

CONSIDERAZIONI CRITICO-RICOSTRUTTIVE SU
ALCUNI PUNTI QUALIFICANTI DEL MANIFESTO DEL
DIRITTO PENALE LIBERALE E DEL GIUSTO PROCESSO
DELL'U.C.P.I. *



Adelmo Manna

1. Intendiamo soffermarci su quattro questioni che caratterizzano in maniera peculiare il Manifesto in oggetto, ma che necessitano, altresì, di una ricostruzione del loro esatto significato e dei loro conseguenti limiti, affinché il senso dell'intero programma e, in particolare, dei canoni in discussione sia chiaro e, quindi, ove possibile, anche condivisibile.

Il primo profilo che intendiamo sottoporre ad un'attenta analisi riguarda proprio il titolo e specificamente il sintagma "del diritto penale liberale" che, infatti, ha suscitato diversi tipi di interpretazione, che però, seppure a nostro sommo parere, non persuadono.

Iniziamo con quanto rilevato in sede congressuale dal collega Giorgio Spangher, che ha, in particolare, ricordato come la Costituzione – a cui sicuramente si ispira il Manifesto, tanto è vero che una delle denominazioni che erano in discussione era anche quella di "Manifesto del diritto penale costituzionale" – fosse stata frutto non solo del pensiero liberale, ma anche di quello cattolico, nonché dell'ideologia social-comunista; da ciò, quindi, si può dedurre come il riferimento al termine "liberale" potrebbe apparire, almeno ad avviso del chiaro Autore, quanto meno "riduttivo"¹.

A nostro giudizio, tale impostazione appare invece il frutto di un equivoco di fondo, in quanto il riferimento del diritto penale al termine "liberale" non significa certo riandare a quella ideologia, tipica del partito liberale del dopoguerra, che sicuramente ha contribuito in misura notevole all'elaborazione del testo costituzionale,

* Si tratta del testo, ampliato e con l'aggiunta delle note, dell'intervento svolto al Convegno per la presentazione del "Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo", tenutosi presso l'Università Statale di Milano, nei giorni 10 e 11 maggio 2019. Il Manifesto può leggersi in https://discrimen.it/wp-content/uploads/Manifesto-del-diritto-penale-liberale-e-del-giusto-processo_publicazione.pdf.

¹ SPANGHER, *Intervento al Convegno per la presentazione del "Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo"*, cit.

bensì il termine in oggetto, proprio per non apparire obsoleto e legato a tempi ormai sorpassati, è necessario che abbia un'accezione di tipo diverso.

Né, per altro verso, convince la tesi espressa dal collega Donini che afferma, già nel titolo del suo saggio, come il garantismo non renda liberali la pena ed il “diritto” penale, ma solo legittimi². Ebbene, anche in questa ricostruzione della semantica del Manifesto rischiamo di giungere ad una sorta di tautologia, perché va da sé che il diritto penale liberale, ed il giusto processo, essendo entrambi intrisi di garantismo, non possono che essere legittimi, ma forse bisognerebbe effettuare un passo ulteriore per chiarire, in via definitiva, che cosa sia il reale significato del diritto penale liberale, perché, altrimenti, come si è già potuto constatare, può condurre a fraintendimenti.

A nostro sommo avviso con il termine “diritto penale liberale” non ci riferisce, ovviamente, al pensiero liberale di crociana memoria, bensì, dalla lettura dell'intero Manifesto, emerge, appunto, un'accezione assai più moderna, che si potrebbe coniugare con il termine “liberal” nell'accezione nord-americana, sinonimo, quindi, di un pensiero altamente progressista, che, nel campo del diritto penale è, soprattutto, sinonimo di garanzie, ma in senso omnicomprensivo.

Con ciò vogliamo intendere che il Manifesto non esprime soltanto la garanzia interna ai rapporti fra difensore e difeso e, quindi, al ruolo del difensore nell'ambito del processo penale, perché, se così fosse, costituirebbe un'accezione altamente riduttiva, in quanto il Manifesto si occupa anche dei rapporti fra gli altri attori del processo penale e, in particolare, con riguardo alle relazioni sussistenti tra il p.m. ed il giudice, che dovrebbero sfociare nella, da tempo auspicata, separazione delle carriere, il cui progetto di legge su iniziativa popolare ha superato le 70 mila firme ed ora è in discussione in Parlamento e che attuerebbe, se varata, integralmente l'art. 111 Cost.

Le obiezioni che la classe magistratuale muove in genere alla tesi della separazione delle carriere riguardano il rischio di una sottoposizione del p.m. all'esecutivo, oppure alla polizia giudiziaria, ma tali rilievi, a nostro avviso, non colgono nel segno, in quanto si tratta di timori infondati, giacché è sufficiente mantenere il p.m. nell'ordine giudiziario, magari con un autonomo C.S.M., per fare rientrare anch'esso nell'ottica giurisdizionale e, quindi, onde evitare che diventi un organo amministrativo alle dipendenze del Ministero della Giustizia o, peggio, dell'Interno, oppure, ad-

² DONINI, *Perché il garantismo non rende liberali la pena e il “diritto” penale, ma solo legittimi. Riflessioni a margine del Manifesto del diritto penale liberale dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, in <https://discrimen.it>, 24 maggio 2019.

dirittura, sottoposto alla polizia giudiziaria. Tale ultima evenienza, in vero, talvolta, si verifica nella prassi giudiziaria, laddove però prevalga quello che è stato autorevolmente definito un p.m. (oppure un giudice) “burocrate”³, ovvero sia un organo dell'accusa che, in particolare, deleghi le indagini alla polizia giudiziaria, senza alcun controllo su di essa, se non, appunto, ad indagini concluse, ma ciò costituisce la patologia e non già, invece, la normalità nell'ambito dei rapporti tra p.m. e p.g.

D'altro canto, i timori manifestati a più riprese dalla classe magistratuale appaiono, in definitiva, anche antistorici, perché significherebbe non solo un ritorno al processo inquisitorio, ma, soprattutto, all'epoca fascista, ove infatti il p.m. era alle dipendenze ministeriali, ma si tratta, appunto, di un periodo storico non solo assai lontano, ma certamente ed ampiamente superato proprio dai principi costituzionali in materia sia penale, che processuale penale.

Il Manifesto in questione, comunque, non può limitarsi soltanto alla figura dell'indagato/imputato ed al suo difensore, perché, oltre al rapporto fra accusa pubblica e giudice, va infatti, a nostro avviso, considerata anche la c.d. accusa privata, nel senso della tutela della vittima, nell'ottica della c.d. *restorative justice*, che non solo da molti lustri ha fornito dignità e poteri alla vittime nei modelli penali e processuali penali europei ed extraeuropei, ma ha anche dato dignità alla vittima come ruolo attivo nell'ambito del processo penale, che quindi non è più integrato dal contraddittorio biunivoco tra p.m. ed imputato, bensì dalla diatriba triadica tra p.m., imputato e, appunto, persona offesa dal reato, con tutti i relativi poteri che investono quest'ultima figura del processo penale e ciò sia in ambito sostantivo, che a livello processuale penale⁴.

³ Termine mutuato da STELLA, *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003.

⁴ Sia consentito, in argomento, il rinvio a MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989, spec. 651 ss., con riguardo sia al progetto alternativo tedesco sul risarcimento del danno nel diritto penale, che alla conseguente modifica in tal senso del paragrafo 46a StGB ove infatti l'avvenuto risarcimento del danno prima del dibattimento estingue il reato punito in concreto sino ad un anno di reclusione ed a discrezione del giudice se la pena è, sempre in concreto, nell'ambito dei due anni di reclusione. Per analoghi istituti più di recente introdotti anche nel sistema penale italiano, cfr. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003; da ultimo, sulla disposizione che consente l'estinzione del reato per condotte riparatorie patrimoniali, per i reati punibili a querela di parte, MARUOTTI, *La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 142 ter c.p. tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflative: prime riflessioni de iure condito*, in *Quest. Giust.*, 20 giugno 2017 (web).

In conclusione, siamo dell'avviso che il Programma del diritto penale liberale e del giusto processo dell'Unione delle Camere Penali Italiane vada interpretato nel senso che il diritto ed il processo penale liberali vanno, tuttavia, inquadrati nell'ambito del c.d. Stato sociale di diritto⁵, giacché, altrimenti, non si saprebbe come includere tutta la problematica relativa alla vittimologia, che, però, ormai caratterizzata da tempo sia il diritto che il processo penale. In sintesi, libertà non disgiunta, però anche, dalla solidarietà.

2. Ulteriori profili di criticità ricostruttiva riguardano, a nostro avviso, anche il canone n. 12, giacché si fa riferimento, quali elementi del reato, solo al fatto, seppure offensivo di beni o valori costituzionalmente rilevanti ed alla colpevolezza intesa come rimproverabilità, per cui anche sotto questo profilo si richiede che l'evento sia (prevedibile ed) evitabile in concreto a livello, evidentemente, di colpa, che quindi non richiede solo la violazione della regola cautelare, se essa di natura tecnica, o normativa⁶. Ciò apre un'importante finestra sulla colpevolezza in senso normativo e, quindi, sulla opportunità di introdurre nel sistema penale anche un catalogo di scusanti, fondate sulla inesigibilità, ovvero sulla impossibilità, per il soggetto, di agire in modo conforme al precetto⁷. Se, però, si fa riferimento alla colpevolezza, sarebbe stato opportuno menzionare anche la categoria intermedia tra fatto e colpevolezza medesima, cioè l'antigiuridicità, come τόπος delle cause di giustificazione, anche perché, come è noto, talune scriminanti posseggono per alcuni, in realtà, il valore di scusante, come avviene per lo stato di necessità⁸ e, recentemente, con l'introduzione dell'eccesso nella legittima difesa domiciliare, da valere, appunto, come causa di esclusione della colpevolezza⁹.

⁵ Cfr. in tal senso, in particolare, nella dottrina italiana, MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995; nonché già ID., *Politica criminale e riforma del sistema penale. L'Alternativ-Entwurf e l'esempio della Repubblica Federale Tedesca*, Napoli, 1984, sulle orme del grande penalista tedesco Claus ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafre*, in *JuS*, 1966, 377 ss.

⁶ Sul tema, per tutti, GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa, I, La fattispecie*, Padova, 1998.

⁷ In argomento, per tutti, FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, con ivi ulteriori riferimenti, soprattutto alla dottrina d'Oltralpe.

⁸ Sostiene, infatti, di recente la natura di scusante dello stato di necessità, in particolare VIGANO', *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, 2000.

⁹ In argomento sia consentito il rinvio a MANNA, *Uno spettro si aggira per l'Europa: il populismo politico-penale*, in FANTI V. (a cura di), *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in ono-*

Sarebbe stato, infine, necessario, almeno a nostro sommo giudizio, menzionare anche la punibilità intesa come quarto elemento del reato, anche se ci rendiamo conto che non tutta la dottrina è concorde in relazione a questa recente impostazione, per cui ciò spiegherebbe, pur se non giustificerebbe, la sua omissione¹⁰.

3. Il canone, tuttavia, che merita un particolare approfondimento è successivamente il n. 14, in quanto si afferma non solo che la dimensione testuale del divieto è base ineludibile, ma soprattutto che deve essere rispettata secondo una “stretta interpretazione”. Quest’ultima affermazione ci sembra, però, costituire al più un punto d’arrivo, ma non già di partenza, in quanto è ormai risaputo che, oltre alla fonte legislativa, ha ormai valore di fonte di diritto anche in materia penale il “formante giurisprudenziale”, per cui la tesi della interpretazione *stricta* in *subiecta* materia, che comunque è prevista nel codice penale francese ed è sostenuta anche autorevolmente in dottrina¹¹, è tuttavia contraddetta da altrettanta autorevole dottrina¹², che ha però sostanzialmente legittimato, a livello teorico, la giurisprudenza c.d. giuscreativa. Il problema interpretativo a livello penale si complica ulteriormente nel rapporto tra giurisprudenza nazionale e comunitaria, tanto è vero che una rilevante opera a questo riguardo è intitolata “Il giudice nel labirinto”¹³. D’altro canto, recenti oscillazioni giurisprudenziali da parte della giurisprudenza comunitaria soprattutto in materia di confisca senza condanna, hanno ulteriormente dimostrato come l’interpretazione in sede

re di Enrico Follieri, II, Napoli, 2019, 1069 ss. e, quivi, 1072 ss.; v. ora, più in generale, sul tema, CAIAZZA, *Governo populista e legislazione penale: un primo bilancio*, in *DPP*, 2019, 589 ss.

¹⁰ COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, Milano, 2017; COCCO e AMBROSETTI (a cura di), *Trattato breve di diritto penale, parte generale*, II, *Punibilità e pene*, Milano, 2018, spec. 89 ss., con particolare riguardo sia alle *condizioni oggettive di punibilità* che alle *soglie di punibilità*, che, infine, *alle cause di non punibilità, anche sopravvenute*.

¹¹ Cfr. MUSCO, *L’illusione penalistica*, Milano, 2004.

¹² Cfr. FIANDACA, *Il diritto penale fra legge e giudice. Raccolta di scritti*, Padova, 2002; ID., *Prima lezione di diritto penale*, Bari-Roma, 2017, 114 ss.; Di GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006; *contra*, tuttavia, RAMPIONI, *Dalla parte degli «ingenui». Considerazioni in tema di tipicità, offesa e giurisprudenza c.d. «creativa»*, Padova, 2007; ID., *Del c.d. concorso esterno. Storia esemplare di un “tradimento” della legalità*, Torino, 2018; nonché già MARINUCCI, *L’analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1254 ss.

¹³ MANES V., *Il giudice nel labirinto, Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; sul tema, v. anche, da ultimo, seppure con riferimento alla Corte costituzionale, MANES-NAPOLEONI, *La legge penale illegittima-Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, spec. 68 ss., 83 ss., 95 ss.

penale subisca inaspettate mutazioni, dovute però anche al fatto che la giurisprudenza comunitaria, essendo espressione di un “diritto senza codice” si va sempre più avvicinando a quella di *common law*, pur nei Paesi di *civil law*¹⁴.

In questa situazione, riferirsi alla necessità di un’interpretazione *stricta* della norma penale rischia, quindi, di apparire una sorta di “auspicio”, che sarebbe, però, importante realizzare. Ciò, tuttavia, solo laddove si riuscissero ad individuare, attraverso le più recenti correnti dell’ermeneutica e dell’analisi del linguaggio – che infatti riscoprono il “significato intrinseco” del dato normativo – assieme ad una interpretazione teleologica, che integri quella testuale – condizionata però ad una rivalutazione seria ed approfondita del concetto di bene giuridico, in termini quindi “empirico-fattuali” e non più “metodologici”¹⁵ – i precisi limiti di una esegesi della norma penale che non confligga con il principio di stretta legalità e con l’art. 7 CEDU.

4. Da ultimo, alcune riflessioni anche sugli ultimi due canoni del Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo, ovverosia i nn. 34 e 35, dedicati alle misure di prevenzione. Il primo di detti canoni fotografa il c.d. *ius conditum*, giacché afferma come le misure di prevenzione siano estranee ai principi del diritto penale liberale e del giusto processo. Dopo alcune importanti riflessioni sull’origine delle misure stesse, si afferma, infatti, come le misure di prevenzione tendano oggi ad assumere “il carattere di diritto comune e rappresentano un sottosistema parallelo al diritto penale, destinato a colpire dove quest’ultimo non potrebbe mai giungere”. È difficile contestare questa fotografia dello stato attuale delle misure di prevenzione, in quanto la loro origine storica ci dimostra come, essendo *praeter od ante delictum* non presuppongono un fatto di reato, ma o tipologie d’autore, oppure, successivamente, non meglio precisati “elementi di fatto”, che, uniti alla pericolosità sociale, sia generica, che specifica, danno in effetti luogo ad un sottosistema parallelo a quello penale, ma tali misure sono dalla giurisprudenza sia della Cassazione, che della Corte costituzionale – che così infatti si è espressa anche nelle due recenti sentenze n. 24 e n. 25 del 2019 – che, infine, anche a livello comunitario, dalla CEDU – con la famosa

¹⁴ SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007; più in particolare, sulle alterne vicende giurisprudenziali relative alla confisca senza condanna, cfr. DELLO RUSSO-ADDANTE E., *Questioni di confisca e prescrizione: la necessità di una condanna (anche passata in giudicato)*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 2 (web).

¹⁵ FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014.

sentenza De Tommaso – univocamente definite come misure amministrative, proprio perché appartenenti a quel che una volta veniva definito “diritto di polizia”¹⁶.

L’ultimo canone, cioè il n. 35, riguarda le misure di prevenzione in chiave di riforma, ovvero sia come, evidentemente, dovrebbero trasformarsi per risultare conformi ad un diritto penale liberale ed ai canoni del giusto processo. Si riconosce, infatti, la loro afflittività, evidentemente ispirandosi al terzo criterio Engel, talvolta addirittura più della stessa pena, per cui devono possedere lo statuto di garanzie della materia penale, e da ciò si prendono nettamente e giustamente le distanze dalla tesi della natura amministrativa.

Si aggiunge, inoltre, come non sia sufficiente la tutela giurisdizionale, in quanto occorre: a) il requisito della massima tassatività dei presupposti e b) l’attualità della pericolosità sociale del soggetto al momento della richiesta della misura. Si deve, infine, rispettare la garanzia dell’irretroattività sfavorevole.

Quest’ultimo è, probabilmente, il punto di approdo della evoluzione in chiave garantista delle misure di prevenzione, sia da parte della dottrina, che della giurisprudenza, tanto è vero che al V *Open Day* di Rimini dell’UCPI, il collega Vincenzo Maiello, ritenendo, in effetti, assai difficile una mutazione dell’orientamento consolidato della giurisprudenza nazionale e comunitaria sulla natura giuridica delle misure di prevenzione, almeno nel breve periodo, ha preferito porre l’accento sulla necessità di una sempre maggiore opera di tassativizzazione dei presupposti delle misure di prevenzione, d’altro canto sull’onda sia della Corte Suprema di Cassazione, Sezione Prima penale¹⁷, che della Corte costituzionale, in particolare nelle già menzionate sentenze nn. 24 e 25 del 2019¹⁸.

Sia consentito di esprimere un’opinione più radicale – d’altro canto sostenuta dallo scrivente già diverso tempo addietro¹⁹ ed affermata, seppure *per incidens*, an-

¹⁶ Sia consentito, in argomento, il rinvio a MANNA, *Il diritto delle misure di prevenzione*, in FURFARO (a cura di), *Misure di prevenzione*, Milanofiori Assago, 2013, 3 ss.; nonché, più di recente, ID., *Natura giuridica delle misure di prevenzione: legislazione, giurisprudenza, dottrina*, in *Arch. pen.*, 2018 n. 3, (*web*); per un attento esame della dottrina e della giurisprudenza, cfr. ora anche SPANGHER-MARANDOLA, *Commentario breve al codice antimafia e alle altre procedure di prevenzione*, Milano, 2019.

¹⁷ Cfr. MAGI R., *Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali. Tecniche sostenibili di accertamento della pericolosità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 490 ss.

¹⁸ MAIELLO, *Intervento* in qualità di condirettore dell’Osservatorio *Misure patrimoniali* al V *Open Day* dell’Unione delle Camere Penali Italiane: “*Dall’art. 111 Cost. al diritto penale ‘no limits’: l’avvocato penalista nell’epoca del populismo*”, Rimini, 7-8 giugno 2019.

¹⁹ MANNA, *Misure di prevenzione: aspetti comparatistici e prospettive di riforma*, in *Quest. Giust.*, 1995, 311 ss.

che da Giuliano Amato²⁰, nonché, di recente, da Donini²¹ – ovverosia che, in definitiva, l'unico sistema per rendere le misure di prevenzione davvero conformi a Costituzione è quello di trasformarle in altrettante misure di sicurezza, sia livello personale, che patrimoniale e ciò tenendo in particolare conto l'insegnamento di Franco Bricola che, giustamente, sosteneva come le uniche sanzioni penali previste in Costituzione e, quindi, rinvenienti in essa la loro legittimazione, erano le pene e le misure di sicurezza²².

Con ciò siamo ovviamente persuasi che tale trasformazione farà perdere non poco sul terreno dell'efficienza, ma ne acquisterà, a nostro avviso, maggiormente in termini di garanzia e ciò, in definitiva, non può non dirsi conforme al "Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo" dell'Unione delle Camere Penali Italiane.

²⁰ AMATO Giul., *Individuo ed autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 499 ss.

²¹ DONINI, *Relazione al Convegno: "Le misure di prevenzione al vaglio di costituzionalità per indeterminatezza: il ruolo del diritto vivente"*, Reggio Emilia, 11 maggio 2018.

²² BRICOLA, *Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione (Atti del Convegno di Alghero)*, Milano, 1975, 46 ss.