONE

Rispetto al macrotema della pubblica amministrazione e dell'amministrazione della giustizia, mi limiterò in realtà più modestamente ad affrontare un tema, a me caro, sul quale ho avuto modo di riflettere, ovvero quello della riforma dei delitti di corruzione. Nel concentrarmi su questo profilo, su alcuni dei profili da approfondire, partirei da un giudizio sulla normativa vigente che è, come noto, una riscrittura degli articoli, da 318 a 322 del codice penale, avvenuta con la riforma del 1990 che mirava a svecchiare il sistema, a privarlo di quella ossessione del prestigio dell'autorità che lo caratterizzava – come il prof. Stortoni, insieme al prof. Padovani, scrive nel suo libro sull'introduzione alla parte speciale – e piuttosto a rifondare il sistema sul binomio, divenuto un po' un simulacro, tra imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, un orientamento un po' più al passo con il dettato costituzionale. Ne è venuta fuori una riforma il cui vizio principale risiede nel non aver saputo bilanciare, con la dovuta sapienza, due opposte esigenze, entrambe fondamentali ed opposte, ovvero l'esigenza di frammentarietà del diritto penale, tesa a garantire che le fattispecie incriminatrici prese in considerazione siano effettivamente offensive di beni di rilevanza sociale; dall'altro lato, l'esigenza di efficacia e completezza della tutela penale. Questo risulta evidente nella materia della corruzione.

Guardato retrospettivamente, il sistema dei reati di corruzione appare cioè, da un lato, sovra-inclusivo, ovvero contiene forse più incriminazioni di quelle che ci dovrebbero stare, nel senso che incrimina più fatti di quelli che dovrebbe incriminare (per esempio, come avrei voluto dimostrare, certe condotte del privato corruttore che, a mio giudizio, non sono meritevoli di essere incriminate), oppure incrimina allo stesso modo corruzione propria antecedente e susseguente, laddove vi è un'evidente diversità di disvalore; dall'altro lato, però, questo stesso sistema appare superato dalla realtà criminologica che nel frattempo, da Tangentopoli al caso Enav, è andata emergendo nei 20 e oltre anni trascorsi da allora.

Quindi, come direttrice generale, una riforma della disciplina della corruzione dovrebbe orientarsi a ricostruire un sistema penale veramente frammentario, cioè un sistema capace di cogliere il vero disvalore attualmente posseduto dalle pratiche corruttive e capace di selezionare tutti e soltanto, però, i fatti realmente meritevoli di essere selezionati e resi penalmente rilevanti. Un sistema veramente frammentario anche nel senso che sia un insieme di norme che realmente si ispiri al principio del diritto penale come *extrema ratio* e che, in sintesi, prenda atto della circostanza, ovvia, secondo cui il diritto penale non può risolvere il problema della corruzione, un problema che va risolto altrove e che, come dimostra l'esperienza di Tangentopoli, la repressione penale giudiziaria non risolve. Tanto è che, ad oggi, ci troviamo di nuovo impelagati in sistemi corruttivi largamente sistemici e consolidati. Vorrei tuttavia concentrare in particolare la mia attenzione su pochi profili che ritengo essenziali rispetto al problema della riforma dei delitti di corruzione.

Un profilo essenziale, o ritenuto tale a ragione, ha a che fare con il modello di riferimento, cioè: qual è l'immagine di corruzione che emerge dal nostro codice penale? È un modello che potremmo definire un 'modello mercantile', cioè un modello in cui la corruzione è assunta come uno scambio o compravendita, denaro contro atti d'ufficio, essenzialmente uno scambio.

L'idea è che invece la realtà criminologica è emersa sin dall'inizio degli anni '80 (il caso Teardo) poi nel corso degli anni '90 (il caso Tangentopoli), abbia visto un superamento di questo modello.

Nella realtà dei fatti, la corruzione non è più uno scambio, una serie di scambi puntuali fra retribuzione indebita e atto d'ufficio, piuttosto ha assunto dei caratteri più sfuggenti, più sistemici e comunque non sufficientemente colti da quello schema mercantile. A tale scopo si propone da più parti – già lo si propose con il "progetto Cernobbio", ma lo si continua a proporre anche oggi in una serie di progetti di legge in discussione in parlamento – di riformulare la fattispecie della corruzione abbandonando il riferimento allo scambio tra denaro dato e atto d'ufficio, che il pubblico agente si impegna a compiere, e riconducendolo piuttosto ad un diverso schema che si può sintetizzare nella formula secondo cui si ha corruzione tutte le volte in cui il pubblico agente riceve denaro in considerazione dell'ufficio, della sua qualità, a prescindere da un riferimento oggettivo, tracciabile, preciso con la retribuzione di un atto d'ufficio concretamente determinato o determinabile.

Secondo me proposte di questo genere costituiscono una risposta inadeguata ad un problema realmente esistente, perché non c'è dubbio che la realtà criminologica sia cambiata rispetto a quella che scorreva sotto gli occhi di Rocco, oggi sono molto più diffuse pratiche paracorruttive o quasi corruttive in cui si dà denaro o altra utilità al pubblico agente per esempio per tastare il terreno o come per iscriverlo al proprio libro paga, in modo tale da ottenerne una disponibilità generalizzata, a futura memoria, per eventuali bisogni che possono dopo emergere. Oppure accade che si costituiscono consorterie politico-affaristiche a cui si partecipa con una sorta di tassa d'iscrizione pagata dal singolo imprenditore, il quale in cambio ne otterrà la partecipazione a gare ecc.

Però la risposta a questa mutata realtà criminologica non è uno svuotamento del 'modello mercantile'. In realtà il 'modello mercantile' ha una sua funzione ancora oggi, perché in realtà assicura l'individuazione di un chiaro e consistente contenuto di illecito delle condotte incriminate che invece sfugge al modello alternativo, cioè il contenuto di illecito che potremmo visualizzare nell'idea che la corruzione costituisca una sorta di rifeudalizzazione dell'amministrazione statale, dove l'agente che viene corrotto agisce secondo un metodo – quello proprio dello stato feudale – in cui l'ufficio rappresenta essenzialmente un oggetto di proprietà privata suscettibile di essere venduta. Lo Stato moderno di diritto nasce proprio sul superamento di questa concezione privatistica dell'ufficio.

La corruzione nel senso mercantile ripropone questo modello e quindi rappresenta ancora oggi un punto di riferimento necessario; semmai si può pensare di introdurre una diversa fattispecie che abbia la funzione di cogliere i profili che realmente caratterizzano queste nuove realtà criminologiche nel loro disvalore. Si può pensare di introdurre una diversa fattispecie di foraggiamento corruttivo, di sovvenzioni corruttive come talora le si definisce; fattispecie che però, per esempio, posto che la caratteristica di questi tipi di nuove fenomenologie di corruzione viene individuata nella circostanza che lo scambio corruttivo assume natura

sistemica e continuativa, si potrebbe pensare ad una nuova fattispecie imperniata non già sulla dazione *una tantum*, sul semplice fatto di dare un'utilità in considerazione dell'ufficio, peraltro indeterminata, ma, piuttosto, che si organizzi su una reiterazione della condotta e quindi sia configurata come un reato abituale proprio, con profili soggettivi pregnanti che quindi consentano di individuare una precisa intenzione del soggetto di instaurare un rapporto corruttivo durevole nel tempo.

Vorrei portare l'attenzione su un diverso profilo che è stato segnalato all'indomani della vicenda Tangentopoli e che attiene alle modalità e agli strumenti attraverso i quali il diritto penale possa riuscire a fare emergere le vicende corruttive. Una delle caratteristiche delle pratiche corruttive è che, per la maggior parte, rimangono occulte, sono coperte da un'elevatissima cifra oscura, rimangono nell'ombra e quando emergono dall'ombra è troppo tardi perché non cada su di loro la scure della prescrizione.

La proposta che si fece dopo Tangentopoli, e che ancora oggi è riformulata in numerosi progetti di legge, è quella di istituire una causa di non punibilità a beneficio del corruttore, del privato che entro un certo termine, ovvero entro tre mesi dallo scambio corruttivo, denunci la vicenda, portandola così ad emersione.

Secondo me questa proposta non è idonea a conseguire l'obiettivo in vista del quale la si effettua, perché mi pare che essa sia segnata da un eccessivo ottimismo in merito al costo morale che il rischio della repressione penale rappresenta per i soggetti che sono coinvolti nella vicenda corruttiva. In altri termini, prospettare la possibilità di non essere puniti dopo la denuncia dello scambio corruttivo, sarebbe una prospettiva appetibile per un corruttore solo a due condizioni, cioè che, da un lato, sussista davvero il rischio di venire scoperti e puniti e, in secondo luogo, che tale rischio sia sufficientemente elevato da superare o compensare il vantaggio rilevato dalla partecipazione alla pratica corruttiva. A me pare che, di fatto, nessuna di queste due condizioni nella realtà si verifichino, come dimostra l'elevatissima cifra oscura che caratterizza le pratiche corruttive. Il rischio che le vicende corruttive emergano alla luce è scarso e ancora più scarso è il rischio che una loro scoperta porti a conseguenze penali, vista l'elevatissima possibilità che su di essa cada la prescrizione. A ciò si aggiunga che la denuncia della corruzione da parte del corrotto (quindi l'eventuale denuncia cui il corrotto dovrebbe essere invogliato da una prospettiva di non punibilità o in altri casi da un'attenuazione di pena) oltre che comportare un vantaggio tutto sommato relativo in termini di impunità, avrebbe invece un costo tutt'altro che indifferente per il corruttore stesso, vale a dire la rottura del patto corruttivo, ciò cui nessuno dei due soggetti ha reale interesse, tanto più che queste cause di non punibilità o di attuazione della pena sono congegnate in modo tale da accentuare questa mancanza di interesse nei soggetti coinvolti. Per esempio, si stabilisce che la denuncia debba avvenire entro tre mesi dalla consumazione del reato, mentre non è plausibile che in tre mesi dalla consumazione del reato una delle due parti abbia perso interesse alla corruzione. In altri casi, poi, si richiede altresì la restituzione del malto o del maldato.

## I REATI DI FALSO

Prima di affrontare il tema centrale dei reati di falso, vorrei fare tre considerazioni preliminari e la prima riguarda il dibattito sulla centralità o meno del tema della riforma del codice penale.

Io distinguerei due profili: da un lato, c'è un'azione politica che esige che si metta presto mano ad un'emergenza penalistica che va dal profilo del sistema carcerario, sanzionatorio, stupefacenti, immigrazione e misure di prevenzione; dall'altro c'è una riflessione accademica che deve costantemente occuparsi dei temi di più ampio respiro. Inoltre io vedo anche il crearsi di una serie di condizioni che, anche da un punto di vista dell'azione politica, potrebbero aiutare a promuovere determinate iniziative.

La seconda considerazione, riflettendo in termini di "respiro" su quella che può essere la dimensione della codificazione e della riforma della parte speciale, è che ho la sensazione che il nodo centrale riguardi la costruzione di modelli virtuosi, allora l'obiettivo che dobbiamo porci è quello di tornare a pensare i tipi criminosi, perché in una realtà dove, da un lato, c'è il legislatore che conosciamo, dall'altro lato, c'è un protagonismo storico-culturale costituzionale inevitabile della giurisdizione, il grande punto di equilibrio diventa il tipo criminoso, cioè la capacità di creare tipi criminosi omogenei e capaci di leggere una realtà trasformata.

L'ultima considerazione riguarda le falsità documentali: me ne occupo segnalando l'aspetto chiave, per me, in ordine a questo adeguamento della legislazione alla modernità, che è il grande problema del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, perché dietro la riforma delle falsità moderne c'è questa problematica.

La mia riflessione si divide in 4 parti: la modellistica, il diritto vigente, il diritto vivente e le prospettive di riforma.

Dal punto di vista della modellistica, noi abbiamo due grandi modelli: uno è il modello ingannatorio, dove si tutela la fede pubblica in termini di messa in pericolo della fiducia dei consociati; poi abbiamo il modello del buon andamento, quindi si compromette il buon andamento della pubblica amministrazione. Sul modello ingannatorio io direi che le fattispecie vengono concepite come reati di pericolo di inganno, il disvalore del modello ingannatorio si incentra più che sulla condotta, sui documenti, il *quid pluris* è il documento, è sostanzialmente poi il modello la cui massima espressione la si trova nel pensiero di Antolisei. Quindi il *quid pluris* è dato dai documenti, la fiducia che si riversa su questi documenti e quindi il disvalore di condotta passa in secondo piano.

Da un punto di vista del tipo, abbiamo un falso materiale che tende a non dare rilevanza a soggetti attivi, indipendentemente pubblico ufficiale o soggetto privo di qualifica, mentre tende a distinguere tra documenti pubblici e privati, perché nel documento pubblico la società ripone particolare fiducia. Diversamente rispetto al privato. Dal punto di vista del falso ideologico, viene inteso come aggressione della veridicità e si ha una notevole espansione perché in questa prospettiva il falso

ideologico viene concepito anche rispetto alle scritture private; sul piano dei soggetti, si torna a distinguere tra pubblico ufficiale e soggetto non qualificato perché la menzogna che proviene dal pubblico ufficiale è più grave rispetto a quella che proviene dal privato.

Questo modello ingannatorio ha come profili un ambito applicativo ampio e rischi di sovrapposizione con quella parte di fattispecie che si caratterizzano per l'inganno, quindi che sono di frode.

Il modello della pubblica amministrazione è un modello che invece si caratterizza per l'offesa al buon andamento, nella consapevolezza che c'è una serie di attività della pubblica amministrazione legata ai documenti. Si può trattare di attività in cui la stessa documentazione diventa l'esercizio di una funzione pubblica: penso all'attività fidefacente, oppure di attività documentali strumentali all'esercizio di determinate funzioni. Quali sono i caratteri di questo modello? Sono molto diversi, perché il disvalore si concentra molto sulla condotta e quindi si ha: un soggetto non legittimato ad esercitare l'attività di documentazione (quindi falso materiale) oppure un soggetto che fa un uso distorto della propria attività di documentazione, perché dovrebbe dichiarare il vero e invece dichiara il falso. Va messo in evidenza che si creano problemi, soprattutto quando il privato dichiara il falso al pubblico ufficiale, perché per motivi tecnici si pone la necessità di un'incriminazione espressa di quel soggetto che dichiara il falso al pubblico ufficiale, laddove il pubblico ufficiale non ha il dolo di falsificare e qui è classico il sistema tedesco. Questo modello ha in sé dei rischi, perché viene a creare dei vuoti di tutela: tutto si orienta in termini fortemente pubblicistici e si sovrappone ad altre fattispecie come l'abuso d'ufficio o altro.

Quello vigente è un modello che ha messo insieme due paradigmi. Si trova chiara l'impronta strutturale del primo blocco delle falsità, fortemente ispirato alla pubblica amministrazione; il secondo blocco è ispirato all'inganno. Le falsità materiali, dal punto di vista della pubblica amministrazione, si distinguono tra incompetenza assoluta ed incompetenza relativa, articoli 476-482; si hanno notevoli distinzioni tra i tipi di documenti pubblici, il che si giustifica soltanto nella logica della pubblica amministrazione, non in una logica ingannatoria dove la grande distinzione è tra pubblico e privato. Sul piano del blocco ingannatorio, si distingue tra atti pubblici e scritture private, si prevedono falsità ideologiche in scritture private, falsità materiale nella scrittura privata con requisiti aggiuntivi che si spostano verso l'ingannatorio (l'utilizzo per esempio). Particolarmente interessante nel sistema vigente è la fattispecie chiave dell'articolo 483, una fattispecie particolare e molto ambigua (la dichiarazione falsa del privato al pubblico ufficiale), che non si è mai capito se riguardasse le dichiarazioni del privato rispetto al pubblico ufficiale con riferimento a documenti pubblici fidefacenti – richiamando così il modello della pubblica amministrazione – oppure si trattasse soltanto della dichiarazione di un privato ad un pubblico ufficiale che documentava, ispirandosi così al modello ingannatorio.

Questa è sempre stata una grande ambiguità del 483 su cui torneremo a breve perché lì si gioca gran parte del sistema. Oltretutto tale fattispecie, proprio per quelle ambiguità che ne costituiscono un punto di debolezza, ha espresso anche un punto di forza del nostro sistema, perché ha permesso di utilizzare il 483 come strumento per andare a perseguire tutta la problematica dei rapporti tra privati e pubblica amministrazione, è diventato lo strumento che ha consentito di adeguarsi al fenomeno, pur perdendo in termini di "tipo".

Ed eccoci al modello vivente che, proprio a causa di questa combinazione (ingannatoria) della pubblica amministrazione, diventa un modello estesissimo, frammentatissimo, di difficilissima gestione; tutti problemi assolutamente noti che nascono proprio laddove non siamo riusciti a risolvere, in termini di tipo, il rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione. Faccio un esempio: il problema è la falsa dichiarazione del privato ad un pubblico ufficiale, rispetto alla quale sono fondamentalmente elaborate diverse figure non tipizzate: il falso implicito, il falso per omissione e, soprattutto, la figura del falso ideologico per induzione della pubblica amministrazione, con in più l'utilizzo di un 483, sempre per le false dichiarazioni del privato al pubblico ufficiale. E qui noi abbiamo un insieme di fattispecie che gravano e concorrono, tanto è vero che ultimamente ci sono indirizzi giurisprudenziali che puniscono con un concorso materiale tra l'articolo 479, combinato con l'articolo 48 c.p. (falso ideologico per induzione) e l'articolo 483. Qui siamo veramente alla dissoluzione del tipo.

Allora quali possono essere le prospettive di riforma? Io penso che ci sia la necessità di una riscrittura complessiva che si orienti alla capacità di individuare fortemente il tipo. E allora il tipo che noi potremmo utilizzare ruota intorno alle funzioni del documento, e cioè non tanto del singolo documento, ma le funzioni che il documento ha ontologicamente, le sue funzioni tipiche. Il documento svolge tre funzioni fondamentali: la funzione di garanzia, cioè quella di dirci chi è l'autore del documento; la funzione di prova in termini forti (non tutti hanno una funzione prova) come prova fidefacente; in terzo luogo, la funzione di perpetuazione.

Ed è qui che ruotano fondamentalmente le tre grandi fattispecie, da qui verranno fuori il falso materiale, su cui mi soffermo, il falso ideologico rispetto alla funzione probatoria e poi il falso consistente nella distruzione o nell'uso laddove c'è il profilo della perpetuazione.

In particolare le falsità materiali: è chiaro che, da un punto di vista delle funzioni del documento, non ha senso distinguere tra soggetti e tra documenti, il disvalore del fatto è identico. Se proprio si volesse accentuare un disvalore laddove c'è falsificazione di un documento pubblico, lo si può fare, ma da un punto di vista del tipo quello che interessa è compromettere la paternità.

Quanto alla falsità ideologica: solo falsità in atti pubblici fidefacenti con una previsione specifica e rigorosa per il privato e il vero nodo scoperto riguarderà le falsità documentali dei privati ai danni della pubblica amministrazione.

Qui si dovrebbe prevedere, appunto, l'ipotesi del privato che rende una falsa dichiarazione rispetto ad un pubblico ufficiale che opera in termini fidefacenti; un'ipotesi di falsità del privato rispetto ad un pubblico ufficiale che esercita un potere di controllo immediato rispetto alla dichiarazione che fa; ed infine un'ipotesi di falsa dichiarazione del privato rispetto alla quale non c'è né fidefacenza né controllo immediato del pubblico ufficiale, ma quella dichiarazione entrerà nell'iter processuale, penso ad esempio alle autocertificazioni.

Allora io proporrei questa opzione: eliminare le fattispecie problematiche degli articoli 478 - 486 - 488, perché riguardano fatti che poi rientrerebbero nelle grandi fattispecie ed eliminare tutte le norme definitorie che hanno solo creato problemi (si pensi al problema della norma definitoria sul documento informatico).

Quanto alla falsità materiale, le ipotesi di cui gli articoli 476 - 477 - 482 - 485, andrebbero raggruppate in un'unica falsità materiale dove poi distinguere documento privato e documento pubblico; quanto alla falsità ideologica, si dovrebbero eliminare le falsità in scritture private, 484, e riunire, d'altra parte, le fattispecie

degli articoli 479 e 480 in un'unica falsità ideologica relativa ad atti pubblici fidefacenti; infine, con riferimento alle dichiarazioni del pubblico ufficiale, si potrebbero prospettare tre diverse fattispecie in un ordine di disvalore decrescente: il privato che dichiara il falso al pubblico ufficiale con funzioni fidefacenti; il privato che dichiara il falso al pubblico ufficiale che svolge la funzione di controllo immediato ma non fidefacente, il privato che dichiara il falso al pubblico ufficiale che non compierà controlli e la cui dichiarazione entrerà nell'*iter* procedimentale, che può portare – tra virgolette – ad ingannare e compromettere il buon andamento della pubblica amministrazione.



## LA TUTELA DELL'ASSETTO POLITICO ISTITUZIONALE DELLO STATO

Parlo di un argomento che per un verso potrebbe sembrare quasi scontato come settore esemplare di bisogno di riforma, ma che merita qualche puntualizzazione almeno sotto due profili.

Il primo è introduttivo per dire come la penso su alcune belle sollecitazioni sulla riforma del codice penale; il secondo sulle possibilità di intervento, tanto in senso riduttivo dell'area dell'attuale rilevanza penale, quanto per alcune indicazioni in positivo, anche se mi limiterò a indicazioni di metodo più che a soluzioni specifiche, che sicuramente sono molto più utili di quanto saranno le mie per una prospettiva concreta di riforma.

Per quanto riguarda il primo punto, che il Libro Secondo, Titolo Primo presenti dei bisogni di riforma, può essere considerato scontato, non è facile trovare chi non giudica questo settore del codice sovrabbondante quanto a materia incriminata e a relativi livelli sanzionatori, espressione di una visione superata dello stesso oggetto di tutela, nel corso del tempo sovraccarico di una pluralità di interventi eterogenei. Da più parti si è posto il problema se il codice da riformare sia il codice Rocco o il codice della Repubblica, che ci siamo fatti in questi anni. Io direi che, alla luce di quanto sostenuto dal prof. Padovani, che diceva di ciò che conta è che non ci piace, che c'è un bisogno di riforma, la questione potrebbe risultare quasi oziosa. Potrebbe non esserlo però se il lavorare nei confronti del codice Rocco, o sul coacervo che – come cercherò di dimostrare – è oggi questa materia, può incidere sull'impegno comune di riforma. L'ho fatto anch'io il gioco di contare quante delle 73 incriminazioni originariamente contenute in questo titolo del codice Rocco è sopravvissuto ad un 'non intervento' da parte dei numerosi legislatori che si sono succeduti: se si deve guardare al mero numero, questa parte del codice, la più estesa, (anche al di là del numero di incriminazioni di altri settori cospicui, come quello trattato da chi mi ha appena proceduto), di queste 73, solo 20 incriminazioni sono rimaste intatte, non toccate dalle ondate di ricodificazione successiva. Certamente, il dato potrebbe apparire molto magro, si potrebbe ritenere che la prospettazione del prof. Padovani sia fondata.

Se però si passa da un'analisi quantitativa ad un'analisi qualitativa, si ha chiaro che anche rispetto a questo coacervo di incriminazioni vi sono dei tratti genetici ancora molto evidenti della paternità di Rocco. Anche se è altrettanto vero che vi sono aspetti riconducibili alla lunga stagione repubblicana che ha seguito varie ondate di intervento e allora ci si rende conto che questa situazione ha dato adito o comunque ha comportato un ibrido, un *patchwork*: ci sono tratti molto significativi (io adesso potrei richiamarli anche solo con il nome delle rubriche) in queste 20 incriminazioni intatte, ma molte delle altre incriminazioni riproducono stilemi di tipo linguistico, che grondano un'ispirazione complessiva, espressione di un'impostazione sicuramente riconducibile ad alcuni aspetti dell'impostazione originaria.

E del resto, quando Tullio Padovani già 31 anni fa (nel 1980) prospettava una tesi di continuità istituzionale tra codice Rocco, i codici precedenti e quello che è venuto dopo, tuttavia nello stesso arco temporale (nel 1982) pubblicava il bellissimo contributo sul bene giuridico, riforma dei delitti politici, che ha fatto da trama ispiratrice della parte sui delitti politici poi travasata nella commissione Pagliaro. E lo stesso Giovanni Leone, straordinaria figura di penalista integrale, che scriveva di diritto sostanziale e diritto processuale, che insieme a Delogu si schierò per il mantenimento dei codici e venne facilmente criticato da autori relativamente recenti, sul punto dei delitti politici – ho le citazioni – dice che si tratta di un aspetto da caducare del vecchio sistema e del quale invece va mantenuto l'aspetto garantistico.

Sull'esigenza di intervenire, dopo il ritorno delle libertà costituzionali, in questo settore si può dire che anche coloro che non volevano cambiare tutti i codici concordano. Inoltre c'è l'altra questione: occuparci di questo tema rispetto al problema di fondo della giustizia italiana, quello del sovraffollamento delle carceri e dell'efficienza. Qui il discorso si fa più impegnativo, perché in una ricerca che ho coordinato e che si è preoccupata anche della verifica empirica di questi problemi di fondo della riforma, abbiamo verificato quante sono state le fattispecie applicate in un arco temporale definito attraverso ricerche di tipo statistico, con azioni penali almeno iniziate. Ebbene, il tasso di applicazione di questa parte dei reati è molto basso, da un minimo di 3 a un massimo di 9 su un milione.

Evidentemente, quando noi ci poniamo il problema di riformare i delitti a tutela dell'assetto politico-istituzionale dello Stato, non ci muoviamo certo nella logica di risolvere il problema del sovraffollamento delle carceri. Siamo tutti d'accordo che su questi versanti, come ha detto con enfasi Padovani, si è raggiunto un livello di gravità straordinaria; io ho raccolto dati al 31 ottobre 2011 che sono preoccupanti: capienza regolamentare delle carceri 45.817, detenuti presenti 67.428, più del 50% oltre il livello di guardia. Questo solo per contestualizzare, non possiamo chiedere alla riforma dei delitti contro lo Stato qualcosa che sicuramente non può dare.

Riguardo alla parte della ricostruzione, io direi che la chiave di accesso dalla quale partire è la concezione dell'oggetto di tutela della materia e qui, riducendo il problema, configurerei due tipi di concezioni: la prima vede lo Stato come espressione della sovranità sui cittadini; la seconda lo concepisce invece come una forma giuridica che consente alla Costituzione di funzionare quale patto fondativo della comunità statale e in cui si esprime la sovranità popolare.

Nel primo caso abbiamo una concezione istituzionale personificata dello Stato, nel secondo caso una concezione di tipo funzionale.

Quanto alla prima concezione, è chiaro che qui lo Stato è una forma di soggetto rispetto al quale i cittadini sono subordinati e in questo caso abbiamo un tipo di prospettiva completamente diversa dall'altra e nell'ambito della quale esemplificazione del nostro codice penale potrebbe essere lunga. Ne richiamo solo uno: l'art. 242, il cittadino che non può fare guerra allo Stato sovrano. Qui è come se ci fosse una specie di contraddizione tra la scelta del cittadino e questo Stato che sta sopra di lui e che deve avere assicurata fedeltà attraverso lo strumento penale; se invece si parte da una concezione di tipo costituzionale, su tutta questa materia delle fattispecie che hanno a presupposto lo stato di guerra o che ruotano intorno ad una situazione di guerra, a me pare che si possa fare un deciso passo in avanti in senso riduttivo dell'area della materia codificata, perché si deve partire dal ripudio costituzionale della guerra come mezzo di risoluzione delle controversie

internazionali. Ebbene, questa affermazione, peraltro posta fra i principi, quindi con un particolare valore fondativo, ha una potenzialità espansiva che va oltre la dimensione letterale.

A me pare che ci si possa indurre a spingere fuori dal codice penale le situazioni che presuppongono lo stato di guerra, per rinviarle ad una normativa *ad hoc* sui conflitti armati, che deve essere approntata in caso di necessità. Solo apparentemente ciò contribuisce ad una decodificazione ulteriore perché, in verità, riafferma l'inerenza al codice dei valori fondanti uno Stato costituzionale inteso come organizzazione pacifica della forza. Ebbene, da questa prospettiva, saltano fuori ben 9 delle fattispecie incriminatrici oggi contenute nella parte di cui stiamo parlando, e d'altra parte, se ne rileggittimano in una prospettiva dimagrita alcune: per esempio l'attuale 244, che fundamentalmente risulta legittimo, offrendo una tutela anche penale nei confronti di atti di ostilità del cittadino verso Stati stranieri che esponano lo Stato, come soggetto rappresentativo della collettività nazionale, al pericolo di un conflitto armato; perché se io mi atteggiò in modo aggressivo nei confronti di un'altra realtà nazionale, tengo delle condotte che esponono uno Stato (cui tutti partecipano) al pericolo di conflitto armato e quindi rappresentano un pericolo per questa collettività. È chiaro che questa prospettiva non comporta una legittimazione assoluta della formulazione attuale del 244 perché, per esempio, si deve limitare la punibilità ad atti in cui l'ostilità non sia solo espressione di un'avversione ideologica, ma che riproduca la contrarietà al metodo democratico di manifestazione del pensiero, come atti violenti con minacce armate. E d'altra parte ancora limitare la punibilità alle ipotesi, meno grave della precedente di atti violenti o minacce armate, di atti che cagionino la rottura diplomatica o rappresaglie nei confronti di cittadini italiani, purché queste conseguenze siano rappresentabili all'atto della condotta. Riguardo al profilo delle intelligenze con lo straniero per impegnare lo Stato italiano alla notorietà della guerra, anche su questo versante, rispetto alla portata attuale della norma, una prospettiva che rifiuta lo stato di guerra porta ad una riduzione teleologica della fattispecie. E ancora si può arrivare ad eliminare l'articolo 246 della corruzione del cittadino da parte dello straniero. Anche qui il cittadino viene visto come portatore di funzione pubblica rispetto al compimento di atti contrari agli interessi nazionali. Una descrizione dell'evento troppo indeterminata per legittimare una norma incriminatrice che prefigura una sorta di svolgimento oggettivo di funzioni pubbliche da parte di ogni soggetto privato.

Al contrario, la prospettiva che possa condurre ad una ricostruzione orientata a questa visione dell'oggetto di tutela, cioè quella funzionale ad una concezione dello Stato come mezzo per garantire il funzionamento democratico e quindi della Costituzione, è una prospettiva che prevede anche altre fattispecie incriminatrici nei confronti di comportamenti lesivi del funzionamento di organi costituzionali. Penso, ad esempio, all'impedimento dell'esercizio delle forme costituzionali con violenza o minaccia. Il modello spagnolo di tutela del funzionamento del Parlamento, come da noi è previsto nell'articolo 289.

Per concludere su alcune indicazioni generali: in quella prospettiva dell'opposizione di visuali, non c'è dubbio che la strutturazione del codice non può che abbandonare l'ordine discendente del codice del 1930 per aderire invece ad una concezione in cui si parta dalla persona umana per arrivare a quelle realizzazioni della stessa persona umana in strutture collettive e organizzate strumentalmente volte allo svolgimento della sua personalità. È un punto acquisito: tanto il progetto

Pagliari, quanto il progetto Nordio lo considerano importante, nonostante che nel dibattito successivo si sia talvolta considerata questa una funzione secondaria.

Come sempre la sistematica non è la prima delle questioni, ma non sottovaluterei il valore complessivo di collegamento all'impostazione personalistica della nostra Costituzione del 1948, che questo dato potrebbe avere proprio per rileggitimare la funzione di un codice penale in un ordinamento così complesso.

Un codice penale che individui con chiarezza, sin dall'apertura, quelli che sono i valori base, potrebbe appunto ridare un baricentro ad un sistema certamente complesso. Da questa prospettiva non deriva solo una collocazione sistematica di fattispecie, ma a mio avviso potrebbe farsi un passo avanti e ricavarsi anche una dimensione normativa: cioè le condotte illecite che, ancorché commesse con finalità di terrorismo, colpiscono beni dell'individuo come l'incolumità personale e la stessa vita, potrebbero collocarsi nel titolo dei reati contro l'individuo, benché debbano essere poi qualificati sul piano sanzionatorio da tale significato ulteriore più grave per il ruolo del soggetto che è stato vittima dell'attentato. E in questo modo si può dire che l'ordinamento penale, proprio a differenza del soggetto che agisce *contra ius*, non degrada la protezione della persona a strumento della protezione dello Stato; viene tutelata la vita e l'incolumità personale del Presidente della Repubblica, per esempio, ma, svolgendo egli quelle funzioni, il disvalore della condotta aggressiva è più grave.

D'altra parte, eliminate le numerose fattispecie che presuppongono il tempo di guerra come elemento costitutivo, un capo autonomo interno alla materia potrebbe essere destinato a dare collocazione non più al bene giuridico troppo personalizzato e da tutti criticato della personalità internazionale dello Stato, ma direttamente all'ordine internazionale, superando cioè quell'ottica di semplice assimilazione degli ordini e interessi internazionali a quelli nazionali e dando prova del ruolo, ormai innegabile, che esigenze di tutela personale si pongono anche a livello internazionale. Cito un esempio: in tale sede si potrebbe dare un'implementazione adeguata nel nostro ordinamento ai profili sostanziali dello statuto della Corte Penale Internazionale di cui ci siamo fregiati di avere firmato a Roma il relativo atto internazionale, ma che ancora non riusciamo ad implementare all'interno.

Notoriamente un settore molto delicato è quello dei reati associativi di tipo politico: è evidente che forse questo è uno dei settori dove si giocano i dadi della materia e anche su questo forse si potrebbe almeno dare una notazione di massima. Partendo dall'assunto che la realizzazione collettiva di una pluralità di atti illeciti con finalità terroristiche è una forma strutturale di criminalità che va contrastata, tuttavia occorre segnalare che la connotazione terroristica tende in un numero significativo di casi a rivolgersi non contro lo Stato in quanto tale o quale tradizionale soggetto rappresentativo di una nazione o contro le sue singole articolazioni istituzionali, ma assume un valore di intimidazione diffusa e rivolta alla collettività come tale. Si potrebbe dire, tornando a categorie ottocentesche, rivolta alla società civile, cioè appartenente ad un certo assetto di civiltà magari comune a più stati nazionali. Sotto questo profilo si vede tutto il problema del superamento di una concezione meramente nazionale della tutela dell'assetto politico-istituzionale dello Stato: dobbiamo ragionare su alcuni elementi di collegamento che vanno oltre, com'è dimostrato dal fatto che questo genere di atti si possono dirigere anche contro organizzazioni internazionali.

Da questo dato, che definirei di tipo criminologico, mi sembra che si possa trarre uno stimolo a ripensare la collocazione delle associazioni con finalità di ter-

rorismo e deviazioni dell’ordine costituzionale interno alla categoria dei reati contro lo Stato, perché proprio questa fenomenologia del terrorismo è troppo stretta se la si riconduce all’aggressione contro lo Stato o singoli rappresentanti istituzionali. Certo, da un punto di vista di politica criminale, si apre una delicatissima alternativa: o dislocare altrettante fattispecie associative in relazione agli ordini di offesa a cui di volta in volta mira l’associazione terroristica o anche il singolo attentato, l’ordine internazionale, lo Stato, la società civile; oppure accedere ad una drastica riduzione, semplificazione e riunire i reati associativi in una parte a sé stante che ne specifichi gli elementi costitutivi, i limiti di responsabilità anche in chiave di garanzia, vista la strutturale pericolosità ed indeterminatezza della materia. Rispetto a questa seconda possibilità, forse, si pone un ostacolo formale rispetto alla tradizionale sistematica della parte speciale fondata sulle oggettività giuridiche di categoria. Tuttavia una tale soluzione, per quanto innovativa, può essere considerata forse in una prospettiva diversa alla luce del rilievo che da tempo è stata segnalata la possibilità di superare una visione ottocentesca del codice penale bloccata su una rigida separazione fra parte generale e parte speciale e che invece la complessità di questa realtà spinge verso un’aggregazione di problemi comuni ad una pluralità di singoli settori della comunità contemporanea. Un modo per testare l’idea che vi sia bisogno di una cosiddetta parte generale della parte speciale, un’intuizione che era prospettata proprio in apertura del progetto Pagliaro nel 1992.

La sottocommissione Pisapia si è occupata di reati associativi cercando di dare delle regole generali comuni a tutta questa materia. Certo, quando nel 2006 a Siracusa si discusse sui risultati della ricerca, intitolai la mia relazione *La riforma dei reati contro la Stato. En attendant Godot?*, poi Godot è arrivato e nel 2006 il legislatore è intervenuto di proposito. È chiaro che questi colpi di mano sono sempre possibili; però vorrei chiudere con un appello, associandomi in questo a Stefano Canestrari, un’appello cioè ai valori fondativi di una comunità scientifica e di una comunità forense nei diversi ruoli professionali che occupano questa dimensione e così ben rappresentati. Gunther Arzt, nel presentare nel 2002 la riforma dei delitti contro il patrimonio intervenuta in Germania con la quinta legge di riforma organica e segnalando la massa di errori che il legislatore aveva fatto compilando la riforma dei delitti contro il patrimonio, chiude con un appello: siamo noi la riforma, noi dobbiamo svolgere il nostro compito di proposta, sarà poi il sistema giuridico costituzionale, sociale, civile di un ordinamento a dover fare la sua parte.

## LA TUTELA DELLA SICUREZZA PUBBLICA E I REATI ASSOCIATIVI

Auspiciabilità e fattibilità: due spunti di riflessione utili. Utili soprattutto se, uscendo da questa alternativa, ci misuriamo con la componente politica che sta dietro ad una scelta di ricodificazione e alla contrapposizione tra auspicabilità e fattibilità.

Il tema della sicurezza e reati associativi ben si colloca all'interno di questa discussione, perché mette in grave tensione la questione del retroscena politico, perché, se ho capito bene l'iniziativa strategica delle Camere Penali, volendo agire in vista della razionalizzazione del sistema alla luce del principio di *extrema ratio*, il terreno che si impegna ragionando di sicurezza e delitti associativi è quanto mai accidentato, problematico. Attraversando quei luoghi si avverte la sensazione di camminare in una strettoia: da un lato, stanno irrinunciabili principi di un diritto penale del fatto e di un diritto penale della colpevolezza; dall'altra parte, però, gridano le più eterogenee e disparate paure quotidiane alle quali la rappresentanza politica che sta dietro a un progetto di ricodificazione, in tempi recenti mai tanto debole ed evanescente. Se non ascolta quella voce che viene da quella parte della montagna, approfondisce una sua delegittimazione democratica ormai conclamata, l'aggrava.

E quindi, lo ricordava il prof. Stortoni, la mia sensazione è che questo modo di presentarsi oggi del ricorso alla risorsa penale in tema di sicurezza si realizzi attraverso un botta e risposta tra legislazione e domande di sicurezza.

Una prima osservazione generale: il primo decennio del nuovo millennio non verrà tanto ricordato per la legislazione delle emergenze (abbiamo avuto un'esperienza massiccia nell'ultimo trentennio) piuttosto per un'altra cosa che è connessa, la centralità che al ricorso immediato, compulsivo, allo strumentario penalistico si attribuisce per supportare consensi politici, resi sempre più vacillanti negli scenari sociali ed economici intrisi di angoscia, del terzo millennio. Questo è il dato e non la legislazione d'emergenza. L'ultima puntata di questa vicenda riguardava l'introduzione di altre strumentazioni penalistiche, volte a fronteggiare nuove figure di terrorismo urbano (Maroni). E richiamo il lavoro, che credo non sia neanche uscito, di Massimo Donini in cui il collega si chiede: "Siamo proprio sicuri che, di fronte ad un problema di ordine pubblico, occorra introdurre nuove leggi penali e processuali o piuttosto bisogna allertare e dare mezzi alla polizia ad esempio?". Perché sono insufficienti leggi già esistenti e che, nonostante qualche intervento della Corte costituzionale, hanno teso al massimo la corda di un diritto penale liberale? Ha senso parlare di nuove tecniche a proposito del diritto penale?

Il quadro che ho proposto prima dà una risposta a questi quesiti, ma io porrei un'altra domanda: a questo scoraggiante stato delle cose quanto ha contribuito involontariamente e con le migliori intenzioni, quella Nouvelle Vogue penalistica che sembra aver rinunciato definitivamente a dar voce ad una pretesa o istanza nei confronti del potere legislativo, cioè del Parlamento, di razionali assunzioni di

responsabilità e di coerenza con i principi costituzionali? Questo accade quando si delegittima definitivamente il valore del gesto legislativo.

Anche nel diritto penale la norma sarebbe un prodotto di una pluralità di attori che, solo sullo sfondo, mantiene l'artificioso mito della legge. E questo è un *humus* sociale che non può che esprimersi nell'interpretazione giudiziale: questa è l'epoca dei giudizi, si dice, non più imbrigliata nelle obsolete categorie esegetiche della modernità. Più attori, si sostiene. Dunque il potere legislativo, che dovrebbe rieducare, è uno spunto, un semilavorato. Più attori, il plauditissimo ritorno delle vittime al centro del processo penale, attorno al quale sta il rimbombare martellante dei *media* con la strumentazione di sondaggi, interviste istantanee, somministrate di fronte ai più disparati fatti di cronaca. Non ci dobbiamo stupire che si accrediti come un progetto di riforma un manifesto di vero e proprio terrorismo penale quale quello stilato da un noto giornalista.

Ma questo panorama, questa realtà è, poi, tanto diversa dal populismo penale che noi, per primi, abbiamo rimproverato negli ultimi tempi continuamente alla nostra stracca ed impresentabile classe politica? Oppure, cambiati i protagonisti, si gioca anche qui la carta del più immorale dei diritti, del diritto penale, sconciandone i limiti e le garanzie per uscire dalla transizione, mai portata a compimento, tra la Prima e la Seconda Repubblica, con una mappa del potere diversa da quella della Costituzione.

In questo mondo, brutto e inaccettabile – di cui però dobbiamo capire la chiave di decifrazione della politica –, i delitti associativi hanno un'ambientazione di elezione, perché, per tornare alla metafora del viandante che passa attraverso una strettoia, la voce del diritto penale liberale colloca i delitti associativi nel catalogo degli orrori. Quel diritto penale ci dice con forza che non sono coerenti con una dogmatica liberale orientata a controllare e limitare la domanda di pena proveniente dalla società e non a farsi strumento tecnico per l'incremento continuo dell'efficacia repressiva. Però vi è anche un altro richiamo con cui fare i conti.

Ricordo un importante convegno dedicato ai reati associativi che si svolgeva a Courmayeur, nell'ottobre del 1997, che, pur dando voce a molte critiche rispetto all'interpretazione e all'utilizzo dei delitti associativi e alla struttura dei delitti associativi, in sede di sintesi, in nome di un'indiscutibile gravità di taluni fenomeni organizzati, non intese rinunciare in alcun modo alle grandi capacità di prestazione dei reati associativi per come erano e sono ancora interpretati.

Si è verificato da allora una loro piena metabolizzazione, sostenuta dal diritto penale di lotta, da una posizione normativa europea e sovranazionale continua che in molti casi ha preso come modello l'esperienza italiana. E il risultato? Costante irrobustimento del sistema attraverso provvedimenti legislativi dedicati alla sicurezza. La conseguenza di questo *trend* è, molto sinteticamente, ormai nella prassi giudiziaria l'accantonamento dell'idea di una limitazione nell'utilizzo di autonome incriminazioni associative, rinunciando ad una credibile distinzione tra concorso di persona nel reato continuato e incriminazione associativa. Sovrapporsi di figure intermedie, tra concorso e associazione, in materia di rifiuti, favoreggiamento di immigrazione clandestina, contraffazione di marchi, con un complesso problema di concorso di diverse incriminazioni.

E direi che assistiamo a un'irresistibile fortuna del ritorno della tradizionale fattispecie dell'associazione per delinquere, che viene contestata in margine alle più disparate fenomenologie criminose concorsuali: delitti fiscali, criminalità po-

litico-amministrativa. Mi ha stupito la vicenda relativa ad una nota banca, che ha occupato i quotidiani di questi giorni, in cui si prospettava l'associazione per delinquere finalizzata alla realizzazione di reati di ostacolo alla funzione di vigilanza, (art. 2638 cod. civ.). Ancora, l'estensione fatta dal pacchetto di sicurezza, legge n. 94 del 2009, in generale della responsabilità degli enti all'associazione per delinquere ha un'efficacia soprattutto se pensiamo alle cautele, perché molti l'hanno detto: il processo è come una partita a tennis con Agassi. L'aver inserito il 416 tra i reati che danno luogo alla responsabilità degli enti, cosa vuol dire? Che ha travolto nei fatti il criterio di espressa previsione dei reati per i quali opera la responsabilità degli enti, perché si potrà appiccicare l'articolo 416 a qualsiasi violazione delittuosa in concorso, aprendo la strada per agire nei confronti dell'ente.

Questo è lo stato dell'arte attualmente, dove un altro aspetto che alimenta questa realtà è dato dalle capacità processuali e investigative di prestazione dell'articolo 416: in ordine a intercettazioni, atti a sorpresa, alla prova. Il che consente di superare il problema della difficoltà probatoria rispetto ai singoli delitti scopo. E tutto ciò ancora mi rimanda alla *Nouvelle Vague* penalistica dei più attori: tutto è interpretazione. È l'*humus* sociale che produce idee. Sono le prestazioni mediatiche. Dire che dei banchieri sono indagati per ostacolo alle funzioni di vigilanza non è interessante, dire invece che sono indagati per associazione a delinquere e quindi sono delinquenti, è sicuramente più interessante.

La storia delle prese di posizione è già stata tracciata, come intervenire sui delitti associativi per cercare di ricondurli ad un'accettabile mediazione tra le due voci appostate sulle due ripe del canyon, io credo sia emerso nelle vicende delle riforme ipotizzate. Particolarmente significativi i lavori della prima sottocommissione del progetto Grosso, che si occupò di delitti associativi e concorso di persone; nonostante dovesse lavorare solo sulla parte generale, capì che la connessione c'era. L'idoneità a realizzare i reati scopo, la delimitazione tipologica dei reati scopo di particolare gravità che legittimi l'anticipazione, accorpati sul massimo edittale di pena, secondo il modello francese.

Ancora, spunti ripresi anche nelle riflessioni della commissione Pisapia, idoneità a perdurare nel tempo, previsione di un minimo edittale di pena per i delitti scopo, da riferire a quei livelli sanzionatori che implicino particolari effetti processuali, come le intercettazioni; subordinare la configurabilità del reato, quantomeno alla realizzazione tentata di uno dei delitti scopo. Questi sono gli ingredienti. La stagione che si conclude con il progetto Pagliaro è una stagione nella quale grandi giuristi erano anche grandi politici, non erano consiglieri dei politici. Erano stati protagonisti della Prima Repubblica e quindi avevano sufficiente dimestichezza per capire che il consenso non è per le garanzie, il consenso democratico e, quindi, la capacità di giocare non esiste più. Lo scetticismo nasce da questo, quello che noi abbiamo guardato fino ad ora e accade sotto i nostri occhi, e forse sta alla base dello scetticismo fortemente rappresentato da Tullio Padovani e da Giovanni Fiandaca.

Siamo sicuri che le maggioranze dei vari pacchetti sicurezza produrrebbero risultati migliori sui nodi più sensibili del sistema, per come è stato rivisto molto anche dalla Corte costituzionale? Penso al tentativo, all'articolo 115, alle cause di giustificazione, o su altre definizioni rivedibili sul codice. Nella catena di montaggio e rispetto alla dosimetria della parte speciale (noi l'abbiamo rimproverata al codice per la sua eccessiva rigidità, ma gli interventi novellistici non hanno fatto che esasperarne il rigore), quale scala penale disegnerebbe la nuova politica inseguen-



do a colpi di sondaggi o di interviste alla vittima, senza quella disciplina ideologica che, bene o male, veniva da quei (e altri) protagonisti della Prima Repubblica? È un contesto difficile quello dei delitti associativi per chi voglia cimentarsi in una linea riformista, ci si cimenta un'avvocatura non guidata per mano dalle istanze provenienti dal potere giudiziario e dall'*humus* sociale. E però, io dico, nel far questo è malvista e per sovra-mercato è oggi attaccata brutalmente come professione liberale. In fondo, l'avvocatura che noi conosciamo nasce un paio di secoli fa e va a braccetto con le idee del liberalismo. Però il fatto di essere malvista e attaccata è sempre stata la condizione dell'avvocatura quando è esercitata come deve essere esercitata.

AVV. Emilia Rossi

*Componente della Commissione Ministeriale per la riforma del Codice Penale presieduta dal Cons. Carlo Nordio*

## IL PROGETTO NORDIO

Ho avuto il piacere e l'onore di partecipare ai lavori della Commissione Nordio e mi inserisco nel novero degli avvocati penalisti che ritengono che la riforma del codice penale sia non solo opportuna ma anche necessaria e praticabile.

Non si tratta, infatti, soltanto dello strumento operativo della giustizia penale ma proprio del fondamento culturale di una civiltà, del testo che rappresenta, a partire dal piano del significativo e del simbolico, il quadro dei valori su cui si regola la convivenza civile.

Per queste ragioni voglio iniziare ringraziando il prof. Antonio Pagliaro: per il suo intervento, che ci ha rimessi sulla carreggiata dell'opportunità, necessità e praticabilità di una riforma integrale del codice penale, e per aver dato vita alla prima esperienza di riscrittura organica complessiva del codice, consentendo così alla Commissione Nordio di svolgere i propri lavori con una costruzione e un progetto organico alle spalle cui poter fare riferimento.

Il progetto Nordio ha la particolarità di essere stato il secondo progetto di riforma del codice penale, dopo quello Pagliaro, che ha trattato ed elaborato anche la parte speciale oltre alla parte generale.

Anzi, i lavori di riforma e rivisitazione della Commissione sono iniziati proprio dalla parte speciale, con una inversione metodologica rispetto alle esperienze precedenti pensata, valutata e decisa per tre ordini di ragioni, come si legge nella relazione che ha accompagnato la presentazione della parte generale.

In primo luogo, perché esistevano il progetto Pagliaro e il progetto Grosso che per la parte generale avevano già gettato le fondamenta scientifiche dei punti cardine che si è ritenuto dovessero essere mantenuti fermi e ai quali si sarebbero potuti connettere i possibili elementi innovativi.

La Commissione, pertanto, ha subito condiviso che i pilastri fondanti del nuovo codice dovessero consistere nei valori e nei principi di tassatività, legalità e responsabilità colpevole, già affermati nelle passate esperienze riformatrici. L'intervento innovatore ulteriore si è realizzato nel formulare e dare sostanza ad altri due principi: la residualità del diritto penale (o diritto penale minimo) e la certezza della pena.

A questo primo ordine di ragioni si è aggiunto un motivo di ordine pratico, molto laico: la Commissione ha preso atto che le categorie logiche sottostanti la parte generale si prestavano a potenzialità infinite di dibattito e, alla fine, al rischio di non potersi applicare in maniera dovuta e necessaria alla parte speciale. Si è deciso di recidere il nodo della ragione teorica con la ragione pratica in funzione della risposta stringente ad esigenze concrete e, quindi, di elaborare l'architettura della parte generale anche sulla base delle fattispecie di parte speciale rappresentative di queste esigenze.

Infine, si è operato anche sulla scorta dell'indicazione pronunciata dal prof.

Giuliano Vassalli nella sua lezione all'università di Bologna del 2002, già citata dal prof. Tullio Padovani, laddove metteva in dubbio che anche dal punto di vista sistematico si dovesse affermare al momento attuale la priorità della parte generale sulla parte speciale, evidenziando come fosse improprio costruire una nuova parte generale sulla base di figure di reato esistenti e non su quelle destinate a rimanere o ad apparire sul proscenio contemporaneamente alla parte generale stessa.

La parte speciale del codice ha rappresentato, quindi, il punto qualificante del progetto Nordio e la sua struttura è stata modulata osservando due direttrici: la preminenza del codice penale e la rinnovazione della scala dei valori.

La prima è stata fissata e formalizzata nell'articolo 9 della parte generale del progetto. Esattamente sulla scorta del progetto Pagliaro e in termini più stringenti di quelli che sono previsti ancora oggi dall'articolo 16 del codice penale, si era stabilito che le leggi penali pre-esistenti al nuovo codice penale restassero in vigore solo in quanto espressamente riconosciute come vigenti da apposite leggi da emanare prima dell'entrata in vigore del nuovo codice.

L'obiettivo era quello di razionalizzare i rapporti tra codice penale e legislazione complementare, secondo quanto richiesto nel decreto ministeriale che aveva istituito la commissione di riforma: la Commissione ha inteso operare in conformità al principio della riserva di codice per contrastare il fenomeno della decodificazione, configurando un vincolo all'ammissibilità di nuove leggi penali che non fossero interventi di modifica del codice penale o leggi che regolano organicamente la materia di riferimento. Tuttavia, anche nella Commissione Nordio si è ritenuto che il principio di riserva di codice non potesse trovare luogo di espressione in sede codicistica ma in una sede sovra-ordinata e quindi in quella costituzionale.

L'obiettivo della razionalizzazione della normativa penale – e quindi la premessa in fatto del principio di riserva di codice – è stato perseguito, inoltre, con l'inserimento più ampio possibile nella parte speciale del codice penale delle materie organiche disciplinate dalla legislazione speciale.

Pertanto, nel titolo secondo del progetto Nordio, intitolato ai reati contro la collettività, secondo uno schema che riproduce l'ordine di priorità già impostato nel progetto Pagliaro, si trova al capo terzo tutta la disciplina dei reati contro i beni culturali ed ambientali, la tutela dei beni paesaggistici, i reati contro le risorse naturali (i reati d'inquinamento, la materia dei rifiuti, la materia dell'urbanistica), i reati contro il sentimento verso gli animali (secondo l'impostazione generale del progetto centrata sull'individuo come titolare dei beni giuridici meritevoli di tutela).

Altre discipline appartenenti alla legislazione speciale sono state inserite nella parte speciale del codice: ancora al capo quinto del secondo titolo i reati contro il lavoro, al capo sesto tutti i reati contro l'economia, i reati fiscali, i reati che attengono alla gestione d'impresa, i reati societari, i reati fallimentari. Tutto questo nella prospettiva di realizzare un codice che consentisse, nella sede adeguata, l'affermazione del principio della riserva di codice.

La seconda linea direttrice su cui si è modulata la costruzione del codice Nordio è stata l'inversione di precedenze nell'architettura del codice stesso, rispondente all'assegnazione del ruolo centrale della persona rispetto all'impostazione statalistica o stato-centrica del codice Rocco.

Ecco, questo ritengo abbia integrato un punto qualificante sul piano simbolico e nella costruzione dell'impianto che legittima uno specifico modello di civiltà. Perché avere un codice penale che organizza l'ordine delle cose partendo dall'individuo e

dalla persona è cosa diversa che avere un codice penale che parte dallo Stato.

Quindi, come nel modello Pagliaro, i quattro titoli di reato partivano dai reati contro la persona (primo titolo) in cui si sono distinti i reati contro la personalità individuale dai reati contro il patrimonio individuale. Nel secondo titolo erano i reati contro la collettività, con una prima sezione dedicata all'incolumità pubblica e alla salute pubblica, una seconda ai reati contro i rapporti civili sociali ed economici (che ho in parte già elencato), in cui erano compresi anche i reati di falso riferiti però all'individuo e che, quindi, non andassero ad offendere la fede pubblica ma piuttosto la certezza dei rapporti giuridici, ovvero l'affidamento dell'individuo alla certezza dei rapporti giuridici. Il terzo titolo era destinato ai reati contro lo Stato, la sicurezza dello Stato, l'ordine pubblico e i reati associativi. Il quarto e ultimo titolo era dedicato ai reati contro l'organizzazione dello Stato: nella prima sezione si comprendevano i reati contro l'amministrazione della giustizia, nella seconda sezione i reati contro la pubblica amministrazione.

All'interno di questo impianto, come dicevo all'inizio, si è inteso dare traduzione ai principi cardine, tassatività e legalità, responsabilità colpevole e residualità del diritto penale.

Nel quadro dei principi di tassatività e legalità, quelli che producono la certezza del diritto, si è collocato il tentativo di revisione delle fattispecie con una tecnica redazionale che rendesse chiari i principi e i concetti in modo da far comprendere il comportamento vietato e da renderlo comprensibile ai destinatari. Si intendeva contrastare quello che è stato definito il dissesto del linguaggio, formidabile strumento di dominio capace di tenere in ostaggio una collettività in perenne dubbio sulla liceità dei propri comportamenti quotidiani. Opera che si è rivelata tutt'altro che semplice, considerata la base terminologica e linguistica del codice Rocco da cui si partiva, di cui, tuttavia, si intravedono gli esiti un po' in tutta la costruzione del codice del progetto Nordio e, in particolare, nella materia tradizionalmente più complicata e più sfuggente sul piano definitorio, ovvero quella dei reati di falso. Qui si è operato seguendo due direttrici, ancora una volta: una che riguardava l'oggetto materiale del reato e l'altra che riguardava la determinazione della condotta della falsificazione.

Questo intervento innovatore merita attenzione perché esemplifica in maniera chiara quale è stato il tentativo nel progetto Nordio di semplificazione e razionalizzazione della norma penale: delle innumerevoli fattispecie che ancora oggi compongono tutto il quadro dei reati di falso si era riusciti a riportare il tutto a due sole fattispecie, una dedicata ai documenti pubblici e l'altra dedicata ai documenti privati, naturalmente definendo il documento pubblico, di nuovo sulla scorta del progetto Pagliaro, come qualsiasi atto rappresentativo di una pubblica mansione di documentazione nelle forme di certificazione ed autorizzazione, attestazione e verifica.

Sempre nel quadro dei principi di tassatività e legalità, un altro intervento significativo è stato quello di affermare la tassatività delle circostanze: nell'articolo 43 della parte generale si trova l'affermazione che le circostanze sono quelle denominate tali dalla legge mentre in ogni caso in cui la norma determina edittalmente la pena si configurano fattispecie autonome di reato. Il che, per esempio, ha comportato, se si va a vedere la costruzione dei reati contro il patrimonio individuale, che non si configurassero ipotesi di furto aggravato ma autonome ipotesi di furto qualificato e così pure per la rapina.

L'obiettivo del principio di colpevolezza è stato perseguito riprendendo le linee già tracciate dal progetto Pagliaro.

L'obiettivo della residualità del diritto penale, infine, ha determinato la novità assoluta del codice Nordio, ovvero l'eliminazione delle contravvenzioni dal corpo del codice penale.

È stato il prodotto di una decisione che è intervenuta nell'adunanza plenaria del 23 febbraio del 2002, la seconda dall'istituzione della Commissione: tra i criteri d'indirizzo per la stesura della parte speciale si è dato quello di eliminare le contravvenzioni trasferendo nel dominio dei delitti tutti i fatti che si ritenevano meritevoli di sanzione penale e di depenalizzare invece tutti gli altri o rendendoli fatti leciti o punendoli come infrazioni amministrative. Si è trattato, insomma, di un autentico cambio di passo verso il diritto penale minimo, partito proprio dalla considerazione che il diritto penale, coniugato nei termini del principio di residualità, fosse incompatibile con la sussistenza di fattispecie rappresentative di comportamenti di scarsa valenza antisociale. A questa convinzione si è aggiunta poi l'osservazione cruda e realistica dell'inutilità di un regime di fattispecie contravvenzionali che non hanno alcuna attuazione pratica e concreta perché muoiono sotto la scure dell'azione penale obbligatoria o, per meglio dire, dell'arbitrarietà dell'azione penale tradotta in pratica dalla prescrizione.

Consequente a questa scelta si è resa quell'opera di radicale depenalizzazione che è stata citata molte volte e che è stato uno dei prodotti principali della commissione Nordio, riversata letteralmente in un documento che è stato depositato e presentato al Ministro di Giustizia il 1 agosto del 2002: un progetto a stralcio – motivato dall'urgenza di mettere mano a un'opera di ampia depenalizzazione dichiarata dal Governo – che comprendeva oltre alla trasformazione in illeciti amministrativi di un ampio catalogo di fattispecie tratte dalla legislazione speciale creata dal 1861 in poi, anche la trasformazione delle contravvenzioni di polizia dall'articolo 650 all'articolo 726 in altrettanti illeciti amministrativi, fatte salve alcune fattispecie di cui si proponeva l'abrogazione o il recupero sul piano dei delitti in ragione della rilevanza del bene tutelato (ad esempio gli articoli 652-654-655 che venivano ricompresi tra i delitti contro l'ordine pubblico).

Questo è l'unico intervento riformatore della Commissione Nordio che ha avuto, almeno in parte, una traduzione in legge dello Stato: nella parte che prevedeva la riforma dei reati di vilipendio contro la persona dello Stato, dei reati di vilipendio contro le materie di sentimento religioso e di pietà per i defunti e dei reati di opinione.

La Legge 24 febbraio 2006, numero 85 in materia di reati di opinione, è nata, infatti, dal progetto Nordio, ancorché, tengo a precisare, non abbia recepito gli obiettivi di tassatività e di rispetto della libertà di manifestazione del pensiero che avevano ispirato il lavoro della Commissione. Per quanto riguarda principalmente i delitti di vilipendio contro la personalità dello Stato, per esempio, la riforma Nordio, perseguendo il risultato di rendere compatibili gli atti di vilipendio con la libertà di manifestazione del pensiero, aveva ridotto le fattispecie ad una, modulata sugli atti di vilipendio del cadavere e quindi sostanziata nell'uso di atti materiali di spregio sui simboli dello Stato, sulla bandiera, sulle cose, lasciando alla sfera dell'irrelevanza penale tutto ciò che consiste nella sola manifestazione del pensiero, per quanto non commendevole e non condiviso.

Quella della Commissione Nordio è stata un'esperienza importante, un tentativo di riforma del codice penale in chiave liberale, una chiave rispettosa dei diritti

dell'individuo: il progetto ha osato anticipare dieci anni prima tematiche che poi sono diventate stringenti e si sono rese oggetto di un dibattito dilaniante nel nostro paese, cioè quelle che riguardano le disposizioni sul corpo, i trattamenti sanitari e il fine vita.

Il prof. Fabrizio Ramacci aveva lavorato, al capo ottavo, sulle disposizioni a tutela della persona malata, che meritano particolare attenzione perché non trattano solo del consenso informato e del rapporto tra paziente e medico, ma contemplano anche, per esempio, l'esclusione della responsabilità del medico che su richiesta del malato interrompe la terapia di sostegno artificiale quando l'irreversibilità della malattia è certa e in presenza di estreme sofferenze fisiche e psichiche e, ancora, le modalità di consegna delle volontà sul testamento biologico. Si dirà, magari, che queste cose non devono entrare in un codice penale: ma se il codice penale è e continua ad essere anche la carta dei valori e del significante di un modello di società, anche queste cose, probabilmente, hanno ragione di farne parte.

Sono convinta che si debba rimpiangere che tutto questo non sia diventato quello che avremmo voluto fosse, cioè il codice penale moderno, il codice attuale. Così come dovremmo sperare che sia, presto, un punto di partenza.





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](http://www.pacineditore.it)

