JusQuid
sezione scientifica

Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia?

Attualità del "Problema penale"

Nel trentesimo dall'Ultima Lezione di Giuseppe Bettiol

a cura di Silvio Riondato

PADOVA UNIVERSITY PRESS

File riservato ad esclusivo fine di studio

JusQuid sezione scientifica

Nella *Sezione scientifica* della Collana *JusQuid* sono pubblicate opere sottoposte a revisione valutativa con il procedimento in «doppio cieco» (*double blind peer review process*), nel rispetto dell'anonimato dell'autore e dei due revisori.

I revisori sono professori di provata esperienza scientifica, italiani o stranieri, o ricercatori di istituti di ricerca notoriamente affidabili. Il revisore che accetti l'incarico di valutazione, formula il suo giudizio tramite applicazione di punteggio da 1 a 10 (sufficienza: 6 punti) in relazione ad ognuno dei seguenti profili: struttura (coerenza e chiarezza dell'impianto logico, metodologia); riferimenti normativi, dottrinali e giurisprudenziali; correttezza espositiva; argomentazione critica e propositiva; bibliografia; rilevanza scientifica nel panorama nazionale (e internazionale, se ricorre l'esigenza relativa a questo profilo). Precisa se l'opera sia pubblicabile senza modifiche o previo apporto di modifiche, o se sia da rivedere, oppure da rigettare, e comunque dà opportune indicazioni.

Nel caso di giudizio discordante fra i due revisori, la decisione finale sarà assunta dal direttore responsabile della Collana e dal comitato scientifico, salvo casi particolari in cui il direttore medesimo provvederà a nominare un terzo revisore cui rimettere la valutazione dell'elaborato. Le valutazioni sono trasmesse, rispettando l'anonimato del revisore, all'autore dell'opera. L'elenco dei revisori e le schede di valutazione sono conservati presso la sede della Collana, a cura del direttore.

Il termine per lo svolgimento dell'incarico di valutazione accettato è di venti giorni, salvo espressa proroga, decorsi i quali, previa sollecitazione e in assenza di osservazioni negative entro dieci giorni, il direttore della Collana e il comitato scientifico, qualora ritengano l'opera meritevole, considerano approvata la proposta. A discrezione del direttore responsabile e del comitato scientifico sono escluse dalla valutazione opere di indubbia meritevolezza o comunque di contenuto da ritenersi già adeguatamente valutato in sede accademica con esito positivo, per esempio scritti pubblicati su invito o di autori di prestigio, atti di particolari convegni, opere collettive di provenienza accademica.

File riservato ad esclusivo fine di studio

JusQuid ***sezione scientifica***

Comitato scientifico
Paolo Benciolini, Lorenza Carlassare, Marcello M. Fracanzani, Manuela Mantovani, Elisabetta Palermo Fabris, Paolo Patrono, Silvio Riondato, Rino Rumiati, Daniele Rodriguez, John A.E. Vervaele, Paolo Zatti

Direttore responsabile
Silvio Riondato

- E. Pavanello, *La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico*, 2012 (e-book).
- S. Riondato (a cura di), *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia? Attualità del "Problema penale". Nel trentesimo dall'Ultima Lezione di Giuseppe Bettiol*, 2012.
- L. Pasculli, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminosi internazionali*, 2012.
- S. Riondato, R. Alagna (a cura di), *Diritto penale della Repubblica di Turchia. Criminal Law of the Republic of Turkey*, 2012.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di diritto pubblico, internazionale e comunitario, dell'Ordine degli Avvocati di Padova e della Federazione Donne Arti Professioni e Affari di Padova.

Prima edizione 2012, Padova University Press

Titolo originale
Dallo Stato Costituzionale di Diritto allo Stato di Polizia?
Attualità del "Problema penale". Nel trentesimo dall'Ultima Lezione di Giuseppe Bettiol.

© 2012 Padova University Press
Università degli Studi di Padova
via 8 Febbraio 2, Padova
www.padovauniversitypress.it

Redazione
Chiara Candiotto, Francesca Moro

Progetto grafico
Padova University Press

Segreteria organizzativa del Convegno
Avv. Elisabetta Di Blasi

Immagine di copertina
"*Collegio dei dottori giuristi padovani che rende parere al Doge*". Dall'affresco di Gino Severini nella Sala della Facoltà di Giurisprudenza - Palazzo del Bo, Padova.

ISBN 978-88-97385-39-4

Stampato per conto della casa editrice dell'Università degli Studi di Padova - Padova University Press nel mese di novembre 2012 da Nuova Grafica - Padova

Tutti i diritti di traduzione, riproduzione e adattamento, totale o parziale,
con qualsiasi mezzo (comprese le copie fotostatiche e i microfilm) sono riservati.

Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia?

Attualità del "Problema penale"

Nel trentesimo dall'Ultima Lezione di Giuseppe Bettiol

Atti del Convegno
(Università degli Studi di Padova, 28 maggio 2012)

a cura di Silvio Riondato

PADOVA UNIVERSITY PRESS

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Giuseppe Bettiol

Indice

Francesco Gnesotto
Saluto del Magnifico Rettore dell'Università degli Studi di Padova 11

Silvio Riondato
Giuseppe Bettiol. Convegno patavino a trent'anni dall'Ultima Lezione 15

Danilo Castellano
Fonti del diritto penale e questione dell'umanità del diritto 23

José Luis Guzmán Dalbora
Giuseppe Bettiol e la situazione della scienza penalistica e della legislazione punitiva nei nostri giorni 35

Domenico Pulitanò
Quale ragionevolezza nel penale? 43

Gabriele Fornasari
Diritto penale liberale e derive autoritarie: riflessi nel pensiero del giovane Giuseppe Bettiol 57

Roland Riz
Il principio di offensività 71

Mauro Ronco
La struttura del dolo nel pensiero di Giuseppe Bettiol 91

Carlo Citterio
Carcere e pena oggi. Spunti di riflessione 107

Silvio Riondato
Le misure di prevenzione e il degrado delle garanzie annunciato da Giuseppe Bettiol 117

Debora Provolo
Coscienza del giudice e obbedienza alla legge, coscienza del subordinato e obbedienza all'ordine dell'autorità 133

Rodolfo Bettiol
Il pensiero processualpenalistico di Giuseppe Bettiol e la riforma costituzionale della giustizia 147

Paolo Moro
Il giusto processo dialettico. La fonte classica del garantismo penale 151

Emanuele Fragasso
Il principio fondamentale del controllo, secondo il pensiero di Giuseppe Bettiol, tra diritto vivente e diritto ad un ricorso effettivo ex art. 13 CEDU 159

Gian Pietro Calabrò
La crisi dell'ordine costituzionale e l'inquietante riemergere della fattualità. Alcune note sul positivismo assiologico di Giuseppe Bettiol 167

Massimiliana Bettiol
Primato della persona e realismo metafisico: la filosofia del diritto penale di Giuseppe Bettiol 179

Antonio Vernacotola
Sui fondamenti del pensiero giuspenalistico di Giuseppe Bettiol 191

Andrea Ambrosi
La memoria collettiva e pubblica di massacri e genocidi tra dovere costituzionale di solidarietà e libertà individuali 205

Nota sugli Autori 224

Tabula gratulatoria 226

File riservato ad esclusivo fine di studio

Francesco Gnesotto

Saluto del Magnifico Rettore dell'Università degli Studi di Padova

L'Università degli Studi di Padova rinnova oggi con immutata ammirazione il ricordo di Giuseppe Bettiol, giuspenalista e filosofo del diritto penale, uno dei più illustri giuristi del Novecento, di cui ricorre il trentesimo dall'"Ultima lezione" e anche dalla scomparsa (Cervignano del Friuli, 1907- Padova, 29 maggio 1982). E' una testimonianza dell'incessante tradizione di studi che ha già avuto momenti di alto confronto in questa Aula Magna negli incontri del 1982, del 2007, del 2010.

Bettiol fu dal 1943 al 1982 ordinario di Diritto Penale nella nostra Facoltà di Giurisprudenza. Laureato all'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, fu ivi allievo di Giacomo Delitala e di Feliciano Olgiati. Giunse a Padova dopo i primi incarichi di insegnamento nelle Università di Cagliari, Urbino e Trieste.

Bettiol fu Maestro soprattutto nel collegarsi alla tradizione liberale da lui riformulata in una originale prospettiva neoumanistica cristiana. Fuse nella materia giuspenalistica un contenuto etico correlato ad una altissima concezione dell'uomo inteso come dotato di libero arbitrio e di sfera morale, entrambe non sacrificabili per esigenze di politica criminale. Questa dignità umana la incardinò con magistrale sapienza nel suo *Diritto penale*, difendendola da ogni limitazione, ciò che gli donò fama mondiale. Determinò così da Padova il corso delle ricerche nel mondo e in particolare lo sviluppo della legislazione penale in molti paesi emergenti, come in America Latina dove i suoi scritti tuttora integrano basi fondamentali del sapere penalistico, e in Somalia che lo vide promotore dell'Università di Mogadiscio.

Partecipò in modo assiduo e pregnante al dibattito scientifico europeo del secolo scorso, un dibattito profondamente segnato dagli sviluppi del diritto e della dottrina

File riservato ad esclusivo fine di studio

germanici, dapprima anche liberticidi nel periodo nazista e perciò avversati dal giovane Bettiol già nell'anteguerra con coraggioso atteggiamento critico.

I valori di libertà e democrazia da lui propugnati furono poi determinanti nel suo decisivo contributo alla rinascita del diritto dalle tragiche ceneri lasciate dai regimi autoritari. Eletto deputato alla Costituente della Repubblica italiana, fu uno dei Padri della nostra Costituzione, e proseguì la sua azione quale membro della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, Presidente di Commissioni parlamentari e Ministro della Repubblica.

L' Università degli Studi di Padova continua quindi a raccogliere oggi per Bettiol, assieme al proprio, il tributo di generazioni di studenti e studiosi di ogni parte, e di tanti che pure ne hanno riconosciuto e ne vogliono celebrare non solo il chiarissimo pensiero ma anche la grandezza d'animo che lo ha sorretto, e le notissime doti di coerenza, di onestà, di schietta amicizia, di semplicità e di modestia. Soprattutto, a Bettiol va ancora una volta la gratitudine per aver difeso, insegnato, diffuso e praticato nobilissimi ideali che si riflettono in quello cui il nostro Ateneo intende ispirarsi perennemente: *Universa Universis Patavina Libertas.*

File riservato ad esclusivo fine di studio

Silvio Riondato

Giuseppe Bettiol. Convegno patavino a trent'anni dall'Ultima Lezione

Giuseppe Bettiol. A trent'anni dall'Ultima Sua Lezione e a trent'anni dalla Sua scomparsa, questo Convegno universitario patavino, in Aula Magna "Galileo Galilei", lo celebra come giuspenalista ma anche come filosofo, uomo politico, giuspolitico, giusfilosofo.

La Sua fama di penalista fu mondiale (insegnò in circa sessanta Università), perchè Egli esaltò senza pari la classicità incentrata sul valore dell'uomo. Dignità umana, libertà, democrazia furono i valori che Bettiol, animato da una non comune sensibilità e cultura filosofica, per tutta la vita tese ad instillare nel diritto penale, rileggendolo in una prospettiva di pensiero non estranea alla tradizione liberale ma da lui rivisitata con un'originale impostazione filosofica definibile come neoumanesimo cristiano[1], però secondo una visione "laica" nel senso che il Maestro ha sempre ben distinto tra la (Sua grande) Fede e la Ragione[2]. Egli è stato il giurista assertore di una visione altissima dell'uomo e dell'umano, sia sul piano criminologico – relativamente al positivismo – , sia sul piano teorico – relativamente al formalismo –, sia sul piano politico – relativamente al totalitarismo[3].

Nel quadro di una vastissima produzione, con frequenti traduzioni in molte lingue, le sue opere giuridiche più significative sono: *L'ordine dell'autorità nel diritto*

[1] G. Zaccaria, *Ricordo del prof. Giuseppe Zaccaria*, in R. Bettiol, B. Pellegrino, *Giuseppe Bettiol. Una vita tra diritto e politica*, Cleup, Padova 2009, p. 275.

[2] S. Riondato, *Un diritto penale detto ragionevole. Raccontando Giuseppe Bettiol*, Cedam, Padova 2004. Si veda, comunque, G. Bettiol, *Sulla "Nuova difesa sociale" considerata da un punto di vista cattolico,* Bilbao 1965 (estratto).

[3] L. Pettoello Mantovani, *Bettiol, Giuseppe*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 34, a cura dell'Isituto dell'Enciclopedia Italiana, Treccani, Roma 1988 (www.treccani.it).

File riservato ad esclusivo fine di studio

penale (1934); *La correlazione fra accusa e sentenza nel diritto penale* (1936); *Bene giuridico e reato* (1938); *Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi d'autore* (1942); *Il problema penale* (1945); *Diritto penale* (1945, fino alla XII edizione del 1982); *Aspetti politici del diritto penale contemporaneo* (1952); *Istituzioni di diritto e procedura penale* (1966 e successive edizioni). Tranne il *Diritto penale* e le *Istituzioni*, tutti i suoi lavori penalistici sono raccolti nei volumi *Scritti giuridici* (I-II, Padova 1966), *Scritti giuridici 1966-1980* (*ibid*. 1980), *Gli ultimi scritti 1980-1982 e la lezione di congedo* (6-V-1982) (*ibid*. 1984).

Giuseppe Bettiol nacque a Cervignano del Friuli il 26 settembre 1907[4], morì a Padova il 29 maggio 1982. Compì gli studi classici a Gorizia. Nel 1926, a diciannove anni, entrò a far parte del Partito Popolare Italiano (poco prima che fosse sciolto), fondato nel 1919 da Don Luigi Sturzo. Studiò Giurisprudenza all'Università Cattolica di Milano, Università da poco fondata da padre Agostino Gemelli, e si laureò con una tesi sui *Criteri di distinzione tra correità e complicità*. Gemelli lo sollecitò ad intraprendere la carriera universitaria, come allievo di Giacomo Delitala di cui fu assistente. Fu sin da studente iscritto alla FUCI. Vincitore di borse di studio, studiò a Monaco di Baviera prima che il nazismo intervenisse, e in Germania conobbe tra gli altri Ernst Beling, Mezger, Welzel, Jescheck e Wilke. Ottenne la libera docenza in Diritto e Procedura Penale nel 1934. Il primo incarico fu all'Università di Urbino – qui conobbe Giovanni Leone che era incaricato a Camerino e col quale strinse sùbito un forte sodalizio. Nel 1936 vinse la cattedra universitaria presso l'Università di Cagliari (primo in terna fu Giovanni Leone; Commissione: Manzini, Antolisei, Giulio Battaglini, Delitala, De Marsico, Petrocelli, Ottorino Vannini). Dopo due anni fu trasferito a Trieste, e dal giugno 1943 assunse la cattedra di Padova (dove insegnò fino al 1977, quando andò fuori ruolo). Legato al movimento antifascista cattolico e già affermato giurista, nel 1945 fu delegato alla Consulta nazionale per il partito della Democrazia cristiana, partito per il quale avrebbe svolto attività parlamentare ininterrottamente dal 1946 al 1976. Diede un contributo decisivo, insieme a Giovanni Leone e Aldo Moro, alla formulazione della Costituzione italiana, specie nei principi penalistici. Dal 1948 al 1968 fu deputato al Parlamento per l'Assemblea costituente e per le prime quattro legislature della Repubblica, eletto sempre nella circoscrizione di Verona-Vicenza-Padova-Rovigo; senatore nella quinta e sesta legislatura, eletto

[4] Si veda, anche per le ulteriori note biografiche, l'avvincente quadro di vita offerto da Bettiol, Pellegrino, *Giuseppe Bettiol. Una vita tra diritto e politica*, cit. Per una bibliografia sul pensiero del B. si veda G. Marini, *Giuseppe Bettiol. Diritto penale come filosofia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1985, p. 111 ss.; *adde* C.M. Fabris, *Giuseppe Bettiol: uomo, penalista, filosofo*, in «L'Ircocervo», 2011, n. 1 (www.lircocervo.it). Per la sua attività di parlamentare e di legislatore, si vedano gli Atti parlamentari delle legislature in cui fu presente. Informazioni relative alla sua biografia politica sono reperibili in: *I deputati e i senatori del sesto Parlamento repubblicano*, Roma 1968, s.v.; G. Baget Bozzo, *Il partito cristiano al potere. La DC di De Gasperi e di Dossetti*. 1945-1954, I-II, Firenze,1974.

File riservato ad esclusivo fine di studio

nel collegio di Padova. Fu ministro della Pubblica Istruzione nell'ottavo gabinetto De Gasperi (luglio-agosto 1953) e ministro senza portafoglio per i rapporti con il Parlamento nel secondo gabinetto Segni (febbraio 1959-marzo 1960). Fu presidente della commissione Giustizia nel periodo 1949-1952, e presidente della commissione Esteri nella seconda e terza legislatura. Nel periodo dicembre 1950 - giugno 1953 fu presidente del gruppo democristiano alla Camera e nel IV congresso del partito (Roma, novembre 1952) relatore sull'attività del gruppo. Fu membro del Consiglio esecutivo dell'Unione Latina, deputato al Consiglio d'Europa, vicepresidente dell'assemblea dell'Unione Europea Occidentale (UEO).

Per l'epoca in cui si svolse la sua attività politica, i tempi della Guerra-Fredda, Bettiol potrebbe essere definito come uomo di centro-destra, poiché ha sempre strenuamente combattuto aperture politiche nonché culturali a matrici marxiste; ma, dato anche il suo profondo umanesimo, non meraviglia che, un anno prima della Sua scomparsa, in un'intervista abbia rivelato: «Se fossi in Germania, sarei socialista, perché lì i socialisti hanno rinunciato alla matrice marxista»[5]. E' una rivelazione che potrebbe suggerire riletture.

Nel cennare ancora una volta al Suo pensiero[6], potremmo muovere dalla frase molto nota con cui Bettiol dava inizio al corso di Filosofia del Diritto tenuto all'Università degli Studi di Trieste nell'anno accademico 1944-45, corso che però trattava di diritto penale: «il diritto penale è una filosofia». Secondo il Suo acuto allievo Luciano Pettoello Mantovani[7], questa frase non deve avvalorare l'equivoco che, chiamando di volta in volta in campo neoscolastica, kantismo, filosofia dei valori, attribuisca al pensiero di Bettiol una qualifica speculativa. Piuttosto le concezioni del Bettiol – in tema di norma, di reato, di reo, di pena, di misure di sicurezza – avrebbero tratto la loro ragion d'essere in negativo, cioè per l'opposizione a questo o a quell'indirizzo, a questa o a quella tendenza; cosicché ciò che in positivo tale Autore è stato, potrebbe essere colto solo attraverso un processo di elaborazione paziente compiuto sui singoli «contenuti di lotta» che costellano la sua opera. Pettoello ritiene quindi che il pensiero bettioliano vada ricercato su tre direttrici: 1) come era solito dire lo stesso Bettiol, senza il positivismo di Filippo Grispigni, contro cui aveva combattuto, il suo Diritto penale non sarebbe stato scritto; 2) l'inesausta, esasperata polemica con il formalismo carneluttiano; 3) *last but not least*, il suo inesauribile «tormento politico», costituito da una battaglia senza quartiere contro il totalitarismo giuridico, di destra e di sinistra.

Condividiamo l'indicazione di Pettoello quanto alle strenue opposizioni di Bettiol. Queste rispecchiano il suo carattere aperto, tenace, anche polemico – come

[5] Come riportato in Bettiol, Pellegrino, cit., p. 228.
[6] Riondato, *Un diritto penale detto ragionevole,* cit.
[7] Pettoello Mantovani, *Bettiol, Giuseppe*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, cit.

File riservato ad esclusivo fine di studio

emerge bene dalle schermaglie parlamentari[8] –, e "testardo" come si autodefinisce Bettiol[9], ma soprattutto la profonda ispirazione morale nonché religiosa che muoveva la Sua coraggiosa azione. Anche di recente è stata colta appieno questa "battaglia" e soprattutto quel tormento politico di Bettiol fin da giovanissimo, contro la crisi che, per effetto dei totalitarismi, dal 1933 alla fine della seconda guerra mondiale ha scosso le fondamenta del pensiero penalistico[10]. Basti qui notare in particolare che al 1934 risale il lavoro sull'ordine dell'autorità[11], in cui Bettiol manifesta la tenacia "giovanile", per così dire, con cui difendeva la considerazione dell'oggettività, in punto di "fatto" – posizione incentrata (anche) sull'evento[12]–, e in punto di antigiuridicità, riguardo a un tema tra i più spinosi, nonché odiosi vigendo l'incivile articolo 51, quarto comma, c.p., nel sistema pre-repubblicano, per cui si pretendeva l'insindacabilità di certi ordini gerarchici criminosi e quindi la non punibilità dell'esecutore di tali ordini insindacabili – e così veniva consacrata l'infausta obbedienza cieca[13]. Al 1934 risalgono pure le lucidissime critiche al diritto nazista elaborate nello scritto *Sterilizzazione e diritto penale in Germania*[14]; nel 1940 ha pubblicato sulla *Zeitschrift fuer die gesamte Strafrechtswissenschaft*, occupandosi della situazione attuale del diritto penale italiano, un'acuta critica agli esiti della scuola di Kiel (Dahm e Schaffstein), in cui difende la ricostruzione oggettivistica della nozione di reato come offesa ad un bene giuridico contro le varie manifestazioni del soggettivismo, le visioni eticizzanti del diritto penale quale strumento di repressione delle mere violazioni di doveri e degli atteggiamenti interiori ostili alla società, l'irrazionalismo filosofico e metodologico posto alla base della considerazione unitaria del reato[15]. Nel 1942, con *Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi d'autore*[16], come lo stesso Bettiol ricorda, in pieno in-

[8] Bettiol, Pellegrino, cit.
[9] *Ivi,* p. 231.
[10] G. Marinucci, *Giuseppe Bettiol e la crisi del diritto penale degli anni trenta*, in «Rivista italiana di diritto processuale penale», 2008, p. 929; F. Mantovani, *Il personalismo e la personalità del reo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*, in «Criminalia», 2007, p. 135; M. Ronco, *L'attualità di Giuseppe Bettiol nel 100° anniversario della nascita e nel 25° anniversario della morte*, in «Criminalia», 2007, p. 147; A. Pagliaro, *Teleologismo e finalismo nel pensiero di Giuseppe Bettiol,* in «Rivista italiana di diritto processuale penale», 2008, p. 31; S. Seminara, *Sul metodo tecnico giuridico e sull'evoluzione della penalistica italiana nella prima metà del XX secolo*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Jovene, Napoli 2011, p. 614 e *passim*.
[11] G. Bettiol, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, Milano 1934, ora in *Scritti Giuridici,* I, cit., p. 109 ss.
[12] Sulla chiara impostazione di Bettiol al riguardo si vedano i rilievi di N. Mazzacuva, *Il disvalore d'evento nell'illecito penale*, Giuffrè, Milano 1983. E cfr. G. Bettiol, *Oggettivismo e soggettivismo nell'ambito della nozione di reato*, in *Scritti Giuridici,* II, cit., p. 986. Per una recente ripresa del dibattito intorno al concetto di "fatto" si veda B. Romano, *Il rapporto tra norme penali,* Giuffrè, Milano 1996, p. 7.
[13] D. Provolo, *Esecuzione dell'ordine superiore e responsabilità penale*, Cedam, Padova 2011, *passim*.
[14] «Rivista Italiana di Diritto Penale», 1934, ora in *Scritti giuridici,* I, Padova, 1966, p. 102. Cfr. Marinucci, cit.
[15] Marinucci, cit.
[16] «Rivista Italiana di Diritto Penale», 1942, ora in *Scritti giuridici,* II, cit., p. 535.

File riservato ad esclusivo fine di studio

furiare del Diritto penale della volontà (*Willenstrafrecht*), si ebbe uno dei pochi studi di critica oggettiva usciti in quei tempi difficili contro il diritto penale della volontà "di obbrobriosa memoria", e proprio mentre in Germania, allora, certi professori per critiche anche velate al nuovo sistema perdettero la cattedra e non solo quella[17].

Quanto alla qualifica speculativa che secondo Pettoello non sarebbe attribuibile al Bettiol-pensiero, riconosciamo ancora una volta di non avere strumenti adeguati per affrontare il tema, ma osserviamo che la perentorietà dell'affermazione lascia perplessi, se non altro perché il pensiero bettioliano, qualificato come filosofia, è sempre stato preso in seria considerazione dai filosofi del diritto[18]. Certo, si può dire anche, con Gonzalo Rodriguez Mourullo, che il teleologismo valorativo di Bettiol si presenta in definitiva come un'ideologia sulle fonti sostanziali del diritto penale[19]. Comunque, notiamo che lo stesso Pettoello rileva che Bettiol si erge contro il sovvertimento operato dal positivismo criminologico invocando il complesso speculativo del razionalismo: né l'agire dell'uomo è "determinato", né l'uomo che delinque è assimilabile alle primitive razze selvagge (i due postulati dell'indirizzo avversato). Il soggetto di diritto penale è "persona" sulla quale può cadere un rimprovero. Il rimprovero, non già la pericolosità (previsione di un possibile danno, che come tale può riguardare anche un essere subumano o un'entità inanimata), è il giudizio penalistico da riferire ad una azione, perché essa, in quanto umana, è cosciente e volontaria. La scuola positiva si trova dunque in errore; i principi in cui credere – l'uomo è un essere cosciente, l'azione umana è cosciente e volontaria – sono ancora gli stessi del vecchio mondo razionalistico. Ma tale corso di idee va debitamente adeguato ai tempi, per cui il reato viene configurato e inteso non più come segmento di vita, come spazio chiuso, come fatto e null'altro, bensì come risultante di fatto e di personalità, cosicché il credo legalitario liberale non rinviene più nella condotta incriminata un limite ma un'occasione di arricchimento ulteriore.

Questo basti ad indicare quel primato del valore dell'uomo e della cultura, cui Bettiol tanto teneva, e che questo Convegno certamente contribuirà a illustrare meglio. Solo potremmo aggiungere, in relazione ai temi della prevenzione speciale cui si rivolge tra l'altro il titolo del convegno stesso, e riservando ulteriori riflessioni alla nostra successiva relazione, che, secondo Bettiol, il vero problema del diritto penale consiste non già nell'avvicinamento o nell'eventuale sostituibilità della pena con una misura rivolta alla prevenzione speciale, bensì nella umanizzazione della pena e

[17] G. Bettiol, *Colpevolezza normativa e pena retributiva oggi,* in *Gli ultimi scritti 1980-1982 e la lezione di congedo 6.V.1982*, Cedam, Padova 1984, p. 92.

[18] Vedi, di recente, anche per ulteriori indicazioni, A. Vernacotola, *Primato della persona e realismo metafisico. La filosofia del diritto penale di Giuseppe Bettiol*, ESC (Gruppo ESI), Rende 2010. Cfr. inoltre G. Marini, *Giuseppe Bettiol. Diritto penale come filosofia,* Napoli 1985.

[19] G. Rodriguez Morullo, *El teleologismo valorativo de Bettiol y el finalismo de Welzel*, in «Boletin de la Universidad Compostelana», 1965, p. 40 dell'estratto.

File riservato ad esclusivo fine di studio

dell'esecuzione penale, secondo il disposto costituzionale per cui le pene «non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità» (art. 27, co. 3, Cost.)[20]. Il senso di umanità della pena, che oggi tanto manca nella quasi intera società quanto è virtuale assente nelle considerazioni giudiziali nonostante la perentoria rilevanza giuscostituzionale, si colloca nella costruzione bettioliana veicolando la prevenzione speciale-rieducazione, sia pur *di fatto* come effetto di una pena retributiva realmente eseguita secondo criteri di umanità – il "di fatto" sta a significare l'estraneità alla pena in nome del prevalente rispetto della libertà interiore del condannato, mentre però *di diritto* opera l'istanza di umanizzazione ex art. 27 co. 3 Cost. che reca l'istanza rieducativa. Perciò la prevenzione speciale non è in buona sostanza negata, tanto che Bettiol, confrontandosi col Grispigni, afferma, sì, che nel contrasto tra prevenzione generale e prevenzione speciale la seconda non deve avere la meglio, ma dà la prevalenza «ad un criterio di certezza e sicurezza giuridica [retribuzione n.d.r.] *che assorba in sè anche talune esigenze della prevenzione speciale*[21]». Bettiol, soprattutto a partire dagli anni '60, non è un avversario della rieducazione/risocializzazione/non desocializzazione, ma semmai un fautore di essa purchè non gli venga proposta come essenziale alla pena. L'individualizzazione dei provvedimenti penali nel quadro delle esigenze di prevenzione speciale è in funzione della rieducazione del delinquente, sempre che di rieducazione ci sia bisogno, perchè non tutti i delinquenti necessitano di rieducazione, e non tutti sono correggibili[22].

Più in generale, il processo di umanizzazione del diritto penale inizia a profilarsi secondo il Maestro quando il diritto si pone al servizio dei valori morali, sottraendosi alla funzione di regolamentazione brutale di fatti materiali o al servizio di una ideologia totalitaria: «Umanizzazione è sinonimo di eticizzazione. Non si può concepire un processo di umanizzazione se non è alimentato da una salda concezione morale di vita, ed ogni moralizzazione che sia veramente tale non può che portare ad una umanizzazione del diritto penale». Insomma, l'umanizzazione del diritto penale può manifestarsi pienamente tramite l'*umanizzazione dello Stato*, quando cioè lo Stato sia organizzazione di uomini liberi che hanno un determinato fine morale da raggiunge-

[20] Bettiol, *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, cit., p. 845.

[21] Bettiol, *Diritto penale,* Cedam, Padova 1982, p. 52 (cors. nostro).

[22] Cfr. G. Zuccalà, *Giuseppe Bettiol nel ricordo del suo allievo Giuseppe Zuccalà*, in Bettiol, Pellegrino, cit., p. 278. La disgiunzione tra pena e rieducazione, cara a Bettiol, è attualissima, se si pensa a quanto è stato deciso da parte della Corte costituzionale (21 novembre 2000, n. 518, in «Diritto penale e processo», 2000, p. 1590) riguardo ad uno degli esempi più tradizionali e significativi della funzione simbolica svolta dal diritto penale, la previsione dell' incesto come delitto (art. 564 c.p.), in relazione alla sottofattispecie dell'incesto tra affini in linea retta, nel caso suocero e nuora, caso che può dirsi "scolastico" quanto alla problematicità di una giustificazione dell'intervento penalistico nel campo del c.d. "ordinamento sessuale della famiglia". Si veda al riguardo S. Riondato, *Introduzione a famiglia nel diritto penale italiano,* in S. Riondato (a cura di), *Diritto penale della famiglia,* vol. IV in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè, Milano 2011, p. 17 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

re ("Lo Stato non è un mito, ma una realtà naturale al servizio di una idea morale"[23]). Alla radice dell'umanizzazione del diritto penale non sta la preoccupazione che la repressione sia più indulgente, ma il desiderio di fortificare, in virtù delle modalità della pena, il *sentimento* di una giustizia riparatrice, di una giustizia riformatrice e di una giustizia sociale. Così, con Donnedieu de Vabres, Bettiol disegna il diritto penale "umano" come quel diritto che non calpesta le esigenze della giustizia, virtù morale per eccellenza, quando esso modella reati e pene, quando delinea i fondamentali istituti che servono all'applicazione delle norme penali, quel diritto che poichè interviene solo quando la giustizia lo richieda, e si annulla a qualsiasi costo per la giustizia stessa, è davvero garanzia di libertà per l'individuo e garanzia di una libertà *responsabile*; un diritto penale "umano" che non può che essere democratico, se democrazia è reggimento politico ancorato ad un concetto di responsabilità individuale in un regime di libertà contrassegnato dalla primazia della dignità umana espressa nei *valori universali e assoluti* legati alla *razionalità* della natura umana e sottratti così al variabile corso di una interpretazione "storicistica" della storia[24]. Questi valori Egli pone a capo della Sua costruzione penalistica (in prospettiva prescrittiva), prima di tuttto il valore dell'uomo dotato di libero arbitrio: "l'uomo è salvato solo quando venga considerato come un valore, come fine, come essere di ragione"[25]. La salvezza (terrena) dell'uomo è proprio ciò che evangelicamente Bettiol si propone. La Sua costante finalità è la "salvaguardia della libertà morale, giuridica e politica dell'uomo; di un uomo il quale, più che guardare al collettivo spesso opaco che lo circonda, scruta nel profondo della coscienza e da questa solitudine illuminata sa trarre una precisa norma di vita"[26].

La moralità del diritto penale dipende così – tragicamente – dalla moralità che gli individui nella collettività riescono ad esprimere. In mancanza di moralità, come parrebbe darsi con peculiare intensità in questi nostri tempi, regna il diritto penale dell'ingiustizia.

[23] G. Bettiol, *Sull'umanizzazione del diritto penale*, in Id., *Scritti giuridici*, II, Cedam, Padova 1966, p. 743.
[24] *Ibidem*.
[25] Bettiol, XI, 917. Sull'importanza della concezione bettioliana dell'imputabilità vedi S. Fortuna, *I fondamenti del pensiero penalistico di Giuseppe Bettiol*, in«Rassegna Penitenziaria e Criminologica», 1982, p. 885 (880).
[26] Bettiol, XI, p. XVII (Prefazione alla sesta edizione).

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Danilo Castellano

Fonti del diritto penale e questione dell'umanità del diritto

1. Il trentacinquenne Giuseppe Bettiol aveva già terminato di scrivere il suo trattato *Diritto penale* allorché, iniziando il corso di Filosofia del diritto da lui tenuto all'Università di Trieste nell'anno accademico 1944-45, affermava, come ci ricorda Luciano Pettoello Mantovani[1], che il "diritto penale è una filosofia"; affermazione che – com'è noto – Gaetano Marini riprende per riassumere la dottrina penalistica di Giuseppe Bettiol[2].

Non solo il diritto penale (anche se particolarmente questo) è "filosofia": tutto il diritto è, infatti, "filosofia"[3] alla condizione che non si intenda per "filosofia" né un'ideologia né una teoria e, quindi, alla condizione che dalla stessa coraggiosa e anticonformistica affermazione di Bettiol si lasci cadere l'articolo indeterminativo. Il diritto penale non è, dunque, né un'ideologia codificata, vale a dire una prospettiva, un punto di vista che pretende di assurgere a verità totale, né una teoria la quale finirebbe per giustificare, ma senza fondarla, ogni definizione di diritto ricavabile

[1] Cfr. L. Pettoello Mantovani, *Bettiol Giuseppe*, (voce) in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 34°, a cura dell'Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Treccani, Roma 1988. L'affermazione è contenuta in G. Bettiol, *Il problema penale*, Ed. Scientifica Triestina,Trieste 1945, riportata nelle edizioni successive e qui citata dall'edizione del 1948 (G. Priulla, Palermo 1948, p. 15).

[2] Gaetano Marini pone significativamente come sottotitolo alla prima monografia dedicata al penalista patavino *Diritto penale come filosofia* (cfr. G. Marini, *Giuseppe Bettiol*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1985).

[3] Concludendo il convegno internazionale dedicato a «*Persona e diritto*» e svoltosi a Udine nel 1988, sostenni non senza stupore di molti partecipanti la stessa cosa (cfr. D. Castellano, *Parole conclusive,* in *Persona e diritto*, a cura di Danilo Castellano, Editrice Missio, Udine 1990, p. 77-78), ignorando, allora, quanto sostenuto dal Bettiol.

File riservato ad esclusivo fine di studio

dall'analisi di un qualsiasi ordinamento giuridico positivo o dall'analisi dell'insieme degli ordinamenti giuridici positivi.

Il fatto è che non si può fare del sistema, definito filosofico, e/o dell'ordinamento, definito giuridico, il fondamento rispettivamente della verità e del diritto.

I seguaci di questa teoria, coloro cioè che identificano la verità con la verità del sistema e il diritto con il diritto dell'ordinamento giuridico positivo, finiscono infatti nel nichilismo teoretico e/o giuridico. Avrebbe ragione, pertanto, il Pettoello Mantovani nell'osservare che la posizione del trentacinquenne Bettiol finirebbe (al di là delle intenzioni dell'autore) per "avvalorare l'equivoco che, chiamando di volta in volta in campo neoscolastica, kantismo, filosofia dei valori", farebbe dipendere il diritto dalla verità di ciascuno dei citati sistemi. Il diritto, in questo caso, sarebbe appropriatamente dedotto da dottrine che, rivelandosi poi errate, non riuscirebbero a dar ragione in ultima analisi dello stesso diritto. Il Pettoello Mantovani, però, non considera a nostro avviso adeguatamente che l'affermazione del Bettiol non è legata all'articolo indeterminativo ("una" filosofia), cioè a un sistema filosofico, ma che essa indica propriamente e al contrario la necessità di trascenderlo. Come osservarono, sia pure in tempi e con riferimento a questioni diverse, Cicerone e Pascal[4], il diritto, la sua essenza, non può essere né cercato né trovato nel solo ordinamento positivo (cioè nel sistema giuridico che è l'equivalente del sistema filosofico). Il diritto può essere (spesso effettivamente è) nell'ordinamento giuridico positivo ma dell'ordinamento è la condizione, non il prodotto. Poco importa, poi, con quale metodo si arriva al diritto. Vi si può arrivare – e questa sembra la via migliore – anche con metodo dialettico che talvolta (o spesso) può rivelarsi fenomenologicamente un metodo per opposizione. Ciò che rileva è che si arrivi al concetto (e non, dunque, alla sola definizione) del diritto. È vero che Giuseppe Bettiol fu un polemista. Non fu tale, però, per una scelta "negativa", ma per una necessità imposta all'uomo dall'intelligenza che, cercando il vero, necessariamente si oppone all'errore. Così Filippo Grispigni e la sua dottrina positivistica come Francesco Carnelutti e il suo formalismo come il totalitarismo giuridico di ogni colore (ma anche e prima ancora quello politico) furono occasioni per un impegno costruttivo che consentirono a Giuseppe Bettiol di scrivere nell'arco

[4] Cicerone, soprattutto quale pratico del diritto, osservò infatti che la giuridicità non si ricava dagli editti del potere e neppure dalle Dodici Tavole, vale a dire dalle norme positive, ma dai supremi principî della filosofia (cfr. Cicerone, *De legibus,* I, 5, p. 16-17). Se il diritto fosse costituito sulla base dei decreti del popolo, degli editti dei principi, delle sentenze dei giudici, potrebbe essere diritto rubare, commettere adulterio, falsificare testamenti, ove tali azioni venissero approvate dal voto e dal decreto della folla (cfr. *Ibid*.). Pascal, – come noto – da parte sua, si chiese come possa essere considerato diritto da un ordinamento ciò che un altro ordinamento considera reato. È un problema che si presenta anche nel tempo presente. Ci sono, infatti, ordinamenti giuridici positivi che vietano, per esempio, l'aborto procurato (Irlanda), altri che in presenza di talune circostanze lo prescrivono (Cina), altri ancora che lo tollerano riconoscendo (generalmente) la scelta della gestante come diritto soggettivo (Italia).

File riservato ad esclusivo fine di studio

di soli otto mesi il suo *Diritto penale* che avrà ben undici edizioni, esclusa quella "aggiornata" dopo la sua morte da Luciano Pettoello Mantovani.

2. Questa breve premessa era opportuna per poter presentare il più possibile chiaramente quanto si dirà sinteticamente fra poco. Giuseppe Bettiol dedica al problema delle fonti in senso stretto solamente ventuno pagine del suo *Diritto penale*. Sono pagine dense, ispirate da un robusto e originale pensiero soprattutto se si considerano gli anni in cui il Trattato fu scritto. Sono pagine che rivelano una metodologia sicura e un orientamento anticonformista ma sono pagine che evidenziano simultaneamente le molte insidie nascoste nella questione e qualche difficoltà nell'evitarle. Innanzitutto Giuseppe Bettiol, in anni nei quali la legge (intesa come norma positiva) è posta a fonte del diritto (art. 1 delle Disposizioni sulla legge in generale, premesse al Codice civile del 1942), afferma che le fonti del diritto penale sono sostanziali e formali: nelle prime sono comprese la morale e il diritto naturale; nelle seconde la legge scritta e la consuetudine. Affermazione, questa, certamente sorprendente poiché soprattutto allora – ma non solo allora – era opinione diffusa, anzi egemone, che unica "fonte di produzione" del diritto, in particolare del diritto penale, fosse lo Stato: la norma penale (ritenuta fonte del diritto) "è sempre una manifestazione del potere sovrano dello Stato, anche quando promana da altri soggetti giuridici, giacché è in ogni caso lo Stato – scrive, per esempio, un penalista contemporaneo, l'Antolisei[5] – che conferisce ai soggetti stessi le facoltà relative". Opinione, questa, di coerente derivazione dalla dottrina che fa dello Stato la condizione dell'ordinamento giuridico (non è un caso se nelle Facoltà giuridiche è stato attivato l'insegnamento di Dottrina dello Stato e se questa disciplina a lungo insegnata viene tuttora impartita); opinione confermata sostanzialmente (ancorché suscettibile di diverse ermeneutiche) anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana che, soprattutto con due sentenze del 1956 e del 1966 (rispettivamente la n. 6 del 26 giugno 1956 e la n. 12 del 12 febbraio 1966), ritenne che l'attività normativa in materia penale deve considerarsi pertinente in modo esclusivo alla legislazione dello Stato, senza che quest'ultimo possa abdicarvi, neppure per aspetti marginali. Anche civilisti e anche civilisti dell'Ateneo patavino, che hanno contribuito con indiscusso prestigio alla formazione di intere generazioni di giuristi, non hanno nutrito dubbi circa le fonti di produzione del diritto come individuata dall'art. 1 delle Disposizioni sulla legge in generale, premesse al Codice civile italiano del 1942 in vigore. Essi, infatti, hanno accolto nei loro Manuali sia la tesi secondo la quale la legge "è la norma consacrata in una precisa formula espressa da speciali organi sovrani" sia la definizione di legge della dottrina positivistica secondo la quale questa è espressione della volontà dello

[5] F. Antolisei, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, a cura di Luigi Conti, Giuffrè, Milano 1975 (VII), p. 43.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Stato[6] e, in quanto tale, fonte del diritto. Bettiol non esclude che la legge scritta sia una fonte del diritto e che essa sia rappresentata dalla "volontà dello Stato, o meglio – scrive – [… dalla] forma attraverso la quale la volontà dello Stato si manifesta in modo imperativo e sanzionatorio"[7]. Ritiene, però, che essa sia fonte formale del diritto penale e che la volontà dello Stato non sia volontà sovrana nel senso bodiniano, poiché lo Stato è organo per la manifestazione della legge, non causa della medesima. Fonte precipua di carattere sostanziale del diritto penale – afferma, infatti, Bettiol – è il diritto naturale quale immutabile esigenza di ogni norma penale chiamata e posta a tutela di un valore[8]. In altre parole la fonte formale, che è garanzia del principio di civiltà giuridica che Anselmo Feuerbach riassunse nella celebre espressione *nullum crimen, nulla poena sine lege*, non può trasformarsi in fonte sostanziale senza introdurre l'arbitrio nella norma e per norma. In altre parole ancora è necessaria la norma positiva ma essa, per essere legge e non *corruptio legis* [come magistralmente insegnò Tommaso d'Aquino[9]], deve trovare il proprio fondamento nell'ordine giuridico (*non ex regula*, infatti, *ius sumatur sed ex iure quod est regula fiat*) o, con le parole di Bettiol [che sul punto riprende Olgiati[10]] nell'idea di giustizia che non è una qualsiasi opinione intorno alla giustizia (nemmeno se questa è l'opinione del legislatore) bensì l'archetipo platonico di essa che trova espressione nell'anima della morale sociale e quindi del diritto positivo, a sua volta esigenza di questa[11]. Se al diritto penale venisse meno questo fondamento, esso diverrebbe possibile strumento di ogni arbitrio del legislatore e/o del sovrano, in quanto sarebbe dipendente dalla pura e assoluta volontà dello Stato. Il che significherebbe introdurre non solo l'arbitrio nella nozione stessa di diritto (e, quindi, negare la sua stessa essenza) ma anche, almeno implicitamente, affermare che la sua qualificazione è possibile soltanto sulla base di criteri virtualmente ma essenzialmente disumani, rappresentati dall'*esteriorità* (o eterono-

[6] Cfr. A. Trabucchi, *Istituzioni di Diritto civile*, Cedam, Padova 1982 (XXI), p. 14.

[7] G. Bettiol, *Diritto penale*, Cedam, Padova 1982 (XI), p. 115-116.

[8] Bettiol, *Diritto penale*, cit., p. 115.

[9] Tommaso d'Aquino, trattando della legge (cfr. Thomae Aquinatis, *Summa Theologica,* I-II, q. XCV, a. II, Respondeo), aveva giustamente osservato che "*omnis lex humanitus posita intantum habet de ratione legis, inquantum a lege naturae derivatur: si vero in aliquo a lege naturali discordet, jam non erit lex, sed legis corruptio*".

[10] All'inizio degli anni Trenta del secolo scorso, negli anni cioè della maturazione degli orientamenti intellettuali di Bettiol, Francesco Olgiati (allora professore incaricato di Diritto Naturale all'Università Cattolica di Milano) si era impegnato – com'egli stesso confessa – nella chiarificazione e nell'elaborazione precisa del concetto filosofico di «Diritto». Il risultato fu un lavoro dal significativo titolo *La riduzione del concetto filosofico di diritto al concetto di giustizia* (Giuffrè, Milano 1932). Questo lavoro non può essere ignorato per l'adeguata comprensione delle tesi di Giuseppe Bettiol. La prova che Giuseppe Bettiol condivida la tesi di Olgiati, sia pure per quel che essa rileva penalisticamente, è offerta anche dal fatto che una decina di anni più tardi Olgiati citerà ripetutamente, per adesione e con stima, il Bettiol nel suo lavoro *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto* (Vita e Pensiero, Milano 1943).

[11] Cfr. Bettiol, *Diritto penale*, cit., p. 113.

File riservato ad esclusivo fine di studio

mia), dalla sola *coazione* (tecnica di controllo sociale) e, soprattutto, dall'*irrazionalità* anche quando questa venisse usata come *ratio operandi* [o come *calcolo*, secondo per esempio la definizione di razionalità data da Hobbes[12]]. Il bene giuridico, a proposito del quale Mauro Ronco ha offerto alcuni anni fa un contributo chiarificatore della posizione e del ruolo avuto da Bettiol nel dibattito penalistico dottrinale contemporaneo[13], diventa così la *ratio* medesima della legge; esso avrebbe un contenuto variabile e soprattutto pretenderebbe di rovesciare il rapporto essere/dover essere come coerentemente (anche se assurdamente) fa, in ultima analisi, ogni dottrina volontaristica e, perciò stesso, nichilistica. Cosa estremamente pericolosa per il diritto penale, ma soprattutto per l'uomo soggetto a questo diritto penale: l'uomo, infatti, verrebbe lasciato in balia di decisioni arbitrarie che non sarebbe sempre in grado di conoscere [perché a lui totalmente estranee[14]] e, soprattutto sarebbe posto nella sola condizione di passivamente eseguire anziché di attivamente obbedire.

3. La questione dell'obbedienza, che è adesione personale, razionale e libera, a un comando a sua volta razionale, non è questione retorica. Essa rileva anche per il diritto, in particolare per quello penale. È tirato in ballo, infatti, innanzitutto il cosiddetto *principio di legalità* che sta alla base del diritto penale ed è da tutti difeso anche se da ognuno è interpretato a suo modo. Bettiol lo considera principio irrinunciabile, poiché come recitavano farisaicamente i lavori preparatori del Codice penale in vigore, esso costituisce il presidio massimo della libertà dei cittadini. La sua invocazione, pertanto, da parte degli Stati totalitari rappresenta un «irriducibile contrasto», per usare le parole del Bettiol.

Il suo rispetto è esigito, poi, dalla certezza del diritto, la quale è anche garanzia dell'azione umana. Questa garanzia, però, non può essere sostanzialmente offerta dal formalismo giuridico, soprattutto se questo fosse eretto a barriera per vietare al

[12] Cfr. Hobbes, *Il Leviatano*, I, p. 5.

[13] M. Ronco, *L'attività di Giuseppe Bettiol nel 100° anniversario della nascita e nel 25° anniversario della morte*, in «Criminalia», 2007, vol. II, p. 147-164.

[14] Se il diritto dipende dalla norma imposta dal sovrano (dallo Stato) e se la norma, a sua volta, dipende dalla volontà/potere di questi (se essa, cioè, è atto puramente arbitrario), esso si rivela irrazionale, vale a dire totalmente estraneo (anche se occasionalmente non tale di fatto) al senso comune, cioè alla naturale razionalità dell'essere umano. Il che pone al diritto penale diversi problemi. Innanzitutto per quel che riguarda il dolo e la colpevolezza. Si arriverebbe, così, sia pure sulla base di altri presupposti e per via non «geometrica», alle stesse conclusioni cui è arrivata la Corte costituzionale italiana (cfr. Sentenza n. 364 del 24 marzo 1988) allorché dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 C.P. nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile. In altre parole, se il diritto è in sé e per sé comando arbitrario e, quindi, necessariamente eteronomo, la sua conoscenza è possibile solo a chi è nell'effettiva condizione di poterlo conoscere e, pertanto, la legge deve riconoscere l'ignoranza inevitabile come scusante nel diritto penale. Non sarebbe, quindi, ammissibile il rispetto delle leggi penali *naturaliter*, come avviene invece nell'esperienza da parte della generalità degli esseri umani.

File riservato ad esclusivo fine di studio

giudice, entro i limiti formali della fattispecie legale e in virtù di questi, ogni possibilità d'indagine sostanziale. Sarebbero, così, nel suo nome sacrificate le esigenze della giustizia sostanziale come riconosce con cautela anche il Bettiol quando rileva che a ciò facilmente conclude il "liberalismo primitivo ed ingenuo" che postula una meccanica e matematica applicazione della norma, anche se il Bettiol tranquillizza a questo proposito osservando che l'irrompere della teleologia nella dottrina dell'azione umana consente di essere rassicurati sulla questione.

Soprattutto, però, la questione dell'obbedienza pone il problema della legittimità della legalità, che il Bettiol risolve (o almeno propone di risolvere) con il ricorso alle fonti sostanziali e che i penalisti o i teorici del diritto che escludono la necessità di risalire al fondamento non riescono, invece, a risolvere. Non è vero, infatti, che la scienza del diritto non ha bisogno di scavare in profondità per individuare il suo punto archimedeo e che non ha neanche bisogno di spingersi a fondo nell'indagine e nella giustificazione degli istituti giuridici[15]. La vera scienza giuridica non può né accontentarsi del dato sociologico né considerarsi chiamata a prendere atto della sola effettività giuridica, identificata con l'effettività delle norme positive. Se così fosse essa non solo non riuscirebbe, in ultima analisi, a "descrivere" veramente istituti e norme ma, soprattutto, si precluderebbe la strada per il coglimento del giuridico che non sempre si identifica con il legale, come ha dimostrato e come dimostra la storia, soprattutto quella contemporanea (si pensi, per esempio, ai problemi posti a questo proposito dalle leggi razziali, dalle norme che consentono la violazione dell'integrità fisica o del diritto alla vita, dalle norme positive che hanno prescritto crimini contro l'umanità). Se alla legalità bastasse l'autoreferenzialità e se i giuristi fossero chiamati unicamente a "descrivere scientificamente" la struttura e la funzione degli istituti e delle norme, tutto potrebbe essere consentito: unica condizione per questo sarebbe la effettività dell'ordinamento, la quale di per sé non è criterio per giudicare della sua legittimità. Le riflessioni, per esempio, di Sergio Cotta sul tema[16] hanno dimostrato che la "giustificazione" non è in sé e per sé l'"obbligatorietà"; anzi, talvolta, ne rappresenta l'esclusione. Una giustificazione intrinseca, infatti, l'avevano per esempio anche le norme dell'ordinamento nazista. Esse, però, non presentavano il carattere dell'obbligatorietà. Tanto che chi le applicò finì sul banco degli imputati al processo di Norinberga. Il bene giuridico, pertanto, – come accennato – non può essere la *ratio* delle norme, acriticamente considerata anche se oggettivamente descritta. Il bene, anche il bene giuridico, non è tale perché "strutturale"; la sua natura è di essere bene ontico e, solo in quanto bene ontico, bene anche autenticamente utile.

[15] Cfr. Antolisei, *Manuale di Diritto penale*, cit., p. 19.
[16] Cfr. S. Cotta, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Giuffrè, Milano 1981.

File riservato ad esclusivo fine di studio

4. Seguendo una lunga, consolidata e soprattutto valida tradizione di pensiero, Tommaso d'Aquino osservò giustamente nel *De Malo* che "*bonum et malum in actibus est accipiendum secundum id quod est proprium hominis in quantum est homo*"[17]. Gli fecero eco nei secoli, sia pure con altre parole, altri autori fra i quali, per esempio, il Rosmini secondo il quale la fondazione razionale dell'etica sta nel necessario riconoscimento dell'essere nell'ordine suo[18]; ordine che si presenta all'intelligenza umana, ad essa quindi s'impone e di fronte al quale essa può solo chinare la testa. Questo è, dunque, il criterio per l'individuazione del bene morale che, pur essendo più vasto del bene giuridico, questo ingloba e fonda. Per la qual cosa Bettiol può legittimamente sostenere che il diritto penale è la cristallizzazione della morale. Non nel senso che coincida assolutamente con essa, esaurendola, bensì nel senso che senza la morale e l'ordine sul quale questa si basa non sarebbe nemmeno possibile il bene giuridico. Il reato, pertanto, altro non è che il male rilevante socialmente e legalmente in quanto male in sé e per sé, punito dall'autorità politica ma non dipendente dall'autorità politica medesima se non sotto l'aspetto della valutazione dell'opportunità/necessità della sua punizione, non quindi sotto il profilo della sua natura. È per questo che le fonti sostanziali del diritto penale vengono da Giuseppe Bettiol identificate, com'egli stesso scrive, senz'altro con la morale[19]: è compito del diritto penale, infatti, garantire la libertà individuale attraverso l'enunciazione di ciò che può e di ciò che non può essere fatto. Questa possibilità è da leggersi, ovviamente, come legittimità etica che non dipende né da opzioni soggettive che delegittimerebbero alla radice il diritto penale né da opzioni collettive che farebbero del diritto, inteso in questo caso necessariamente come formalismo legale, lo strumento per l'imposizione di scelte "condivise" ma non fondate. Il reato non è, pertanto, una mera definizione/imposizione del potere o dello Stato, ma è una realtà che il potere o lo Stato debbono riconoscere e, in taluni casi (nei casi in cui esso sia previsione legale) necessariamente punire. La sua realtà non consegue, perciò, dalla punizione, ma questa è la conseguenza del suo riconoscimento. Per richiamare il titolo di un classico studio del Pettoello Mantovani dell'ormai lontano 1954, il reato è un concetto ontologico, non una definizione legale, ove concetto, aristotelicamente, significa essenza sostanziale, non formale. Lo provano *a contrario*, o meglio per la contraddizione in cui necessariamente cadono, quei penalisti (come, per esempio, l'Antolisei) che, dopo avere definito formalisticamente il reato come "quel comportamento umano che, a giudizio del legislatore, contrasta coi fini dello Stato ed esige come sanzione una pena (criminale)"[20], suggeriscono poi di "allargare" la fattispecie legale di taluni reati al fine di "comprenderli" nella loro

[17] D'Aquino, *De Malo*, q. 2, a. 4.
[18] Cfr. Rosmini, *Principî della scienza morale*, c. IV, a. 7.
[19] Cfr. Bettiol, *Diritto penale*, cit., p. 110-111.
[20] Antolisei, *Manuale di Diritto Penale*. cit., p. 132.

File riservato ad esclusivo fine di studio

interezza [si vedano, per esempio, le pagine dedicate al reato di truffa dell'Antolisei nella *Parte speciale* del suo *Manuale*[21]].

C'è di più. Il diritto penale, anzi il diritto *tout court*, non è qualcosa di individuabile in termini di sola oggettività, vale a dire come se fosse una "cosa" che non ha relazione alcuna con il soggetto. Anzi, sotto certi profili, si deve dire che intercorre un rapporto di interdipendenza fra soggetto e bene giuridico, riconosciuto e protetto dal diritto. Il soggetto è sempre e necessariamente soggetto giuridico.

Anche quando non gode della capacità di agire o non è (ancora o mai lo sarà) *iuris et de iure* imputabile, esso richiama il diritto anche per escludere dalla propria vita temporaneamente o, in alcuni casi purtroppo, definitivamente la possibilità dell'esperienza della capacità di agire. Soprattutto il diritto penale sarebbe inconcepibile in difetto della soggettività, intesa non come soggettivismo ma come ente individuale reale dotato di razionalità e di libertà e, perciò, per natura *domina* delle proprie azioni. I Codici penali, anche quelli redatti ed approvati in contesti culturali che alla persona attribuivano un valore empirico (come alla luce della dottrina hegeliana avrebbe dovuto fare, per esempio, il Fascismo), non incorrono in questo errore: essi riconoscono, infatti, un valore sostanziale all'individuo con il "chiunque" con il quale iniziano molti loro articoli.

Nell'azione umana è presente tutta la persona: come *rationalis naturae individua substantia* (secondo la celebre e insuperata definizione di persona data da Severino Boezio), come soggetto morale e giuridico. L'azione umana, poi, è rivelatrice ad un tempo degli aspetti oggettivi e soggettivi del diritto; anzi, come osservò opportunamente Mauro Ronco diversi anni fa, essa è il "luogo" nel quale è implicata la totalità dinamica dell'essere personale e in cui la persona si rivela[22]. È per questo che la libertà, la responsabilità, il dolo, la colpa, che sono questioni teoretiche ed etiche oltre che (e prima che) giuridiche, formano un unico plesso con la natura dell'azione e comportano il rifiuto di ogni dottrina che, unitamente alla più radicale negazione del

[21] Cfr. F. Antolisei, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale I*, a cura di Luigi Conti, Giuffrè, Milano 1977 (VII), p. 288, ove l'autore scrive testualmente: «Gli esposti rilievi dimostrano che la fattispecie della truffa delineata dal nostro codice è troppo ristretta: essa lascia fuori non poche frodi che meritano pena. Il futuro legislatore non potrà esimersi dal riesaminare la configurazione di questo fondamentale reato, ampliandone in modo opportuno l'estensione o integrandola con altra più generica. Nell'occasione – continua l'Antolisei – dovranno essere considerate anche le frodi che si verificano nell'esecuzione dei contratti, le quali attualmente sono punite […] solo quando ledono gli interessi della pubblica Amministrazione». Come ho avuto occasione di commentare (cfr. D. Castellano, *Ordine etico e diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2011, p. 69) «sono veramente incomprensibili queste osservazioni e questo suggerimento se il reato dal punto di vista formale e dal punto di vista sostanziale altro non è che il comportamento umano contrario alla legge positiva e se questa altro non è che la volontà dello Stato considerata fonte del diritto».

[22] Cfr. Ronco, *Il carattere personale della personalità penale*, in *Persona e diritto*, cit., p. 70.

File riservato ad esclusivo fine di studio

soggetto, le neghi o le sacrifichi, anche solo parzialmente e sia pure per vie diverse, sull'altare delle contingenti teorie o delle contingenti ideologie.

5. Il "pensiero forte" di Giuseppe Bettiol, più precisamente la sua tensione al metagiuridico metafisico per poter leggere il giuridico, anche e soprattutto quello positivo, non è una tentazione pericolosa, un cedimento all'ideologica; al contrario è una necessità dell'umanità del diritto, soprattutto di quello penale. Le "cose" non solamente per Bettiol ma per chiunque usi criticamente l'intelligenza secondo il senso comune, hanno un ordine intrinseco – non occorre scomodare Agostino e il suo *De ordine* per comprenderlo – e quindi un valore che l'intelletto non crea ma ritrova. Silvio Riondato, che con la sua monografia dedicata a "raccontare" Giuseppe Bettiol, sembra prendere caute distanze dalla gnoseologia realista e dal realismo metafisico, non dubita che il penalista patavino abbia affermato alcuni "primati" (della logica, della giustizia, della libertà individuale, dell'eguaglianza, etc.), sopratutto – sembra a noi – che abbia affermato un primato: quello della giuridicità come realtà, non come sola effettività. Questi primati riscattano la stessa *iurisdictio*, assegnandole la difesa del diritto [Riondato dice dei diritti[23]] anche contro e soprattutto contro la pretesa dello Stato (moderno) di farsi loro fonte con la legge positiva[24] e contro ogni pretesa di assegnare il primato alla finzione sulla realtà. Si deve osservare, però, a questo proposito che anche la pretesa apparentemente opposta rispetto a quella (ormai in crisi) di fare dello Stato la fonte dei "primati", quella cioè di esercitare la *iusrisdictio* sulla base di un diritto creato dalla nichilistica comunicazione linguistica, assoggetta (o rischia di assoggettare) il diritto al contingente e brutale potere. Realismo metafisico e realismo giuridico (intesi in senso autenticamente filosofico) rappresentano, infatti, la condizione dell'umanità della scienza penalistica: *hominum causa omne ius constitutum est* ci ricordò Ermogeniano, ammonendoci contro il pericolo di un uso del diritto convenzional-nichilistico e contro l'elaborazione di una scienza giuridica che, prescindendo dalla giustizia sostanziale, finirebbe per essere impegno, talvolta impegno geniale, per giustificare ogni volontà/potere che si traduce in effettivi imperativi e in effettive sanzioni. La polemica di Giuseppe Bettiol contro la Scuola positiva del diritto penale e anche (forse, soprattutto) contro il positivismo mascherato da filosofia rappresentato dal puro formalismo giuridico che tentò di trasformare la

[23] L'uso di una terminologia diversa ha rilievo – e rilievo notevole – per quanto riguarda la "lettura" del diritto e per quel che attiene all'ermeneutica del pensiero di Giuseppe Bettiol. La difesa del diritto, infatti, a differenza della difesa dei diritti, impedisce l'interpretazione della dottrina bettioliana in termini esclusivamente liberali. Il diritto, in questo caso, non è strumento di mera difesa nei confronti dello Stato, cioè strumento di garanzia della "libertà negativa" (cioè della libertà esercitata con il solo criterio della libertà, vale a dire con nessun criterio), ma affermazione della giustizia (almeno per quel che essa rileva o deve rilevare di volta in volta sul piano penale). L'uso di una terminologia diversa sottolinea, pertanto, anche una diversa concezione della comunità politica e del suo ordinamento giuridico.

[24] Cfr. S. Riondato, *Un diritto penale detto "ragionevole"*, Cedam, Padova 2005, p. 153.

File riservato ad esclusivo fine di studio

scienza giuridica in filosofia come *onnifilosofia* affrancandola positivisticamente dalla filosofia del positivismo (come tentò di fare, per esempio, - non riuscendo per altro nell'intento – Filippo Grispigni), rappresenta – come opportunamente osserva, per esempio, Gaetano Marini[25] – la confutazione della teoria e della premessa secondo le quali ogni contenuto è suscettibile di essere imposto con la forza. Il giurista sarebbe, così, chiamato a giustificare (senza individuarne il fondamento) ogni comando, ogni ordinamento, rendendosi strumento "neutrale" e, quindi, disumano, del potere. Un filosofo patavino contemporaneo (Marino Gentile) osservò che il giurista diverrebbe in tal modo "enzima" del potere[26], rinunciando alla sua razionalità, alla sua libertà responsabile e in definitiva alla sua umanità.

Non tutti i giudizi [per esempio quelli sui diritti umani[27] o sulla Costituzione[28]] e non tutte le scelte (per esempio quelle partitiche) di Giuseppe Bettiol si rivelano

[25] Cfr. Marini, Op. cit., p. 38.

[26] Marino Gentile ha osservato (pare con preoccupazione) che il giurista moderno rischia di farsi esegeta dell'effettività degli ordinamenti come il filosofo degli ultimi secoli si è fatto esegeta del processo storico. Entrambi hanno instaurato, così, un metodo e un processo che non consentono di distinguere tra Stato moderno e filosofia moderna (cfr. M. Gentile, *Il filosofo di fronte allo Stato moderno*, Scalabrini editore, Napoli 1964, p. 14). Sia il giurista sia il filosofo si autoassegnano in questo modo il compito di favorire la metabolizzazione del potere.

[27] Dalle testimonianze raccolte nel volume R. Bettiol, B. Pellegrino, *Giuseppe Bettiol. Una vita tra diritto e politica,* Cleup, Padova 2009), che confermano la sua opzione partitica e le conseguenti scelte della DC, emerge un Giuseppe Bettiol sostanzialmente favorevole ai diritti umani "storici", vale a dire ai diritti umani delle moderne Dichiarazioni. Questi diritti di radice liberale (in senso filosofico) sono "moderni" non in senso cronologico ma in senso assiologico. Essi, pertanto, sono espressione della volontà indipendente dalla razionalità (per una giustificazione dell'affermazione si rinvia a D. Castellano, *Razionalismo e diritti umani*, Giappichelli, Torino 2003). Per quel che attiene al diritto, essi – come scrive, per esempio, Gustavo Zagreblesky – sono pretese di instaurare l'ordine che si ritiene preferibile ovvero rivendicazione del rispetto del (presunto) diritto all'autodeterminazione assoluta, non riconoscimento di un ordine giusto "dato" che impone rispetto (Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino 1992, p. 106). Il giudizio sui diritti umani di Bettiol, pertanto, non sembra né coerente con la sua dottrina del diritto penale né fondato razionalmente.

[28] Giuseppe Bettiol fu deputato all'Assemblea costituente, eletto nelle liste della Democrazia cristiana. In quella sede contribuì attivamente e significativamente alla redazione del Progetto e alla sua discussione. Egli approvò la Costituzione della Repubblica italiana del 1947. Questa è una Costituzione essenzialmente "liberale" (ossia fa propria la definizione di "libertà negativa"), "legittimata" dalla sovranità popolare (e, quindi, democratica), programmaticamente "aperta" ai cosiddetti diritti sociali della dottrina socialista [In sede di discussione del Progetto ci fu chi (La Pira) affermò che i diritti sociali da "recepire" erano quelli della Costituzione russa del 1936, cioè quella voluta da Stalin]. Essa, pertanto, non accoglie la concezione "ontologica" del diritto come giustizia che pure Bettiol condivise e difese. Su questa e per questa questione si rinvia a P.G. Grasso, *Costituzione e secolarizzazione,* Cedam, Padova 2002, nonché Id., *Critiche di un cattolico del 1947 alla Costituzione*, in D. Composta, C.F. D'Agostino *et al.* (a cura di), *Questione cattolica e questione democristiana,* Cedam, Padova 1987, p. 157-178. Si rinvia, inoltre, per il dibattito intorno alla "questione Costituzione" degli anni dell'immediato secondo dopoguerra a D. Castellano, *De Christiana Republica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2004, e per cenni a taluni problemi legati all'esperienza giuridica e alla secolarizzazione allora emersi a Id., *La*

File riservato ad esclusivo fine di studio

coerenti con la sua dottrina del diritto penale e con le premesse teoretiche del suo pensiero. La cosa è comprensibile ove si pensi che l'avversario primo, negli anni in cui scrisse e operò era il totalitarismo politico e giuridico, il quale considerava il diritto lo strumento principe per l'imposizione della volontà/libertà dello Stato, sacrificando così l'individuo. Fu un errore diffuso alla caduta del Fascismo quello di considerare la dottrina liberale la via maestra per la difesa della libertà della persona che il diritto deve certamente tutelare ma non solamente nei confronti dei terzi e/o dello Stato bensì anche, talvolta, nei confronti di se stessa: ciò è esigito dalla giustizia e dai valori metafisicamente fondati.

Coerentissime, invece, sono le conseguenze dedotte da Giuseppe Bettiol dal primato della persona e dal realismo metafisico [per usare le parole del titolo della bella monografia di Antonio Vernacotola dedicata al penalista patavino[29]] per quanto riguarda la pena e le misure di prevenzione: il soggetto metafisicamente fondato e la giustizia sostanziale postulano, infatti, il retribuzionismo e l'esclusione della legittimità di un uso del diritto penale come "tecnica profilattica"[30]. Il diritto, infatti, si serve della tecnica ma non è tecnica. La sua natura è strettamente legata alla natura umana che è razionale, quindi libera non come potere di autodeterminarsi solamente secondo la propria volontà (anche se questo di fatto è possibile), ma responsabilmente. Il che implica che il soggetto nel suo agire (sia esso commissivo sia esso omissivo) si trova sempre di fronte a una scelta che rivela la moralità dell'azione e della decisione. Il diritto penale, pertanto non può ignorare che la persona, metafisicamente fondata, rappresenta il principio teleologico e assiologico non solo del diritto penale ma di ogni ordinamento autenticamente giuridico. In ciò sta essenzialmente l'attualità di Giuseppe Bettiol, che platonicamente[31] ritiene, come scrive nella *Prefazione* alla prima edizione de *Il problema penale*, che il diritto sia scienza e strumento di vita e di elevazione morale[32].

razionalità della politica, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1993, p. 99-106. Si può vedere, infine, S. Cecotti, *Della legittimità dello Stato italiano,* Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2012, p. 179 ss. Per comprendere, comunque, che la Costituzione della Repubblica italiana non è posta a garanzia del diritto classicamente inteso (come ritenne, invece, il Bettiol votando a favore dell'approvazione del Progetto) è decisiva la costante giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, soprattutto quella dell'ultimo quarto di secolo. In particolare e a titolo d'esempio si vedano le Sentenze n. 203 del 12 aprile1989, n. 13 del 14 gennaio 1991, n. 334 del 30 settembre1996.

[29] Cfr. A. Vernacotola, *Primato della persona e realismo metafisico. La filosofia del diritto penale di Giuseppe Bettiol*, Edizioni Scientifiche Calabresi, Rende 2010.

[30] Bettiol, *Diritto penale*, cit., p. 110.

[31] Cfr., in particolare, Platone, *Leggi*, IX, 862D (trad. it. Platone, *Tutti gli scritti*, a cura di Giovanni Reale, Rusconi, Milano 1992 (III), p. 1654).

[32] Cfr. Bettiol, *Il problema penale*, cit., p. 13.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

José Luis Guzmán Dalbora

Giuseppe Bettiol e la situazione della scienza penalistica e della legislazione punitiva nei nostri giorni[1]

1. Nell'impossibilità geografica di essere físicamente presente al Convegno padovano in ricordo della figura di Giuseppe Bettiol trent'anni dopo l'ultima lezione tenuta dal Maestro, avevo preparato un messaggio di saluto che l'organizzatore ed anima del Convegno, il Professore Silvio Riondato, ha avuto la cortesia di leggere per me.

Allora scrissi che Bettiol è stato un penalista molto apprezzato e dal notevole influsso teorico e pratico in Iberoamerica. Le ultime lezioni brasiliane sono soltanto l'ennesima prova dell'accoglienza del suo pensiero nel Continente. La soppressione della recidiva negli ultimi Codici penali colombiani (1980 e 2000), ma anche in quelli del Perù (1991) e del Distretto Federale del Messico (2002), è dovuta in larga misura alla decennale critica del Bettiol contro il deplorevole istituto. L'umanizzazione della giustizia penale, elemento centrale delle sue idee, è stata più volte ripresa dai principali penalisti del Sudamerica con specifico riferimento al professore italiano. Anche la concezione retributiva della pena e normativa della colpevolezza fu discussa da alcuni importanti Autori. E tutti quanti gli scienziati riconobbero l'immenso valore della sostenuta ricerca che Egli intraprese sui rapporti tra Diritto penale e Filosofia, da una parte, e Diritto penale e politica, dall'altra. Di fatto, «il problema penale» continua ad avere le basi filosofiche e politiche che Bettiol mise in luce nella monografia omonima settant'anni orsono. Forse le fondamenta scientifico-naturali del Diritto penale sono alquanto cambiate nel frattempo, ma questo non impedisce

[1] *L'autore ringrazia il Prof. Emanuele Corn per l'aiuto prestatogli nella revisione italiana del testo.*

File riservato ad esclusivo fine di studio

che il rapporto tra scienze naturali e scienze giuridiche ancor oggi sia, forse è meglio dire "dovrebbe essere", così come egli lo ipotizzò.

Il sottotitolo del Convegno patavino, l'attualità del «problema penale», mi ha fatto pensare che sarebbe interessante tracciare un confronto tra il pensiero scientifico, filosofico e politico criminale di Bettiol e la situazione attuale della scienza penalistica e della legislazione punitiva nei Paesi della cultura giuridica europeo-continentale, cui appartengono anche gli Stati iberoamericani. Probabilmente lo hanno fatto alcuni colleghi che sono intervenuti al Convegno, come posso supporre dai titoli delle conferenze previste dal Programma, sopratutto nella Sessione Prima. Ciononostante, cercherò di offrire un panorama sintetico e velocissimo di quel confronto, secondo la forma in cui mi si presentano la scienza e legislazione odierna nei loro tratti fondamentali e la conoscenza che ho del pensiero del Bettiol, le opere del quale leggo dal 1984, quando frequentavo il quarto anno accademico del corso di Giurisprudenza, consigliato all'uopo dal mio Maestro, ma anche amico ed ammiratore del Bettiol, Manuel de Rivacoba y Rivacoba (1925-2000).

2. In uno sguardo complessivo le riforme penali degli ultimi venticinque anni riflettono uno spirito piuttosto autoritario. La legislazione punitiva, sia le modifiche ai Codici più datati, sia le riforme a Codici giovanissimi, sia, infine, le disposizioni introdotte nel Diritto penale non codificato, ha dei tratti consoni con quello spirito.

La parola d'ordine sembra essere l'espansione del Diritto penale, affinché questo sia in grado di intervenire, anche duramente, in un numero sempre più cospicuo di rapporti sociali. Va da sé che quest'atteggiamento non significa necessariamente una «modernizzazione» dell'atroce materia, cioè, un suo aggiornamento secondo le rinnovate esigenze culturali delle nostre società. La tutela di nuovi beni giuridici oppure il rinforzo della protezione di beni giuridici tradizionali non implica il ricorso automatico alla pena, come se questo modo di operare fosse un segno di civiltà. Tutt'altro! Sappiamo dallo Jhering che la mania di abbinare un reato all'infrazione di ogni legge extrapenale è un indice dello stato di arretramento culturale del popolo, mentre la raffinatezza della sua cultura dovrebbe avere prima o poi un riflesso nel ridurre l'ambito della Giustizia punitiva. Purtroppo, con il progressivo indebolimento del principio di extrema ratio hanno perso il loro vigore anche altri principii, caratteristiche e garanzie del Diritto penale liberale così caro al Bettiol. I processi di privatizzazione coinvolgono gravemente il Diritto e la procedura penale. Il primo ne soffre a causa dell'intervento dei privati con i loro interessi economici nella esecuzione delle pene privative della libertà e delle pene sostitutive del carcere. La privatizzazione della procedura penale, per parte sua, è collegata non tanto ai meccanismi di conciliazione tra imputato e vittima o di riparazione diretta del danno recato a quest'ultima, con effetto estintivo della responsabilità criminale del primo – perché questo rappresenta una scelta pubblica e generale di limitare lo ius puniendi –, bensì alla possibilità che

File riservato ad esclusivo fine di studio

il pubblico ministero possa dettare caso per caso al giudice una pena ridotta rispetto all'edittale qualora l'imputato abbia collaborato con l'indagine preliminare, consegnato prove, confessato il reato, traditi i complici, ecc., o semplicemente perché non dispone di prove che gli assicurino la condanna a meno che il reo non gli dia man forte con una autoincriminazione o accettando i termini dell'accusa in attesa del premio di una pena «addolcita», il che non è altro che la vecchia e triste taglia della procedura penale inquisitiva delle monarchie assolute.

Se la privatizzazione genera nel Diritto e nella procedura penale la conseguenza, forse non voluta, di disuguaglianza tra i soggetti e una perdita del potere e della astrattezza della legge, la disuguaglianza materiale davanti a questa è l'effetto deliberato della creazione di un corpus di reati e procedure con cui si desidera colpire i nuovi nemici della società. Il corpus in parola è in aumento e va oggi molto al di là del traffico di stupefacenti, del terrorismo e della cosiddetta «criminalità organizzata». Il «Diritto penale del nemico», che di sicuro Bettiol avrebbe considerato puro e semplice Diritto penale autoritario, perché di fatto è soltanto un esempio tra tanti altri che ce ne furono nella storia, risponde ad un concetto ed i concetti possono ricoprire una pletora di casi. È fuori dubbio che il concetto è irrazionale, come tra l'altro tutte le forme di soggettivizzazione del giure punitivo. Poiché ciò che interessa è la figura di un autore pericoloso e «messosi da solo» fuori dalla società, perché reo di corruzione di minorenni, di congiunzione carnale violenta, di abusi nell'ufficio pubblico, il traffico di stranieri indesiderati, ecc., il Diritto penale può procedere nei suoi confronti come se non fosse un soggetto di diritto, una persona umana. Da ciò discendono delle punizioni che non hanno uno scopo o un senso, ma soltanto una funzione prettamente deterrente, per incutere paura nei cittadini e per rendere innocuo il non cittadino, anche perché questi non apparteneva più, da molto prima del misfatto in questione, al mondo dei rapporti giuridici. Per quanto gli spetta, si può quindi benissimo fare a meno della distinzione tra autore e partecipe nel reato, punire come ipotesi consumate fatti che sono tentativo, rendere equipollenti tentativo ed atti preparatori, non ammettere l'errore sul fatto o sul divieto, aprire le fattispecie tramite elementi normativi indeterminati, moltiplicare le azioni delittuose con un casismo sconfinato, e così via.

Bettiol morì nel 1982. Quello era ancora un momento di fiducia ed ottimismo anche nella politica criminale. Fiducia ed ottimismo hanno accompagnato sempre lo slancio liberale, mentre la sfiducia ed il pessimismo sono caratteristici della mentalità autoritaria. E la disposizione che ha fede nell'uomo confida anche nel Diritto, per cui cerca di umanizzarlo, che è soltanto un altro modo per indicare la razionalizzazione dell'ordinamento giuridico, soprattutto nel ambito più doloroso ed umanissimo dei rapporti giuridici, appunto, il Diritto penale. Il nostro Autore visse abbastanza per conoscere le iniziative di decriminalizzazione, depenalizzazione e mitigazione punitiva in generale, oltre agli sforzi per sottrarre certi reati al processo penale, che contrad-

File riservato ad esclusivo fine di studio

distinsero la primavera degli anni sessanta e settanta del secolo scorso. Ed è doveroso dire che egli criticò quel che ritenne degli eccessi del movimento che imperversava allora, cioè, la perdita del carattere afflittivo della pena dopo le leggi penitenziarie varate in quella decade.

Ma se Bettiol fosse sopravvissuto ancora vent'anni avrebbe sicuramente rigettato in blocco e denunziato vivamente gli sciagurati prodotti della politica criminale odierna, ammesso che dietro a questa ci sia veramente qualcosa degna del nome[2]. Essa non ha niente a che fare con il liberalismo, pur conservatore, del compianto penalista. Il Diritto penale liberale da lui difeso implica legalità e tassatività delle fattispecie; reati con una condotta, non sospetti di reato o l'accumulazione di fatti in sé stessi banali per l'incolumità dei beni giuridici (i cosiddetti «fatti di pericolo astratto»); offensività concreta, non la tutela penale di potestà amministrative o la sanzione di soggetti ritenuti pericolosi o tipi normativi di autore – e ce ne sono oggi, ad esempio, nella legislazione contro il maltrattamento di donne e fanciulli –; personalismo nella concezione filosofica e dogmatica della colpevolezza, sicché venga rimproverato all'uomo un fatto che costui decise più o meno liberamente di realizzare, e non per la sfortuna di appartenere a gruppi svantaggiati o a uno stereotipo creato dai gruppi con potere nella società; umanizzazione della pena, tenendo conto che ogni mancanza di proporzione tra reato e pena fa perdere a questa il suo significato retributivo; infine, razionalità nell'organizzazione del intero sistema dei delitti e delle punizioni, perché l'uomo, anche l'uomo che commette un reato, ha il diritto di comprendere la razionalità della sofferenza della pena, il che significa che merita di essere trattato umanamente anche quando subisce le conseguenze delle sue azioni. E poiché il razionalismo giuridico richiede per necessità logica un sistema, ci sembra possibile che Bettiol sarebbe stato d'accordo con un nuovo Codice penale per l'Italia, invece di continuare con riforme ad un modello pregevole dal punto di vista tecnico, ma gravemente sospetto di un autoritarismo d'origine e ora in crescita. Per coloro che pensano che questi sono cattivi tempi per la codificazione penale e cedono quindi al pessimismo, c'è da ricordare che l'atto di fondazione del liberalismo penale, il Codice penale rivoluzionario francese del 1791, venne approvato dall'Assemblea Costituente mentre nelle strade di Parigi e tutta la Francia dominava una criminalità grave e diffusa, le cui radici affondavano negli errori economici e nelle aberrazioni politiche del governo di Luigi XVI.

[2] Marc Ancel, importantissimo fautore di quel «nuovo romanticismo giuridico» vivacemente contrastato dal Bettiol, aveva però ragione quando definì la politica criminale come l'organizzazione razionale, in un momento dato e in uno Stato determinato, della reazione sociale contro il crimine. Non piace ne riesce bene il sostantivo reazione, tipico del positivismo naturalista, come la *Verbrechensbekämpfung* di lisztiana memoria, ma riguardo al fatto che il complesso lavoro di tenere entro limiti accettabili la criminalità debba essere razionale, non c'è nessun dubbio.

File riservato ad esclusivo fine di studio

3. Se cupo è il panorama legislativo, altrettanto preoccupante pare lo stato della scienza penalistica o di una parte significativa di essa.

Siamo giunti ad una svolta di normativizzazione e funzionalizzazione che in parte non è nuova e in parte sembra all'altezza delle esigenze di oggigiorno perché riproduce la tormentata evoluzione della legge punitiva. Benché la Dogmatica di stampo normativizzante appelli alla tradizione neokantiana e alla necessità di interpretare politico-criminalmente i precetti giuridici secondo la moderna teoria degli scopi (tutti preventivi) della pena, il fatto è che questo orientamento ha molto più del concettualismo giuridico che della Giurisprudenza dei valori in cui si inserisce l'opera di Bettiol. Un grossolano fraintendimento di quest'ultima le rivolse nel passato l'accusa di avere diviso drasticamente il mondo dei fatti regolati dal Diritto ed il Diritto stesso, quasi come se tra l'uno e l'altro non ci fosse alcun punto di contatto. L'esasperazione, l'autismo normativista avrebbero raggiunto la loro vetta più alta con la proposta di fagocitare nel fatto tipico l'elemento della azione, con la smaterializzazione dei beni giuridici e con il concetto normativo della colpevolezza, visto che la prima coincide con uno schema predefinito dalla legge, i secondi non hanno affatto bisogno di una base nella realtà e la terza si occupa, non dell'uomo di carne ed ossa, ma dell'immagine mentale dell'uomo, di un individuo medio.

In vero, niente di questo si legge nei neokantiani. I concetti giuridici, gli istituti penalistici e l'intera teoria del reato sono delle realtà che fanno riferimento a dei valori e non si concepiscono al di fuori di questi. Eppure ciò non significa che la valutazione manchi di un oggetto in cui ci sono l'uomo concreto, il suo destino biologico ed il *milieu* sociale che gli sta attorno. Ne sono prova la teoria della «natura della cosa» riscoperta da Radbruch, il suggerimento della determinazione materiale dell'idea, che lo stesso Radbruch prese da Lask, l'opposizione ad inserire il dolo nella tipicità, la ferma difesa della coscienza dell'illecito come parte del processo psicologico che caratterizza il dolo e, in generale, lo sforzo per ancorare la dottrina giuridica del reato nella vita umana. Anche per Bettiol i concetti giuridici sono individuali ed il criterio decisivo della scelta per la loro costruzione è di tipo valutativo, ovverosia i beni giuridici che giacciono dietro le sagome scheletriche dei precetti legali. Ma la logica concreta, teleologica o contenutistica – come gli piaceva dire – deve aderire alla realtà umana e sforzarsi di rispecchiarla; altrimenti, si rischia di «distruggere la scienza del diritto penale e finire in una caotica situazione di disagio e di pericolo nella quale i valori della libertà individuale, della certezza del diritto e della sicurezza sono irrimediabilmente perduti». Questo ispira il suo concetto dell'azione, il riserbo sulla possibilità di far rispondere penalmente le persone giuridiche, il primato da Egli riconosciuto all'antigiuridicità e, soprattutto, la sua concezione normativa della colpevolezza, nella quale il giudizio di rimprovero tiene precipuo conto della libera scelta verso il reato di un individuo concreto, preciso ed insostituibile.

File riservato ad esclusivo fine di studio

La Giurisprudenza dei valori differisce dal moderno normativismo molto più di quanto quest'ultimo è disposto a riconoscere. La normativizzazione del fatto ha invaso l'azione con dei criteri che non appartengono alle descrizioni della realtà, ma alle categorie dell'illecito. Anzi, la creazione di un pericolo e l'appartenenza del pericolo creato all'ambito di tutela della norma ricordano piuttosto i criteri tipici delle assicurazioni, con le tabelle in uso dalle società commerciali per calcolare le somme che devono pagare i loro clienti. La generalizzazione dei concetti giuridici è palese anche nella teoria oggettiva del dolo, ove l'individuo e la sua volontà spariscono del tutto, e nella concezione della colpevolezza come responsabilità, un eufemismo per nascondere che l'individuo non risponde tanto per il suo fatto antigiuridico, quanto perché la pena è in quel caso necessaria per prevenire altri reati o rinforzare la fiducia dei cittadini nella maestà del ordinamento giuridico. La pena determina il reato, non il reato la pena! Dietro questa perdita di individualità dei concetti penali s'intravvede l'ombra di una corrente metodologica assai combattuta dal Bettiol, il concettualismo giuridico.

Ma la Giurisprudenza dei valori è ancora più lontana dall'altra specie di concettualismo in voga, cioè il funzionalismo. Questo appare ad un primo sguardo come una nuova forma di sociologismo, anche se non la Sociologia di stampo organicista contro la quale Bettiol scrisse delle pagine roventi guidato dal proposito di preservare l'uomo. La Sociologia sistemica è tutt'altra cosa. Anche se utilizza dei concetti presi a prestito dalla Biologia, ha come fulcro il concetto di funzione (sociale). Ma una cosa sono i risultati raggiunti dalle scienze naturali, anche quello secondo cui ciò che interessa è che il complesso della società abbia a funzionare come sistema, ed altra la considerazione giuridico-penale dello stesso fenomeno. Se la scienza penalistica parte dal fatto che le sfere di competenza e di organizzazione che interessano gli individui sono essenziali per la riproduzione del sistema sociale inteso come uno scopo a sé stante, allora il soggetto non importa più e può benissimo sparire dietro i concetti logico-funzionali elaborati dalla nuova ingegneria giuridica della società, come nel tribunale elettronico descritto da Giovanni Papini. Invece, se parte dalla valutazione che prima c'è l'uomo, dopo la società, allora il penalista sarà più cauto nei confronti delle aspettative cognitive, diffiderà di ogni generalizzazione che avvilisce la persona del reo, lo salverà dalla trappola dei concetti, delle pene che gli si applicano in quanto elemento disfunzionale. In altre parole, sarà più vicino ed avrà fatto tesoro del pensiero filosofico e penalistico di Giuseppe Bettiol.

Il ricordo del Maestro è oggi tanto più richiesto quanto più dobbiamo fronteggiare la scia penale di un autoritarismo politico non meno pericoloso di quello che preoccupò Bettiol, anche perché l'odierno si presenta ricoperto dall'aria rassicurante dello Stato di Diritto e pare in grado di far cadere nel tranello anche la scienza pena-

File riservato ad esclusivo fine di studio

listica. Una scienza strana quella di oggi, dove non c'è la persona ma neanche quel romanticismo giuridico di tempi non lontani. Forse il nostro autore avrebbe preferito continuare a combattere contro quest'ultimo.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Domenico Pulitanò

Quale ragionevolezza nel penale?

1. *Un diritto penale detto ragionevole. Raccontando Giuseppe Bettiol*. È il titolo di uno studio di Silvio Riondato (pubblicato nel 2005) al quale ho pensato quando il collega Riondato mi ha invitato a tenere una relazione in un convegno legato al ricordo di Giuseppe Bettiol.

Io ho incontrato il pensiero di Bettiol per la prima volta quando ero studente, nei primi anni '60, nelle pagine del suo manuale che era stato proposto da Delitala in sostituzione del solito Antolisei. Risultò difficile ai più, io ne rimasi affascinato. Vi ritrovavo non solo una guida al Diritto penale positivo italiano, ma una guida al problema penale e una concezione forte del penale, dentro una concezione *comprensiva* (nel senso rawlsiano) del mondo e dell'uomo. Il manuale di Bettiol fu per me (per dirlo con le parole che aprono il libro di Riondato) un invito a "*scoprire una ragionevolezza e i suoi modi di emersione*" nella sfera del diritto, e a confrontare ragioni diverse, talora contrapposte.

Il problema penale è il titolo di un denso studio di Bettiol, pubblicato nel 1948. Partire dai problemi: è l'approccio che propongo ai miei studenti, nelle prime pagine del mio manuale. Gli ordinamenti normativi sono e vanno studiati come contingenti risposte storicamente determinate nel tempo e nei luoghi[1]. Il mondo del diritto trae le sue ragioni da radici che nascono altrove, e che il giurista deve andare a cercare, se la sua è un'impresa 'di ragione'.

Il confronto con una concezione comprensiva forte è una sfida intellettuale, scientifica e (diciamo pure) filosofica. In anni giovanili, in cui si cerca di costruire proprie concezioni comprensive (una propria *Weltanschauung*, si sarebbe detto una volta),

[1] G.P. Fletcher, *Grammatica del diritto penale*, il Mulino, Bologna 2004, p. 16.

File riservato ad esclusivo fine di studio

il confronto tende ad essere radicale: registra i punti di consenso, si concentra sulle differenze. Studiando Bettiol, chi non condivida premesse o elementi importanti (poniamo, lo sfondo religioso e/o l'idea di una giustizia assoluta) si trova comunque impegnato a chiarire e verificare la tenuta della propria diversa concezione, di fronte a ragioni altre che siano (o appaiano) meritevoli di ascolto.

Oggi, nel confronto con concezioni comprensive diverse dalla mia, da giurista sento cruciale la domanda, se e quali elementi di concezioni comprensive diverse possano ricomporsi al livello di una concezione *politica*, che cioè intenda cercare risposte allo specifico problema di fondo della società politica: la ricerca di soluzioni dei problemi della convivenza fra uomini "*per mezzo di regole e decisioni che abbiano un'autorità collettivamente vincolante*", poggiante in definitiva sull'uso legittimo della forza o della coercizione[2].

Se il diritto è un'impresa di ragione, quali ragioni possono legare in una concezione *politica* del diritto penale un uomo cristianamente impegnato come Bettiol, un laico lucreziano come mi piace retoricamente definirmi, e (nel maggior numero possibile) gli altri appartenenti alla società in cui viviamo?

Per la ricerca di principi regolativi di una convivenza fra portatori di concezioni comprensive diverse, è il *liberalismo politico* che si candida (sembra a me candidarsi) come un buon punto di partenza. E' questo il terreno su cui cercherò di dialogare (anche) con Bettiol, confidando di poter distinguere il liberalismo politico dal liberalismo inteso come concezione comprensiva.

Un liberalismo *comprensivo*, presentato per es. da Dworkin come ragione forte per accettare una filosofia politica liberale[3], sarebbe *una fra* le diverse concezioni comprensive che il liberalismo politico vorrebbe comporre e far convivere nell'arena politica e sociale. Il liberalismo politico può essere – aspira ad essere - un terreno *più unificante* perché enuclea un *sottoinsieme dell'etica*, rilevante per la politica. Detto in un linguaggio che attraversa la lunga durata: si tratta di distinguere ciò che è di Cesare (dell'autorità politica) e ciò che a Cesare non debba essere dato.

La distinzione fra valori politici e valori morali è stata messa in discussione da Dworkin, con argomenti che sono stati ripresi nella letteratura penalistica italiana[4]. E' una distinzione problematica: «*qualsiasi criterio di delimitazione sarà comunque espressione di una particolare dottrina globale*[5]». Fin qui sono d'accordo: qualsiasi criterio di delimitazione sta sul piano di una teoria *normativa*, cioè di un ritenuto *dover*

[2] C. Larmore, *Dare ragioni*, Ed. Rosenberg & Sellier, Torino 2008, p. 100.

[3] R. Dworkin, *I fondamenti dell'eguaglianza liberale*, in R. Dworkin e S. Maffettone, *I fondamenti del liberalismo*, Laterza, Bari-Roma 2008.

[4] G. Fiandaca, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1383s.

[5] R. Dworkin, *Rawls e il diritto*, in Id., *La giustizia in toga*, Laterza, Roma-Bari 2010, p. 262s.; citato da Fiandaca, cit., p.1394.

File riservato ad esclusivo fine di studio

essere, concernente l'ambito di competenza della politica. Nessun approccio può presentarsi come del tutto neutro.

E tuttavia, per quanto problematica, una distinzione fra valori specificamente politici e valori altri – *non* di competenza di Cesare – è concettualmente e praticamente possibile. Sul piano, s'intende, di una teoria *normativa*, che non può postulare come scontata la sua accettazione, ma può (deve) essere argomentata con ragioni capaci di trovare ascolto.

Possibile, e storicamente verificabile, è una *differenza fra livelli di comprensività* di concezioni del mondo, dell'uomo, dei diversi mondi normativi. Un esempio che mi tocca – mi impegna – personalmente è la distinzione fra laicità *filosofica* (concezione *comprensiva*) e laicità *liberale* (concezione *politica*).

Il liberalismo come concezione politica riguarda direttamente e specificamente il costituirsi di ordinamenti giuridici, dei quali è costitutivo il nesso con il potere di coercizione. La filosofia politica liberale non è applicazione *tout court* di una concezione morale o filosofica comprensiva; con l'arte della separazione[6] fra sfere di vita, fra morale e politica e diritto, confida di poter essere accettata come regola (come etica) della convivenza fra portatori di differenti concezioni comprensive.

Il liberalismo *politico* riguarda il giusto, non il bene[7]. Questo è un limite, ma anche un punto di forza. Il liberalismo *politico* delinea una concezione di base, fondamento di un *possibile* (non scontato) accordo ragionevole su principi, aperto a sviluppi ragionevolmente diversi. È un approccio inclusivo, ma non indiscriminatamente inclusivo. È l'orizzonte in cui si sono affermati i diritti umani. Si contrappone a pretese totalizzanti, ai fondamentalismi religiosi e politici, alle pretese di uno stato etico o ideologico: esempi tragici di come «*certamente in politica molti danni provengono dalle persone che pensano che la politica sia etica applicata*»[8]. Si oppone anche a un relativismo estremo, che per indifferenza ai valori si presta a divenire *alibi della tirannia*[9].

Ovviamente, l'opzione per la democrazia liberale non chiude tutti i problemi. Non addita soluzioni obbligate di questioni eticamente sensibili, o anche solo politicamente sensibili. Punta a costruire consensi (non scontati) per intersezione, accordi solo parzialmente teorizzati[10] che proprio per questo possano essere accettati a partire da punti di vista diversi, anche lontani fra loro. Delinea (e non è poco) una cornice nella quale chiunque può confrontarsi, ed eventualmente negoziare[11], con ragioni pre-

[6] N. Urbinati, *Liberi e uguali*, Laterza, Roma-Bari 2011, p. 8.
[7] M. Igniatieff, *La ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano 2003, p. 57.
[8] Larmore, cit., p. 103-04.
[9] Igniatieff, cit., p. 76.
[10] C. Sunstein, *A cosa servono le Costituzioni*, il Mulino, Bologna 2009.
[11] A. Schiavello, *Diritti umani e pluralismo tra argomentazione e negoziazione*, in *Ragion pratica*, 2010, n. 34, p. 129s..

File riservato ad esclusivo fine di studio

sentate nel quadro di concezioni comprensive anche molto diverse, ma che possano avere qualcosa da dire su punti che interessano specificamente la politica del diritto.

2. Secondo la concezione che gli scritti di Bettiol presentano con ricchezza di articolazioni (e che qui richiamo in estrema sintesi, quanto basta per le riflessioni che vado a svolgere) il diritto penale è *una filosofia*, è *nato come filosofia*[12]. La pena è giusta retribuzione, sciolta (*absoluta*) da scopi. L'idea retributiva è fondata in un universo morale imperniato sul valore della persona e sulla libertà del volere quale fondamento della responsabilità, e inserita nell'universo politico dello stato di diritto liberaldemocratico. Alla tendenza espansiva insita nelle concezioni del diritto penale come strumento finalizzato alla prevenzione, la concezione retributiva oppone (ritiene di opporre in modo effettivo) argini di giustizia.

La legge giuridica è vista da Bettiol in un *continuum* con la morale; *specificazione della legge etica*, se non lo fosse sarebbe *non lex sed corruptio legis*. Ciò si riflette sulla concezione della colpevolezza: il principio di riprovevolezza giuridica si identifica con quello di riprovevolezza morale, «*l'unità morale dell'uomo si risolve in una unicità di valutazione anche se in relazione ai rispettivi oggetti le attività umane si possono diversamente classificare*». Bettiol prende le distanze dall'idea del penale come minimo etico (la morale, dice, non è passibile di graduazione) e asserisce non rintracciabile «*alcun criterio che possa essere invocato come criterio discretivo tra la morale e il diritto*». «*Nulla è più estraneo al pensiero tradizionale che volere a tutti i costi dividere la vita pratica in tanti compartimenti stagni: morale, giuridico, economico, politico*»[13].

Nell'orizzonte del positivismo giuridico, diritto e morale sono separati (concettualmente) *per definizione*, nel senso che l'identificazione delle norme dell'ordinamento positivo poggia su criteri che non hanno riguardo alla qualità morale dei contenuti delle norme. Invece il discorso di Bettiol, partendo dall'idea della *unità morale dell'uomo*, conduce all'esigenza di una sostanziale unità di valutazione, relativa sia al piano obiettivo dell'illecito sia a quello soggettivo della colpevolezza.

Può raccordarsi, questa esigenza di unità morale, con la distinzione concettuale fra diritto e morale? Sì, è possibile. La distinzione di principio, nei termini postulati dalla filosofia liberale[14], fonda la *possibilità logica di instaurare una relazione tra diritto e morale*[15]. Separati concettualmente, diritto e morale sono, entrambi, criteri di valutazione dell'agire dell'uomo secondo le categorie di lecito e illecito, giusto e ingiusto,

[12] G. Bettiol, *Il problema penale*, Prilla, Palermo 1948, ripubblicato in *Scritti giuridici*, II, Padova 1966, p. 620s.
[13] G. Bettiol, cit., p. 626.
[14] H.L.A. Hart, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milano 1964, p. 107s.
[15] A. Baratta, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Giuffrè, Milano 1966, p. 102.

File riservato ad esclusivo fine di studio

e simili[16]. La distinzione concettuale lascia aperto il problema dei contenuti e del rapporto fra i contenuti dei due diversi mondi normativi.

L'idea della unità morale dell'uomo, su cui poggia il pensiero di Bettiol, pone problemi ed esigenze di unità (coerenza?) di valutazioni, con cui lo schema concettuale della distinzione fra diritto e morale è sollecitato a confrontarsi. Questo problema può essere formulato in termini di *sostenibilità morale* o *specifica eticità* del diritto penale[17], alla luce di un carattere specifico del diritto, non invece della morale: la disponibilità di strumenti di coercizione.

Appunto il nesso fra diritto e forza fa del diritto un tentativo di soluzione del problema politico primario, il problema hobbesiano[18] di assicurare protezione e sicurezza, condizioni di base della convivenza e di una possibile cooperazione. Il diritto penale è anche *una politica*[19]: il suo rapporto con la morale e con la politica è legato al mezzo specifico – il potere di coercizione – che caratterizza e definisce l'ordine giuridico. Come ha scritto uno dei grandi intellettuali della modernità, «*è il mezzo specifico della violenza, semplicemente, come tale, messo a disposizione delle associazioni umane, quello che determina la particolarità di ogni problema etico della politica*»[20]. Possiamo (dobbiamo) aggiungere: che determina i problemi del diritto e in particolare del diritto penale, il settore dell'ordinamento giuridico che più d'ogni altro è caratterizzato dalla minaccia e dall'uso della coercizione, che rappresenta la più elementare (e più pervasiva) risposta ai problemi di sicurezza, che appare in grado di fornire alla legge morale la "*forza coattiva e repressiva che la legge morale in sè non aveva*"[21].

Al diritto penale chiediamo sicurezza, ma il diritto penale – arma a doppio taglio – è anche fattore di rischio. Se la sicurezza dei diritti chiede protezione al taglio buono del diritto penale, ha anche bisogno di protezione dal taglio pericoloso del penale e dei poteri di coercizione. Nel diritto è in gioco la *moralità della coercizione*, oltre che la sua razionalità tecnica. E' per questo che, nell'orizzonte del positivismo giuridico e della separazione fra diritto e morale, "*il rapporto con l'etica si propone, per il ramo penale dell'ordinamento, in termini di problematicità accentuata*"[22].

[16] Quando i giuristi parlano di rapporti fra diritto e morale, la morale è intesa non come comando interiore della coscienza, ma «nel senso oggettivo di ordinamento morale delle azioni e dei rapporti umani, come insieme di valutazioni e di precetti morali»: B. Petrocelli, *Considerazioni sui rapporti fra diritto e morale*, in *Saggi di diritto penale*, 1965, p. 175.

[17] D. Pulitanò, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino 2009, p. 46.

[18] Come lo definisce B. Williams, *Realismo e moralismo in teoria politica*, in *In principio era l'azione*, Feltrinelli, Milano 2007, p. 5s.

[19] G. Bettiol, cit., p. 638.

[20] M. Weber, *La politica come professione* (la citazione è dalla traduzione italiana in M. Weber, *Il lavoro intellettuale come professione*, Einaudi, Torino 1966, p. 115).

[21] C. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, rist. il Mulino, Bologna 1993, p. 40.

[22] Pedrazzi C., *Diritto penale*, in *Dig. Pen.*, 1990, p. 645.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Sviluppare questo tema, prendendo sul serio il punto di vista morale, mette sotto tensione il punto di vista usuale per i giuristi, che è interno al mondo del diritto. Il giurista si sente custode geloso dei confini fra diritto e morale, conquista fondamentale della modernità. Il mondo del diritto si costruisce *iuxta propria principia*, la separazione dalla morale è condizione della specifica eticità del diritto.

Appunto, *specifica eticità del diritto*: il diritto positivo – l'essere del diritto – può essere sottoposto a un controllo critico in nome di valori (non solo morali, ma anche morali) che lo trascendano. Per impostare e discutere il problema della sostenibilità morale del diritto penale, il linguaggio che distingue diritto e morale consente di porre in modo chiaro – io direi: nel modo più chiaro e più aperto – i problemi di fatto e di valore circa i rapporti fra diritto e morale, fra essere e dover essere del diritto[23].

Nel mio manuale propongo questo quadro. «*La specifica eticità del diritto penale non solo poggia sulla separazione fra diritto ed etica, ma implica anche una non totale coincidenza di contenuti. Una cosa è la valutazione di moralità o immoralità di dati comportamenti; altra cosa è la valutazione sulla moralità del vietare e punire, che implica una valutazione morale non solo sul comportamento di cui si discuta, ma anche e soprattutto sulla moralità dello strumento giuridico penale. In ogni caso, il rapporto con l'etica resta essenziale, concorrendo a definire i modi in cui il diritto si inserisce nella società, le condizioni della sua accettazione, le condizioni del suo funzionamento. Un diritto della coercizione che non sia eticamente sostenibile sarebbe un diritto penale autoritario, fattore di crisi e non di tutela della convivenza di uomini liberi*».

Al di là delle diversità di linguaggio e di concezioni etico-politiche, ritrovo un punto importante di contatto con il pensiero di Bettiol, proprio in quella sottolineatura della *unità morale dell'uomo* che, a prima vista, parrebbe un luogo di massima distanza fra il 'pensiero tradizionale' di Bettiol e l'orizzonte moderno della separazione fra diritto e morale. La distinzione concettuale pone, e non già risolve, i problemi di contenuto.

3. I principi che consideriamo fondamentali per il diritto penale si inquadrano bene nel liberalismo politico. Storicamente ne sono figli, se pensiamo al loro consolidamento in Stati di diritto. Forse possiamo dirli figli adottivi, nati da concezioni più comprensive: la concezione dell'uomo e della libertà dell'uomo, che attraversa la tradizione occidentale, va dalle radici antiche (greche e romane, giudaiche e cristiane) alla fioritura moderna, illuministica e pluralistica.

Nelle democrazie liberali i nostri principi hanno trovato l'ambiente migliore. Principio di legalità come garanzia di certezza della norma, e forma in cui si esprime il principio democratico. Principio di offensività (in una qualche ragionevole variante) come fondamento e limite dell'area d'intervento penale legittimo. Principio di

[23] C. Luzzati, *La politica della legalità*, il Mulino, Bologna 2005, p. 75s.

File riservato ad esclusivo fine di studio

colpevolezza come criterio di attribuzione di responsabilità a soggetti capaci di agire liberamente e secondo ragione, e soprattutto, diritto di protezione dell'individuo nei confronti dello Stato[24].

In questi principi possono trovare risposte ragionevoli i problemi che interessano la teoria generale del reato, cuore della scienza del diritto penale, «*sintesi paradigmatica dei caratteri dell'illecito e dei presupposti della responsabilità penale*»[25]. Nella sua struttura di fondo, la teoria generale del reato è una teoria razionale relativa alle condizioni di una possibile responsabilità di uomini per il proprio agire (o non agire) e per le conseguenze che ne siano derivate.

L'apparato concettuale della teoria del reato è indipendente da singoli ordinamenti positivi, ed avanza pretese di validità generale[26]; è *uno schema o modello nel quale possano essere calati, e mediante il quale possano essere compresi i variabili contenuti delle diverse figure di reato*, che siano o possano essere introdotte in ordinamenti giuridici positivi[27]. Una tale impresa conoscitiva, alla quale hanno contribuito concezioni diverse, può divenire «*pienamente giuspositivistica ... tanto più aderente al diritto positivo quanto più questo abbia saputo tradurre in norme scritte i risultati delle vecchie dottrine generali*»[28].

Secondo una vulgata 'teleologica' corrente fra i penalisti[29], i concetti della 'dogmatica' andrebbero ricostruiti in raccordo con gli scopi di tutela del diritto penale[30] e con funzioni significative sul piano della politica criminale. Credo opportuno (anzi necessario per la scienza e per la critica del diritto) distinguere il teleologismo degli istituti (e dei principi) da quello dei concetti. Il *telos* dei principi (anche di quelli elaborati in sede 'dogmatica': poniamo, il principio d'offensività o il principio di colpevolezza) ha a che fare con funzioni pragmatiche o politiche; il *telos* dei concetti '*teorici*' è invece la *costruzione di un linguaggio scientifico adeguato*, adatto ad una buona formulazione ed analisi dei problemi che possono interpellare il legislatore o l'applicatore del diritto.

Ai più elevati livelli di astrazione, concetti puramente formali sono teleologicamente adeguati (i più adeguati) ad esprimere le qualificazioni normative fondamentali, costitutive dell'esperienza giuridica: il dovere, l'illecito, il permesso, figure

[24] C. Roxin, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin 1973, p. 21.
[25] M. Donini, *Teoria del reato*, Cedam, Padova 1996, p.15.
[26] *Insofern liegt die Straftatlehre vor dem Gesetz*: W. Hassemer, *Einfuhrung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1° ed., 1981, p. 190.
[27] B. Petrocelli, *Riesame degli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, p. 339.
[28] M. Donini, voce *Teoria del reato*, in *Dig. Pen.*, XIV, 1998, p. 5 dell'estratto.
[29] E' la ben nota lezione di K. Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, 1973, che al di là delle critiche su singoli punti può ritenersi divenuta la base dell'approccio forse attualmente prevalente ai problemi della sistematica penalistica.
[30] In questo senso, per es., Fiandaca-Musco, cit., p. 155; C. Fiore, S. Fiore, *Diritto penale, parte generale*, I, Utet, Torino 2004, p. 115.

File riservato ad esclusivo fine di studio

necessarie della qualificazione giuridica. A questo livello, «*la teoria del diritto non fa un discorso a posteriori e generalizzante su molteplici esperienze giuridiche, ma fa un discorso a priori ed universale su ogni esperienza giuridica possibile*»: un discorso riguardante la dimensione normativa che è propria del diritto, ma non esclusiva del diritto, sì invece comune ad altre esperienze normative, come la morale[31]. La teoria generale del reato fa anche questo. Parla delle condizioni di ogni possibile esperienza giuridica penale, in quanto viene costruita sulle figure necessarie della qualificazione giuridica (dovere, illecito, permesso) e le assume come concetti chiave. Sono concetti meramente formali quelli che calano nel contesto penalistico le figure costitutive della qualificazione giuridica: il concetto di antigiuridicità, e quello di giustificazione che ne è, per così dire, il risvolto negativo.

Tutti gli altri concetti incorporano un qualche elemento contenutistico; anche il concetto generalissimo di 'fatto', che già presuppone la dimensione teleologica del diritto penale come sistema di precetti di comportamento[32]; a maggior ragione, la categoria della colpevolezza, da tempo classificata come 'figura di qualificazione spuria', in quanto determinata non in via puramente formale, ma in ragione di particolari caratteristiche dell'oggetto di tale qualificazione[33].

Un'esigenza importante per un buon linguaggio giuridico è tenere distinto il piano delle qualificazioni giuridiche da quello delle valutazioni 'di giustizia' o di adeguatezza teleologica. C'è bisogno di un linguaggio che renda leggibile la tensione dialettica fra diritto e giustizia; che sappia parlare allo stesso modo di ordinamenti buoni e meno buoni, o decisamente cattivi. Definizioni 'moralizzate' e coloriture valutative dell'usuale linguaggio giuridico, intese ad evidenziare il valore positivo degli istituti, rischiano di farsi strumento di una *dogmatica apologetica*, che cioè, facendo uso di un linguaggio retoricamente appagante, riconduca le scelte del legislatore, quali che siano, ad un principio regolativo che 'suona bene': per es. sussidiarietà o diritto penale minimo, per il caso di arretramenti del 'penale'; rafforzamento della prevenzione generale, nel caso di scelte di rigore o rigidezza punitiva; e così via.

Senza bisogno di impegnarsi in giudizi di valore, il giurista può svolgere un lavoro di conoscenza critica (e non di dogmatica apologetica) semplicemente ponendo, con linguaggio appropriato, domande pertinenti sul senso di scelte fatte o non fatte dal legislatore, di differenziazioni fatte o non fatte, di ricognizioni o bilanciamenti

[31] U. Scarpelli, *La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato*, in U. Scarpelli (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Edizioni di Comunità, Torino 1983, p. 281s.

[32] Fra la definizione formale di reato come fatto sanzionato con pena ed una qualsiasi definizione sostanziale (per es. reato come lesione di un bene giuridico), è la definizione formale che consente di porre i problemi posti da una qualsivoglia scelta legislativa, ed è perciò la più adeguata (e di fatto è adoperata) come regola d'uso del concetto di reato. La più adeguata anche per porre il problema, se una data fattispecie o un dato fatto siano o non siano offensivi di un bene giuridico, e perciò legittimamente qualificabili come reato in ordinamenti in cui viga il principio del bene giuridico.

[33] M. Gallo, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Giuffré, Milano 1951, p. 120s., 140s.

File riservato ad esclusivo fine di studio

d'interessi, di dati di realtà e/o di nessi sistematici riconosciuti o ignorati. Un'analisi *wertfrei* – che eviti di far poggiare l'impresa conoscitiva su giudizi di valore – deve poter essere in grado, utilizzando appropriate categorie concettuali e facendo parlare i dati di fatto, di rendere riconoscibili i valori in gioco ed il modo in cui il legislatore li abbia messi in gioco. I giudizi di valore potranno seguire.

4. Per quanto concerne le ragioni della pena (del minacciare pene, prima che del punire) continuano a confrontarsi concezioni (più o meno) retributive o preventive. Sono teorie *della pena*, ricollegabili a contenuti precettivi i più diversi: per la determinazione dei fatti da punire, sia l'idea retributiva che quella preventiva rinviano a concezioni 'materiali' – etiche o politiche, di giustizia o di opportunità – relative a che cosa sia giusto e/o opportuno vietare e punire. Una concezione globale del diritto penale è ben più che una concezione della pena.

La pena, scrive Bettiol[34], è un male «*se viene interpretata in termini di natura, sotto il profilo del dolore o della sofferenza*»; ma «*occorre distinguere tra un male che è tale solo sul piano naturalistico...e un male di natura morale*». La pena retributiva è «*una nozione il cui contenuto non può esaurirsi nel mondo naturalistico ma deve estollersi in quello dei valori*»; ciò significa che «*la pena è un valore, vale a dire un'esigenza giuridico-morale, e quindi un bene*».

Le formule suonano bene, e additano il problema: la pena deve estollersi nel mondo dei valori, altrimenti è quello che è naturalisticamente: dolore e sofferenza. Il 'bene' della pena è problematico, sta sul piano di un dover essere.

"*Giustizia mosse il mio alto fattore*", sta scritto sulla porta dell'inferno dantesco. Questa certezza di sé caratterizza la rappresentazione di una giustizia punitiva che trascende la dimensione umana: una giustizia assoluta, che nella grande rappresentazione dantesca è gestita dal diavolo, figura del male, ma *loico*, come irride il nero cherubino che trascina nell'inferno Guido da Montefeltro[35]. Il diavolo loico esibisce al peccatore il sapere che dimostra la necessità e giustizia della punizione; ragiona (sillogizza) correttamente, applicando regole la cui giustizia non è in discussione. Un modello straordinario. Ma nel mondo degli uomini, nella città terrena?

Il dover essere della pena giusta, per definizione, potrebbe non realizzarsi nella realtà di leggi punitive e pratiche punitive, la cui qualità di giustizia è sempre discutibile, spesso discussa, talora categoricamente da negare.

Per *tematizzare* il *problema penale* appare preferibile un linguaggio che mantenga leggibile la tensione fra diritto e giustizia, la distinzione e connessione fra dati di fatto e qualificazioni giuridiche. La riflessione sulla pena – quale possibile istituto giuridico - dovrebbe partire dal dato di partenza, il contenuto di dolore e sofferenza

[34] G. Bettiol, *Punti fermi in tema retributiva*: uno scritto del 1960, ripubblicato nella raccolta di *Scritti giuridici*, p. 937s.
[35] Dante, *Inferno*, XXVII, v. 112 – 123.

File riservato ad esclusivo fine di studio

che definisce la pena sul piano 'naturalistico', e che, per essere giustificato, abbisogna di particolari condizioni. E' qui che il *problema penale* ha radice, e con questa radice deve confrontarsi qualsiasi teoria della pena, qualsiasi ricerca di possibili giustificazioni.

In uno scritto di alta divulgazione recentemente tradotto in italiano, un autorevole penalista tedesco ha definito le dottrine sul senso della pena un *esempio di dogmatica priva di conseguenze*; ha sottoposto a critica la miseria delle dottrine classiche, sostenendo la necessità di una *giustificazione* del punire (*poter far valere che, senza la comminazione ed esecuzione della pena, il mondo si troverebbe in una condizione peggiore*); pur muovendosi nell'ottica di concezioni 'finalistiche', ha riconosciuto alle teorie retributive un *vantaggio straordinario, l'avere la loro misura in se stesse*. "*Nelle concezioni retributive del senso della pena è incorporato un dispositivo per porre un freno alla pena*", assente nelle concezioni preventive[36].

Sento l'esigenza di andare oltre le formule, che di per sé sono esposte – tutte quante – al rischio di ineffettività, o di torsioni ideologiche. Il discorso retribuzionista corre il rischio di irrigidimenti moralistici, sia quanto ad ampiezza del vietare, sia quanto a severità del punire; il discorso preventivo corre il rischio di scivolamenti verso eccessi di repressione ancora peggiori, variamente motivati ed etichettati.

Trattare la persona dell'altro *jederzeit zugleich* (*sempre anche*, è forse la traduzione migliore) *come fine, mai semplicemente come mezzo* (*niemals bloss als Mittel*): la massima kantiana[37] addita come limite invalicabile, anche nella risposta al delitto, il rispetto della dignità della persona. Su questo punto, nessun *Abschied* (commiato) da Kant sarebbe accettabile. Il rispetto per la persona è parte essenziale dell'orizzonte *di giustizia* in cui il diritto sceglie i suoi fini e i suoi mezzi.

I mezzi penalistici sono strumenti terribili. Il fine può essere considerato – nell'ottica moderna dello *Zweckgedanke* – condizione di legittimazione necessaria, ma non di per sé sufficiente.

Concezioni retributive ragionevoli prendono atto che l'esigenza di giustizia, ritenuta collegata al punire, può cedere – in particolari condizioni – ad esigenze diverse: la ragionevole risposta al commesso reato non necessariamente si identifica nella pena retributiva. «*Quando l'emenda del colpevole è un fatto accertabile o quanto meno facilmente deducibile da un complesso di dati obiettivi, può anche trovare giustificazione un provvedimento di favore che rinuncia alla retribuzione. Il dato di fatto dell'emenda può essere un limite negativo alla pena retributiva stessa*»[38]. In questi termini il retribuzionista Bettiol apre ad istituti come la sospensione condizionale della pena ed altri istituti premiali.

[36] W. Hassemer, *Perché punire è necessario*, Il Mulino, Bologna 2012, p. 68s.
[37] Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Bari 1997, p. 90.
[38] G. Bettiol, *Punti fermi in tema di pena retributiva*, in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 944.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Potremmo forse riassumere: per la ricerca di risposte ragionevoli al problema della pena hanno qualcosa da dire un retribuzionismo temperato ed un finalismo temperato.

L'esperienza concreta mostra la difficoltà di trasferire la razionalità del giudizio sul fatto di reato in una risposta (punitiva o d'altro genere) adeguatamente giustificabile. La *giustizia* delle pene minacciate e inflitte è un problema drammaticamente aperto.

5. La razionalità e ragionevolezza del diritto – di un ordinamento di regole generali poste da una fonte a ciò legittimata – è *subottimale*[39]. Il diritto intende produrre e in qualche misura può produrre certezze: la certezza della regola facilita i processi decisionali, liberando i destinatari dall'esigenza di guardare oltre le regole; anzi preclude la considerazione di altre ragioni e di altri fatti, e proprio in questo sta la sua ragion d'essere, la sua specifica razionalità.

Le ragioni del diritto quale ordine artificiale fondano il rilievo tutto particolare che per il diritto penale ha il principio di legalità, nel suo significato più elementare: legalità come certezza della legge generale e astratta. D'altro canto, come la storia ammonisce, la specifica razionalità della forma di legge non esaurisce gli aspetti di razionalità e di moralità delle norme e delle decisioni in base a norme. Il campo di manovra (di decisione politica) del legislatore è un campo aperto per scelte di *ragionevolezza discutibile*, ma che possono essere validamente imposte attraverso un procedimento ritenuto idoneo a legittimarle.

Lo stesso modello teorico della democrazia liberale, di radice illuministica, assegna alla ragione uno statuto complesso: presupposto di un buon ordinamento, ma non scontato e non univocamente determinabile, se al potere normativo del *demos* (dei suoi rappresentanti) va riservata la posizione – attraverso scelte politiche latamente discrezionali - delle regole artificiali che vanno a costituire l'ordinamento giuridico. Senza bisogno di introdurre nel discorso gli aspetti critici delle democrazie realmente esistenti, il nesso fra ordinamento giuridico e ragione è per definizione aperto a sviluppi legittimamente diversi.

I modelli di scienza della legislazione o di *razionalità delle leggi penali*[40] additano vincoli sul piano della razionalità in senso forte – per es., vincoli di realtà e di razionalià strumentale – ed anche vincoli asssiologici, che sottendono scelte di valore. A questo livello è aperto il confronto fra ragioni diverse, sia pure dentro un orizzonte condiviso di razionalità in senso forte e di civiltà etico-politica.

I limiti della ragionevolezza del diritto vigente *hic et nunc* non limitano le ragioni spendibili sul piano della politica del diritto. La distinzione fra *scienza e politica* del diritto va intesa non come separazione e mancanza di connessioni, ma al contrario come premessa perché il problema delle connessioni possa essere tematizzato. Un

[39] F. Schauer, *Le regole del gioco*, Il Mulino, Bologna 2000, p. 166 e *passim*.
[40] Per es. J.L. Diez Ripolles, *La racionalidad de las leyes penales*, Ed. Trotta, Madrid 2003.

File riservato ad esclusivo fine di studio

approccio serio (razionale e ragionevole) ai problemi di politica del diritto ha bisogno di fondarsi su un adeguato tessuto di conoscenze: di apporti di una scienza (anche, non soltanto, scienza giuridica) in grado di produrre conoscenze necessarie ed utili per le valutazioni e scelte normative.

Di saggezza pratica, di razionalità discorsiva, il nostro mondo penalistico ha un vitale bisogno. Siamo calati in un'impresa che è chiamata a fare razionalmente i conti con l'irrazionale, e dispone di molte buone ragioni; ma la sua ragionevolezza è per definizione sempre discutibile, e può risultare brutalmente diabolica. Ce lo ricorda un diavolo illuminista, in una scena del Faust che può valere come splendida, ironica introduzione agli studi universitari. All'aspirante allievo che esita a scegliere la facoltà giuridica, Mefistofele dice che fa bene: perchè studiare leggi che si susseguono come una eterna malattia? In esse *Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage* (la ragione diviene insensatezza, il bene tormento). Qui Goethe pone in primo piano, come causa d'*ingiustizia delle leggi*, il *degrado della ragione*.

E' per questo che studiare il diritto non basta. Dietro l'invito a non studiare giurisprudenza, che sembra convenire al nichilismo del diavolo, traspare l'invito di Goethe a riflettere su qualcosa di più, cioè su quel diritto che nasce dentro di noi, di cui nelle facoltà giuridiche *ist, leider!, nicht die Frage* (purtoppo non si fa questione).

E' proponibile, oggi, il linguaggio del giusnaturalismo? Bettiol parla di diritto naturale seguendo la grande tradizione che attraversa la filosofia cattolica. Chi non si riconosce in quella tradizione use altre categorie concettuali per esprimere l'apertura a ragioni che non si esauriscono dentro l'orizzonte (per ben che vada, subottimale) del diritto positivo. Come è stato osservato da un rigoroso critico del giusnaturalismo, vi è «*un senso di giusnaturalismo per cui sembra che solo l'appello a valori ultimi, trascendenti le leggi positive, da chiunque poste e giustificate, salvi, in ultima e disperata istanza, la libertà della coscienza e insieme l'austerità e integrità della nostra vita morale*»[41]. Questa apertura ad un orizzonte che sta oltre il diritto posto va salvaguardata contro ogni chiusura ideologica – di giusnaturalismi e di giuspositivismi – e richiede il libero dispiegarsi della ragionevolezza discorsiva. La tragedia del diritto ingiusto è tragedia della mancanza di saggezza, di *fronesis* (vedi il contrasto fra Antigone e Creonte nella tragedia di Sofocle) o della perdita della capacità di giudizio, come ci ha mostrato Hannah Arendt nelle riflessioni sul collasso morale del nazismo[42].

Nelle più grandi tragedie del diritto ingiusto, il diritto penale – quello che impugna la spada – è chiamato in causa direttamente. La ragionevolezza nel diritto – intrinsecamente subottimale - ha bisogno d'essere continuamente controllata da una ragionevolezza discorsiva che sta oltre il diritto posto. Una ragionevolezza non

[41] N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari 2001, p. 6 (l'edizione originale è del 1965).

[42] F. Ost, *Mosè, Eschilo, Sofocle*, Il Mulino, Bologna 2007, p. 161s., per un'analisi della Antigone di Sofocle nell'ottica del giurista; H. Arendt, *Responsabilità e giudizio*, Einaudi, Torino 2003.

File riservato ad esclusivo fine di studio

riducibile alla ragione calcolante del diavolo loico; lo spirito della ragion pratica non è geometria, ma finesse. Possiamo (se ne siamo capaci) mettere in campo – cioè introdurre nel dialogo – concezioni comprensive forti, come ha fatto Giuseppe Bettiol; dobbiamo comunque fare i conti con la parzialità e incompletezza delle nostre ragioni, in un orizzonte irriducibilmente aperto[43].

[43] S. Veca, *L'idea di incompletezza*, Feltrinelli, Milano 2011.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Gabriele Fornasari

Diritto penale liberale e derive autoritarie: riflessi nel pensiero del giovane Giuseppe Bettiol

1. Alcune opere importanti di Giuseppe Bettiol, scritte tra la fine degli anni Trenta e l'inizio degli anni Quaranta, sono valida testimonianza dell'atteggiamento che egli assunse nei confronti delle correnti di pensiero che stavano attraversando l'esperienza penalistica tedesca di quel tempo, imponendo venature soggettivistiche sfocianti in alcuni ben noti casi nell'aperta esplicazione di un diritto penale totalitario.

La dottrina italiana di quegli anni – gli anni del fascismo e del codice Rocco entrato in vigore da poco – non sembra in molti suoi autorevoli esponenti voler seguire il modello intuizionistico e radicalmente illiberale che si afferma al di là delle Alpi; essa preferisce ancorarsi, anche se con non poche concessioni agevolmente individuabili nel nuovo codice ad una vocazione autoritaria[1], alle radici classiche di un pensiero liberalconservatore[2].

È su queste basi che poi, nell'immediato dopoguerra, importanti studiosi come Giovanni Leone e Tullio Delogu rivendicarono il merito della dottrina italiana di

[1] È soprattutto la parte speciale, come noto, a presentare gli aspetti maggiormente compromessi con l'ideologia fascista, come dimostrato, per fare un unico significativo esempio, dalla struttura originaria del titolo I, relativo ai reati contro la personalità dello stato.

[2] Del resto, gli esponenti più autorevoli dell'indirizzo tecnico-giuridico, Arturo Rocco e Vincenzo Manzini, si erano formati tra la fine dell'ottocento e l'inizio del novecento, in una temperie culturale in cui lo stato italiano, ancorché non alieno da aspetti autoritari, era tuttavia nella sua essenza liberale, come lo era il suo codice penale, ed il tecnicismo giuridico era nato e si era affermato non tanto per soddisfare istanze di natura repressiva, ma per venire a capo dell'impasse cui la scienza penalistica era stata condotta dal contrasto alla fine sterile fra scuola classica a scuola positiva; che poi la sua impostazione sia potuta risultare funzionale ai disegni dello stato autoritario, che ovviamente preferiva un giurista esegeta poco incline alla speculazione ed alla critica, non è contestabile, così come non è contestabile l'adesione personale al fascismo di molti penalistici "tecnico-giuridici", ma ciò non ha comunque impedito che l'idea

File riservato ad esclusivo fine di studio

avere conservato al diritto penale, attraverso l'indirizzo tecnico-giuridico, il suo volto liberale e rispettoso del principio di legalità anche durante il periodo della dittatura[3].

Ma il panorama è più variegato: anche se non rappresenta la dottrina maggioritaria, un autorevole penalista come Giuseppe Maggiore poteva scrivere nel 1939 che l'Italia fascista avrebbe dovuto adottare un sistema penale realmente totalitario, aderente ai principi e all'ideologia del partito al potere, propugnando la sostituzione dell'art. 1 del codice con una disposizione che determinasse in questo modo il concetto di reato: «È reato ogni fatto espressamente previsto dalla legge penale come reato e represso con una pena da essa stabilita. È altresì reato ogni fatto che offende l'autorità dello stato ed è meritevole di pena secondo lo spirito della rivoluzione fascista e la volontà del duce, unico interprete della volontà del popolo italiano. Tale fatto, ove non sia previsto da una precisa norma penale, è punibile in forza di una disposizione analoga»[4].

2. In questo contesto, la posizione di Bettiol è interessante e peculiare, in quanto in buona sostanza mira ad analizzare, in relazione per esempio ai concetti di bene giuridico e di azione, le posizioni emerse in Germania al fine di distinguere quelle che sono compatibili con i principi liberali da quelle apertamente totalitarie, o per meglio dire di selezionare gli aspetti accoglibili di teoriche come quelle del "tipo d'autore", della "colpevolezza per la condotta di vita" o del "diritto penale della volontà".

Questo esame si svolgerà sempre nello spirito della difesa di un diritto penale ancorato al fatto, che resterà una pietra angolare del sistema sulla scia dell'insegnamento

di fondo del principio di legalità sia stata mantenuta viva, pur se naturalmente in termini che non sono così rigorosi come quelli che si esigono oggi, nell'età dello stato costituzionale. Per un più approfondito esame, posso rinviare al saggio di Donini, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La Prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2010, 130 ss.

[3] Si vedano rispettivamente Leone, *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, in *Arch. pen.*, 1945, 23 ss. e Delogu, *L'elemento politico nel codice penale*, in *Arch. pen.*, 1945, 161 ss.

[A]Anche tra gli storici del diritto vi è chi, molto autorevolmente, condivide il punto di vista secondo cui, anche a causa dell'impostazione tecnico-giuridica, i penalisti italiani si siano tenuti al riparo dalle tentazioni di un'ideologia apertamente totalitaria: cfr: Sbriccoli, *Le mani in pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Quaderni fiorentini*, 1999, 842 ss.

[4] Cfr. Maggiore, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939. Con questa sua concezione, Maggiore si rifaceva ampiamente agli assunti contenuti in un lavoro di qualche anno prima in cui Heinrich Henkel aveva condensato le linee-guida del programma penalistico del nazionalsocialismo, affermando: «Allo Stato di diritto di marca liberale, caratterizzato dalla supremazia del potere legislativo sugli altri due, è subentrato un tipo di Stato nel quale il governo domina il parlamento e la magistratura. Sono infrante, in breve, tutte le ragioni che postulano un codice penale ove le azioni criminose e le pene siano tassativamente previste. Anche il nuovo tipo di cittadino, che si è venuto formando in questi anni, non richiede più, ai fini della propria sicurezza giuridica, il principio di legalità. Analogia, consuetudine, coscienza popolare saranno le fonti del nuovo diritto penale tedesco. Data però la subordinazione politica dell'organo giudiziario a quello esecutivo, l'ultima fonte del diritto penale hitleriano sarà da ritrovarsi nel comando con cui si esprime l'attività degli organo di uno stato autoritario». Cfr. Henkel, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934, 70.

File riservato ad esclusivo fine di studio

dei sui maestri Ernst Beling e Giacomo Delitala, ma in realtà solo in lavori successivi (penso per esempio all'articolo intitolato "*Roma assertrice del diritto nel XX secolo*", pubblicato nella rivista *Jus* nel 1956) Bettiol esprimerà una condanna politica senza mezzi termini della prospettiva soggettivistico-intuizionistica di alcune teorie penali dell'età del nazionalsocialismo[5].

Ma ai fini dello studioso di oggi l'analisi bettioliana degli anni Trenta e Quaranta appare di grandissimo interesse per cogliere lo *Zeitgeist* di allora.

Egli infatti, senza pregiudiziali ideologiche, passa in rassegna con grande acribia i punti di vista che si andavano diffondendo oltralpe puntando ad individuare caso per caso fino a che punto il soggettivismo che essi sottendevano potesse essere foriero di spunti utili per la "personalizzazione" dell'illecito penale e fino a che punto invece fosse compromesso con un impianto ideologico fondato su di un inaccettabile irrazionalismo.

Del resto, questo non può stupire.

Giuseppe Bettiol, perfetto conoscitore della lingua e della cultura germanica[6], ha caratterizzato l'intera sua cinquantennale produzione scientifica con il rifiuto di un rigido tecnicismo giuridico e di un integrale oggettivismo nell'approccio sistematico, ed ha a tal punto inteso enfatizzare la centralità del valore e della persona da essere sempre molto attento, pur se da un angolo visuale sempre originale e critico, a teoriche intese ad esaltare la componente personale dell'illecito e della colpevolezza, provenienti dall'ambito tedesco e idonee ad assecondare il suo intento di bilanciare l'assetto della sintassi fatto/autore[7] in modo meno incline al rispetto dell'indirizzo tradizionale della scienza penalistica italiana, fortemente legato al disvalore di evento e a un'idea strettamente oggettiva della tipicità[8], nonché ad una concezione più psicologica che individuale/normativa della colpevolezza[9].

[5] Sul punto non sono possibili equivoci, e ne è testimonianza questo passaggio: «L'individuo è sparito per cedere il posto al tutto: ad un tutto che ha inteso essere l'arbitro esclusivo del destino di moltitudini finite nei campi di sterminio per una inesorabile legge di profilassi sociale e razziale. Schiavismo e deportazione, violenze ed arbitrî, lacrime e sangue: questo è il quadro della esperienza giuridica del nostro secolo, e questa è la situazione nella quale dobbiamo operare nello sforzo di dare alla vita sociale una impostazione di ragione che possa veramente salvare la preminenza della legge sull'arbitrio e sul terrore!». Cfr. *Roma assertrice del diritto nel XX secolo*, ora in *Scritti giuridici*, II, Cedam, Padova 1966, 873.

[6] Nato suddito dell'imperatore asburgico a Cervignano del Friuli nel 1907, Bettiol aveva poi completato i suoi studi giuridici, dopo la laurea all'Università Cattolica di Milano, proprio presso la cattedra di diritto penale dell'Università di Monaco, tenuta da Ernst Beling.

[7] Mutuo qui una struttura espressiva cara a Donini: si veda *La sintassi del rapporto fatto/autore nel Progetto Grosso*, in *Crit. dir.*, 2001, 257 ss.

[8] Per intendere meglio che cosa fosse (e sia) in gioco quando si tratta dell'antitesi tra disvalore di evento e disvalore di azione, è tuttora di grande utilità la consultazione del lavoro di Mazzacuva, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Giuffrè, Milano 1983, 1-76, a prescindere dal fatto di riconoscersi o meno in tutte le valutazioni svolte dall'Autore.

[9] Quali resistenze abbia a lungo incontrato (ben oltre gli anni che sono oggetto di questo studio) una

File riservato ad esclusivo fine di studio

Ciò spiega, nella sua produzione del dopoguerra, la notevole attenzione, comune a non molti penalisti italiani di quel tempo, per la concezione finalistica di Hans Welzel, in realtà mai del tutto accolta come tale[10], ma con la quale ebbe in comune, almeno per una parte del suo itinerario di pensiero, l'idea di fondo di un necessario ancoramento del diritto penale a strutture ontologiche (un'idea del diritto che deve tendere a coincidere con l'idea di giustizia), ed in ogni momento l'istanza di una colpevolezza davvero arricchita di elementi personalistici: è Bettiol, in fondo, probabilmente il primo studioso italiano che attribuisce seriamente rilevanza al concetto di scusanti, come qualcosa di diverso dalle cause di esclusione dell'elemento psicologico del fatto[11].

E spiega anche la sua adesione, nella sua produzione più tarda, al cosiddetto *Gesinnungsstrafrecht* elaborato in Germania da Eberhard Schmidhäuser[12], che fu al centro di una polemica con Franco Bricola[13] e poi con Ferrando Mantovani[14], smorzatasi poi quando egli ebbe a precisare che l'esame dell'atteggiamento interiore del soggetto

concezione della colpevolezza di stampo normativo è rilevabile tra l'altro pensando a come la concezione psicologica sia stata difesa con decisione da Francesco Antolisei, l'Autore del manuale di diritto penale che più di ogni altro ha contribuito a formare i giuristi italiani nell'ultimo dopoguerra: si veda Antolisei, *Manuale di diritto penale*, 7^ ed., Giuffrè, Milano 1975 (una delle edizioni già aggiornate da L. Conti), in cui si fa solo qualche formale concessione alla teoria normativa ma poi si rivendica il connotato essenzialmente psicologico della colpevolezza (255 ss.), tanto da ritenere totalmente estranea ad essa l'imputabilità; è peraltro da segnalare anche che Antolisei, nelle pagine immediatamente seguenti, accumuna nella sua critica ad ogni profilo di personalizzazione della colpevolezza anche le teorie della colpevolezza d'autore, alla quali, contrariamente a Bettiol, riserva un rifiuto integrale e radicale.

[10] Di questo approccio resta testimonianza per esempio nelle prefazioni del suo manuale: in quella che precede la seconda edizione, pubblicata da Priulla nel 1950, Bettiol non esclude di rivedere un'eventuale edizione successiva proprio alla luce della concezione finalistica welzeliana, che, secondo le sue stesse parole, "ha permesso di estollere dal cieco mondo della natura il momento intelligente e veggente dell'azione umana per inquadrarla nelle articolazioni di una psicologia la quale pone le basi per un giudizio morale"; ma poi, nella prefazione alla terza edizione, pubblicata nel 1955 dallo stesso editore, egli dichiara di avere rinunciato a tale modificazione perché, pur sempre convinto che ogni ente abbia una finalità intrinseca, tuttavia ha rivalutato il proprio sistema, sperimentato sul piano pedagogico e prasseologico e inevitabilmente figlio di un clima culturale e di un momento storico che non sono gli stessi in cui è maturato il finalismo di Welzel.

[11] Voglio solo menzionare, al riguardo, il suo contributo sul tema della inesigibilità: *"Non esigibilità" e collaborazionismo*, in *Giur. it.*, 1946, II, 21 ss.

[12] Cfr. Schmidhäuser, *Gesinnungsmarkmale im Strafrecht*, Mohr, Tübingen 1958, *passim*. L'opera di Bettiol a cui mi riferisco è: *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore* (1971), ora in *Scritti giuridici.* 1966-1980, Cedam, Padova 1980, 101 ss.

[13] Cfr. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Utet, Torino 1973, 68 ss. A Bricola Bettiol risponderà in due successivi lavori: *Stato di diritto e Gesinnungsstrafrecht* (1973), ora in *Scritti giuridici,* 1966-1980, Cedam, Padova 1980, 129 ss. e soprattutto *Colpa d'autore e certezza del diritto* (1977), ora in *Scritti giuridici*. 1966-1980, Cedam, Padova 1980, 203 ss., in particolare 207 ss.

[14] Cfr. Mantovani, *Diritto penale* (1^ ed.), Cedam, Padova 1979, 262. A Mantovani Bettiol risponderà nel saggio *Sul problema della colpevolezza*, in *Scritti giuridici. Le tre ultime lezioni brasiliane*, Cedam, Padova 1987, 23 s. (pubblicate postume, le lezioni furono tenute a São Paulo nel 1980).

File riservato ad esclusivo fine di studio

deve servire solo a misurare la sua responsabilità e non a fondarla, continuando essa a basarsi sulla realizzazione di un fatto materiale[15].

Apro e chiudo immediatamente una parentesi a questo riguardo per segnalare come nei nostri giorni possa però apparire pericoloso maneggiare concetti come l'atteggiamento interiore, l'adesione ai valori dell'ordinamento, la condotta di vita dell'autore, quando ne appare molto facile una declinazione nel senso del cosiddetto "diritto penale del nemico", che può essere chiunque non aderisca ai valori dominanti e viene perciò ritenuto responsabile (sospetto terrorista)[16] o più responsabile (l'immigrato irregolare secondo l'aberrante ed ora abrogato – per intervento della Corte Cost. – art. 61 n. 11 bis c.p.[17]).

3. Tornando al punto iniziale, voglio in particolare concentrare l'attenzione, come anticipato, sulle prese di posizione di Bettiol in due articoli (che peraltro sono parte di una pubblicistica abbastanza vasta di quegli anni dell'autore su questo tipo di temi[18]) apparsi rispettivamente nel 1938 ("*Bene giuridico e reato*"[19]) e nel 1942 ("*Azione e colpevolezza nelle teorie dei 'tipi' di autore*"[20]).

Riguardo al problema del bene giuridico, è importante innanzi tutto constatare che la concezione che ne ha il giovane Bettiol è assai moderna per quel tempo, perché rigetta la versione puramente metodologica (e sostanzialmente autoritaria) legata alla impostazione statocentrica di Arturo Rocco: bene giuridico è l'oggetto specifico del reato, ovvero l'interesse collettivo o individuale che ogni singolo reato viene a ledere,

[15] Così lo stesso Bettiol, *Sul problema della colpevolezza*, cit., 23. L'intera vicenda della polemica scientifica causata dalla pubblicazione dello scritto sul diritto penale dell'atteggiamento interiore è ben ripercorsa, più di recente, nell'opera di Riondato, *Un diritto penale detto "ragionevole". Raccontando Giuseppe Bettiol*, Cedam, Padova 2005, 136 ss.

[16] Nella vasta letteratura che si è formata negli ultimi anni sui questo tema, ricordo in particolare, proprio in riferimento alla figura del terrorista, le argomentate e condivisibili osservazioni di David Cole, *Enemy Aliens*, in Donini-Papa, *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano 2007, 241.

[17] Cito volentieri l'esemplare sentenza n. 249 del 2010, la cui magistrale motivazione parte dal presupposto, che avrebbe trovato pieno apprezzamento in Giuseppe Bettiol, secondo cui "i diritti inviolabili spettano ai singoli, non in quanto partecipi di una comunità politica, ma in quanto esseri umani"; segnalo al riguardo il commento di Materia, *Cittadini "extracomunitari" tra discrezionalità penale, diritti fondamentali e principio di offensività*, in *Giur. it.*, 2011, 904 ss.

[18] Si possono citare, esemplificativamente, *Sul metodo della considerazione unitaria del reato* (1938), ora in *Scritti giuridici*, I, cit., 388 ss.; *Sistema e valori del diritto penale*, (1940), ora in *Scritti giuridici*, I, cit., 491 ss.; *Rilievi metodologici sul concetto di azione* (1940), ora in *Scritti giuridici*, I, cit. 465 ss.; S*ui recenti orientamenti metodologici nello studio del diritto penale* (1940), ora in *Scritti giuridici*, I, cit., 479 ss.

[19] Ora in Bettiol, *Scritti giuridici*, I, Cedam, Padova 1966, 318 ss. (pubblicato originariamente in *Riv. it. dir. pen.*, 1938).

[20] Ora in Bettiol, *Scritti giuridici*, II, Cedam, Padova 1966, 535 ss. (pubblicato originariamente in *Riv. it. dir. pen.*, 1942).

File riservato ad esclusivo fine di studio

non l'interesse dello stato alla propria conservazione e difesa che ogni fatto delittuoso verrebbe a ledere[21].

Intuisce facilmente, Bettiol, che alla base della critica che autori tedeschi (vengono citati Rauch[22] e Schaffstein[23]) rivolgono a questa concezione del bene giuridico c'è proprio un radicale attacco all'idea liberale di chi vede lo stato come un soggetto giuridico che si contrappone all'individuo su di un piano di eguaglianza con reciproche sfere di interessi, diritti e doveri.

Lo stato, invece, secondo una franca visione autoritaria, andrebbe concepito come una realtà vivente ed operante al di fuori degli schemi di ogni finzione giuridica e l'individuo come soggetto esclusivamente operante nell'interesse della comunità statualmente organizzata; il reato di conseguenza sarebbe nient'altro che una violazione di un dovere verso lo stato.

La contestazione che Bettiol rivolge a questo punto di vista può apparire in parte sorprendente.

Egli infatti non prende atto criticamente di una incompatibilità tra concezione autoritaria dello stato e teoria liberale del bene giuridico (riaffermando il valore prioritario di quest'ultima), ma muove un diverso appunto, affermando che anche ad una concezione autoritaria dello stato può adattarsi l'idea di una serie di rapporti tra stato e individuo quale espressione di una reciproca sfera di interessi e di libere attività, perché anche in tal caso non verrebbero meno i limiti dell'intervento dello stato e le garanzie a favore dell'individuo, con l'unica differenza che qui l'individuo non dispone di una sfera naturale di libertà (con il diritto di agire eventualmente anche contro lo stato), ma di una sfera delegata nella quale può agire nell'interesse proprio e dello stato.

Questa compatibilità, conclude Bettiol, deve essere invece esclusa nell'ipotesi di un assorbimento totale dell'individuo nell'orbita dello stato, ciò che, aggiunge forse un po' imprudentemente, non si sarebbe ancora verificato nei regimi autoritari[24]; si evoca qui qualcosa di simile alla distinzione arendtiana fra stato autoritario e stato totalitario[25], ipotizzandola come un'astrazione, mentre già nel 1938 i cittadini sovietici e tedeschi avevano già abbastanza chiaro che cosa dovesse intendersi per stato totalitario, con annessa incongruenza dell'idea di reciproci diritti nel rapporto stato-cittadino.

[21] Bettiol, *Bene giuridico e reato*, in *Scritti giuridici*, I, cit., 319.

[22] Rauch, *Die klassische Strafrechtslehre in ihrer politischen Bedeutung*, Leipzig 1936, 42 ss.

[23] Schaffstein, *Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht*, in *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Richard Schmidt*, Leipzig 1936, 61 ss.

[24] Bettiol, *Bene giuridico e reato*, cit., 321.

[25] Cfr. Arendt, *The Origins of Totalitarism*, London 1951 (rimando all'ottima edizione italiana: *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Torino 2004, 357 ss., per la ampie dimostrazioni della distinzione in oggetto, nell'ambito della quale come è noto la Arendt negò che il fascismo potesse qualificarsi, almeno fino al 1938, come stato totalitario).

File riservato ad esclusivo fine di studio

Quanto invece alla critica che le concezioni autoritarie del diritto rivolgono alla teoria del bene giuridico, di essere il portato di una visione formalistica dell'antigiuridicità incompatibile con l'antiformalismo riconducibile alla dottrina di Carl Schmitt[26], Bettiol ritiene di poterle respingere rivendicando, sulla scia di Giacomo Delitala[27] ed Eugenio Florian[28], il fatto che al contrario il concetto di bene giuridico, per la sua intima valenza teleologica, risponde in pieno alle esigenze di un metodo antiformalistico che tiene gli occhi fissi sulla realtà.

Ma le obiezione al concetto di bene giuridico non sono soltanto di natura politica, bensì anche di natura logica.

Wilhelm Gallas porta un esempio molto famoso per dimostrare che il reato non è lesione di un bene giuridico ma violazione di un dovere verso lo stato quando richiama la fattispecie di falsa testimonianza: solo la concezione soggettivistico/autoritaria, infatti, giustificherebbe la soluzione, patrocinata senza esitazioni da una parte della dottrina tedesca, consistente nel punire il testimone il quale, convinto di affermare il falso, dica invece obiettivamente il vero[29].

La replica di Bettiol, ineccepibile nel quadro della nostra mentalità, è che il reato di falsa testimonianza è tale solo se mette in discussione la corretta amministrazione della giustizia (ovvero il suo bene giuridico), mentre la condotta presa ad esempio da Gallas non costituisce altro che un reato putativo, come tale irrilevante per il diritto penale, perché alla volontà criminosa non si accompagna nessuna materialità lesiva[30].

Replica ineccepibile, dicevo, ma molto meno tecnica che politica, a sua volta[31].

Quando Bettiol scrive: "Nessuno ha mai negato che la posizione del reo rispetto all'interesse leso non [*sic*][32] possa avere una grande importanza nella valutazione complessiva del fatto delittuoso, ma tale considerazione non può in alcun modo esser

[26] La cui opera di riferimento, a questo riguardo, è *Über die drei Arten des rechtwissenschaftlichen Denkens*, Berlin 1934.

[27] Citando Delitala, *Scienza giuridica e realtà. Postilla ad uno scritto di A. Santoro*, in *Riv. it. dir. pen.*, 536, il quale a sua volta si richiama a Schwinge, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, Bonn 1930, 27 ss.

[28] Citando Florian, *Parte generale del diritto penale*, Vallardi, Milano 1934, 393 ss.

[29] Cfr. Gallas, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, in Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft*, Berlin-Leipzig 1936, 50.

[30] Bettiol, *Bene giuridico e reato,* cit., 324.

[31] Come d'altro canto non mancava di un sottofondo ideologico nemmeno il punto di vista di Gallas sottostante al suo rilievo "tecnico": egli infatti puntualizzava che l'essenza del reato sta nella sua aggressione alla società, non agli interessi giuridicamente protetti, sicché ciò che viene in primo piano è il lato personale del reato e la configurazione dei concetti giuridico-penali parte dall'idea del dovere e dell'atteggiamento interiore, non del bene giuridico e dell'interesse. Così Gallas, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung*, cit, 51.

[32] Ho riportato il passaggio testualmente, ma mi pare che questa doppia negazione sia un refuso dell'originale, perché il senso dell'affermazione di Bettiol, in relazione al contesto, è dato in modo coerente solo eliminando questa seconda negazione.

File riservato ad esclusivo fine di studio

fatta valere per negare che il nocciolo dell'antigiuridicità è costituito dalla lesione di un bene giuridico"[33], non fa semplicemente un discorso dogmatico sugli elementi del reato, ma sottolinea i fondamenti di un programma liberale di politica criminale (e forse ancor più in generale di politica del diritto) antitetico a quello fondato sull'irrazionalismo autoritario della scuola di Kiel[34].

Difendendo il bene giuridico, egli, che pure sul piano assertivo non ritiene questo concetto incompatibile con un diritto autoritario, difende implicitamente ma chiaramente un mondo di valori che comprende la tipicità (come limite all'interpretazione), la certezza del diritto, il primato del legislatore ed al contempo la possibilità di affermare un'istanza teleologica e dunque antiformalistica[35]; peraltro, lo sforzo di dimostrare la natura antiformalistica, ovvero contraria ad uno sterile liberalismo individualeggiante, della teoria del bene giuridico lo porta ad affermare, allo scopo di dar forza alle sue argomentazioni, che essa, come concepita da Arturo Rocco, si contrappone ad una concezione individualistica, tanto da sostenere che un interesse individuale trova una tutela penale solo in quanto si identifica con un interesse dello stato[36]; in tal modo, però, più che richiamare un liberalismo meno formalistico, si richiama un liberalismo...meno liberale.

4. La situazione non è molto diversa se analizziamo i punti di vista espressi da Bettiol a difesa delle buone ragioni di un concetto di azione inteso in senso materiale, contrapposto a concezioni soggettivistiche tendenti a valorizzare al massimo, nell'economia del reato, la tipologia di autore, la sua volontà o la sua condotta di vita.

Nel contributo del 1942, la posta in gioco viene subito con tutta chiarezza enunciata.

Dalla Germania, guardando anche alla legislazione penale del periodo successivo al 1933, giungevano impostazioni che non si ponevano più il problema dei criteri metodologici necessari alla determinazione del concetto di azione, se in chiave naturalistica o in chiave finalistica, ma che mettevano in discussione la stessa necessità e inderogabilità dell'esistenza dell'azione ai fini dell'applicazione della pena, in nome di un processo di eticizzazione e personalizzazione, all'esito del quale la figura dell'au-

[33] Bettiol, *Bene giuridico e reato*, cit., 325.

[34] Il cui "manifesto" è senz'altro rappresentato dall'opuscolo di Georg Dahm e Friedrich Schaffstein, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg 1933. E non è un caso che proprio Schaffstein, due anni dopo, riferendosi anche alla posizione di Bettiol, lamentasse con tono critico il fatto che in Italia, nonostante la vicinanza ideologica con la Germania, ci si ostinasse a mantenersi sostanzialmente nel solco di un diritto penale di derivazione liberale. Cfr. Schaffstein, *Methodenwandel, Analogieverbot und Rechtsgutslehre in der neuen italienischen Strafrechtswissenschaft*, ZStW, 1940, 519 ss.

[35] A ragione, insiste molto sul valore politico più generale della presa di posizione di Bettiol a favore del bene giuridico anche Marinucci, *Giuseppe Bettiol e la crisi del diritto penale negli anni Trenta*, in *Quaderni Fiorentini*, 2008, 334 ss.

[36] Bettiol, *Bene giuridico e reato,* cit., 327.

File riservato ad esclusivo fine di studio

tore che sta dietro ad ogni fattispecie incriminatrice dovrebbe emergere in primo piano ed essere intuita dalla coscienza giuridica popolare.

Si darebbero dunque dei casi in cui l'uomo non interessa al diritto penale in quanto agisce, ma in quanto è, in quanto si presenta in una determinata maniera, e ciò in una cornice ideologica antiliberale che vuole la personalità dell'individuo annullata nella compagine statale.

Anche in questo caso, Bettiol insiste nel negare la natura politico-ideologica della questione, ed anzi rimprovera in primo luogo chi si è fatto assertore di questa impostazione di aver trasportato sul piano speculativo (invocando il cozzo tra opposte ideologie politiche) il problema, di pura politica criminale, di individuare la strada migliore per soddisfare esigenza di giustizia sostanziale[37].

Ed egli anticipa subito, senza che vi possa essere il minimo equivoco, che la strada migliore resta quella di porre chiare e precise fattispecie incriminatrici in cui sia chiaramente modellata nei suoi aspetti caratteristici l'azione delittuosa al fine di garantire al massimo la libertà individuale contro ogni arbitrario intervento dell'autorità[38].

Ma poi sottopone il pensiero di autori che non condividono la centralità del *Tatbestand* nella costruzione del reato ad un'analisi con esiti in parte non scontati.

Innanzi tutto vengono esaminate le teorie del "tipo normativo d'autore", non tanto nella versione originaria di Erik Wolf, che risale al 1932 e non è ancora collocabile nell'alveo di una concezione autoritaria[39], ma soprattutto nello svolgimento che ne avevano dato intorno alla metà degli anni Trenta Georg Dahm e Edmund Mezger.

Georg Dahm, esponente di punta della Scuola di Kiel e giurista molto vicino ideologicamente ai detentori del potere di quel tempo, aveva affermato che la qualità di autore è un determinato modo di essere nella comunità e il tipo di autore è avvertito come tale dalla coscienza del popolo, tanto da diventare criterio pratico di ermeneutica, che serve sia per allargare che per restringere la portata di una norma penale[40].

Edmund Mezger aveva specificato che la rilevanza del tipo d'autore emerge in modo particolare quanto più la fattispecie, dietro la quale questo si nasconde, viene descritta dal legislatore in modo vago, impreciso e quanto più deve essere desunto dall'interprete perché la fattispecie stessa possa venire illuminata[41].

[37] Bettiol, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi d'autore*, in *Scritti giuridici*, II, cit., 539.
[38] Bettiol, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi d'autore,* cit., 539.
[39] Cfr. Wolf, *Vom Wesen des Täters*, Tübingen 1932; il suo concetto del delinquente come "membro personale della comunità giuridica con coscienza giuridica decaduta" (op. cit., 16) è infatti ancora aprioristico e non ha un'evidente matrice ideologica.
[40] Cfr. Dahm, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Leipzig 1940, 37.
[41] Cfr. Mezger, T*atstrafe und Täterstrafrecht insbesondere im Kriegsstrafrecht*, ZStW, 1941, 359 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

5. Alla luce di questi rilievi, trovando sponda nella dottrina tedesca per esempio in Nagler[42], Bettiol ritiene che la teoria del tipo normativo d'autore in realtà non raggiunge il proprio obiettivo, ovvero quello di soppiantare l'azione con l'autore: il ladro, il truffatore, l'assassino che si nascondono nella fattispecie vengono presi in considerazione dal diritto penale perché responsabili di un'azione, che devono avere realizzato e non semplicemente ideato; solo la graduazione ed eventualmente l'esclusione della responsabilità per il fatto commesso dipendono dalla tipologia dell'autore ed è pertanto salvo il principio di materialità[43].

Se questo ragionamento prova ancora una volta quanto sia radicato nel pensiero di Bettiol il senso della centralità del fatto contro derive proiettate verso una dinamica interamente sbilanciata sull'autore, oblitera però d'altro canto un dato di sistema che rende il suo argomentare applicabile solo in parte alla realtà normativa tedesca di quel tempo, assunto che nel 1935 il legislatore nazionalsocialista aveva riformato il § 2 del codice penale nel senso di ammettere da parte del giudice il ricorso all'analogia *in malam partem*, ovvero alla creazione pretoria di fattispecie penali tutte incentrate sulla dimensione personale, visto che la guida interpretativa doveva essere dedotta dal sano sentimento popolare[44].

Inoltre, non si può non ricordare che l'effetto di esclusione della responsabilità esplicato dalla teoria del tipo d'autore, considerato meno criticamente in ragione dell'operatività in *favor rei*, riguardava nella concezione di quegli studiosi soggetti che fossero autori di reati, ma in osservanza di principi ideologici del regime; un esempio è dato da quei medici che parteciparono alle cosiddette azioni di eutanasia nei confronti di malati di mente incurabili.

6. A questo punto, non è necessario dilungarsi troppo sull'opinione che Bettiol manifesta in ordine alle altre teorie, sulla colpevolezza d'autore o sulla colpevolezza per la condotta di vita.

Riguardo alla prima, sulla scia di Paul Bockelmann[45], egli non ritiene violato il canone della responsabilità per il singolo fatto, dato che l'allargamento della considerazione al modo di essere del reo consentirebbe semplicemente di avere una visione più completa della singola azione, che può essere in tal modo più adeguatamente retribuita attraverso la pena, la quale funge così anche da espiazione per il modo di

[42] Cfr. Nagler, *Kriegsstrafrecht, Sonderdruck aus "der Gerichtssaal"*, Bd. 114, Stuttgart 1940, 10.

[43] Bettiol, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi d'autore*, cit., 553 s.

[44] E quella riforma era stata al centro di studi molto attenti da parte della dottrina italiana del tempo; mi limito a menzionare quelli di due studiosi allora giovanissimi che sarebbero poi diventati tra i principali maestri del novecento: Vassalli, *La giurisprudenza germanica in materia di analogia. Applicazioni e proposte di applicazione del § 2 del Codice penale del Reich*, in *Rivista di diritto penitenziario*, 1937, 917 ss. e Nuvolone, *La riforma del § 2 del Cod. pen. Germanico,* in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, 540 ss.

[45] Cfr. Bockelmann, *Studien zum Täterstrafrecht*, De Gruyter, Berlin 1940, 55 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

essere; in questo, Bettiol vedeva non un distacco, ma solo un'evoluzione rispetto al pensiero della scuola classica (e un deciso allontanamento invece dai postulati della scuola positiva, che guardava all'autore essenzialmente nella prospettiva prognostica di colpirne la pericolosità sociale)[46].

Ai nostri occhi di oggi, questa visione appare connotata da una vena fortemente eticizzante, quasi dimentica della necessaria separazione fra diritto e morale (e non è forse un caso che sia Bettiol che Bockelmann ricorrano ad un parallelo con il rapporto tra peccato e peccatore), ma occorre rammentare che il nostro autore ha pur sempre cura di precisare, rispetto al pensiero del collega tedesco, che "la morale e la religione guardano anzitutto all'intenzione retta o cattiva con la quale l'azione viene compiuta, con una misura quindi che sfugge al diritto perché il legislatore non può scrutare nelle reni dell'uomo e deve accontentarsi di valutare solo quegli atteggiamenti psicologici che possono essere desunti dall'elemento materiale dell'azione compiuta dal soggetto"[47], pur se ciò non significa, aggiunge, che il lato interno dell'agire non abbia importanza per il diritto.

Riguardo infine alla colpevolezza per la condotta di vita, Bettiol rileva che, con qualche eccezione come quella della punizione della mendicità, questa teorica è funzionale essenzialmente alla prassi della commisurazione della pena, che pertanto viene pur sempre inflitta a causa della commissione di un fatto[48].

Tuttavia riconosce, tenendo presenti istituti come la recidiva, l'abitualità nel reato, l'ubriachezza o l'aggravante concernente il delinquente abituale pericoloso prevista nel § 20a del codice tedesco di allora, che in questo caso almeno una porzione, talvolta significativa, della pena si riferisce ad una posizione dell'autore che potrebbe non avere nulla a che vedere con il fatto singolo realizzato e non esita ad affermare con il Manzini che per esempio la recidiva non accresce la gravità obiettiva del reato, ma serve a qualificare come più criminosa la personalità del delinquente[49].

Precisato che il concetto di personalità che viene in questione si differenzia in modo netto da quello utilizzato dalla scuola positiva, Bettiol in fondo non rigetta la rilevanza, ai soli fini commisurativi, della colpevolezza per la condotta di vita, in quanto postula che l'inclinazione al reato richieda una espiazione particolare che non guarda se non occasionalmente al nuovo reato perpetrato, mentre tiene presente un determinato modo di essere dell'autore.

Non si rinuncia insomma all'idea di retribuzione, poiché questa non è infranta, ma estesa oltre alla sfera di influenza della singola azione delittuosa: si può dire,

[46] Bettiol, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi d'autore*, cit., 557 ss.
[47] Bettiol, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi d'autore*, cit., 556.
[48] Bettiol, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi d'autore*, cit., 559.
[49] Cfr. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, II, Utet, Torino 1933, 577.

File riservato ad esclusivo fine di studio

utilizzo le sue parole, che mentre chi ruba per la prima volta viene punito perché ha rubato, in caso di recidiva viene punito perché ladro[50].

Anche in questo caso, agli occhi di oggi, Bettiol sembra argomentare su un crinale che potrebbe rivelarsi pericoloso, pur essendo consapevole che in un suo saggio di poco precedente Hans Welzel aveva affermato, introducendo il concetto di colpevolezza per la condotta di vita, che la colpevolezza è costituita dal consapevole lasciarsi andare verso il male, con la postilla che la colpevolezza d'autore deve perciò pesare di più, nella valutazione giudiziale, della colpevolezza per il singolo fatto[51].

Tuttavia, bisogna pur riconoscere che egli aveva davanti disposizioni del codice Rocco che andavano, e vanno tuttora, nella medesima direzione, rinvenibili negli articoli 99 e seguenti e nel secondo comma dell'art. 133.

7. In sede di riesame complessivo delle teorie analizzate, Bettiol giunge alla conclusione che esse non mettono realmente in discussione la dogmatica dell'azione, sostituendola con una dogmatica dell'autore: l'azione non viene mai soppressa, ma spiegata al lume della personalità etica dell'individuo.

Egli mira a trarne quello che di buono se ne può trarre, ovvero il fatto di avere messo l'azione a contatto con l'autore, senza che perciò venga davvero rivoluzionata la dogmatica del diritto penale.

Un commento finale non può che essere articolato, come meritano la complessità e la ricchezza del pensiero di Bettiol.

Quello che emerge dagli studi che ho preso in esame è un giurista al contempo scrupolosamente fedele al principio di materialità, che richiede ai fini di punire un'azione esterna e la violazione attraverso di essa di un bene giuridico[52], ma al contempo insoddisfatto di una concezione classica dell'azione di natura puramente oggettiva e di una visione dell'oggetto del reato formalistica ed impermeabile ad ogni proiezione teleologica.

Il limite del suo approccio verso le concezioni soggettivistiche di provenienza germanica è probabilmente una sottovalutazione delle loro potenzialità illiberali: certo, Bettiol dialogava con dogmatici di alto livello come Wolf, Gallas, Welzel, Mezger, Schaffstein, Dahm, Bockelmann, non con i giuristi ufficiali del regime nazista, come Freisler o Gürtner, e con la loro dogmatica voleva istituire con grande consapevolezza un confronto scientifico, ma la realtà tedesca di quel tempo (e voglio riferirmi qui solo a quella normativa) rendeva già evidente come l'attenzione per l'autore o per la sua condotta di vita potesse facilmente divenire la premessa di esperimenti legislativi e giurisprudenziali totalmente in distonia con la tradizione cara a Bettiol; e non

[50] Bettiol, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi d'autore*, cit., 560.

[51] Cfr. Welzel, *Persönlichkeit und Schuld*, ZStW, 1941, 460.

[52] Insomma, custode geloso dei principi liberali del diritto penale, come osserva con decisione Marinucci, *Giuseppe Bettiol e la crisi del diritto penale negli anni Trenta*, cit., 346.

File riservato ad esclusivo fine di studio

si può nemmeno dire che si sia trattato di esperimenti rimasti sulla carta, sicché si potrebbe definire Erik Wolf, teorico del tipo normativo d'autore, come una figura assimilabile all'apprendista stregone della famosa novella[53].

Si potrebbe paragonare questo tentativo di avvicinarsi così tanto all'Uomo al mito di Icaro, che volle avvicinarsi al sole con le ali di cera, con la conseguente inevitabile tragedia causata dal rifiuto opposto ai confini della razionalità, alla necessità che la conoscenza umana riconosca la propria limitatezza.

Può essere comprensibile l'istanza di costruire un diritto penale il più possibile vicino ad un'idea etica – ancora Aldo Moro nel 1947 reputava che questo dovesse essere un compito del legislatore[54] –, ma l'osservazione della realtà ci deve rendere molto cauti a questo riguardo, alla luce del fatto che anche, e forse soprattutto, le visioni penali totalitarie hanno sempre preteso di avere uno sfondo spiccatamente eticizzante; oggi, nel XXI secolo, applicherei questa cautela a una certa propensione del diritto penale contemporaneo ad approntare una tutela senza condizioni – e soprattutto senza scrupoli garantistici – ai diritti umani[55].

Ma se questi sono i limiti, non mancano i meriti, in qualche caso particolarmente apprezzabili proprio avendo presente qual è stata l'evoluzione della dogmatica nella seconda metà del XX secolo.

Oggi fa parte della grammatica comune una considerazione del fatto di reato non disgiunta dalla valutazione dei motivi[56], delle condizioni personali, dell'inserimento sociale, della personalità e in taluni casi anche dell'atteggiamento interiore dell'au-

[53] Sostanzialmente analogo il punto di vista di Calvi, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Cedam, Padova 1967, 500 ss.

[54] Cfr. Moro, *L'antigiuridicità penale*, Priulla, Palermo 1947, 63 ss.; anche Moro peraltro riteneva che una soggettivizzazione del diritto penale fosse funzionale all'ideale di una democrazia perfetta e solo in ragione dell'imperfezione della nostra democrazia rigettava per inopportunità un diritto penale della volontà, attirandosi la critica di Alessandro Baratta, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Giuffrè, Milano 1963, 167, che gli imputa di non avere invece respinto in radice una teorizzazione compromessa con un'ideologia totalitaria.

[55] Un approfondimento di questo discorso porterebbe troppo lontano, ben oltre i limiti di questo contributo; ciò a cui intendo riferirmi è per esempio la notevole disinvoltura con la quale, facendo appello ai principi del diritto penale internazionale, una importante corte regionale come la Corte Interamericana per i Diritti Umani e sulla sua scia alcuni tribunali nazionali di stati dell'America latina stiano gestendo negli ultimi anni un processo di giustizia di transizione nel quale canoni garantistici liberaldemocratici come l'irretroattività della legge sfavorevole o il rigetto della consuetudine come fonte vengono aggirati in modo pressoché sistematico; posso rinviare al riguardo al recente volume collettaneo curato da me ed Emanuela Fronza, *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America latina,* in *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche*, Trento 2011, con contributi provenienti da diversi Paesi sudamericani.

[56] Su questo aspetto, in modo approfondito e convincente, Veneziani, *Motivi e colpevolezza,* Giappichelli, Torino 2000, soprattutto 91 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

tore; in quanto resti stretto il legame con la pietra angolare rappresentata dal fatto, questa deve essere considerata una conquista importante nel segno di un moderno umanesimo, conquista della quale certamente Giuseppe Bettiol è stato un fondamentale precursore.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Roland Riz

Il principio di offensività

Nell'intervenire a questo Convegno in ricordo di Giuseppe Bettiol il grande ed indimenticabile Maestro di diritto penale il quale ha dato lustro, per non dire splendore, alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova ed ha gettato le fondamenta per un diritto penale ragionevole[1], abbiamo scelto di trattare «il princìpio di offensività», un tema al quale egli ha dato, con largo anticipo, particolare rilevanza.

Il punto di partenza del suo pensiero è che, il reato, sotto un profilo sostanziale, è un fatto antigiuridico e colpevole che provoca la lesione di un bene giuridico tutelato dalla norma penale. Se un fatto umano non provoca la lesione di un bene giuridico tutelato, non può essere considerato reato.

Bettiol, quindi, contesta l'esistenza di reati senza offesa e contesta in particolare quelle teorie che sostengono che il reato debba considerarsi come disobbedienza dell'individuo verso la collettività, ribellione della volontà individuale contro lo Stato, indipendentemente da ogni ricerca circa la presenza di un termine di riferimento dell'attività delittuosa[2].

1. Anche in questa nostra indagine sul «princìpio di offensività» partiamo dalla premessa che sotto il profilo sostanziale ogni reato è offesa di un bene giuridico tute-

[1] Le pagine più significative sull'opera di G. Bettiol sono state scritte da: S. Riondato, *Un diritto penale detto ragionevole. Raccontando Giuseppe Bettiol*, Cedam, Padova 2005 e Jescheck H.H., *Giuseppe Bettiol e la scienza penalistica tedesca*, in *Ind. pen.*, 1993, 5.

[2] G. Bettiol, 11 ed., Cedam, Padova 1982, 187 ss.; G. Bettiol, *L'odierno problema del bene giuridico,* in *"Scritti"*, Tomo II, 911 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

lato da una norma penale, che si realizza attraverso la sua lesione o attraverso la sua messa in pericolo[3].

Per bene giuridico, quale oggetto della tutela penale, si considera quel quid che la norma mira a tutelare da possibili aggressioni. Di conseguenza, i beni giuridici sono costituiti dalle situazioni sociali che il legislatore considera valori meritevoli di tutela penale.

Tali beni possono essere una relazione umana (parentela, affinità, matrimonio), una relazione fra persone e cose (proprietà, possesso o detenzione), una condizione particolare dell'agente o della parte lesa (pubblico ufficiale, incaricato di pubblico servizio), uno stato psichico o fisico dell'individuo (integrità fisica, capacità psichica), un valore astratto (buon costume, morale pubblica), un sentimento socialmente apprezzabile (credo, sentimento religioso), un obbligo di terzi (fedeltà del pubblico ufficiale di fronte a tentativo di corruzione), un interesse della comunità (sicurezza stradale, sicurezza sul lavoro), un valore universalmente riconosciuto (diritti dell'umanità), come ogni altra situazione concreta o astratta che nella vita sociale abbia tanto rilievo da indurre il legislatore alla sua tutela. In sostanza, quindi, l'individuazione del bene giuridico tutelato non presenta difficoltà: può essere ricavato dal contenuto della singola norma incriminatrice in cui è descritta la situazione da essa specificatamente tutelata.

Questa ha spesso anche una sua fisionomia e rilevanza costituzionale, in particolare quando il bene tutelato dalla norma penale rientri fra i diritti garantiti e i valori tutelati dalla Costituzione, come ad es.: l'inviolabilità della libertà personale, art. 13 Cost. e la tutela della salute, art. 32 Cost.

Il princìpio che sia i beni giuridici che fanno capo a una persona (beni individuali), sia quelli della Comunità quale formazione sociale (beni universali, detti anche beni comuni o beni collettivi) debbano trovare adeguato riconoscimento e tutela da parte della Repubblica, trova il suo riscontro nell'art. 2 Cost., che «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

In tal modo beni individuali e pluralistici, collocati tra i princìpi fondamentali dell'ordinamento dello Stato, esigono che il legislatore provveda alla loro tutela con leggi ordinarie. Quando si tratti di salvaguardare valori che assumono particolare rilevanza, il legislatore cercherà di tutelarli con opportune sanzioni penali. In altre parole, l'attuazione di questi fini individuali e sociali esige adeguati interventi a tu-

[3] R. Riz, *Lineamenti di diritto penale*, Sesta edizione, Cedam, Padova 2012, 78 ss.: «Sotto il profilo formale, invece, è reato ogni fatto antigiuridico e colpevole, per il quale la legge commina una pena».

File riservato ad esclusivo fine di studio

tela dei beni giuridici, per garantire che essi non possano essere offesi (lesi o messi in pericolo) impunemente.

Del resto, già molto prima dell'entrata in vigore della Costituzione (1° gennaio 1948), il legislatore ordinario, approvando il codice penale del 1930, aveva impostato la parte speciale del codice basandosi esclusivamente sul criterio dell'offesa (lesione o messa in pericolo) di beni giuridici, ed aveva creato tredici titoli del libro secondo e due titoli del libro terzo, tutti impostati su *categorie di reati* corrispondenti alle grandi famiglie dei beni giuridici. Non solo, ma anche nei titoli delle singole fattispecie di reato il legislatore ha cercato di evidenziare il bene giuridico protetto dalla norma.

In sostanza, quindi, il diritto penale è quel ramo dell'ordinamento che è posto a tutela di beni giuridici tanto rilevanti, da indurre il legislatore a comminare una pena per l'offesa, tenendo conto che la «persona offesa dal reato» dev'essere identificata nel titolare del bene giuridico immediatamente offeso dal reato. Così si distingue la «persona offesa» dalla «persona danneggiata» dal reato (Cass., Sez. I, sent. 22.06.2011, n. 24996 e Cass., sent. n. 6229/2009).

2. È opinione comune e quanto mai fondata che i *beni giuridici* debbano essere intesi come *valori* e non già come *entità materiali*. In ordine a questi valori è stata concepita la teoria della dimensione costituzionale del bene giuridico penalmente tutelato (Corte Cost., sentt. n. 333/1991 e n. 62/1986).

Anche sulla considerazione ovvia che *i beni giuridici costituzionalmente rilevanti meritino tutela* e che il modello del reato come offesa dei beni giuridici abbia rango e forza vincolanti di un princìpio costituzionale, sorgono alcuni interrogativi derivanti da un'interpretazione dottrinaria che merita una riflessione sia per eccesso che per difetto.

Per *eccesso*, si pone la domanda *se tutti* i beni giuridici costituzionalmente garantiti siano meritevoli di essere sostenuti da una norma penale o se non sia possibile provvedere alla loro tutela con sanzioni amministrative o in altro modo.

Per *difetto*, ci si chiede se sia proprio vero che tutte le scelte politico-criminali debbano essere ancorate a modelli costituzionalmente rilevanti. Pensando alla normativa (*de iure condito* o *de iure condendo*) sulla bioetica, sull'*insider trading*, ecc., verrebbe naturale sostenere l'opinione contraria, visto che sono beni non espressamente menzionati nella Costituzione.

In sostanza, l'interrogativo sulla corrispondenza fra *tutela costituzionale* e *tutela penale* dei beni giuridici va risolto nel senso che la questione della determinazione dei fatti-reato, dei fatti cioè per i quali il legislatore ritenga opportuno prevedere una pena, deve essere ispirata a criteri ed a scelte attuali di politica criminale, in cui la Costituzione non solo è un limite invalicabile, ma spesso è anche fonte di ispirazione e di indirizzo per le scelte legislative. Oltre a ciò non si può andare, altrimenti la scelta politico-criminale non sarebbe consona alle esigenze sociali del momento, ed il

File riservato ad esclusivo fine di studio

diritto penale diventerebbe una semplice appendice esplicativa dei beni tutelati dalla Costituzione del 1948.

Se, invece, si volesse sostenere, come alcuni affermano, che la norma penale – essendo l'*extrema ratio* – debba ricondurci sempre e solo ai valori tutelati dalla Costituzione o da una legge costituzionale, si dovrebbe pervenire all'*inammissibile conclusione* che il Giudice penale dovrebbe rimettere, d'ufficio o su istanza di parte, gli atti alla Corte Costituzionale e, quindi, sospendere il processo ogniqualvolta ritenga che il bene tutelato da una disposizione penale rilevante *ai fini del decidere non abbia la sua base* in una corrispondente tutela costituzionale. Nella miriade di norme penali che popolano l'ordinamento italiano, le ipotesi di dichiarazione del Giudice *a quo*, di non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità (art. 137 Cost.), sarebbero infinite.

La verità è che anche il Giudice penale – né più né meno degli altri Giudici – può ritenere non manifestamente infondate, e rimetterle quindi alla Corte Costituzionale per la decisione, solamente le questioni di legittimità costituzionale di norme penali rilevanti ai fini del decidere, che egli ritiene in contrasto con la Costituzione, con i princìpi dell'ordinamento dello Stato, con il princìpio di ragionevolezza (art. 3 Cost.), o con quello di offensività (artt. 25 e 27 Cost.), ma non può disporre il rinvio alla Corte Costituzionale solo perché ipotizza che la norma penale da applicare al caso concreto non trovi un suo esplicito riferimento a livello costituzionale.

Si aggiunga che voler escludere la possibilità di tutelare con sanzioni penali tutti quei beni giuridici che non trovano riconoscimento nella Costituzione, significa affossare ogni possibilità di riforma del diritto penale. Agganciarsi alla staticità ed in parte alla vetustà dei princìpi costituzionali fissati oltre sessant'anni fa dall'Assemblea costituente, significa limitare l'autonomia del diritto penale e, quel che è peggio, privare il legislatore, espressione della volontà popolare, del potere sovrano di far fronte con legge ordinaria alla tutela di nuovi valori che si presentano costantemente nella vita sociale del Paese.

Infine, non va dimenticato che tutta una serie di beni giuridici che la dottrina considera «diritti inviolabili», tutelati da una norma penale, non hanno trovato espresso riconoscimento nella Costituzione, nella quale manca, infatti, ogni accenno «al diritto al decoro», «al diritto al proprio onore», «al diritto alla propria riservatezza e intimità», «al diritto alla propria reputazione», «al diritto alla vita» (vi è solo un'indiretta allusione, nell'art. 27 Cost., che dichiara «non ammessa la pena di morte»).

Ciò nondimeno questi valori, comunemente considerati beni inviolabili, hanno trovato considerazione da parte del legislatore ordinario, il quale, benché fosse in vigore già la nuova Costituzione (1948), non ha fatto riferimento ai soli valori costituzionali, ma ai princìpi che stanno a fondamento dell'ordinamento giuridico ed a

File riservato ad esclusivo fine di studio

quei valori che la società ritiene, in un determinato momento storico, meritevoli di tutela penale.

Questo assunto, da noi sempre sostenuto, ha trovato ampia adesione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale ha precisato che: «*La configurazione delle fattispecie criminose e la valutazione della conseguenza fra reati e conseguenze penali appartengono alla politica legislativa e, pertanto, all'incensurabile discrezionalità del legislatore ordinario, con l'unico limite della manifesta irragionevolezza. È, infatti, sufficiente appena ricordare che le opzioni legislative, in sede di configurazione delle fattispecie criminose tipiche, devono tener conto non soltanto del bene o dei beni giuridici tutelati attraverso l'incriminazione delle fattispecie stesse, ma anche delle finalità immediate che, nel contesto storico in cui le opzioni in parola vengono operate, il legislatore persegue nonché degli effetti indiretti che i fatti incriminati vanno a produrre nell'ambiente sociale in cui si realizzano*» (C. Cost., sent. n. 62/1986).

3.1. In sostanza, i beni che il legislatore penale ritiene di dover tutelare possono essere di svariata natura: materiali o immateriali, presenti o futuri, privati o pubblici, individuali o universali, e via dicendo.

Stabilito che per bene giuridico si debba intendere quel *quid* protetto dalla norma penale, appare poco rilevante, e comunque non di sostanza, usare altre parole per definire tale concetto.

3.2. Si possono, quindi, liberamente usare vocaboli diversi come «bene», «valore» o «interesse» per individuare quella situazione giuridica che la norma intende tutelare.

Noi preferiamo usare il termine «bene giuridico», sia perché è quello più invalso nell'uso, sia perché rispecchia chiaramente la funzione della norma penale.

Il concetto di «bene giuridico», o anche solo di «bene», viene ovviamente inteso, nell'ambito penale in senso lato, sotto il profilo della tutela da parte dell'ordinamento giuridico penale: esso non può confondersi con l'analogo concetto delineato dagli economisti in ordine all'utilità e all'utilizzabilità da parte della persona, e quindi non può essere considerato come un'entità «utile per la soddisfazione di un bisogno umano».

Coloro che preferiscono, invece, usare l'espressione «interesse» sostengono che lo fanno per comodità di esprimere un rapporto giuridico, dato che l'interesse, sostanzialmente, non sarebbe altro che il riflesso soggettivo del bene ed esprimerebbe la tendenza, l'aspirazione del soggetto a conservare il bene stesso. Soprattutto in questo senso – si dice – l'uso del termine «interesse» sarebbe estremamente più preciso, poiché metterebbe in particolare rilievo la relazione esistente fra il bene giuridico

File riservato ad esclusivo fine di studio

protetto dalla norma ed il titolare del bene stesso (v. ad es.: art. 3d L. 25 giugno 1999 n. 205).

Vi è, poi, chi preferisce usare il termine «valore». Si tratta, anche in questo caso, solo di un diverso modo di esprimere lo stesso concetto, cioè quel quid che la norma penale intende tutelare. K. Binding rilevò giustamente che «*bene giuridico* è tutto ciò che ha *valore* agli occhi del legislatore», attribuendo così alle due parole la stessa portata. Se entrambe, infatti, sono usate al fine di designare quel *quid* che la norma penale intende tutelare, esse hanno lo stesso significato e possono essere usate alternativamente.

3.3. In alcuni casi il legislatore ha preferito adottare il termine «diritto». Nell'art. 50 c.p., infatti, si precisa che non è punibile chi leda o ponga in pericolo un «diritto» col consenso della persona che può validamente disporne. È chiaro che, con la parola *diritto*, si intende l'oggetto della tutela penale, alla cui protezione giuridica il consenziente può rinunciare, tanto è vero che nei lavori preparatori al codice penale i termini *diritto* e *bene* sono stati usati con la stessa portata concettuale (Relazione Appiani, 113: «persona che del bene ha diritto di disporre»; Verbale della Commissione Ministeriale n. 28, Massari: «il criterio da seguire che è quello della disponibilità del bene giuridico»; Relazione del Guardasigilli al Parlamento, I, 93: «disponibilità del diritto» e Verbale della Commissione Parlamentare, 81, Aloisi: «... quali diritti ...»).

In tal senso, il termine «diritto» non è improprio, ma è preferibile evitarne l'uso, poiché può dare luogo a confusione con il concetto di «diritto soggettivo», nel qual caso la differenza – come abbiamo detto prima – diventerebbe sostanziale, poiché l'oggetto non sarebbe più tutelato dalla norma penale, bensì da un altro ramo dell'ordinamento.

La norma penale non crea diritti soggettivi. È ben vero che, in molte fattispecie, essa accorda tutela a situazioni sociali che, da altre norme dell'ordinamento, sono tutelate quali diritti soggettivi privati, ma è altrettanto vero che spesso la norma tutela situazioni sociali che non rivestono tali caratteristiche. Non solo, ma, nei casi di tutela penale di un diritto soggettivo, l'identica qualificazione terminologica può assumere significati del tutto diversi, per cui i concetti penalistici di famiglia, patrimonio, proprietà, possesso, sponsali, ecc., acquistano in sede penale spesso una portata ed un significato diversi da quello che hanno in campo civile.

Il termine «diritto» incontra difficoltà anche per altre ragioni. Come è noto, il *diritto soggettivo* conferisce al titolare la facoltà di esigere da altre persone una condotta o una produzione di effetti giuridici. Ma di questa *facultas exigendi* si riescono a riscontrare gli estremi solo in alcune fattispecie penali, non in tutte.

In campo penale, quindi, vanno tenuti distinti i concetti di *bene giuridico* e *diritto soggettivo*, essendo ovvio che i diritti soggettivi non esauriscono da soli l'ambito dei beni tutelati dal diritto penale. Così, ad esempio, non violano «diritti soggettivi», ma altri valori, le norme che puniscono l'incesto o che disciplinano l'eccesso di velocità

File riservato ad esclusivo fine di studio

nella circolazione stradale, fermo restando che le norme penali poste a tutela della vita, del patrimonio, dell'onore, ecc., violano palesemente beni giuridici che nel contempo sono anche diritti soggettivi.

Dato che nel più sta il meno e non viceversa, è un errore considerare meritevoli di tutela i soli diritti soggettivi, errore in cui è incorsa una corrente dottrinaria del secolo scorso, basandosi sull'insegnamento di A. Feuerbach.

3.4. Secondo l'insegnamento della Scuola fiorentina ai «beni giuridici» veri e propri, si contrappongono le cosiddette «funzioni», assegnate dall'ordinamento a certi organi dell'economia e del mondo bancario (F. Mantovani e F. Palazzo) che acquistano rilievo soprattutto nel campo dei reati contravvenzionali (T. Padovani).

Certo, in molti casi, la legge prevede che una «funzione» è meritevole di particolare attenzione da parte del legislatore, sia sotto il profilo degli obblighi che incombono al titolare della funzione, sia sotto il profilo che l'offesa (lesione o messa in pericolo) costituisce reato. Non per questo, però, la funzione merita di essere considerata un concetto alternativo al «bene giuridico», se non addirittura un concetto diverso dallo stesso.

Noi pensiamo che sia opportuno lasciare la funzione nell'ambito della grande famiglia del «bene giuridico» tutelato, anche perché troppe sottospecificazioni e distinzioni del concetto unitario di «bene giuridico» rendono meno facile la relativa indagine.

4.1. Abbiamo detto sopra che secondo G. Bettiol (tesi che noi condividiamo) non si possono concepire norme penali che non siano poste a tutela di beni giuridici, pur ammettendo che, al limite, alcuni beni giuridici si individuano solo attraverso un'attenta interpretazione del precetto normativo.

In sostanza, vi sono tre possibilità di individuare il *bene giuridico*:

– può essere direttamente indicato dalla disposizione di legge;
– può essere indirettamente descritto dalla disposizione stessa;
– può essere ragionevolmente ricavato dalla norma.

4.2. In moltissime disposizioni di legge, il bene protetto è indicato direttamente dalla norma: «l'indipendenza dello Stato» (art. 241 c.p.), «l'unità dello Stato» (art. 241 c.p.), «la produzione nazionale» (art. 499 c.p.), «il pudore» (art. 529 c.p.), «l'onore o il decoro di una persona» (art. 594 c.p.), «la reputazione della persona» (art. 595 c.p.), ecc.

In altre disposizioni il bene protetto è solo indirettamente descritto dalla norma. Cagionare la morte di un uomo significa ledere il bene della «vita» (art. 575 c.p.); costringere qualcuno a subire atti sessuali significa ledere la sua «libertà personale» (art.

File riservato ad esclusivo fine di studio

609*bis* c.p.), introdursi con inganno in un luogo di privata dimora significa ledere l'altrui «libertà di domicilio» (art. 614 c.p.) e via dicendo.

Vi sono, però, anche delle disposizioni di legge in cui, pur non essendo direttamente indicato o indirettamente descritto, il bene protetto è ragionevolmente ricavabile dalla disposizione di legge attraverso l'interpretazione della norma. Superare i limiti di velocità prescritti dalla legge significa ledere il bene universale della «sicurezza stradale» (artt. 102 e 103 codice stradale), porre in vendita prodotti con marchi falsi lede la «pubblica fede» (art. 474 c.p.); l'associazione di tre o più persone allo scopo di commettere più delitti mette in pericolo il bene «dell'ordine pubblico» (art. 416 c.p.), ecc.

4.3. Non è raro il caso che una disposizione di legge tuteli contemporaneamente due o più beni giuridici. Ad esempio il reato di calunnia (art. 368 c.p.) prevede che «chiunque, con denuncia, querela, richiesta o istanza, anche se anonima o sotto falso nome, diretta all'Autorità giudiziaria o ad un'altra Autorità che a quella abbia obbligo di riferirne, incolpa di un reato taluno che egli sa innocente, ovvero simula a carico di lui le tracce di un reato, è punito con la reclusione da due a sei anni». Questa disposizione di legge presenta un duplice oggetto di tutela: il retto funzionamento dell'amministrazione della giustizia e la libertà e l'onore della persona innocente.

4.4. Non esistono, invece, e questo è il punto centrale del nostro discorso, norme penali senza bene tutelato, norme cioè per le quali non sia possibile individuare alcun bene (o valore che dir si voglia) che il legislatore abbia inteso tutelare. Nessuna norma penale può prevedere ragionevolmente una pena senza che vi sia un'esigenza di tutela di una situazione socialmente rilevante, cioè senza fare riferimento ad un bene che si ritenga meritevole di tutela giuridica contro un'eventuale lesione o messa in pericolo. Una norma del genere sarebbe incostituzionale per lesione dei princìpi di razionalità e ragionevolezza (art. 3 Cost.), nonché per violazione della *finalità* della pena punitiva stabilita dagli artt. 25 e 27 Cost.

4.5. Stabilire quali sono i beni meritevoli di tutela penale e determinare qualità e quantità della pena, rientra nella più ampia discrezionalità del legislatore, purché osservi i limiti della *ragionevolezza* e della *razionalità* (Corte Cost., sentt. n. 217/1996 e n. 313/1995; ord. n. 282/2001, n. 260/2001, n. 33/2001 e n. 190/1997).

Il *parametro* per il giudizio da parte della Corte Costituzionale della razionalità e ragionevolezza della norma penale e per il controllo di proporzionalità delle pene previste per i singoli reati ha quale punto di riferimento il *bene tutelato*. Esso è, peraltro, non solo l'unico parametro, ma anche l'unico argine per garantire un ragionevole ed equo controllo di costituzionalità ed anche questa è una delle ragioni che ci convince che per tutelare i diritti fondamentali della persona umana dobbiamo tener fermo il princìpio della "offensività".

4.6. Per riassumere: ogni reato richiede necessariamente l'offesa (lesione o messa in pericolo reale o virtuale) di *un bene socialmente rilevante*, diversamente si verrebbe

File riservato ad esclusivo fine di studio

a punire la mera disubbidienza al precetto, in contrasto con i princìpi di *ragionevolezza* (Corte Cost., sentt. n. 16/1998, n. 165/1997, n. 160/1997, n. 519/1995, n. 62/1986 e n. 26/1979), di *razionalità* (Corte Cost., sentt. n. 231/1993, n. 211/1993, n. 127/1989 e n. 304/1988) e di offensività (Corte Cost., sent. n. 249/2010, n. 295/1991 e n. 62/1986), visto che solo la colpevole offesa di un bene socialmente rilevante legittima la sanzione penale ed è il parametro per il relativo controllo di costituzionalità.

5.1. Passiamo, quindi, in rassegna le ragioni che inducono, invece, alcuni Autori a sostenere l'esistenza di reati senza offesa.

Vi è chi afferma che soprattutto i ***reati senza evento naturalistico***, finirebbero per punire la sola disubbidienza alla norma penale.

Tale assunto non può essere condiviso. Come abbiamo scritto in altra sede (R. Riz, *Lineamenti di diritto penale*, Sesta edizione, Cedam, 2012), anche nei reati senza evento naturalistico la condotta del reo viene punita se essa integra il fatto lesivo tipico, previsto dalla legge. Pur mancando l'evento naturalistico siamo di fronte ad una condotta finalizzata verso un risultato che rientra nella fattispecie significativa e che costituisce l'evento giuridico. Si pensi alle norme sulla circolazione stradale, sulla tutela dell'ambiente, sulla sicurezza nell'ambiente di lavoro. Anche quando non provocano un evento naturalistico esse non sono disposizioni prive del requisito di offensività, ma implicano, come già la parola ci suggerisce e come il loro contenuto dispositivo evidenzia, violazioni del bene relativo alla sicurezza sulla strada, alla salvaguardia dell'ambiente, alla incolumità delle persone sul posto di lavoro.

In tutti questi casi è, quindi, facile individuare il bene che la legge intende tutelare e che viene leso dal reo. Non condividiamo, quindi, quell'impostazione teorica la quale ritiene che in questi casi si debba parlare di mera disubbidienza alla norma penale e non già di offesa (lesione o messa in pericolo) della fattispecie significativa che tende a tutelare un determinato bene giuridico della persona o della collettività. In sostanza l'offensività dev'essere sempre richiesta perché essa, come giustamente osservato, è il presupposto e la quintessenza «di tutto il paradigma penale post-illuministico» (F. Bricola, M. Donini).

5.2. Secondo noi anche i ***delitti di attentato***, così come ogni altro delitto, sono soggetti ai princìpi costituzionali di «offensività», «ragionevolezza» e «razionalità». Per questa categoria di reati una qualificata dottrina ritiene trattarsi di delitti di mera disubbidienza (G. Zuccalà), ma la dottrina dominante (G. Bettiol, G. De Francesco, E. Dolcini, E. Gallo, M. Gallo, F. Mantovani, G. Marinucci, T. Padovani, S. Riondato) sostiene giustamente che si tratta di reati a consumazione anticipata con una struttura molto simile a quella del tentativo (R. Bettiol: «ma autonomo dal tentativo») in cui devono ricorrere sia *l'univocità e l'idoneità degli atti*, sia *un princìpio di esecuzione* (Cass., Sez. Un., 14 marzo 1970, in *Giust. pen.*, 1971, II, 378 ss.; Cass.,

File riservato ad esclusivo fine di studio

27 novembre 1968, in *Arch. pen.*, 1970, II, 11 ss.). Ma a differenza del tentativo nei «delitti di attentato» la condotta deve aver prodotto un'effettiva situazione di pericolo per il bene tutelato (E. Gallo, R. Bettiol), cioè deve aver prodotto l'offesa del bene giuridico. In altre parole il bene tutelato deve aver corso un concreto ed effettivo pericolo (E. Dolcini, E. Gallo, G. Marconi, G. Marinucci, R. Pannain), per cui anche questi reati sono soggetti al princìpio di offensività. Del resto anche il Legislatore si è premurato a sottolineare, con l'art. 2 co1 L. 24. Febbraio 2006 n. 85, che la condotta deve essere non solo diretta, ma "idonea" ad offendere il bene giuridico tutelato.

Ed è bene che sia così per evitare che si ritorni a un diritto penale politicizzato, dittatoriale e totalitario che nel secolo scorso ha portato a tanti lutti nell'Europa occidentale, centrale ed orientale.

5.3. Lo stesso vale per i ***reati a dolo specifico*** contraddistinti dalle parole «al fine di» (art. 624 c.p.), «allo scopo di» (art. 630 c.p.), «per» (art. 247 c.p.), ecc., cioè da una formula che sta ad indicare la coscienza e la volontà di provocare un ulteriore risultato che deve sussistere (quale specifica finalità del colpevole), ma *non* deve *necessariamente* realizzarsi per la consumazione del reato. Visto che in questi reati non basta quel particolare atteggiamento della volontà, ma ci vuole anche l'oggettiva idoneità dell'azione ad offendere il bene giuridico principalmente tutelato dalla norma, bisogna concludere che anche i reati a dolo specifico sono caratterizzati da offensività (F. Bricola, A. Moro, G. Marinucci, T. Padovani, R. Riz, S. Seminara).

5.4. Con ciò non vogliamo negare che nell'ordinamento possa sussistere qualche norma che punisca un caso di mera disubbidienza, cioè qualche isolata disposizione priva di offensività, alla quale ci auguriamo che la Corte Costituzionale, seguendo la strada già iniziata, voglia negare legittimità costituzionale. Infatti, la previsione di una pena per la mera disubbidienza al precetto – in assenza di lesione o messa in pericolo del bene giuridico – contrasta con i princìpi fondamentali dell'ordinamento e con il princìpio di offensività (Corte Cost., sentt. n. 249/2010, n. 285/1991 e n. 62/1986: «ciò che non raggiunge la soglia dell'offensività dei beni in discussione è fuori dal penalmente rilevante»). In altre parole, il presupposto per l'intervento legislativo in ambito penale deve essere il seguente: nel caso di totale assenza di un bene (valore o interesse) da tutelare, non è legittimata l'attività *punitiva* dello Stato. Se nessun bene, socialmente rilevante, né collettivo né privato, è stato offeso, non esistono ragioni che consentano al Giudice di comminare una pena.

5.5. Rimane aperta l'annosa disputa se la vera ragione determinante della previsione e della sanzione penale è la «lesione», ovvero «la messa in pericolo» del *bene giuridico tutelato* dalla norma, cioè il danno sociale (disvalore dell'evento giuridico

File riservato ad esclusivo fine di studio

provocato), oppure l'azione cosciente che lede o mette in pericolo lo stesso *bene giuridico tutelato* (disvalore dell'azione cosciente).

Detta contrapposizione, che ha dato luogo a dispute accese, non ci sembra meritevole di essere portata ad estreme conseguenze.

A ben vedere, infatti, le due teorie non vanno contrapposte, ma valutate unitariamente: il legislatore nella doverosa ricerca dei beni giuridici che meritano tutela penale e di un *equilibrio* fra le pene, che nel sistema punitivo è uno dei presupposti di costituzionalità (art. 3 Cost.), non può fare a meno di prenderle entrambe nella dovuta considerazione, visto che, in entrambe le ipotesi, resta quale comune fondamento il bene giuridico da tutelare penalmente.

6. Come abbiamo detto sopra, il legislatore è libero di penalizzare anche offese di beni che non abbiano rilevanza costituzionale, purché si tratti di valori meritevoli di tutela.

Ma quando egli si appresta a penalizzare un fatto che ritenga socialmente rilevante, comminando una sanzione penale per l'offesa (lesione o messa in pericolo) del bene tutelato, allora egli è tenuto a non superare i limiti previsti dalla Costituzione, dai princìpi dell'ordinamento, dalle norme comunitarie, dagli obblighi internazionali e specialmente dalla morale e dal diritto naturale che devono restare fonti sostanziali di ogni attività legisativa, come giustamente osservato da G. Bettiol (11 ed., Cedam, 1982, 109 ss.). Ciò significa che anche qualora, durante la vigenza di una norma penale, dovesse subentrare una norma di grado superiore (ad esempio una norma di rango costituzionale), ovvero dovesse cessare un regime autoritario (si pensi al 1945), il legislatore ordinario dovrà adeguare le sue disposizioni penali alla morale ed al diritto naturale.

In tal senso la Corte Costituzionale, rilevando il contrasto o con il diritto di libertà, con il princìpio di uguaglianza, con la finalità rieducativa della pena, con un princìpio di offensività moralmente giustificato, ovvero con altri precetti costituzionalmente rilevanti (artt. 3, 25 e 27 Cost.), ha dichiarato incostituzionale tutta una serie di norme che, al tempo d'entrata in vigore, erano poste a tutela di beni ritenuti di alto «valore politico e sociale». Pensiamo, a questo proposito, alle dichiarazioni di incostituzionalità dei reati di *associazioni internazionali* (art. 271 c.p.; Corte Cost., sent. n. 243/2001), di *distruzione del sentimento nazionale* (art. 272 c.p.; Corte Cost., sent. n. 87/1966), di *illecita partecipazione ad associazioni aventi carattere internazionale* (artt. 273 e 274 c.p.; Corte Cost., sent. n. 193/1985), di *serrata* e *sciopero per fini contrattuali* (art. 502 c.p.; Corte Cost., sent. n. 29/1960), di *adulterio* e di *concubinato* (artt. da 559 a 563 c.p.; Corte Cost., sentt. n. 147/1969 e n. 126/1968), di *plagio* (art. 603 c.p.; Corte Cost., sent. n. 96/1981), di *mendicità*

File riservato ad esclusivo fine di studio

(art. 670 c.p., abrogato dall'art. 18 L. 25 giugno 1999, n. 205; v. anche Corte Cost., sent. n. 519/1995) e via dicendo.

7.1. È da sempre e non da oggi che esistono casi che non raggiungono la soglia della punibilità.

Nel secolo scorso questi fatti penalmente irrilevanti e non punibili, ancorché corrispondenti al tipo, furono sotto vari aspetti considerati non punibili.

Cerchiamo di riassumere brevemente le teorie che hanno indotto la dottrina a sostenere la non punibilità di tali fatti.

7.2. Largo seguito ha avuto la teoria dell'***azione socialmente adeguata***, detta anche dell'adeguatezza sociale, che parte dalla premessa che certe azioni non sarebbero punibili perché non conformi al tipo. Punibili sarebbero soltanto le condotte socialmente antidoverose ed *inadeguate che ledono un bene giuridico meritevole di tutela*.

In sostanza, si sostiene che siamo di fronte ad una mancanza di tipicità, perché in questi casi non ricorre un bene giuridico che ha valore esistenziale, cioè un bene giuridico che assolve una sua funzione nell'assetto sociale e come tale è tutelato dall'ordinamento penale. Appare, quindi, evidente – secondo questa teoria – che fatti del genere non si possono considerare punibili[4].

L'impostazione teorica della non conformità al tipo ha avuto un certo successo ed è stata sostenuta da vari Autori (C. Fiore, G. Gregori, H.H. Jescheck, A. Kaufmann, F. Schaffstein, H. Welzel), che hanno ritenuto determinante, in questi casi, la mancanza della tipicità.

A suo tempo avevamo già scritto (R. Riz, *Consenso*, p. 63) che «in realtà, è l'ordinamento giuridico, il quale attraverso le sue norme esplicitamente o implicitamente decide se una condotta è, e in quali limiti, adeguata, per cui il richiamo all'adeguatezza sociale della condotta è erroneo qualora, pretendendo di superare le norme dell'ordinamento (artt. 1 e 49 n. 2 c.p.), intenda rinviare l'interprete ad incerti, vaghi ed indefinibili criteri extragiuridici, in netto contrasto con i princìpi di legalità e tassatività fissati dall'art. 25 comma 2 Cost. Qualora la teoria non si proponga un superamento dell'ordinamento giuridico, ma soltanto un riferimento alle ragioni sostanziali, dalle quali nasce e si pone il diritto, essa non può trovare accoglimento, poiché non precisa il modo attraverso il quale l'interprete può cogliere le ragioni stesse». Vogliamo aggiungere che anche oggi siamo rimasti dello stesso parere.

Dal 1965 in poi, H. Welzel ha cambiato opinione, affermando che l'adeguatezza sociale sarebbe una forma di libertà d'azione costituita da una condotta social-normale. Così essa si differenzierebbe dalle cause di giustificazione, che invece darebbero

[4] H. Welzel, *Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, Berlino 1940 e 1943: «Die soziale Wirklichkeit des Rechts ist aber ganz anders: in Wirklichkeit gibt es Rechtsgüter nur, wenn und soweit sie in Funktion sind, d.h. soweit sie im sozialen Leben wirkend und Wirkungen empfangend darin stehen».

File riservato ad esclusivo fine di studio

una libertà d'azione di particolare specie, e precisamente uno speciale permesso di porre in essere condotte conformi al tipo, ossia condotte socialmente inadeguate. Contro questa teoria ribadiamo la nostra obiezione di fondo, già sviluppata sopra, nel senso che si trascendono i limiti di certezza e di tassatività della legge penale, imponendoci, caso per caso, un accertamento se la condotta sia social-normale o no.

7.3. Particolare seguito ha avuto anche la teoria del ***limite tacito della norma penale***, secondo la quale determinati fatti non sarebbero punibili, trattandosi di casi marginali in cui la condotta tipica (azione od omissione) non oltrepassa i limiti della liceità e non entra nella sfera delle condotte che l'ordinamento considera antidoverose e quindi punibili. Benché lesive di un bene giuridico tutelato, a queste condotte mancherebbe la caratteristica della tipicità. Si tratterebbe in sostanza di fatti coperti dai «*limiti taciti*» della norma (P. Nuvolone), e quindi di fattispecie concrete che restano fuori dalla *tipicità formale*, di cui all'art. 1 c.p.

Questa teoria ha avuto successo non già nel campo dell'interpretazione della norma penale, ma in ambito legislativo, inducendo il legislatore a dichiarare non punibili questi fatti se commessi da persone minori (Riz R., *Lineamenti di diritto penale*, Sesta edizione, Cedam, 2012, § 28.2.3.), ovvero quando questi fatti rientrano nella competenza del Giudice di pace (R. Riz, *Ibidem*, § 28.2.2.).

7.4. Simile alla precedente è la teoria della ***tipicità solo apparente*** che sostiene la mancanza di offensività di determinate azioni, precisando che esistono casi «in cui all'esteriore conformità del fatto alla fattispecie legale non si accompagna un'effettiva lesione del bene protetto» e quindi di casi in cui «*la tipicità è soltanto apparente*, perché non può seriamente essere considerato conforme alla fattispecie un fatto così manifestamente privo dell'idoneità a pregiudicare gli interessi rispettivamente tutelati dalle norme che incriminano» il relativo reato (G. Fiandaca-E. Musco). In sostanza si sostiene che, se un fatto non raggiunge i limiti della tipicità, esso non rientra nell'ambito penale. È un modo come un altro per dire che senza lesione del bene giuridico non vi è reato.

7.5. Altra teoria ancora era quella della «***concezione realistica del reato***» che si ispira ai princìpi del reato impossibile, facendo leva sul comma 2 dell'art. 49 c.p.. Si sostiene che la punibilità è esclusa quando, pur essendo la condotta conforme al tipo, essa non è in concreto lesiva del bene tutelato dalla norma penale, per cui è impossibile che si verifichi l'evento dannoso o pericoloso (G. Neppi Modona, V. Serianni).

Questa teoria non è stata seguita dalla Corte Costituzionale, ma è stata accennata nella sentenza n. 62/1986, in cui si precisa che «*spetta al Giudice, dopo aver ricavato dal sistema tutto e dalla norma particolare interpretata, il bene o i beni tutelati attraverso l'incriminazione d'una determinata fattispecie tipica, determinare, in concreto, ciò che, non raggiungendo la soglia dell'offensività dei beni in discussione, è fuori del penalmente rilevante. Non è certo consentito a questa Corte prendere posizione sul significato, nel sistema, del reato impossibile; se cioè esso, nella forma della inidoneità dell'azione, costitui-*

File riservato ad esclusivo fine di studio

sca il rovescio degli atti idonei di cui all'art. 56 c.p. oppure sia espressione di un princìpio generale integratore del princìpio di tipicità formale di cui all'art. 1 c.p. (oppure ancora esprima il così detto tentativo impossibile); ma, anche a voler tacere sulle discussioni in tema di così detta concezione realistica del reato, certo è che l'art. 49 comma 2 c.p. non può non giovare all'interprete al fine di determinare, in concreto, la soglia del penalmente rilevante».

7.6. Molto discusso è stato anche l'ambito dei ***fatti bagattellari*** (*Bagatelldelikte*).

È innegabile che, nella prassi, esistano innumerevoli fatti che, pur mostrando in apparenza rudimentali caratteristiche di un fatto tipico e di una offesa del bene giuridico, non sono considerati fatti punibili.

Per citare alcuni esempi, ricordiamo gli scherzi ed i botti di Capodanno (ai limiti del reato di disturbo del riposo delle persone), determinate libertà durante le feste di carnevale (ai limiti del reato di molestia sessuale o disturbo alle persone), il fatto di portare uniformi e decorazioni, senza averne diritto, sul palcoscenico o in istrada durante certe festività (ai limiti del reato di usurpazione di titoli o di onori), il prelevamento dalla fontana di Trevi delle monete lanciate dai turisti (ai limiti del reato di furto), gli slogan pubblicitari esagerati e mendaci a cui nessuno presta fede nella vita sociale (ai limiti del reato di truffa), lo spruzzo della bottiglia di spumante, stappata sul palco della premiazione dal vincitore di una corsa automobilistica, che macchia l'abito della spettatrice verso la quale era volutamente diretto (ai limiti del reato di danneggiamento) e via dicendo.

Qui s'impone la domanda circa i motivi reali per cui questi fatti non vengono considerati reato e circa la vera ragione dogmatica per cui tali fatti sono considerati non punibili. La questione della non punibilità di un fatto bagattellare ha rilevanza, incidendo sul princìpio di legalità, di tipicità e di certezza del diritto, che si può risolvere solo caso per caso, valutando se il singolo fatto era effettivamente lesivo e caratterizzato da offensività.

L'interprete deve constatare che queste condotte sono spesso per nulla bagattellari, ma caratterizzate da offensività e tipicità.

Prendendo ad esempio gli stessi casi sopra citati il Giudice deciderà che non si tratta di bagattelle, ma di reati, qualora gli scherzi ed i botti di Capodanno avvengano alle ore quattro del mattino e con modalità tali da disturbare volutamente le occupazioni od il riposo delle persone (art. 659 c.p.), quando determinate libertà durante le feste di carnevale superino i limiti implicitamente consentiti e costituiscano molestia sessuale alle persone (art. 660 c.p.), quando portare uniformi o abiti ecclesiastici in pubblico, senza averne diritto, costituisca usurpazione di titoli o di onori (art. 498 c.p.: il fatto non costituisce più reato, ma illecito amministrativo: D.Lgs. 30 dicembre 1999 n. 507), quando l'asportazione dalla fontana di Trevi delle monete lanciate dai turisti, poco prima che fossero raccolte dal Comune di Roma per fini benefici, costituisca reato di furto (art. 624 c.p.), quando il falso grossolano, riconoscibile *ictu oculi*

File riservato ad esclusivo fine di studio

da una persona normale (Cass., Sez. V, CED 223874/2004 e CED 223874/2003), possa, al limite, costituire reato se, per le condizioni di luogo e di tempo, il falso stesso poteva anche non essere riconosciuto dalla vittima (art. 485 c.p.), e via dicendo.

Concludendo possiamo dire che solamente in alcuni casi il limite tra fatto-bagattellare e fatto-reato può essere tracciato, ricorrendo agli estremi del reato impossibile (art. 49 c.p.). Nella maggior parte dei casi, invece (si pensi ad esempio al giudizio sull'intensità delle molestie, degli schiamazzi, ecc.), l'atto non è del tutto inidoneo e non si può sostenere che l'offesa del bene sia totalmente assente.

Quindi, spetta al Giudice compiere la necessaria valutazione sulla sussistenza degli estremi di tipicità e di offensività per giungere, infine, al giudizio sulla liceità o illiceità del fatto. Decisione questa che, se giustamente motivata, non darà luogo a censure (art. 606 lett. e c.p.p.), a patto che il Giudice tenga conto che «il problema va risolto mediante il ricorso al princìpio di offensività» (Corte Cost., sent. n. 62/1986) e che la sua decisione sia correttamente motivata, basandosi sull'accertamento della non offensività e sulla non tipicità del fatto specifico.

7.7. Vi sono poi dei fatti che materialmente provocano una lesione, ma la cui punibilità è espressamente esclusa, o comunque non prevista, dalla legge (nella recente legislazione si vedano le norme sul processo minorile, D.P.R. 22 settembre 1988 n. 448).

La disposizione legislativa che regola il processo minorile (art. 27 D.P.R. 22 settembre 1988 n. 448) prevede che nei confronti di minori può essere pronunciata sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto:

«*1. Durante le indagini preliminari, se risulta la tenuità del fatto e l'occasionalità del comportamento, il Pubblico Ministero chiede al Giudice sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minorenne*».

«*2. Sulla richiesta il Giudice provvede in camera di consiglio sentiti il minorenne e l'esercente la potestà dei genitori, nonché la persona offesa dal reato. Quando non accoglie la richiesta il Giudice dispone con ordinanza la restituzione degli atti al Pubblico Ministero*».

«*4. Nell'udienza preliminare, nel giudizio direttissimo e nel giudizio immediato, il Giudice pronuncia di ufficio sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, se ricorrono le condizioni previste dal comma 1*».

Questa particolarità del processo minorile è legittimata dal fatto che ci troviamo di fronte a persone non adulte, e quindi diverse, che non hanno ancora la piena

File riservato ad esclusivo fine di studio

capacità di distinguere il bene dal male e che non hanno la chiara possibilità di determinarsi nella scelta delle loro azioni.

Bene ha fatto, quindi, il legislatore a prevedere, nei loro confronti, la non punibilità, nonostante l'avvenuta lesione del bene giuridico tutelato.

7.8. Non altrettanto si può dire del procedimento davanti al Giudice di pace (D.Lgs. 28 agosto 2000 n. 274 e D.L. n. 91/2001, entrato in vigore il 2 gennaio 2002) che riguarda un rito speciale al quale sono soggetti gli adulti e che, quindi, non ha la giustificazione della diversità della persona soggetta a tale rito. Certo il processo davanti al Giudice di pace ha il merito d'introdurre dei fattori aventi carattere chiaramente conciliativi (N. Pisani) e di staccarsi dal solito schema di rigidità del processo penale. Ma esso pone anche molti problemi di ordine costituzionale e di conformità ai princìpi dell'ordinamento.

In questa sede la nostra attenzione riguarda in particolare l'art. 34 del D.Lgs. n. 274/2000, che prevede un'ipotesi di «esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto» (così la rubrica); precisando che «il fatto è di particolare tenuità quando, rispetto all'interesse tutelato, l'eseguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato».

La norma stessa distingue due ipotesi:

– la prima, durante la fase delle indagini preliminari, in cui il Giudice può dichiarare con decreto d'archiviazione «non doversi procedere per la particolare tenuità del fatto» e ciò solo se non risulta un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento;

– la seconda, dopo l'esercizio dell'azione penale, la particolare tenuità può essere dichiarata con sentenza; ma essa presuppone, oltre alla particolare tenuità del fatto, che l'imputato e la persona offesa non si oppongano.

Si legge nella Relazione al decreto legislativo che non è la fattispecie «astratta» di reato a risultare bagattellare, ma la fattispecie «concreta».

Sull'art. 34 del D.Lgs. n. 274/2000 sono già sorte diverse impostazioni teoriche, di cui ricordiamo le più importanti.

C'è chi sostiene che il Giudice di pace si troverebbe di fronte ad un fatto tipico, antigiuridico colpevole, ma di ridotta offensività ed importanza.

Altri danno peso alla improcedibilità, ma questa teoria contrasta con il dettato della legge, la quale richiede l'accertamento del danno, del pericolo, del grado di colpevolezza e quindi un'indagine che si colloca nell'ambito della struttura e degli elementi costitutivi del fatto reato.

Altri ancora parlano di rinuncia alla pretesa punitiva, che a sua volta fa sorgere dubbi di legittimità, non potendosi lasciar «determinare al Giudice direttamente cri-

File riservato ad esclusivo fine di studio

terio di giudizio e decisione d'illiceità» (S. Moccia), criteri che nel nostro caso sono per giunta affidati ad un Giudice non professionale.

Vi è poi chi sostiene che siamo di fronte ad una causa di non punibilità, argomento non valido poiché, se il Pubblico Ministero prospetta una diversa valutazione del fatto a seguito della riapertura delle indagini, la persona si trova nuovamente coinvolta in un giudizio penale a sensi dell'art. 345 c.p.p.

8. Nel marasma di queste innumerevoli teorie che cercavano di trovare una formula per chiarire quale fosse la soglia della non punibilità, si colloca il pensiero di Giuseppe Bettiol che sin dalla data in cui era membro dell'Assemblea Costituente[5], ritenne che il solo metro certo per stabilire la soglia della punibilità è l'osservanza del *princìpio di offensività* basata sul bene giuridico tutelato dalla norma penale.

Sin dalla sua prima lezione egli continua a ripetere che il punto di partenza per l'esame dell'offesa del bene giuridico e della tipicità del fatto è la constatazione, peraltro già fatta sopra, che l'offesa del bene giuridico e la tipicità sono fattori indispensabili ed essenziali per l'esistenza di un reato. Da un lato non esiste reato se non sussiste un bene penalmente protetto che è stato offeso dal reo, dall'altro non esiste reato se l'offesa colpevole ed antigiuridica del bene protetto non è caratterizzata da offensività e da tipicità.

L'offesa (lesione o messa in pericolo) del bene e la tipicità sono, quindi, due concetti collegati ed inseparabili fra loro, per cui si può parlare di tipicità della condotta solo quando l'agente abbia violato la fattispecie significativa, e di offesa del bene solo quando sia stato leso o messo in pericolo il bene giuridico protetto dalla norma penale. In sostanza ci riferiamo allo stesso fatto visto sotto angolazioni diverse.

Collegamento fra tipicità ed offesa del bene non significa ovviamente unitarietà o identità dei due aspetti che vanno necessariamente tenuti distinti. Significa solo che il venir meno di uno di questi due fattori fa venir meno automaticamente il reato. È difficile, infatti, concepire un fatto tipico che non sia caratterizzato da offensività, e non si può certo parlare di offesa di un bene giuridico penalmente rilevante se il fatto non è caratterizzato da tipicità.

Purtroppo, Giuseppe Bettiol, estremo difensore del bene giuridico tutelato dalla norma penale, non ha potuto vedere che la maggior parte della dottrina e soprattutto la Corte Costituzionale (sent. n. 249/2010, n. 295/1991 e n. 62/1986) gli hanno dato ragione, riconoscendo che l'unico metro per garantire al cittadino una giusta

[5] Nel 1947 gli On.li G. Bettiol e G. Leone con gli emendamenti n. 896 e n. 898 determinarono l'Assemblea costituente a ribadire *expressis verbis*, nell'art. 25 della Costituzione il princìpio di «riserva di legge» in materia penale.

File riservato ad esclusivo fine di studio

tutela penale è di «includere la nozione di bene giuridico in quella di reato»[6] e che questo bene dev'essere stato effettivamente offeso.

9.1. Prescindendo dalle varie teorie sulla liceità dei fatti inoffensivi, è certo che il limite fra reato e fatto lecito può essere in concreto accertato solamente dal Giudice, il quale valuta e determina (come del resto ha precisato anche la Corte Costituzionale nella sentenza n. 62/1986 e nell'ordinanza n. 57/2012) se il fatto commesso dall'imputato abbia superato la «soglia del penalmente rilevante», prendendo come parametro per il suo accertamento il *bene giuridico* tutelato dalla norma penale, e giudicando se esso sia stato realmente leso.

Questa *non dev'essere una scelta discrezionale* del Giudice. L'unico parametro certo che consenta di distinguere fra lecito ed illecito («teoria dei limiti dell'offensività») dovrà essere l'accertamento, chiaramente motivato della *mancanza di una sostanziale offesa del bene giuridico* tutelato dalla norma con particolare riguardo alla fattispecie contestata. Qunado nel caso concreto c'è un'offesa, ancorché minima, il Giudice dovrà attentamente valutare se essa supera, o no, la soglia dell'offensività.

Decidere se la condotta abbia superato i limiti del consentito, significa, quindi, esprimere il giudizio se il fatto concreto costituisca o no una sostanziale lesione o messa in pericolo del bene al quale il legislatore ha inteso accordare la sua tutela.

9.2. A questo punto si pone il quesito: visto e considerato che il Giudice è vincolato alla legge, qual è il *limite minimo* al quale egli deve attenersi nel giudicare se si tratti di reato o di un fatto lecito non offensivo?

La risposta è chiara: solo confrontando l'evento con la fattispecie contestata, il Giudice potrà accertare che manca addirittura quel minimo denominatore comune a tutti i reati che è la lesione del bene giuridico tutelato.

In tal caso egli dichiarerà che il fatto non sussiste (art. 530 c.p.p.).

La realtà è che i fatti inoffensivi non sono la regola, ma un'eccezione (e sulle eccezioni non bisognerebbe costruire delle teorie), ma ogni tanto si presentano nella prassi giudiziaria, e solo il Giudice può risolvere il caso, accertando che l'evento non costituisce offesa del bene giuridico tutelato dalla norma penale. La constatazione che i fatti non hanno rilevanza penale, esige un'indagine attenta sulla loro natura ed un accertamento se *al limite* possano essere considerati non offensivi del bene giuridico penalmente tutelato. In questi ultimi casi il metodo dell'accertamento e della conseguente decisione è solo la corretta motivazione del Giudice sui *limiti della illiceità*

[6] G. Bettiol, *L'odierno problema del bene giuridico*, in *"Scritti"*, Tomo II, 911 ss; in *"Diritto Penale"*, 11 ed., Cedam, Padova 1982, 188 ed in *"Bene giuridico e reato"*, 1938.

File riservato ad esclusivo fine di studio

(o della liceità che dir si voglia), che P. Nuvolone, in una concezione più vasta e più generale della nostra, chiamava «l'accertamento sui limiti taciti della norma penale».

9.3. È il Giudice, infatti, che in questi casi, che si trovano al limite tra lecito ed illecito, deve valutare e dichiarare se l'evento provocato dall'imputato costituisce una lesione del bene giuridico tutelato dalla norma penale.

In questo suo giudizio di merito il Giudice, al di là delle innumerevoli teorie sorte sull'offensività (i limiti taciti della norma; la concezione realistica del reato; il princìpio del *nullum crimen sine inuria*; la teoria dei limiti dell'offensività; la teoria dell'adeguatezza sociale; ecc.), dovrà applicare i princìpi che stanno a fondamento del reato, accertando se si è verificata l'offesa del bene giuridico tutelato dalla norma penale. In questo suo giudizio egli dovrà applicare i princìpi fondamentali del diritto penale, constatando che manca l'offesa del bene giuridico che è la quintessenza del reato (in tal senso, sulle orme di G. Bettiol, si vedano anche F. Bricola, E. Dolcini, C. Fiore, M. Gallo, F. Mantovani, G. Marinucci, P. Nuvolone, S. Riondato, M. Ronco e G. Vassalli).

Applicare i principi di teoria generale implica l'obbligo del Giudice di dichiarare che se manca la concreta e sostanziale offesa del bene giuridico, il reato contestato all'imputato non sussiste. In altre parole «se manca l'offesa, manca il reato» ed il Giudice, quindi, dovrà decidere in conformità.

È ovvio che la mancanza di offesa del bene giuridico tutelato emerge da un giudizio *ex post* che tenga conto della realtà obiettiva, cioè dell'evento che si è verificato e dopo aver accertato che il fatto concretamente verificatosi non corrisponde al modello astratto descritto dalla norma sanzionatoria, il Giudice dichiarerà che il fatto non costituisce reato, tenendo conto che nessuno può essere punito se il fatto non costituisce reato (art. 2, comma 2, c.p. ed art. 25 Cost.).

9.4. Per concludere su questo punto riportiamo tre casi ritenuti dal Giudice «fuori dal penalmente rilevante» per «mancanza del princìpio di offensività»:

– in materia di stupefacenti deve ritenersi esclusa l'offensività della condotta di coltivazione non autorizzata di piante di sostanze stupefacenti, qualora essa sia talmente modesta da escludere l'efficacia drogante del prodotto (Cass., Sez. VI, CED 231631/2004);

– in materia di detenzione di esplosivo di una quantità del tutto esigua, «questo fatto non raggiunge la soglia di pericolo che è alla base dell'incriminazione», per cui l'oggetto è privo di rilevanza penale (Cass., Sez. I, CED 159077/1983). Nello stesso senso Corte Cost., sent. n. 62/1986;

– in materia di peculato (art. 314 c.p.) e di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) il pubblico ufficiale che si è servito del telefono d'ufficio per le sue telefonate private (per un costo di Euro 75,49), è stato assolto per mancata offensività della condotta, per scarsa

File riservato ad esclusivo fine di studio

entità del danno e per non apprezzabile valore del bene appropriato (Cass., Sez. VI, sent. 19 ottobre 2010, n. 41709).

In tutti questi casi manca, secondo la Suprema Corte, «l'offensività» e, quindi essi non rientrano nella fattispecie significativa (sulla fondatezza della terza decisione abbiamo qualche dubbio).

* * * * *

Alla fine di queste pagine voglio ringraziare Giuseppe Bettiol, che sono certo che mi sente e mi ascolta, per la sua grande amicizia, per il suo insegnamento, per le discussioni fatte in treno da Roma a Bologna (poi ciascuno diretto verso casa) e nei viaggi in Europa, ove si recava per i conferimenti del dottore *honoris causa*.

Sono ricordi indimenticabili.

Egli ha fatto molto per creare una società più giusta e più virtuosa ed il suo insegnamento non sarà dimenticato.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Mauro Ronco

La struttura del dolo nel pensiero di Giuseppe Bettiol

Sommario: 1. Cenni sull'universo culturale di Giuseppe Bettiol. 2. Il concetto di dolo nella dottrina italiana degli anni '50 del secolo scorso. 3. L'esigenza di un superamento della nozione tradizionale di dolo. 4. La valorizzazione del diritto penale dell'atteggiamento interiore. 5. La valorizzazione in chiave soggettiva e retributiva degli elementi di cui alla 2ª parte dell'art. 133 c.p.

1. Cenni sull'universo culturale di Giuseppe Bettiol.

La formazione giuridica di Giuseppe Bettiol sul significato e sulla dogmatica del diritto penale si svolse nel solco della Scuola classica tedesca, alla luce anche dell'insegnamento ricevuto da Giacomo Delitala (1902-1972), il quale, ispirandosi alla dottrina di Ernst Ludwig von Beling (1866-1932)[1], aveva pubblicato nel 1930 l'opera *«Il fatto» nella teoria generale del reato*, che costituisce il Manifesto italiano del classicismo tedesco[2].

La formazione filosofica di Bettiol, che si accompagnava, senza integrarsi del tutto, all'assetto del suo pensiero giuridico, non era tuttavia tale da consentirgli di rimanere stabilmente ancorato alla dottrina classica tedesca. Alla scuola di Francesco Olgiati (1886-1962)[3], professore dal 1933 di storia di filosofia e di filosofia all'Uni-

[1] E. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1906; Id., *Die Lehre vom Tatbestand*, Tübingen 1930.
[2] G. Delitala, *«Il fatto» nella teoria generale del reato*, Padova 1930.
[3] Sull'opera giuridica di Francesco Olgiati v. Idem, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, Milano 1943; Id., *Il concetto di giuridicità in san Tommaso d'Aquino*, Milano 1943.

File riservato ad esclusivo fine di studio

versità Cattolica di Milano, Bettiol aveva infatti appreso i princìpi della filosofia realistica, di impronta neotomistica, che lo spingevano a un approfondimento ulteriore della sua ricerca giuridica.

Lo scritto *Sistema e valori del diritto penale*, pubblicato su *Jus* nel 1940, costituisce, infatti, una chiara presa di distanza, oltre che dall'irrazionalismo di derivazione totalitaria, altresì dalla dottrina liberale del bene giuridico. Bettiol condivide le critiche, mosse da più parti, sin dall'inizio degli anni '30, al concetto cosiddetto liberale di bene giuridico[4]. Anch'egli manifesta la sua critica nei confronti di tale nozione. Tuttavia non la abbandona, ma ne cerca una fondazione diversa, in senso realistico, oggettivo e razionale. Per fondare tale nozione egli affronta criticamente non soltanto le degenerazioni irrazionalistiche e anti-liberali delle scuole che si erano accostate al nazionalsocialismo, come aveva fatto nella sua prima fase scientifica, ma, soprattutto, pone in discussione le premesse filosofiche neo-kantiane, che erano state all'origine dell'ondata normativistica e anti-naturalistica della dogmatica tedesca negli anni '30[5].

Contro la tesi espressa, da ultimo, dal rappresentante della filosofia dei valori, Emil Lask (1875-1915), che aveva avuto decisiva influenza nella formazione del relativismo valutativo di Gustav Radbruch (1878-1949)[6], secondo cui il diritto dovrebbe essere concepito "[...] *come un regno di significati puri, da sganciarsi da supporti reali sui cui si è soliti fissarlo*"[7], Bettiol sottolinea che il problema fondamentale, anche per il diritto penale, è quello filosofico del rapporto tra il mondo dell'essere e quello del dover essere. Critico di ogni relativismo valutativo e di ogni irrazionalismo soggettivistico, il richiamo del Maestro patavino è al radicamento del valore nell'essere, secondo quanto la ragione universalizzabile di ciascun uomo è in grado di comprendere. Tanto il legislatore quanto l'interprete hanno il compito ineludibile di fondare il valore nell'essere, alla luce della ragione universale dell'uomo. Soltanto in questo modo la legge può essere giusta e l'interpretazione può garantire la libertà dell'uomo e il valore primario della giustizia per l'intera società: "Il valore non è [...] una categoria astratta di un mondo irreale che avrebbe una esistenza propria, parallela a quella del mondo reale, con il quale ogni tanto verrebbe dalla nostra mente messo in relazione, ma è un rapporto tra l'ordine che sussiste nella realtà e l'uomo considerato nella sua essenza di animale ragionevole e nella sua personalità morale"[8].

[4] G. Bettiol, *Sistema e valori del diritto penale,* in *Jus*, 1940, fasc. IV, ora in *Scritti giuridici*, I, Padova 1966, p. 491-503.

[5] Sul tema cfr. M. Ronco, *L'attualità di Giuseppe Bettiol nel centesimo anniversario della nascita e nel venticinquesimo anniversario della morte,* in *Criminalia*, 2007, p. 151-159.

[6] G. Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1. Auflage, Leipzig 1914, in particolare il capitolo *Das Wesen der Rechtsphilosophie*, 1-29 dell'edizione originale, ora in *Gesamtausgabe herausgegeben von Arthur Kaufmann*, 2, Heidelberg 1993.

[7] E. Lask, *Filosofia juridica*, trad. castigliana di R. Goldschmidt, Buenos Aires 1946, p. 74, citato da G.D. Fernàndez, *Bien juridico y sistema del delito*, Buenos Aires 2004, p. 95.

[8] Bettiol, *Sistema e valori del diritto penale*, in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 498.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Con queste premesse filosofiche era pertanto prevedibile l'incontro tra lo studioso italiano e l'Autore germanico Hans Welzel (1904-1977), il cui orientamento finalistico Bettiol menziona espressamente, nella prefazione del giugno 1950 alla seconda edizione del *Diritto Penale*, come possibile criterio scientifico di revisione del sistema tripartito del reato e dell'intera dogmatica classica tedesca[9].

Senonché, alla rivisitazione in senso finalistico del suo *Diritto Penale* Bettiol rinunciò del tutto, perseverando nella esposizione della sistematica tradizionale. La spiegazione dell'abbandono della prospettiva finalistica sta probabilmente nell'aver Bettiol maturato la convinzione che il finalismo di Welzel, non accettando la libertà del volere come principio fondante della penalità, non costituiva in realtà altro che una nuova forma di oggettivismo penale. Questo pensiero è espresso dall'Autore nella Conferenza tenuta nell'Aula Magna dell'Università di Roma nel novembre 1970, dal titolo *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*[10], che segna il momento di svolta di Bettiol sul tema relativo ai requisiti dell'imputazione soggettiva. Riferendosi, invero, all'opera di Welzel, egli lamenta che per l'Autore germanico "la volontà malvagia altro non è se non una dipendenza causale da un impulso contrario ad ogni valore e, in quanto tale, non sarebbe volontà libera"[11]. Per Bettiol, invece, "la libertà non è un fatto o una situazione (*Zustand*), ma un atto: l'atto di liberazione dal costringimento causale dell'impulso ai fini di una autodeterminazione conforme ad un significato che presenta un valore positivo"[12].

Questo scritto, se, per un verso, segna il distacco di Bettiol dall'illusione welzeliana, costituisce, per un altro verso, l'espressione della consapevolezza che un diritto penale realmente «personalista» deve ripartire dalla considerazione fondante della persona come soggetto morale libero e responsabile. Con un rovesciamento metodologico decisivo occorre ritornare, secondo Bettiol, all'uomo concreto nella sua esperienza, insieme giuridica e morale, abbandonando la fallacia normativistica che riduce il soggetto a mero centro di imputazione normativa. Se si intende realmente dare un senso compiuto al «personalismo» della Carta costituzionale, espresso dal principio di «personalità» di cui al 1° comma dell'art. 27, va rivisto il concetto stesso di imputazione che soggiace a tutta la tradizione normativista[13]. In un diritto penale

[9] Nella Prefazione alla seconda edizione del Diritto penale, Bettiol dichiara di non escludere che "[…] in una eventuale terza edizione il sistema possa essere riveduto sulla base di quel criterio finalistico proprio all'agire umano che – particolarmente per merito di Welzel – ha permesso di estollere dal cieco mondo della natura il momento intelligente e veggente dell'azione umana […]" (*Diritto penale*, cit., XXVI).

[10] G. Bettiol, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, ora in *Scritti Giuridici (1966-1980)*, Padova 1980, p. 101-117.

[11] *Ibidem*, p. 103.

[12] *Ibidem*.

[13] Sul tema cfr. G. Bettiol, *Dolo e responsabilità penale nel quadro dei principi costituzionali*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'assemblea costituente*, Firenze 1968, ora in *Scritti Giuridici (1966-1980)*, cit., p. 78-87.

File riservato ad esclusivo fine di studio

fondato ontologicamente va sostituito, al concetto normativo di imputazione, per cui il rimprovero è mosso al soggetto dall'esterno (dall'ordinamento oggettivo e dal giudice), un concetto, incentrato sull'appartenenza piena del fatto al soggetto, in cui il momento della volontà è decisivo, perché la volontà governa (o deve governare) gli accadimenti del mondo naturalistico retti dalla legge causale. La responsabilità per il fatto è conseguenza dell'imputazione del fatto al soggetto, cioè dall'appartenenza ontologica del fatto a colui che ne è la «causa» morale, non conseguenza di una mera «attribuzione», motivata da esigenze di carattere politico e sociale.

2. Il concetto di dolo nella dottrina italiana degli anni '50 del secolo scorso

La strenua difesa del carattere retributivo della pena, che Bettiol avrebbe compiuto per tutta la sua vita scientifica[14], si fonda, in tutto e per tutto, sulla ferma intuizione «personalista». Questa intuizione non intende riproporre l'antica pena del classicismo penale, come semplice, astratta e automatica proporzionalità tra fatto e pena, ma costituisce la premessa indispensabile per la ricerca di una pena certamente retributiva, ma variabile e flessibile, che implica, in primo luogo e fondamentalmente, la rifondazione dei requisiti dell'imputazione soggettiva, anzitutto del dolo, per cui Egli ritiene di potersi avvalere della formula del diritto penale dell'atteggiamento interiore.

A tale posizione Bettiol sarebbe pervenuto lentamente e tardivamente, anche se i germi sono presenti già nel *Diritto Penale*. In quest'opera, scritta di getto dal Natale '42 all'agosto '43, e rivisitata nelle numerose edizioni successive, la trattazione del dolo non presenta note che si distanzino in modo significativo dall'opinione dei più autorevoli Autori contemporanei alla redazione e alle riedizioni dell'opera, salva l'esigenza di una accentuazione in chiave «normativa» del dolo.

Bettiol, seguendo in linea generale le opinioni di Giacomo Delitala e di Marcello Gallo, non attribuisce rilievo alla definizione codicistica del dolo e della colpa nel quadro della dialettica *aliud-aliud*, a seconda che l'evento sia realizzato «secondo l'intenzione» o «contro l'intenzione»[15]. Su questo punto il Maestro patavino, che pure non si stanca di sottolineare la centralità del momento volitivo nel concetto di dolo, non si avvede che proprio Delitala e Gallo, aderendo, il primo, al classici-

[14] Sul tema, che ha impegnato la riflessione di Bettiol per tutto il corso della vita, cfr. Idem, *Il problema penale*, in *Scritti giuridici,* T. II, Padova 1966, p. 697-707, dedicato al problema della pena; verso il termine dell'opera scientifica cfr. Bettiol, *Capacità a delinquere e pena retributiva*, in *L'indice penale*, 1979, ora in *Scritti giuridici (1966-1980)*, cit., p. 264-274.

[15] Su questa dialettica cfr. M. Ronco, G*li elementi soggettivi del fatto tipico. Dolo, preterintenzione e colpa: fondamento e struttura*, in *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, diretto da M. Ronco, vol. II, tomo I, 2ª ed., Bologna 2011, p. 490 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

smo belinghiano e, il secondo, al normativismo kelseniano, avevano sostanzialmente estromesso la volontà dal concetto di dolo.

Tanto per Delitala, che aderisce pedissequamente al rigido determinismo di Franz von Liszt (1851-1919) e di Reinhard Frank (1860-1934), quanto per Gallo, che assume come incontrovertibile la posizione di atomismo logico di Bertrand Russel (1872-1970), non avrebbe alcun senso parlare di un "volizione degli effetti di un certo atteggiamento corporeo" [16], perché soltanto l'azione muscolare e l'inerzia fisica potrebbero essere volute. Per Frank, che costituisce il punto principale di riferimento di Delitala[17], la volontà sarebbe causa unica e diretta soltanto del movimento corporeo; l'evento esterno avrebbe molteplici cause; la volontà sarebbe, rispetto a esso, soltanto una tra le tante[18].

Bettiol segue integralmente, come già detto, Delitala, riportandone il rilievo secondo cui "l'evento, più che volontario, dovrebbe dirsi intenzionale, a significare, cioè, che l'azione è stata posta in essere con il proposito (diretto o eventuale) di produrre l'evento"[19]. Ma, secondo Delitala, "il proposito non è volontà, è il fine cui la volontà si dirige e, conseguentemente, il motivo dell'azione, ma non è l'atto del volere"[20]. Evidente è la confusione in Delitala tra intenzione e desiderio. Il desiderio configura il motivo dell'azione, non concernendo direttamente l'atto di volontà; l'intenzione, invece, costituisce il cuore del momento volitivo dell'agire umano; di questa distinzione, perdutasi nel diritto almeno a partire dall'opera di Anselm Feuerbach (1775-1833), Delitalia non sembra essere consapevole.

Il concetto di intenzione, cruciale nella filosofia morale e nel diritto penale di impronta aristotelico-tomista, fu abbandonato nella dottrina penale a partire da Feuerbach e sostituito con il concetto di desiderio («Begehren»)[21]. L'intenzione, riscoperta da Franz von Brentano (1838-1917)[22] nella seconda metà dell'ottocento, ha riacquisito nella contemporanea filosofia della mente un ruolo importante. Il termine intenzione significa: «*in aliquid tendere*»; si compone della preposizione «*in*» e del verbo «*tendere*». La preposizione «in» talora nega il termine cui si unisce (*indignitas, inhumanitas*, che negano la *dignitas* e la *humanitas*; *finitum, infinitum; utile, inuti-*

[16] M. Gallo, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Milano 1953, p. 18. Il richiamo di Gallo è all'opera di B. Russel, *Human knowledge: its scope and Limits*; tr. it. *La conoscenza umana,* trad. di C. Pellizzi, Milano, 1951, *ibidem* e in particolare, p. 68-91.

[17] G. Delitala, *Il «fatto»*, cit., 68, nota 2; il riferimento principale è a R. Frank, *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, in *ZStW*, 1890, Bd. 10, p. 194 ss.

[18] Frank, *Vorstellung und Wille*, cit., p. 198-208, in particolare p. 205.

[19] Delitala, *Il «fatto»*, cit., p. 68.

[20] *Ibidem.*

[21] Sul punto cfr. M. Ronco, *Le radici metagiuridiche del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli 2011, p. 1175 ss.

[22] F. Von Brentano, *Psychologie vom empirischen Standpunkt*, 1° ed., Lipsia 1874; tr. it. *La psicologia dal punto di vista empirico,* Bari 1997.

File riservato ad esclusivo fine di studio

le), ma, più spesso, accresce la forza del termine a cui si unisce. Questo avviene in modo particolare nel caso di *intendere*, in cui la preposizione aumenta e completa il significato del *tendere* espresso dal verbo. Intenzione significa quindi tentare, dilatare il mondo del sé interiore verso la *res* del mondo esteriore, in senso quasi intensivo e qualitativo, come di un tendere che si unisce all'oggetto. L'intenzionalità partecipa tanto della dimensione cognitiva, quanto, in modo peculiare, della dimensione volitiva: intenzione significa, pertanto, il distendersi del soggetto verso l'oggetto con piena consapevolezza intellettuale e con tutta la forza volitiva. L'intenzione non è soltanto uno stato psichico, bensì un atto della volontà che, fondandosi sullo stato psichico, trascende gli stati fisico-psichici delle sensazioni, percezioni, rappresentazioni ed esprime la tensione del soggetto verso l'oggetto. Volere un evento secondo l'intenzione, significa, dunque, volerlo sul presupposto di un giudizio pratico che pone al centro della realizzazione la consapevolezza della causalità del volere. La volontà dell'evento, «secondo l'intenzione», sussiste quando il soggetto agisce sul fondamento previo di un giudizio pratico dell'intelletto che aderisce con la sua volontà all' «evento» rappresentato. Soltanto in questo caso si può dire che l'«evento» determini la volontà, nel senso di esserne causa efficiente, e che il soggetto lo voglia come conseguenza della sua azione od omissione.

Né corrisponde alla realtà che si possa volere solo l'azione, come movimento muscolare, o inerzia, come permanenza del corpo nell'assenza di movimento; in realtà è l'evento – presentatosi alla mente come fine – che fornisce le ragioni necessarie e sufficienti affinché la volontà si tenda in modo efficace in uno sforzo volto a realizzare l'evento, affinché, cioè, la realtà esteriore si conformi all'evento che il soggetto si rappresenta come fine. Nell'intenzionalità volitiva la direzione di adattamento va dall'oggetto al soggetto, poiché è la realtà che si conforma alla rappresentazione della mente; la direzione causale, al contrario, va dalla mente all'oggetto, poiché è la volontà che causa il cambiamento del mondo. Causalità finale e causalità efficiente si intrecciano vicendevolmente interagendo l'una sull'altra. La causalità finale postula un momento prioritario dell'oggetto sul soggetto, poiché è il mondo che presenta al soggetto un motivo di appetizione; la causalità efficiente postula la priorità del soggetto sull'oggetto, poiché in essa si esprime il trascendimento dell'atto di volontà sugli stati fisico-psichici indotti dall'oggetto.

Soltanto apparentemente Marcello Gallo, a cui Bettiol riconosce l'acutezza del pensiero[23], abbandona la teoria del dolo come rappresentazione, ché, anzi, egli la porta alle conseguenze logicamente più rigorose. Gallo spezza la definizione unitaria del legislatore, imperniata sul concetto di volontà, rilevando, invece, che il dolo sarebbe "un elemento di natura complessa, nel quale si riscontrano un momento volitivo, nel preciso significato psicologico del termine, diretto al movimento o all'inerzia corpo-

[23] Bettiol, *Dolo e responsabilità penale*, cit., p. 86.

File riservato ad esclusivo fine di studio

rea, che costituiscono la condotta in senso stretto, più un momento intellettivo, che investe tutti gli altri elementi della fattispecie"[24]. L'evento per Gallo è oggetto esclusivamente della rappresentazione. Se le cose stanno così, l'accettazione del rischio, inerente a colui che si determina a una certa condotta prevedendo l'evento anche soltanto come probabile o possibile, non richiede alcun requisito psicologico ulteriore, come larga parte della dottrina ha cercato di sostenere, in un tentativo ingenuo di colorare emotivamente la semplice rappresentazione[25]. L'accettazione del rischio è *in re ipsa*, nel fatto cioè di attivare il movimento o di permanere nell'inerzia nonostante la previsione della semplice possibilità del verificarsi dell'evento in conseguenza del movimento o dell'inerzia.

E' evidente che Bettiol, pur non distaccandosi nel *Diritto Penale* dalle posizioni dei due grandi Autori italiani sopra menzionati, non sia soddisfatto di un concetto di dolo che egli stesso accusa di essere povero ed esangue, poiché sostanziato da dati psicologici meramente naturalistici. Egli cerca, pertanto, già nel *Diritto Penale*, di dare una sostanza «normativa» al dolo, battendo la strada di un suo arricchimento attraverso la nota della «conoscenza dell'antidoverosità dell'agire».

3. L'esigenza di un superamento della nozione tradizionale di dolo.

Prima di seguire Bettiol su questa strada, che lo avrebbe portato alla teoria del dolo come sostanziato dagli elementi interiori di coscienza, preme osservare che Egli ha ragione nel giudizio circa il carattere esangue del dolo come ipotizzato dalla dottrina dominante tra i commentatori del Codice Rocco. L'impoverimento del dolo, però, non deriva direttamente dalla definizione codicistica, poiché, anzi, essa cerca di fornire, attraverso il termine «intenzione», una significativa cifra di disvalore all'atto di volontà contrario al diritto. Il suo carattere «esangue» trae origine piuttosto dalla tradizione filosofica che soggiace al classicismo tedesco. Rispetto a essa, l'insegnamento della dottrina italiana, nella sua componente cosiddetta classica, aveva conservato una certa autonomia. Muovendosi nel solco tracciato da Francesco Carrara (1805-1888)[26], i principali Autori «classici» dell' '800, non totalmente disancorati dalla tradizione antecedente, avevano sottolineato la centralità del momento volitivo nel concetto di dolo[27]. Tale insegnamento aveva trovato un punto di approdo nella definizione codicistica del dolo formulata dall'art. 43.

[24] Gallo, *Il dolo*, cit., p. 103

[25] In questo senso suonano le locuzioni: «ratifica dell'evento»; «approvazione»; «accettazione dell'evento»; «accordo con l'evento», che si trovano spesso nella giurisprudenza; su di esse cfr. A. Pecoraro-Albani, *Il dolo*, Napoli 1955, p. 306-313.

[26] F. Carrara, *Programma del Corso di diritto criminale*, *Parte Generale*, I, quinta edizione con aggiunte, Lucca 1877, p. 77.

[27] Tra i vari autori ricordiamo E. Pessina (1828-1916), *Elementi di Diritto Penale*, Napoli 1882, I, p. 169 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Nelle parole di Alfredo De Marsico (1888-1985) in *Coscienza e volontà nella nozione di dolo* si coglie il momento forte concettuale di tale definizione[28]. Attraverso un'acuta disamina dei caratteri relativi all'agire umano, De Marsico osservò che "... il punto d'inserzione della rappresentazione nella volontà è dato precisamente dalla intenzione. Quando una rappresentazione ha impresso alla volontà quel particolare atteggiamento che la fa convergere al conseguimento di un certo fine, quando cioè è diventata intenzione, allora ed allora soltanto, il dolo sussiste in tutti i suoi elementi costitutivi. Il dolo dunque non si definisce al di fuori dell'intenzione. Il dolo non si definisce che dall'intenzione"[29]. Per De Marsico, il momento cruciale è costituito dal passaggio dalla rappresentazione alla volontà. Questo passaggio è costituito dall'intenzione[30]. Allorché una rappresentazione certa diventa causa efficiente della condotta, sospingendo l'agente ad assumere i mezzi intesi alla realizzazione dell'evento, allora soltanto si può parlare di dolo.

Dunque, Bettiol ha ragione nel rilevare la povertà del concetto di dolo dominante. Ma il carattere esangue di tale concetto non dipende dal testo codicistico, bensì dall'interpretazione che la dottrina maggioritaria, nel periodo successivo alla promulgazione del codice, ne aveva fornito.

Sulla strada dell'arricchimento del dolo Bettiol incontra anzitutto la nozione antica per la quale il dolo era considerato come la malvagia volontà di violare la legge penale, una volontà cioè diretta ad infrangere il comando legislativo di non fare o di fare qualche cosa. "Un tempo – dice Bettiol – il dolo era *prava voluntas*, espressione che dava risalto ad uno stato di coscienza che sosteneva la volontarietà dell'azione. Ed era meglio così"[31]. Contro troppo facili semplificazioni, con le quali si è talora voluto invalidare tale concetto di dolo sul rilievo che esso trascurerebbe la realtà del fatto incriminato, per attenersi soltanto alla legge incriminatrice, Bettiol si premura di precisare che in tale antica nozione non era affatto assente la configurazione della realtà fattuale come oggetto di dolo. Ed invero, se si presta attenzione, per esempio, alla definizione di Tiberio Deciani (1509-1582), Maestro che insegnò sulla Cattedra patavina quattro secoli prima di Bettiol, definizione del *Tractatus Criminalis*, pubblicato in prima edizione nel 1590, secondo cui il dolo è "*Propositum ipsum et malus animus delinquendi*"[32], ci si rende conto come in essa siano compendiati icasticamente entrambi gli aspetti, psicologico e normativo, del dolo. Il dolo è intenzionalità dell'effetto riprovato dal diritto; meglio: volontà dell'atto specificato dal fine; volontà «*mala*», perché il fine, che specifica l'atto interiore, è contrario al precetto della legge,

[28] A. De Marsico, *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, Napoli 1930.
[29] *Ibidem*, p. 147-148.
[30] *Ibidem*.
[31] Id., *Colpa d'autore e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, in *Scritti giuridici (1966-1980)*, cit., p. 211.
[32] T. Deciani, *Tractatus criminalis D. Tiberi Deciani utinensis*, Venetiis, 1590, T. I, 4.

File riservato ad esclusivo fine di studio

allo stesso modo in cui l'effetto, che specifica l'atto esteriore, offende il bene tutelato dalla legge. Affinché vi sia dolo, per Deciani, occorre che la conoscenza del fine sia divenuta un *pro-positum*, un obiettivo che il soggetto pone innanzi a sé come bersaglio della volontà. A fondamento del movimento interiore della volontà sta il dinamismo della sfera intellettuale della persona, che presenta l'oggetto in modo chiaro e costante alla sfera volitiva. Poiché poggia su una conoscenza dell'intelletto e, quindi, tende in modo vitale a un bene appreso sul piano intellettivo, l'appetizione non è di tipo meramente sensitivo. Certo, all'origine ci sono le rappresentazioni delle cose esteriori come oggetti esclusivamente sensibili, conosciuti soltanto sotto una ragione materiale e non intellettuale. Affinché, però, ci sia la malizia del dolo, occorre che queste rappresentazioni vengano affinate dal giudizio intellettivo, che le giudica, secondo un criterio di valore proprio dell'intelletto, come «buone» o come «cattive». Dunque, l'*animus* che caratterizza il dolo è soltanto quello disposto a offendere il bene, nella previa conoscenza che il bene per l'agente, come fine che dà impulso alla causalità efficiente dell'agire, è contrario a ciò che il precetto addita oggettivamente come bene. Nel caso dell'agire doloso, il bene oggettivo non informa l'agire del soggetto. La materia, vista come fine buono per sé dal soggetto, non è il bene giuridico, ma il fine particolare, offerto all'appetizione dalla conoscenza dell'oggetto soltanto nella dimensione della particolarità, della sensibilità e della materialità. Nel caso del dolo la «forma» dell'agire del soggetto non è il bene oggettivo – tale perché assunto dalla «forma» della legge –, bensì il bene soggettivo e particolare dell'agente.

Allora, il dolo è certamente pro-posito, ma, pro-posito «cattivo». E' evidente che il dolo così inteso postula la libertà di scelta della persona tra la ragione di bene oggettiva, conosciuta attraverso la facoltà intellettiva, e la ragione di bene meramente soggettiva, conosciuta attraverso le sensazioni e le percezioni non mediate dal giudizio della ragione. Affinché esprima perfettamente il carattere della volontarietà dolosa l'atto deve rappresentare una scelta maliziosa liberamente assunta.

Bettiol, pur non approdando a una soddisfacente spiegazione in ordine al significato giuridicamente corretto del dolo come «volontà cattiva», è comunque alla ricerca di un concetto di dolo che si radichi sulla colpevolezza dell'agente, dunque, sulla possibilità di un agire diversamente e sulla scelta volontaria di un bene meramente soggettivo contro la ragione di bene oggettiva che la legge ha cristallizzato con il precetto penale.

Egli ravvisa come soluzione a questo problema l'inserzione del precetto nell'oggetto del dolo, criticando aspramente la scelta codicistica di togliere ogni rilevanza all'errore sulla legge penale.

Nello scritto del 1968, dedicato appunto, al dolo e alla responsabilità penale nel quadro dei princìpi costituzionali, Bettiol perora l'abbandono dell'art. 5 del Codice

File riservato ad esclusivo fine di studio

in vista di una maggiore «personalizzazione» dell'illecito penale[33]. Con il richiamo alla personalità della responsabilità penale il costituente non si è limitato a escludere la responsabilità per fatto del terzo, ma ha richiesto che la responsabilità penale scaturisca soltanto quando sia presente una "presa di posizione dell'agente sotto il profilo della coscienza e volontarietà del fatto"[34] . Nel discorso pronunciato in occasione del ventesimo anniversario della Carta costituzionale, Bettiol osserva che essa avrebbe abbandonato l'"atomismo individualistico che trovava il suo punto di appoggio e la sua garanzia nella volontà generale frutto del contratto sociale[35]. Atomismo individualistico che doveva trovare in Kant il suo filosofo e in Rousseau il suo politico"[36]. Nella Carta si parla di «diritti inviolabili dell'uomo»; di «rimuovere ogni ostacolo che limiti il pieno sviluppo della personalità umana»; di un dovere della persona umana di concorrere al progresso materiale e spirituale della società. Si parla di «comunità», della famiglia «come società naturale fondata sul matrimonio», e via di seguito. Si stabiliscono dei doveri e si sanzionano dei diritti sempre in relazione all'uomo che non è solo un individuo (creazione della natura) o puro cittadino (creazione del diritto positivo), ma è «persona» cioè sintesi di natura e di cultura, di spirito e di storia nel corso della quale opera come criterio di valutazione un criterio di giustizia che supera ogni dato positivo o puramente naturalistico[37].

Alla luce di tali principi costituzionali il concetto di dolo dovrebbe essere disancorato dalla "vecchia concezione a sfondo naturalistico e meccanicistico"[38]. Secondo Bettiol: "una concezione psicologico-naturalistico descrittiva del dolo non basta più. Essa ha fatto ormai il suo tempo come espressione di una interpretazione della realtà superata e inadeguata a cogliere il significato profondo dell'essere umano nel momento del suo agire"[39].

La bussola interpretativa è fornita dal 1° comma dell'art. 27 della Costituzione. Se l'idea fatta propria dalla Costituzione vede l'uomo tipicamente impegnato in atti densi di responsabilità morale, allora il concetto di personalità della responsabilità penale deve riflettersi sulla nozione del dolo "inserendo nella stessa un momento di valore, vale a dire la coscienza di essere impegnato *in re illicita*"[40].

[33] Bettiol, *Dolo e responsabilità penale*, cit., p. 78-87, in particolare p. 85-87.
[34] *Ibidem*, 84, nonché Idem, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1971, ora in *Scritti* (1966-1980), cit., p. 101-117, in particolare 106.
[35] Bettiol, *Dolo e responsabilità penale,* cit., p. 80.
[36] *Ibidem*, p. 81.
[37] *Ibidem*, p. 85.
[38] *Ibidem*, p. 86-87.
[39] *Ibidem*, p. 86.
[40] *Ibidem*, p. 87.

File riservato ad esclusivo fine di studio

4. La valorizzazione del diritto penale dell'atteggiamento interiore.

La soluzione che Bettiol propone nel 1968 è, per certi versi anticipatrice della sentenza che la Corte costituzionale avrebbe emesso soltanto venti anni dopo[41]. Tuttavia, egli non precisa con esattezza i contorni giuridici della sua proposta scientifica. Certamente essa vorrebbe spingersi ben al di là della modesta concessione alla colpevolezza che avrebbe fatto la Corte con la sentenza n. 364 del 1988. Bettiol, in ogni caso, compie nel lavoro scientifico dell'ultima parte della sua vita un importante tentativo di scandagliare più in profondità il retroterra soggettivo dell'illecito penale. Un semplice ritocco all'art. 5 del codice penale non è infatti soddisfacente, né per lui, né oggettivamente. Le implicazioni del principio della libertà morale del soggetto sono, invero, ben più pregnanti della semplice esigenza che sia richiesta nel soggetto la coscienza dell'antidoverosità dell'agire. Occorre, infatti, spostare l'attenzione sui requisiti e sul significato dell'atto umano di volontà allo scopo di verificarne l'unicità, la complessità e la ricchezza ontologica, nonché allo scopo di precisare a quali condizioni e in che misura tale atto implichi una scelta deliberatamente antidoverosa e, dunque, una imputazione dolosa, ovvero semplicemente implichi una volontarietà indiretta e, dunque, una imputazione colposa o, addirittura, l'assenza di un fondamento ontologico sufficiente per l'imputazione.

Si spiega alla luce di tali considerazioni la svolta che Bettiol avrebbe compiuto a partire dall'inizio degli anni '70 verso l'elaborazione di un diritto penale dell'atteggiamento interiore. Lo spunto deriva dalla riscoperta, compiuta da Schmidhäuser (1920-2002), nel famoso libro del 1958, di momenti di *Gesinnung* nel diritto penale[42]. Bettiol, tenendo conto anche dell'apporto in termini garantistici fornito dalla riflessione di Giuseppe Zuccalà nella monografia sulla infedeltà nel diritto penale[43], precisa con estrema chiarezza che la sua concezione di un *Gesinnungsstrafrecht* nulla ha a che fare con la colpa d'autore o con un diritto penale che prescinda dall'ancoraggio essenziale al concetto di fatto offensivo[44]. I momenti oggettivi della fattispecie non possono assolutamente essere pretermessi. Infatti: "non si tratta di sostituire all'accertamento dei dati oggettivi e tipici sui quali il reato si basa un oscuro e indistinto momento di carattere soggettivo come in taluni orientamenti del diritto penale storicamente è stato constatato con esiziali pericoli per la libertà individuale"[45]. Il diritto penale dell'atteggiamento interiore non è, infatti "un diritto penale che colpisca l'intenzione, la motivazione dell'intenzione, l'opinione in quanto tale e la

[41] C. Cost., 24 marzo 1988, in *Giur. cost.*, 1988, 1504.
[42] F. Schmidhäuser, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen 1958.
[43] G. Zuccalà, *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova 1961.
[44] G. Bettiol, *Stato di diritto e* «Gesinnungsstrafrecht», in *L'Indice penale*, 1973, ora in *Scritti (1966-1980)*, cit., p. 129-142.
[45] Bettiol, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, cit., in particolare p. 112.

File riservato ad esclusivo fine di studio

libera manifestazione di pensiero"[46]; è, invece, un diritto che vuol tener conto, anche alla luce delle acquisizioni della filosofia esistenzialistico-personalistica[47] e – diremmo oggi – delle neuroscienze, di come il fatto antigiuridico si rispecchi nell'animo del reo, meglio ancora, nella sua coscienza, che è un dato che precede la volontà.

Bettiol avverte l'importanza di una rifondazione ontologica del concetto di dolo e di colpa. Egli non approfondisce, tuttavia, le ricadute del *Gesinnungsstrafrecht* sulla struttura del dolo e sulla distinzione tra dolo e colpa; parla di un concetto «normativo» di dolo, destinato a integrarne l'aspetto meramente naturalistico, ma non affronta tematicamente il problema della complessità dell'atto volontario e non porta l'attenzione sulla struttura della decisione umana.

Sotto un certo profilo egli anticipa, con singolare preveggenza, il rinnovamento che, nella dottrina di lingua germanica e, poi, di lingua castigliana, sarebbe avvenuto, soprattutto a partire dagli anni '80 del secolo scorso, a riguardo del dolo, inteso a superarne la definizione come costituita soltanto da un insieme di stati psicologici. Il concetto di dolo, come imperniato sul concetto di «decisione contro il bene giuridico», che gli studi di Michael Köhler[48] e di Wolfgang Frisch[49], rispettivamente del 1982 e del 1983, avrebbero presentato e che Claus Roxin avrebbe cristallizzato nella formula usata nello scritto del 2004 *Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre der Vorsatzgegahr*[50], è certamente ambiguo, perché oscilla tra una rifondazione ontologica, come nel pensiero di Köhler, e una oggettivazione funzionalistica, come nel pensiero di Frisch e di Roxin. L'orientamento ontologico di Bettiol sarebbe stato prezioso per la riproposizione, anche nella dottrina italiana, di un concetto esauriente di «decisione contro il bene giuridico», che unisse insieme gli aspetti psicologici e quelli assiologici dell'agire umano, strettamente intrecciati e interagenti tra loro.

5. La valorizzazione in chiave soggettiva e retributiva degli elementi di cui alla 2° parte dell'art. 133 c.p.

Questo percorso, tuttavia, Bettiol non poté compierlo, per la morte sopravvenuta prematuramente, quando era ancora nel pieno del suo vigore scientifico. Egli riuscì a

[46] *Ibidem*, p. 113.
[47] *Ibidem*.
[48] M. Köhler, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, Heidelberg 1982.
[49] W. Frisch, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbesthandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Köln 1983.
[50] C. Roxin, *Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr*, in *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi*, Luchterhand, Neuwied 2004.

File riservato ad esclusivo fine di studio

sviluppare, tuttavia, fino agli ultimi scritti, una preziosa ermeneutica dell'espressione «capacità a delinquere» del 2° comma dell'art. 133 c.p..

Contro la lettura sintomatica degli indici ivi elencati, il Maestro patavino offre un quadro che accentua il momento etico/personalistico dei vari istituti del diritto penale: dalla recidiva, presentata, in sintonia con le recentissime acquisizioni della Corte Suprema di Cassazione a Sezioni Unite, in chiave di più intensa colpevolezza rispetto a quella del delinquente primario, e non in chiave di pericolosità[51]; alla intensità del dolo, come cosciente persistenza *in re illicita*; alla stessa ridefinizione della colpa in chiave soggettiva, contro l'oggettivazione che affiorava appena agli inizi degli anni '70[52], e che oggi pervade senza remore dottrina e giurisprudenza; all'errore di diritto, cui sarebbe necessario dare un più incisivo rilievo; è tutto il diritto penale, e non soltanto il dolo e la colpa, che dovrebbero, secondo Bettiol, essere arricchiti, in una prospettiva che ponga al centro la libertà dell'uomo e la colpevolezza per la scelta antidoverosa compiuta.

La riforma proposta da Giuseppe Bettiol in chiave personalistica non trovò una favorevole accoglienza nella temperie culturale degli anni '70, prevalentemente imperniata sulla nozione oggettiva di bene giuridico, spesso ripetuta come un *mantra*, quasi che la ripetizione delle parole «bene giuridico» realizzasse l'effetto *ex opere operato*, di realizzare un diritto penale effettivamente «garantistico». Né va dimenticato che, proprio all'inizio degli anni '70, aveva inizio, con la scoperta roxiniana dei nuovi confini dell'imputazione oggettiva, una inversione in senso oggettivistico del diritto penale. Bettiol prende atto in *Colpa di autore e certezza del diritto* del timore espresso nella dottrina italiana che un'impostazione soggettivistica, del tipo di quella da lui patrocinata, sfociasse in esiti contrari alle esigenze di garanzia proprie del diritto penale[53]. Egli tuttavia ribadisce che, senza abbandonare il principio di lesività del fatto, l'approfondimento etico-personalistico dei fondamenti della responsabilità penale è imposto dalla disposizione dell'art. 27, 1° co. della Costituzione[54].

La giusta richiesta di un «diritto penale minimo» sembrava, infatti, dovesse trovare soddisfazione, in un'ottica filosofica impregnata di materialismo, nella delimitazione della tutela penale a pochi beni giuridici, per lo più connotati dalla nota dell'afferrabilità sensibile. Non ci si rendeva conto, invece, che la più costruttiva e convincente delimitazione della penalità sta nell'approfondimento soggettivo in merito agli stati di coscienza e di volontà del soggetto che ha agito contro il diritto penale, non per

[51] Cass. Pen., Sez. Un., 24 febbraio 2011, n. 20798, in *Giur. it.*, 2012, 670.

[52] Su cui cfr., nello stesso periodo storico, la monografia di L. Pettoello Mantovani, *La tutela penale dell'attività lavorativa*, Milano, 1964.

[53] G. Bettiol, *Colpa di autore e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, ora in *Scritti giuridici (1966-1980)*, 203-213, in particolare, 207-208, ove è menzionata la critica di Franco Bricola nella voce *Teoria generale del reato*, pubblicata nel *Novissimo Digesto Italiano*, XX, Torino 1973.

[54] *Ibidem*.

File riservato ad esclusivo fine di studio

punirlo di più, bensì per tener conto a suo favore della fragilità, spesso non colpevole, della libertà umana.

L'importanza dell'approfondimento soggettivistico di Giuseppe Bettiol va focalizzata nella sottolineatura dell'esigenza che dolo e colpa siano interpretati come riferentisi a un comune denominatore, non fondato sul piano esclusivamente psicologico, bensì sul piano dell'impegno di coscienza che sta alla radice dell'azione del soggetto. Alla garanzia formale del diritto penale del fatto va aggiunta una garanzia di carattere sostanziale. L'imputazione, per essere giusta, deve prendere in considerazione i dati di coscienza, "perché è la coscienza che fa l'uomo, cioè la possibilità di sentire e di esprimere un giudizio di valore sui motivi e sulle ragioni dell'azione e quindi sul significato morale della stessa rispetto ai valori tutelati"[55].

Rispondendo implicitamente a coloro che rilevavano una contraddittorietà, nel suo pensiero, tra il primato dell'antigiuridicità, di cui egli aveva parlato nel *Diritto penale* del 1945, e il primato della colpevolezza, sottolineato negli scritti degli anni '70, Bettiol esprimeva la convinzione costruttiva che la "rinascita di una filosofia esistenzialistico-personalistica"[56], su cui "riposa la concezione politica democratica oggi risorta in Europa"[57], imponesse una profonda trasformazione del diritto penale[58].

Per Bettiol l'umanizzazione del diritto penale avrebbe dovuto partire dall'approfondimento degli stati di coscienza del soggetto agente contro il precetto penale per concludersi in una pena retributiva che fosse rieducativa non per la coercizione o il condizionamento proveniente dall'esterno, bensì per la sua intima natura, capace di far comprendere alla coscienza soggettiva del colpevole il carattere antidoveroso del suo comportamento, affinché lo stesso colpevole cancelli la sua colpevolezza con l'accettazione consapevole dei vincoli di razionalità e di umanità che lo legano agli altri uomini. In definitiva, secondo Bettiol, l'umanizzazione del diritto penale avrebbe richiesto una revisione profonda nella considerazione della persona umana, non più oggetto dell'attribuzione di un giudizio negativo mosso *ab extrinseco*, ma soggetto la cui coscienza è capace di intuire il disvalore etico, oltre che giuridico, del proprio comportamento delittuoso. Compito della pena retributiva è aiutare l'autore del fatto a comprendere la dissonanza del suo agire rispetto a ciò che la coscienza gli ricorda essere il vero valore, per sé, oltre che per gli altri.

La grande umanità del Maestro che oggi ricordiamo dava sostanza giuridica alla sua speranza circa l'avverarsi di un diritto penale realmente «minimo», in cui l'ideologia del sospetto fosse definitivamente superata dalla certezza in ordine alla intrinseca

[55] Bettiol, *Stato di diritto e* «Gesinnungsstrafrecht», cit., p. 142.
[56] Bettiol, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, cit., p. 113.
[57] *Ibidem*.
[58] Bettiol, *Stato di diritto e* «Gesinnungstrafrecht», cit., *passim*.

File riservato ad esclusivo fine di studio

natura buona dell'uomo, creato buono a immagine e somiglianza di Dio. Gli sviluppi del diritto penale negli ultimi anni – come, peraltro e ancor più, dello spessore criminale che caratterizza la vita della società contemporanea – non danno conforto al realizzarsi dell'intenzione buona di Giuseppe Bettiol. Non per questo dobbiamo scoraggiarci. Il bene vince comunque il male, anche se la storia sembra offrire prove in contrario.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Carlo Citterio

Carcere e pena oggi. Spunti di riflessione

Debbo innanzitutto ringraziare per l'invito a partecipare a questo incontro i cui altri protagonisti sono di ben nota autorevolezza scientifica e professionale. Incontro che è occasione preziosa perché fornisce la possibilità non solo del ricordo di un Maestro del diritto penale, ma anche del confronto con un 'pensiero'. Credo che mai come da qualche anno a questa parte si senta l'esigenza sempre più imprescindibile di un ragionamento sistematico nell'approccio ai temi giuridici, a fronte di proposte ed interventi legislativi che sempre più sono parsi caratterizzati dalla contingenza del momento, dall'interesse al particolare avulso dal contesto di inserimento con cui spesso si poneva in solare contrasto: insomma, una sorta di "legislazione dell'eccezione", quasi che un certo modo di affrontare le questioni del diritto penale, sostanziale e processuale, che trova spiegazione nelle peculiarità delle vicende del singolo procedimento e nelle sue prassi giudiziarie, non necessariamente virtuose, potesse legittimamente farsi regola dell'azione del Legislatore. L'esatto contrario di quella 'guida al problema penale', di quel 'partire dai problemi' e 'non dalle contingenze', di cui ha appena parlato il professor Pulitanò.

E certamente quello di Giuseppe Bettiol è stato ed è un 'pensiero', organico, sistematico, consapevole delle scelte anche di valore che debbono essere fatte nelle ricostruzioni delle ragioni di una disciplina, capace dell'assunzione della piena responsabilità delle scelte intraprese, sempre spiegabili secondo logiche trasparenti e scientificamente coerenti, prescindendo dalla loro condivisibilità.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Prima parte.

Mi è stato affidato il compito di proporre degli spunti di riflessione sul tema, così oggi attuale, di carcere e pena oggi, con ovvio riferimento all'esperienza professionale giudiziaria.

Ho ripreso in mano la copia del manuale di diritto penale del prof. Bettiol (si tratta della decima edizione, del 1978), che ebbi l'onore di vedere autografata dall'autore al termine della conferenza su Problemi e aspetti della colpevolezza che tenne all'Università della Sapienza, in Roma (quella dove ho studiato), il 23.2.1980.

Alla pagina 783 così si legge: "Si afferma giustamente che *la pena è nella sua esecuzione* (*corsivo nel testo originario*). A nulla vale invero assegnare alla pena un compito determinato o concepirla in un determinato modo di essere se poi, nel momento dell'esecuzione, si compie a suo danno un vero e proprio tradimento. A nulla vale stabilire in teoria dei criteri di individualizzazione della pena, vedere nelle sentenze dei giudici penali attuati tali criteri, se poi attraverso l'esecuzione della pena tutto ciò che si era normativamente stabilito e giurisdizionalmente comandato non viene affatto osservato. Ed è per questa ragione che il legislatore penale ha voluto sottrarre all'arbitrio dell'amministrazione il compito dell'esecuzione della pena, determinando delle regole di diritto le quali devono essere osservate".

Ancora, nella prefazione alla nona edizione si legge: "Il mio sistema, invece, intende rimanere – secondo l'insegnamento antico di von Liszt – la *magna charta libertatum civium*, tanto di quei cittadini onesti la cui libertà non può essere toccata, quanto di quelli che meno lo sono ma che possono veder limitata la loro libertà solo nei limiti di una interpretazione, applicazione ed esecuzione della norma penale giusta perche 'umana'".

Bettiol indica così il cuore, e la ragione intensa, del dramma con cui l'operatore del diritto si confronta quotidianamente: la concretizzazione dei principi ai casi concreti, alle persone fisiche concretamente coinvolte, nell'effettività – quale essa è – del sistema.

Ecco allora il primo spunto.

Immaginiamo una *rivoluzione* della prospettiva sistematica, nel sistema penale e specialmente nel sistema del processo, del rito: il sistema si costruisce muovendo da ciò che apparentemente viene per ultimo, la sanzione, la pena: sanzione e pena 'giusta'.

Pena e sanzione, e la loro concreta effettività, diventano quindi la fonte che guida il confronto per dare sistematicità all'intero sistema, in particolare al processo – come accertamento, secondo le regole, di responsabilità e determinazione eventuale del-

File riservato ad esclusivo fine di studio

la sanzione 'giusta'/adeguata secondo i principi costituzionali –, ed al senso stesso dell'intervento dello Stato nei confronti di particolari condotte delle persone.

Due altri spunti, allora.

Il tema dell'incidenza del tipo di sanzione sul rito. Trova immediato spazio la domanda (non provocatoria ma, nell'ottica 'rivoluzionaria' proposta, fisiologica e sistematica) se "abbia senso (sistematico)" che ancora vi siano reati per i quali viene irrogata la pena della multa all'esito di un procedimento nel quale sono intervenuti almeno quattro pubblici ministeri e da nove a dieci giudici.

Poi, il tema dell'incidenza del rito sulla determinazione della sanzione. Eclatante in proposito il concetto stesso del "rito alternativo con conseguenti privilegi": per espressa volontà del legislatore la pena applicata in esito al 'patteggiamento" o al rito abbreviato non è quella "giusta" ma, pur sempre legale, è pena "ingiusta" perché è quella 'giusta' dalla quale si è sottratto una porzione (lasciata alla discrezionalità delle parti del processo o imposta dal medesimo legislatore). Mi corre la mente all'esperienza di componente e poi presidente supplente di corte d'assise d'appello, quando si spiega ai giudici popolari che nel caso di giudizi abbreviati la pena di cui il collegio assume la responsabilità è quella prima della riduzione del rito e non quella finale – la cui responsabilità è del legislatore – qualunque cosa potranno dire giornali e mass-media l'indomani...

E, per contro, l'ulteriore quesito se il minimo assoluto della pena prevista per il singolo reato debba sempre essere 'riservato' a chi sceglie il rito alternativo, in un contesto nel quale il problema non è quello di "punire" chi non lo sceglie ma di "premiare" chi lo ha scelto.

Un altro spunto: la pena inflitta 'nel processo' e la pena effettivamente 'scontata': l'eterno problema di chi deve scegliere e concretizzare la sanzione, il giudice del merito o il giudice dell'esecuzione penitenziaria? Con il connesso problema del contenuto della motivazione della sanzione nelle sentenze di merito: troppe volte a pagine ponderose sul punto della responsabilità seguono scarne righe di stile sulla quantificazione della pena. Ma ancora: ha senso sistematico la stessa possibilità (che per noi è la regola) di un giudice che nulla sa del suo imputato, che spesso neppure incontra e vede in faccia?

Torniamo a Bettiol ed alla pagina 783: "*A nulla vale invero assegnare alla pena un compito determinato o concepirla in un determinato modo di essere se poi, nel momento dell'esecuzione, si compie a suo danno un vero e proprio tradimento*". Mi ha colpito, po-

File riservato ad esclusivo fine di studio

sitivamente, l'uso deciso del termine forte ed inequivoco nel contenuto di disvalore: "tradimento".

Il sistema attuale forse si salva dall'accusa di tradimento, perché è in realtà nella più assoluta confusione oggettiva, mentre si può tradire quando, prima, c'è un'affermazione, un'idea, chiara e coerente.

Sempre più palesi sono l'inidoneità della struttura sanzionatoria codicistica e, comunque, il suo mancato effettivo efficace coordinamento con l'applicazione anche delle sanzioni alternative 'penitenziarie', ancora, l'inadeguatezza di strutture e risorse (di persone e mezzi), con tempi che vanificano i contenuti e ne alterano l'efficacia.

Ci si può ben domandare se siano congrue le misure alternative (penso all'affidamento in prova ai servizi sociali) per determinate tipologie di imputati e di reati, come la criminalità dei cosiddetti colletti bianchi. O se sia congruo l'indulto "indirizzato" per non escludere alcuni, così determinando incongruenze eclatanti (sicché ciò che vale per l'omicidio e la concussione non giova all'atto sessuale modestissimo, come da ultimo accaduto).

Si tratta di mancanza di coraggio, o non piuttosto di sola mancanza di interesse concreto al problema? (e il pensiero ritorna ancora a quanto appena sollecitato dal professor Pulitanò).

In realtà nelle pieghe del sistema vi sono momenti di razionalità illuminata: penso alla disciplina delle opportunità e delle sanzioni per i reati di competenza del giudice di pace e per i minorenni (l'estinzione del reato per condotte riparatorie, il lavoro di pubblica utilità, la messa alla prova): cosa ne impedisce un'intelligente estensione, con gli eventuali pertinenti adattamenti?

È interessante notare la diversità di approccio al tema della sanzione dal progetto Pagliaro del 1992 (ancora caratterizzato da binomio pena detentiva - pena pecuniaria, sia pure con significativi interventi sulla prima) al progetto Pisapia del 2006 ('pene 'prescrittive', pene 'interdittive') ed a quello Nordio. Così, se appariva intelligente la scelta originaria del ministro Alfano (basta ulteriori commissioni, il materiale c'è, concretizziamolo), l'intento, per me positivo, ha conseguito l'effetto opposto: il nulla, per l'assoluta inerzia successiva anche dello stesso Ministero.

Ed allora, ed è l'ultimo spunto preliminare, la domanda a risposta preoccupante: abbiamo oggi un 'sistema'penale e processuale penale, coerente nei suoi aspetti sostanziali e di rito, frutto di un 'pensiero', o non piuttosto un coacervo occasionale di norme/principi/scelte?

Seconda parte

Di fatto in questi tempi vi è una risposta prevalentemente carceraria.

Tale risposta si articola in due aspetti problematici apparentemente del tutto distinti ma in realtà strettamente connessi, e in parte impropriamente sovrapposti, proprio per le disfunzioni/assenze sistematiche prima rilevate.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Mi riferisco al *carcere* come *tipologia della pena-sanzione* dopo l'irrevocabilità della sentenza di condanna ed al *carcere* come *tipologia di cautela* nel corso del procedimento e fino all'esecutività della sentenza.

È opportuno muovere da qualche dato concreto.

Dal sito del Ministero della Giustizia apprendiamo che al 30 aprile del 2012, a fronte di una capienza regolamentare di 45.756 detenuti, ne sono presenti 66.310 di cui 2.794 donne e 23.985 stranieri. Di questi, i condannati definitivi sono38.244, gli internati 1.374, gli imputati 26.590.

Degli imputati, 13.307 sono in attesa del primo giudizio, 6.956 appellanti, 4.678 ricorrenti in cassazione.

Dei 38.244 condannati definitivi, 12.700 sono stranieri. Dei 26.590 detenuti imputati, gli stranieri sono 11.081. Evidente la diversità importante dell'incidenza delle percentuali di stranieri nei due casi, sintomatica del fatto che la custodia cautelare carceraria si applica maggiormente agli stranieri, che in tal modo scontano anticipatamente le proprie pene.

Sempre al 30 aprile, infine, i detenuti usciti in applicazione della legge 199/2010 (domiciliari nel caso di pena da scontare, anche residua, inferiore ai diciotto mesi) sono 6.087, di cui 394 donne; gli stranieri sono 1637, di cui 151 donne.

Ricondurre ad unità tali due aspetti non è, credo davvero, né scorretto sistematicamente né strumentale a finalità e ragioni necessariamente e solo 'non tecniche'.

Perché le disfunzioni e le carenze della concretizzazione della previsione sanzionatoria propria (la *pena dopo l'irrevocabilità della decisione giurisdizionale*), sia per i tempi in cui interviene sia per le modalità con cui si concretizza (dalle carenze di risorse umane, risorse materiali e spazi per l'espletamento delle azioni positive previste dall'Ordinamento penitenziario, alla pesante incidenza quantitativa dei benefici spesso sostanzialmente automatici che incidono ben apprezzabilmente sulla effettiva entità della pena scontata), hanno finito per sovraresponsabilizzare la *risposta cautelare nel corso del procedimento*. Ciò, vuoi per esigenze connesse all'incapacità/impossibilità dell'opinione pubblica (e del sistema di comunicazione/informazione) di accettare i tempi delle risposte giurisdizionali definitive, vuoi per un malinteso senso di superamento delle disfunzioni del sistema, vuoi per taluni automatismi che spesso conducono in stato di detenzione (specialmente gli autori di reati 'da strada') dall'arresto di polizia giudiziaria al giudicato.

Così il sistema si squilibra viepiù, perché:

- a volte pare proprio che sia l'iniziativa occasionale della polizia giudiziaria, di procedere all'arresto o al fermo, a determinare con 'automatismi inerziali' le sorti cautelari del singolo fatto/procedimento e del suo imputato;

- in virtù della diversità dei parametri normativi di riferimento, si percorre in custodia cautelare tutta la durata della pena che sarà prevedibilmente irrogata quando, ove fosse stato possibile un immediato giudicato, probabilmente l'accesso al carcere

File riservato ad esclusivo fine di studio

sarebbe stato limitato, se non addirittura escluso (per lo stesso fatto, per la stessa persona interessata);

- in custodia cautelare prevale la funzione di mero contenimento della persona, rispetto all'articolazione di interventi che almeno in teoria è prevista e caratterizza la fase di effettiva esecuzione.

Viene pertanto esasperata anche tutta la difficoltà della struttura di contenzione, che proprio sul cautelare mostra le prevalenti difficoltà.

Tre precisazioni appaiono in proposito probabilmente opportune:

- dal punto di vista oggettivo, non ogni 'cautelare' è 'attesa di giudizio' nel senso di futuro possibile proscioglimento (tuttavia tenendo ben presente, ad evitare equivoci per il rilievo che precede, l'insegnamento anche della Corte costituzionale secondo il quale "*l'applicazione delle misure cautelari non può essere legittimata in alcun caso esclusivamente da un giudizio anticipato di colpevolezza, né corrispondere – direttamente o indirettamente – a finalità proprie della sanzione penale, né, ancora e correlativamente, restare indifferente ad un preciso scopo (cosiddetto 'vuoto di fini')*" (64/1970);

- non infrequentemente alcune protrazioni della fase cautelare sono dovute ad insipienti impugnazioni, inutili rispetto all'aspettativa di diversa decisione, che differendo senza interesse reale il giudicato impediscono l'applicazione pur a volte già possibile dei benefici della legislazione penitenziaria (diverso è il caso delle impugnazioni consapevolmente infondate ma che mirano a dilazionare l'esecutività della condanna per contingenti soluzioni di favore: finché il sistema le consente, si tratta di casi in cui appare quasi deontologicamente obbligata l'attivazione, pur strumentale, del difensore);

- a volte anche l'indagato o l'imputato in stato di detenzione vede situazioni di stallo del suo procedimento prive di intrinseca giustificazione, di ordine probatorio o per i necessari passaggi procedurali.

Desidero qui partecipare la recente esperienza di una visita a due istituti di detenzione, insieme ad altri magistrati e ad avvocati: i tre letti a castello ciascuno a tre piani ed i due materassi per terra, in celle di spazi esigui (e non è solo problema del dormire, ma è riservatezza inesistente e non solo nelle funzioni fisiologiche, convivenza difficile, deprivazione della propria 'umanità'), plasticamente attestano l'insostenibilità di una situazione che vede lo Stato passare dalla parte del torto non giustificabile, in clamorosa contraddizione con gli obblighi ma anche gli interessi per un corretto rapporto con i detenuti.

Come non tornare al 'tradimento' allertato dal Bettiol?

Merita in proposito lettura, tra gli altri, il recente articolo di Emilio Dolcini su *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali. Ricordando Vittorio Grevi* (*Riv. it. dir. e proc. penale*, 2012, 33 ss.)

File riservato ad esclusivo fine di studio

Ancora alcuni spunti specifici.

Quanto al *carcere – pena dopo il giudicato*, è comunque necessario innanzitutto la urgente rivisitazione del rapporto, anche in ordine all'attribuzione del potere decisionale, tra la magistratura di sorveglianza e l'Amministrazione penitenziaria nelle sue diverse articolazioni. Luminose sono le parole del collega Giovanni Maria Pavarin, in un articolo sulla rivista *Giustizia insieme* (Aracne, Roma, 2/3-2009, p. 25 ss.), ricchissime di spunti preziosi: basta leggere l'ordinamento penitenziario e il relativo regolamento per cogliere l'enorme divario tra le 'promesse' dello Stato e la realtà che lo stesso realizza; l'importanza della tutela dei 'diritti possibili', come l'igiene; il 'rispetto' dei diritti quale modo fisiologico e naturale di 'tutelarli'; il problema della coazione all'esecuzione dei provvedimenti del magistrato di sorveglianza e quello della vanificazione di fatto degli stessi attraverso provvedimenti organizzativi discrezionali dell'Amministrazione.

Qui il magistrato non ha, oggi, possibilità efficaci.

Di particolare interesse sono allora i provvedimenti del Magistrato di sorveglianza di Lecce, impugnati dall'Amministrazione e oggetto dell'intervento della Corte di cassazione (il primo, del 9.6.2011, è stato in tempi recentissimi confermato dalla Corte di legittimità ma con provvedimento in rito, che ha preso atto della tardività del ricorso: pronuncia che tuttavia, proprio rilevando tale tardività, ha escluso incidentalmente trattarsi di provvedimento 'inesistente').

Secondo il magistrato leccese, ed in estrema sintesi, il detenuto ha diritto a «subire una pena che sia costantemente orientata verso un processo rieducativo»: la lesione di tale diritto genera un danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c., azionabile attraverso il reclamo al Magistrato di Sorveglianza, disciplinato dagli artt. 14 ter, 35 e 69 O.P., che quindi può provvedere non solo con una tutela in forma diretta per l'accertata lesione dei diritti del detenuto, ma – secondo questi provvedimenti – può direttamente provvede alla sua liquidazione (aspetto, questo, sul quale sarà interessante verificare l'orientamento della Cassazione, una volta che i relativi ricorsi siano presentati tempestivamente). Un'utile sintesi, con commento, della problematica si ha in:

http://www.penalecontemporaneo.it/materia/9-/-/-/856-magistrato_di_sorveglianza_di_lecce__9_giugno_2011__giud__tarantino__sovraffollamento_dei_luoghi_di_detenzione__danno_non_patrimoniale_per_i_reclusi_e_diritto_di_reclamo_al_magistrato_di_sorveglianza/

In senso contrario è un recente provvedimento del Magistrato di sorveglianza di Vercelli (18.04.2012), secondo il quale l'Ordinamento penitenziario (art. 69, comma 5, l. 354/1975) espressamente riconosce il mero potere di dettare all'amministrazione le disposizioni necessarie a far cessare la violazione del diritto inciso, ma non pure quello di pronunciare anche una condanna al risarcimento del danno, non

File riservato ad esclusivo fine di studio

essendo possibile utilizzare il reclamo ex art. 14 ter, 35 e 69 O.P. per proporre pretese civilistiche. Il provvedimento, con nota redazionale, è disponibile in:

http://www.penalecontemporaneo.it/materia/9-/-/-/1518-inammissibile_la_domanda_di_condanna_dell_amministrazione_penitenziaria_al_risarcimento_dei_danni_da_lesione_dei_diritti_del_detenuto_in_sede_di_reclamo_al_magistrato_di_sorveglianza/

I percorsi argomentativi che hanno condotto alle due opposte soluzioni risultano di estremo interesse, fornendo spunti preziosi per un quadro normativo e giurisprudenziale, anche a livello europeo, sui complessi ed articolati principi che sono coinvolti dalla materia della 'qualità' della detenzione.

Sul punto vanno segnalati anche i provvedimenti di condanna della Corte Edu che si succedono.

Per mera esemplificazione è utile riportare un brano della sentenza della Corte di Strasburgo nel caso Sulejmanovic/Italia (ric. 22635/03, sent. 16.7.2009, definitiva il 6.11.2009): "*1. Nel caso di specie, il ricorrente afferma di essere stato detenuto, dal 30 novembre 2002 all'aprile del 2003, in una cella di 16,20 m2, che divideva con altre cinque persone. Stando ai documenti prodotti dal Governo (precedente paragrafo 17), la cella assegnata al ricorrente era stata occupata da sei detenuti solo a partire dal 17 gennaio 2003. La Corte osserva che, anche ammettendo che fosse stato così, resta il fatto che, per un periodo di oltre due mesi e mezzo, ciascun detenuto avrebbe disposto in media solo di 2,70 m2. Essa ritiene che una tale situazione abbia inevitabilmente causato disagi e inconvenienti quotidiani al ricorrente, costretto a vivere in uno spazio molto esiguo, di gran lunga inferiore alla superficie minima ritenuta auspicabile dal CPT. A giudizio della Corte, la flagrante mancanza di spazio personale di cui il ricorrente ha sofferto è, di per sé, costitutiva di un trattamento inumano o degradante.*

2. Ne consegue che vi è stata violazione dell'articolo 3 della Convenzione a causa delle condizioni in cui il ricorrente è stato detenuto fino all'aprile 2003.

3. Lo stesso non può invece dirsi per il periodo successivo. Infatti, stando ai documenti forniti dal Governo, e non contestati dal ricorrente, a partire dall'aprile 2003, l'interessato è stato trasferito in un'altra cella, che ha diviso prima con altre quattro persone, poi, a partire dal 26 maggio 2003, con altri tre o altri due detenuti. Ne consegue che, fino alla sua scarcerazione, il ricorrente ha disposto ora di 3,24 m2, ora di 4,05 m2, ora di 5,40 m2. La sua situazione è quindi nettamente migliorata". Il caso ha visto la condanna dello Stato italiano al pagamento della somma di 1000 euro, a titolo di risarcimento del danno morale (l'intero provvedimento è reperibile tra l'altro in :

http://www.governo.it/Presidenza/CONTENZIOSO/contenzioso_europeo/pronunce/sentenze/2009/traduzione/SULEJMANOVIC%20-%20sentenza%20tradotta.doc).

Paiono esserci tutte le premesse per una sorta di effetto 'Pinto2', tenuto conto della già evidenziata diffusione delle carenze strutturali pertinenti.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Nuovamente è stato in proposito prospettato il ricorso agli istituti dell'amnistia e dell'indulto.

Sul punto va data una risposta chiara e inequivoca.

Un ennesimo ricorso ai due istituti (quale ne fosse la concreta combinazione) potrebbe avere senso solo se preceduta da un intervento normativo di sistema che, come visto, toccasse contemporaneamente ed in modo coerente i riti, le incriminazioni, le sanzioni e la disciplina della prescrizione dei reati (del tutto originale, la nostra, rispetto al contesto europeo che poi diviene invece il parametro per l'individuazione dei tempi ragionevoli dei processi).

Mi permetto richiamare l'attenzione sui tempi: *preceduta*, quindi non accompagnata da annunci ma preceduta da fatti compiuti.

Il ricorso ad uno o ad entrambi gli istituti, senza pregressi interventi del tipo ricordato, potrebbe trovare spazio solo ove la situazione carceraria divenisse ingestibile avendo condotto ad uno stato di vita talmente degradata da integrare essa stessa fatti a rilevanza penale, o quantomeno di evidente e consistente danno civile di immediato accertamento.

Quanto al *carcere – 'pena cautelare'* si prospettano spunti di altrettanto apprezzabile interesse.

Va ricordato, innanzitutto, il principio costituzionale del cosiddetto *'minore sacrificio necessario'*, da ultimo ricordato e confermato anche dalle recenti sentenze della Corte costituzionale sulla presunzione del 275.3 c.p.p. (per tutte, sent. 265/2010: "*La compressione della libertà personale va contenuta entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari riconoscibili nel caso concreto…*". Tale principio trova espressione nel criterio di adeguatezza (275.1 c.p.p., con lo specifico correlato obbligo di motivazione, sancito a pena di nullità, ex 292.2 lett. C c.p.p.), cui attiene anche la scelta tra la 'gamma' graduata delle misure (*con previsione di meccanismi 'individualizzanti' di selezione del trattamento cautelare, parametrati sulle esigenze configurabili nelle singole fattispecie concrete*).

Ed allora il tema da indagare, e lo spunto principale che qui si offre, è quello se la concreta e sostanzialmente illegittima (illegale?) condizione di vita in alcuni istituti penitenziari può influire nella scelta dell'adozione delle misure cautelari e nella determinazione della loro durata.

Se, quindi, la condizione carceraria concreta possa divenire o essere comunque considerata un parametro/criterio ulteriore o interpretativo dei parametri/criteri 'normali' ex art. 275 c.p.p..

In altri termini, poiché l'art. 275.2 prevede che *ogni misura deve essere* ***proporzionata*** *all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata*, ci si chiede se nel concetto 'normativo' di proporzione possa entrare il modo concreto in cui la custodia carceraria verrebbe sperimentata, o è stata sperimentata.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Va segnalato un recente provvedimento del GIP di Padova dott. Sgubbi dove, decidendo in sede di richiesta di revoca della misura cautelare carceraria in atto, si evidenzia che la condizione carceraria rileva sotto due profili: l'effetto di deterrenza nei confronti di chi ha sperimentato quelle condizioni (quindi esigenze cautelari attenuate per effetto della sperimentazione di quel modo di esser detenuti) e la particolare gravosità in concreto della misura custodiale massima, in quelle condizioni; sicché ogni alternativa praticabile va attentamente vagliata con giudizio particolarmente rigoroso allorchè le condizioni in cui tale custodia viene scontata siano quelle di cui si discute.

Conclusione.

Come concludere questo breve intervento, volto solo a proporre spunti per riflessioni ulteriori?

Ancora nella prefazione alla nona edizione, del 1975, il prof. Bettiol con una felice ma scoraggiante battuta commenta che la riforma generale (del sistema penale) "arriverà certamente nel giorno del Giudizio universale".

Ecco. Lo scoraggiamento, per come il Legislatore italiano mostra di affrontare i problemi della Giustizia penale, apparentemente troppo spesso solo attento ad esigenze personalistiche e di parte, rifuggendo caparbiamente ogni approccio sistematico attento alle esigenze dell'effettivo bene comune, alla fatica, ma al tempo stesso all'esaltante adempimento, della funzione propria ed esclusiva che esso solo può – ma quindi deve – esercitare, quella delle scelte di valore e della coerente loro concretizzazione (quanti avvocati, quanti magistrati, in Parlamento: come vorremmo a ciascuno di loro chiedere il conto di quel che han fatto, non per qualcuno o per una parte, ma per il Popolo Italiano), non deve prevalere.

Abbandonare la legislazione del cavillo per tornare alla legislazione di sistema.

Noi dobbiamo, noi vogliamo, confidare che non si debba attendere il Giudizio universale per efficaci interventi di sistema. Molto dipende probabilmente proprio da noi 'tecnici', studiosi, operatori, amanti del diritto, e dalla nostra capacità di costruire luoghi di confronto efficace che producano modelli e ipotesi di equilibri diversi di valori giuridici e costituzionali, che possano essere proposti, e, perché no, anche imposti, al legislatore disattento, o non in concreto interessato.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Silvio Riondato

Le misure di prevenzione e il degrado delle garanzie annunciato da Giuseppe Bettiol

Sommario: 1. Le misure di prevenzione personali. 2. Le misure di prevenzione patrimoniali. 3. Profili costituzionali e degradanti applicazioni giurisprudenziali. 4. (*segue*) specificità costituzionali concernenti le misure patrimoniali. 5. Cenni sulla tassazione dei proventi da reato. 6. Conclusione.

L'Italia ha un'intensa esperienza ultra-secolare in materia di misure di prevenzione, cioè misure di polizia destinate alle "persone pericolose per la sicurezza pubblica" in funzione di neutralizzazione. Tale esperienza si è rinnovata nel periodo post-costituzionale in una legislazione molto farraginosa[1] che alla fine del 2011 è stata riordinata anche innovativamente nel "Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione" (Cod. Ant.). In questo codice si trova la maggior parte della disciplina delle misure di prevenzione comprese quelle contro la criminalità organizzata[2]. Si tratta di un complesso normativo prodotto dal Governo su delega del Parlamento

[1] Nella vasta letteratura, v. per un primo orientamento D. Petrini, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure* praeter delictum, Jovene, Napoli 1996; R. Guerrini, L. Mazza, S. Riondato, *Le misure di prevenzione. Profili sostanziali e processuali*, Cedam, Padova 2004; L. Pasculli, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici delittuosi internazionali*, Trento 2012 (tesi dottorato); A. Cisterna, *Il Codice antimafia tra istanze compilative e modelli criminologici*, in *Dir. pen. e processo,* 2012, p. 213; P. Mazza, *Pericolosità sociale e legalità*, Cedam, Padova 2012.

[2] Tralasciamo il tema delle misure di prevenzione c.d. endoprocessuali (all'interno del processo penale) che tendano cioè solo a prevenire la commissione di reati, fuori da ogni esigenza correlata al processo stesso.

File riservato ad esclusivo fine di studio

(decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; legge-delega 13 agosto 2010, n. 136, artt. 1 e 2).

A beneficio dei miei studenti qui presenti in gran numero accenno preliminarmente al contenuto delle varie misure (par. 1 e 2), al fine di meglio comprendere i successivi rilievi di ordine costituzionale sia generali che concernenti in particolare le fattispecie-presupposto delle misure di prevenzione personali, presupposto sul quale si innesta il giudizio di pericolosità personale (par. 3), e poi cogliere infine le peculiari esigenze e istanze di legittimazione che hanno plasmato il sistema italiano delle misure di prevenzione patrimoniali (par. 4).

1. Le misure di prevenzione personali.

1. Vi sono in primo luogo misure di prevenzione **personali**, che poggiano sulla *pericolosità personale per la sicurezza pubblica* di cui diremo più avanti. Esse sono le seguenti.

1.1 Due misure di prevenzione personali vengono applicate direttamente dal Questore che è un'*Autorità amministrativa* di Pubblica Sicurezza (Polizia); si tratta cioè di immediata **competenza amministrativa**.

1.1.2 Anzitutto è previsto il **"rimando" al luogo di residenza con divieto di ritorno – ordine di rimpatrio –**, per un periodo non superiore a tre anni ("foglio di via obbligatorio", art. 2 Cod. Ant.).

1.1.3 La seconda misura amministrativa è l'**avviso orale con invito a rispettare la legge**, una sorta di ammonizione che esistono indizi di pericolosità personale, che però è un rimprovero implicito che viene espresso nell'invito stesso. A questo avviso si può accompagnare in congrui casi uno o più di una serie di divieti concernenti tra l'altro il possesso di mezzi particolari di trasmissione di comunicazioni, di armi vere o finte, di mezzi di trasporto blindati o comunque aventi particolare capacità offensiva, di strumenti anche informatici di cifratura o crittazione di comunicazioni o messaggi.

1.2 Vi sono poi misure personali di competenza dell'*autorità giudiziaria* (penale).

a) La prima misura è la **sorveglianza speciale di pubblica sicurezza con o senza divieto di soggiorno in uno o più Comuni o Province, da uno a cinque anni**[3]. A questa misura accede la prescrizione di tutta una serie di obblighi tra i quali l'obbligo di non partecipare a riunioni pubbliche e l' obbligo di rispettare l'orario prefissato in cui l'interessato può uscire di casa. Più ampiamente, con clausola onnicomprensiva,

[3] Se non si commette un reato che sia indice di pericolosità; altrimenti il termine ricomincia a decorrere dal giorno in cui si è scontata la pena (art. 14 Cod. Ant.)

File riservato ad esclusivo fine di studio

la legge consente al Tribunale di imporre all'interessato "*tutte quelle prescrizioni che ravvisi necessarie, avuto riguardo alle esigenze di difesa sociale*" (art. 8 Cod. Ant.).

b) La seconda misura è l'**obbligo di soggiorno nel Comune di residenza o di dimora abituale, da uno a cinque anni, con una tendenzialmente molto stretta sorveglianza di polizia** (art. 8 Cod. Ant.) – non andare lontano, presentarsi nei giorni e ore prefissati, portare ed esibire una "carta di permanenza".

1.2.1 A queste due misure di prevenzione personali "giudiziarie", che già risultano molto afflittive, si collegano una amplissima serie di ulteriori e molto gravi limitazioni, che la legge chiama "**effetti**" ma che in sostanza sono grosso modo concepibili come *misure preventive personali accessorie*.

a) Anzitutto è vietato fare propaganda elettorale in qualsiasi tipo di competizione elettorale (art. 67 co.7 Cod. Ant.).

b) Inoltre è disposta l'**esclusione da pressoché qualsiasi attività imprenditoriale, tramite varie preclusioni, divieti, decadenze etc. che concernono le connesse autorizzazioni, concessioni, agevolazioni, finanziamenti** etc. (artt. 66 e 67 Cod. Ant.). Si tratta in sostanza di un "**blocco economico**". Almeno di fatto, accedere ad altre posizioni lavorative come il lavoro dipendente è in pratica quasi impossibile, specie nell'attuale situazione del mercato del lavoro in Italia, nonostante la legge preveda ipocritamente che il giudice prescriva all'interessato di "*darsi alla ricerca di un lavoro*" (Art. 8 co. 3 Cod. Ant.).

1.2.2 Il giudice può sì escludere gli effetti "economici" appena indicati, in tutto o in parte, nel caso in cui verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato o alla famiglia (art. 67 c. 5 Cod. Ant.). Tuttavia può disporre gli stessi "**effetti economici" anche nei confronti dei *conviventi*** con la persona sottoposta alla misura di prevenzione ("conviventi" secondo una nozione amplissima). Inoltre il giudice può disporre gli stessi "effetti" **nei confronti di *imprese, associazioni, società e consorzi* di cui la persona stessa sia amministratore o in cui comunque si ingerisca di fatto** (art. 67 co. 4 Cod. Ant.). Non risulta espressamente richiesto un giudizio di pericolosità sociale del convivente o dell'ente. Si tratta dunque di misure che sono sì accessorie ad una misura di prevenzione personale, ma riguardano altre persone fisiche o giuridiche.

1.3. È ampiamente prevista la possibilità di **applicazione provvisoria anticipata** dell'obbligo o divieto di sogggiorno, cioè prima del processo, in assenza di contraddittorio, e da parte del solo Presidente del tribunale, anche con ritiro del passaporto o documenti equipollenti (art. 9 Cod. Ant.).

1.4. Il ricorso in appello contro la decisione giudiziale concernente la misura non ha effetto sospensivo (art. 11), sicchè si fa luogo sùbito all'esecuzione.

File riservato ad esclusivo fine di studio

1.5. Infine merita notare che per le misure di prevenzione personale è prevista la **riabilitazione** per buona condotta (art. 70)[4].

2. Le misure di prevenzione patrimoniali.

2. Veniamo alle **misure di prevenzione patrimoniali** (artt. 16 ss. Cod. Ant.). Esse sono di competenza giudiziaria ma possono essere chieste anche da certe Autorità di Polizia (art. 17 Cod. Ant.). Le misure di prevenzione patrimoniali hanno particolarità molto significative: sono **indipendenti dalle misure personali**, cioè possono essere richieste e applicate anche disgiuntamente da una misura personale e quindi anche in mancanza di una tale misura; sono espressamente concepite come **indipendenti dalla pericolosità per la sicurezza pubblica di un soggetto** interessato (art. 18 Cod Ant.); non rileva la morte del soggetto interessato (il processo si fa contro gli eredi), né la sua assenza o residenza all'estero (art. 18 Cod. Ant.); tali misure non sono necessariamente collegate ad una nozione autonoma di concreta pericolosità criminale riferita alle cose; non è escluso che esse siano applicabili a beni appartenenti a terzi "innocenti"; l'esercizio dell' azione di prevenzione è concepito dal Codice antimafia come indipendente dall'esercizio dell'azione penale (art. 29 Cod. Ant.).

Le misure di prevenzione patrimoniali sono le seguenti.

2.1. La **confisca** dei beni e il **prodromico sequestro** anticipato (senza contraddittorio prima del processo) dei beni stessi (artt 20 e 24 Cod. Ant.). Trattasi dei beni: a) di cui la persona non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o persona giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o in valore sproporzionato alla propria attività economica ; oppure b) beni che risultino frutto di attività illecite o che costituiscano il reimpiego del frutto di attività illecite.

2.2. La **confisca per equivalente** e il **prodromico sequestro** per equivalente (art. 25 Cod. Ant.). Il sequestro e la confisca ricadono su altri beni di valore equivalente ai beni sopra indicati, in due ipotesi: quando la persona interessata abbia disperso, distratto, occultato o svalutato i suoi beni al fine di eludere la confisca e il sequestro; quando la persona interessata abbia trasferito legittimamente i beni in questione a terzi in buona fede prima dell'esecuzione del sequestro.

2.3 La **cauzione** o altra idonea **garanzia reale** (art. 31 Cod. Ant.). Queste servono a costituire "un'efficace remora alla violazione delle prescrizioni imposte" alle

[4] Di **altre misure di prevenzione personali** qui non tratteremo: misure contro la violenza nelle manifestazioni sportive; misure specificatamente previste contro minori; misure di prevenzione contro la violenza nelle relazioni familiari; misure contro le persone extracomunitarie; misure in tema di stupefacenti; etc.

File riservato ad esclusivo fine di studio

persone sottoposte a misura di prevenzione personale. Preludono ad una confisca in caso di violazione delle anzidette prescrizioni (art. 32).

2.4. L'**amministrazione giudiziaria dei beni personali** (art. 33 Cod. Ant.), tramite un amministratore appositamente nominato dal giudice, può aggiungersi ad una misura di prevenzione personale nei casi più gravi di pericolosità. Ma tale misura può essere applicata indipendentemente dalla misura personale, quando ricorrano sufficienti indizi che la libera disponibilità di tali beni agevoli in qualsiasi modo la condotta, il comportamento o l'attività socialmente pericolosa. Dura per un periodo non superiore a cinque anni, ma rinnovabile con nuova valutazione giudiziale.

2.5. L'**amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche** (art. 34, co. 2 Cod. Ant.), riguarda beni utilizzabili direttamente o indirettamente per lo svolgimento di attività economiche di qualsiasi tipo anche imprenditoriale, quando ricorrano sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di tali attività agevoli la non meglio precisata "attività" delle persone nei confronti delle quali è stata (anche solo) proposta oppure applicata una misura di prevenzione personale ovvero di persone (semplicemente) sottoposte a procedimento penale per associazione a delinquere di stampo mafioso e certi altri gravi reati. Tendenzialmente questa misura concerne le attività economiche soprattutto imprenditoriali che sono sottoposte a condizioni di intimidazione e di assoggettamento da parte di associazioni di stampo mafioso (o fenomeni analoghi), sulle quali attività e condizioni preventivamente vengono svolte penetranti indagini (art. 34. co. 1 Cod. Ant.). Dell'amministrazione si occupa un apposito amministratore che rende conto ad un giudice delegato il quale fissa le direttive generali (art. 40 cod. Ant.). Essa dura sei mesi rinnovabili per non più di dodici mesi. La misura finisce o con la revoca, che dovrebbe implicare un certo "risanamento" ove possibile, oppure anche con la confisca dei beni che si abbia motivo di ritenere siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. La revoca della misura può essere accompagnata dalla ulteriore, meno invasiva misura del **controllo giudiziario** (art. 34 co. 8 Cod. Ant.): chi ha la proprietà, l'uso o l'amministrazione dei beni deve comunicare entro un certo termine al Questore e alla polizia tributaria tutti gli atti di disposizione e di gestione che superino un prefissato valore, per un periodo di almeno tre anni e di durata massima non precisata dalla legge.

3. Profili costituzionali e degradanti applicazioni giurisprudenziali.

3. Nell'illustrazione degli ulteriori tratti salienti del sistema italiano si impone ora di ricordare che la Costituzione italiana contempla in sostanza la misura di prevenzione sotto il nome di misura di sicurezza già all'art. 25, co. 3 che stabilisce il principio di legalità-tassatività per questa misura. Così la misura è autonomamente considerata, almeno formalmente, rispetto alla pena cui sono dedicate altre norme

File riservato ad esclusivo fine di studio

costituzionali. La Costituzione Repubblicana si è in tal modo rassegnata all'uscita dal sistema del doppio binario (pena-misura di sicurezza) nel quale si era realizzato il compromesso tra la Scuola classica e la Scuola positiva, recepito dal codice penale monarchico-fascista del 1930 (tuttora in vigore). La misura è autonoma e collegata a un principio garantistico rivolto a contenere per quanto possibile l'altissimo tasso di arbitrarietà che caratterizza misure del genere. Sullo sfondo vediamo balenare lo Stato di Polizia con i suoi provvedimenti difensivi di carattere preventivo, la Difesa sociale con le correlate dottrine sulla pericolosità sociale personale e le relative misure di lotta, come bene ammoniva Giuseppe Bettiol[5]. Si tratta infatti di una misura di lotta alla criminalità, rivolta a prevenire la pericolosità personale per la sicurezza pubblica, avente contenuto afflittivo (limitativo di diritti), non necessariamente collegata a un pregresso reato. Criticamente la dottrina la definisce misura *praeter delictum, ante delictum* o *sine delicto*. La diversa misura di sicurezza del codice penale è sì anch'essa collegata alla pericolosità sociale (probabilità di commissione di reati in futuro), ma è inoltre ancorata, in funzione di garanzia proprio della attendibilità del giudizio di pericolosità, ad un presupposto costituito da almeno un reato debitamente accertato nel processo penale (misura *post delictum*). La misura di prevenzione si basa invece su una fattispecie-presupposto indiziante di pericolosità per la sicurezza pubblica, compresi indizi di reato, in un quadro che all'evidenza prelude già nel presupposto ad arbitrii e comunque a forti compressioni di diritti costituzionali.

La misura di prevenzione costituisce così un **autonomo "terzo binario" sostanziale**, per così dire, accanto alla pena e alla misura di sicurezza del codice penale; e col tempo si è sempre più sviluppato, anche in base ad esigenze pur minime di garanzia, un apposito binario processuale giurisdizionale, il "processo di prevenzione", che solo per certi versi ha un'impronta penalistica di garanzia, e più marcatamente ha un'impronta penalistico-autoritaria. Bettiol notava che "Il delinquente teme più il giudizio di pericolosità che quello di colpevolezza"[6], ma tendeva ad avversare la misura intendendola quale "espressione di una concezione rabbiosamente anti-democratica dello Stato"[7]. Può sorprendere quindi la circostanza che proprio in base ad un emendamento di Bettiol e di Giovanni Leone, illustrato dal primo, nasce senza critiche il terzo comma dell'art. 25 Cost. Ed è significativo che al riguardo Bettiol osservi, come già cennato: "*Sullo sfondo vediamo balenare lo Stato di polizia, quindi non si tratta di misure che siano consone al cento per cento ad una costituzione liberale. Ma siccome lo Stato deve difendersi contro i delinquenti, è necessario che in certi casi possa disporre di*

[5] G. Bettiol, *Seduta del 15 aprile 1947*, AC, vol. I, p. 898.

[6] G. Bettiol, *Sul problema della fattispecie penale*, in Id., *Scritti giuridici. Le tre ultime lezioni brasiliane*, Cedam, Padova 1987, p. 9 (1).

[7] G. Bettiol, *Il ruolo svolto dal codice penale Rocco nella società italiana (1981)*, in Id., *Gli ultimi scritti 1980-1982 e la lezione di congedo 6.V.1982*, cit., p. 61 (53); G. Bettiol, *Verso un nuovo romanticismo giuridico* (*1979),* in Id., *Scritti giuridici 1966-1980*, Padova, Cedam 1980, p. 244 s. (243).

File riservato ad esclusivo fine di studio

provvedimenti difensivi di carattere preventivo"[8]. Insomma, Bettiol difende la sua scelta. Può darsi però che i due Penalisti si siano limitati ad un risultato in un certo senso "minimale" come quello dell'inserimento del principio di legalità; come può darsi, e non incompatibilmente, che le esigenze di politica criminale abbiano avuto senz'altro il sopravvento sui valori culturali[9]. Pensiamo peraltro che una vera e propria rivoluzione in materia rispetto al diritto esistente sia apparsa impraticabile. In definitiva, nel "quotidiano" Bettiol ammetteva anche le misure di sicurezza e in una concezione larga che abbracciava la misura di prevenzione. Nondimeno, considerazioni critiche Bettiol estende con maggior intensità alle misure di prevenzione. In tempi di terrorismo egli ammonisce affinché il diritto penale non faccia salti di qualità dimenticando i propri limiti: non si possono creare fattispecie delittuose centrate sul sospetto, non si possono in nome di presunzioni creare misure *ante delictum*, non si può operare con il criterio del Tipo preventivo d'autore sovvertendo un secolo di pazienti lavori e intaccando i principi dello Stato di diritto[10]. Per Lui, la lotta preventiva alla delinquenza, anche alla più grave, non è compito specifico del diritto penale ma di una seria e profonda politica criminale e di polizia sociale (lo Stato stesso è criminogeno se la sua opera è male ordinata). Tutta l'opera preventiva deve essere quindi legata ad una efficiente realtà pedagogica, assistenziale, di polizia agile, pronta ed aperta che non irrida al diritto ma sia frutto di un diritto orientato sulla personalità dell'uomo, lasciando la repressione agli strumenti propri del diritto penale che dello Stato di diritto deve continuare ad essere la massima espressione[11].

Non vale quindi fare ricorso a misure *ante delictum*. Contro Pietro Nuvolone, ma forse anche contro quanto aveva osservato in sede Costituente, Bettiol giunge a negare cittadinanza costituzionale alle misure di prevenzione, non riconoscendone il fondamento nell'art. 2 Cost. perchè tale norma avrebbe carattere programmatico e non farebbe alcun riferimento a nessun provvedimento specifico in concreto. Peraltro è da osservare che Nuvolone inserisce la misura di prevenzione nella stessa nozione costituzionale di misura di sicurezza di cui all'art. 25, co. 3 Cost., svincolando quest'ultima dal sistema codicistico[12]. Lo stesso Bettiol è il promotore di questa norma costituzionale, pur paventando lo stato di polizia e riconoscendo in definitiva

[8] G. Bettiol, *Seduta del 15 aprile 1947*, cit., p. 898 s. Sul punto v. C. Carissimi, *Ideologie penali e tecnicismo giuridico nel dibattito alla Costituente*, in *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, vol. II, *Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, a cura di U. De Siervo, Il Mulino, Bologna 1980, p. 476, 481 (441).

[9] Notazioni di F. Palazzo, *Le scelte penali della costituente*, in *Studi in ric. G. Pisapia*, I, Giuffrè, Milano 2000, p. 341 nt. 30 (329).

[10] Bettiol, *Verso un nuovo romanticismo giuridico*, cit., p. 245. Cfr. A.A. Calvi, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Cedam, Padova 1967.

[11] *Ibidem*.

[12] P. Nuvolone, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Giuffrè, Milano 1976, p. 634 (632).

File riservato ad esclusivo fine di studio

che si tratta di misure indispensabili alla lotta contro la delinquenza. Inoltre è da dire che Bettiol, con Nuvolone, in generale non accoglie la prospettazione della programmaticità di norme costituzionali[13]. Ma più tardi per Bettiol le esigenze garantistiche postulano anzitutto il reato e dopo di questo la fattispecie di sicurezza con la relativa misura, nel quadro di un "doppio binario" senz'altro recepito dall'art. 25 cit.[14].

Comunque, a parte pure cioè certe difficoltà di conciliare la prospettiva teorica e quella pratica, Bettiol vede che la tassatività e la certezza del diritto sarebbero irrimediabilmente compromesse con il graduale comparire di tipologie personalistiche che devono ritenersi superate, con la ricca presenza di momenti normativi nelle fattispecie di prevenzione, con un potere discrezionale "così ampio da far temere il peggio". Conclude quindi nel senso che le misure *ante delictum* sono incostituzionali e sopportabili solo in tempi di emergenza in nome di una *necessitas quae legem non habet* [15].

Diversamente è trascorsa la storia costituzionale delle misure di prevenzione, cioè è trascorsa grosso modo come Bettiol l'aveva lucidamente prefigurata proponendo l'art. 25, co. 3, Cost. in sede costituente.

Infatti, anche per l'opera concretizzatrice della Corte costituzionale, che pure ha tentato costantemente di ricondurle in una qualche dimensione garantistica, le misure di prevenzione hanno trovato una ormai radicata legittimazione costituzionale. Espressamente la Corte afferma la legittimità costituzionale di un "sistema di misure di prevenzione dei fatti illeciti", a garanzia "dell'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti fra i cittadini", con riferimento agli artt. 13, 16, 17 e 25 co. 3 Cost., ora sottolineando e ora attenuando il parallelismo con le misure di sicurezza, e quindi ora richiamando l'identità del fine di prevenzione dei reati perseguito da entrambe, ora rilevando invece le differenze[16]. Nella concezione della Corte risulta possibile assoggettare le misure, oltre che all'obbligo della garanzia giurisdizionale, al principio di legalità-determinatezza, al rifiuto del sospetto, al fondamento quindi su fatti specifici obiettivamente identificabili, al diritto di *habeas corpus*, e così via. Tutto ciò pare tuttavia più un miracolo della retorica e dell'intellettualismo giuridico, che non

[13] Bettiol, XI, p. 52.

[14] Diversa però l'opinione già manifestata in Bettiol, *Aspetti etico-politici della misure di sicurezza*, cit., p. 520, laddove sulla scia di Petrocelli si era ritenuto il reato non rilevante al fine di una demarcazione tra i due provvedimenti. Per la costituzionalizzazione del doppio binario v. Bettiol, *Orientamenti generali nel diritto penale*, in *Jus*, 1951, fasc. IV, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 761 (753).

[15] Bettiol, *Verso un nuovo romanticismo giuridico*, cit., p. 246.

[16] Ciò è avvenuto fin dalle sentenze n. 2/1956, n. 1/1956, n. 27/1959, e poi via via alle sentenze n. 45/1960, n. 126/1962, nn. 23 e 68/1964, n. 32/1969, n. 76/1970, n. 177/1980, e altre che possono ritrovarsi sintetizzate da S. Riondato, P. Capoti, *Legge 27 dicembre 1956, n. 1423. Misure di prevenzione dei confronti di persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità*, in A. Crespi, F. Stella, G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale. Complemento giurisprudenziale*, a c. di G. Zuccalà, Cedam, Padova 2011. V. inoltre Guerrini, Mazza, Riondato, *Le misure di prevenzione*, cit.

File riservato ad esclusivo fine di studio

il cardine di un effettivo baluardo all'arbitrio giuridico. La giurisprudenza, invero, riesce a dedicarsi a retorici salti mortali. La misura di prevenzione, sostiene, non ha carattere sanzionatorio e guarda alla futura commissione di reati[17]; perciò l'utilizzo delle condanne penali anche non definitive ai fini della misura di prevenzione non costituisce duplicazione di sanzione[18]. Dall'altro lato viene affermato che gli indizi tratti dal processo penale non necessariamente devono essere "gravi, precisi e concordanti", perché in definitiva – come ha ritenuto la Cassazione[19]- la misura di prevenzione è "un anticipo succedaneo di un provvedimento retributivo", cioè è una pena anticipata. Logicamente si tratta di un'anticipo di una sanzione punitiva, quindi di una sanzione punitiva. Infatti lo sviluppo delle misure di prevenzione è andato di pari passo con l'incremento dell'ineffettività della pena. La misura di prevenzione diventa una pena anticipata di tipo anomalo (c.d. *poena extraordinaria*), appunto perché è applicabile sul presupposto di un reato di cui manca semplicemente la prova[20]. Se pure le misure di prevenzione fossero sopportabili solo in tempi di emergenza in nome di una *necessitas quae legem non habet*[21], tuttavia in Italia si vuole che l'emergenza sia stabilmente continua.

La Corte costituzionale, dal canto suo, nel delineare i limiti di questo "pericoloso" sistema, e peraltro al contempo darvi nel complesso ampia legittimazione[22], richiede sì che le fattispecie-presupposto contengano esplicito o implicito riferimento al reato o ai reati o alle categorie di reati della cui prevenzione si tratta. La descrizione della o delle condotte considerate deve acquisire tanto maggiore determinatezza in quanto consenta di dedurre dal loro verificarsi nel caso concreto la ragionevole previsione che quei reati potrebbero venire consumati ad opera di quei soggetti[23]. E' stata perciò dichiarata incostituzionale, per esempio, la previsione per cui certe misure di prevenzione potevano applicarsi a coloro che "per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere"[24].

Tuttavia, la prova di quei reati che la Corte costituzionale vorrebbe inseriti nei presupposti viene assunta con forme e mezzi molto più liberi di quelli correlati al processo penale per reati. In buona sostanza, valgono sospetti o indizi semplici, nonostante la parola "sospetto" sia stata espunta dalle norme di legge[25], ma ritorni co-

[17] Cass. pen., sez. I, 1991, CED 186745; v. anche Corte cost. n. 64/1968.
[18] Cass., sez. I, 1986 CED 174434.
[19] Cass. Pen., Sez. I, 21 gennaio 1991, CED 186500, e in *Mass. Pen.*, 1992, p. 38.
[20] G. Fiandaca, *Commento*, in Fiandaca, Puglisi, *L. 3/8/1988 n. 327 – Norme in materia di misure di prevenzione personali*, in *Leg. Pen.*, 1989, p. 19.
[21] Bettiol, *Verso un nuovo romanticismo giuridico,* cit., p. 246.
[22] N. 2/1956; n.45/1960; n.68/1964; n.384/1987.
[23] N. 177/1980.
[24] N. 177/1980.
[25] Sulla scorta delle indicazioni della Corte costituzionale (n. 2/1956; n.419/1994).

File riservato ad esclusivo fine di studio

stantemente nelle pronunzie giudiziali[26]. Del resto, il legislatore italiano insiste a prevedere fattispecie-presupposto molto scarne che contemplano appunto *tout court* gli "indiziati" di appartenere ad associazioni stampo mafioso (descritte dall'art. 416 bis del codice penale), o gli "indiziati" di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, o gli "indiziati" di appartenere ad associazioni terroristiche, o gli "indiziati" di altre forme gravi di criminalità organizzata (art. 4 Cod. Ant.). La Corte di Cassazione finisce per far coincidere un apparato indiziario emerso all'inizio di un processo penale con quanto basta a sorreggere l'affermazione di pericolosità per la sicurezza pubblica, perfino quando vi sia stato proscioglimento per mancanza di colpevolezza[27], o quando l'ordinanza di carcerazione preventiva sia stata annullata in Cassazione[28]. La stessa Corte finisce col ritenere l'irrilevanza di una sentenza di proscioglimento ottenuta dall'interessato per un delitto contemplato nella fattispecie-presupposto di una misura di prevenzione: ciò dichiaratamente deriverebbe dal "*sistema probatorio attenuato del processo di prevenzione*"[29]. Insomma, ciò che non è provato o provabile in un processo penale, lo diventa nel processo di prevenzione[30], grazie all'"attenuazione" delle garanzie probatorie.

Tutto questo sistema continua dunque ad affermarsi come se il principio costituzionale secondo cui "L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva" (art. 27, co. 2, Cost.), non dovesse valere fuori dall'ambito della responsabilità penale in senso stretto e agli effetti della sola pena, o comunque dovesse completamente cedere alle esigenze di prevenzione, e paradossalmente in quanto si tratti di pena "anticipata", che come tale vorrebbe logicamente garanzie rafforzate e non già degradate. Parimenti dicasi per il principio di personalità della responsabilità penale (art. 27 co. 1 Cost.). È davvero curioso il frutto del paradosso costituito dalle misure di prevenzione.

Si noti inoltre che la Costituzione italiana prevede la garanzia giurisdizionale *immediata* in fase applicativa solo quando si tratti di limitazioni della libertà personale (art. 13 Cost.). La Corte costituzionale ha individuato nella "degradazione giuridica" dell'individuo l'elemento qualificante della restrizione della libertà personale: per aversi degradazione giuridica occorre che il provvedimento provochi una menomazione o mortificazione della dignità e del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata all'assoggettamento all'altrui potere, in cui si concreta la violazione del

[26] TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, n. 1005/2009.
[27] Cass. Pen., sez. I, n. 2606/1995.
[28] Cass. Pen., sez. I, n. 6521/1998.
[29] Cass. Pen., sez. V, n. 40490/2009.
[30] Non sembrano sufficientemente determinate nemmeno le altre fattispecie-presupposto, che richiedono non meglio precisati "elementi di fatto" in base ai quali debba ritenersi, per esempio, che il soggetto "è abitualmente dedito a traffici delittuosi", o che il soggetto per il suo comportamento debba ritenersi "dedito alla commissione di reati" che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, o la sanità o la sicurezza o la tranquillità pubblica (art. 1 Cod. Ant.).

File riservato ad esclusivo fine di studio

principio dell'*habeas corpus*. Su questa base è stato ritenuto che la misura di prevenzione costituita dall'obbligo di soggiorno in una certa località, accompagnato da una serie di prescrizioni, integri limitazione della libertà personale e soggiacia quindi alla garanzia giurisdizionale piena, di tipo penalistico stretto (art. 13 Cost.)[31]. Rispetto alla diversa misura costituita da un ordine di rimpatrio dato dal Questore, la stessa Corte ha ritenuto che la libertà di circolazione e di soggiorno sia cosa diversa dalla libertà personale[32]. Pertanto vale al riguardo la generale garanzia di Difesa secondo cui tutti hanno diritto di agire in giudizio per la tutela dei loro diritti o interessi legittimi (art. 24 Cost.). Tale garanzia nel caso opererà dopo l'applicazione della misura e in una sede giurisdizionale e mediante un processo che non necessariamente deve soggiacere alle garanzie del processo penale. In materia di misure di prevenzione valgono quindi sicuramente i principi generali costituzionali sul giusto processo, che riguardano ogni tipo di processo (art. 111, co. 1 e 2 Cost.): legalità, contradditorio, parità delle armi, terzietà e imparzialità del giudice, ragionevole durata. Si può tuttavia discutere nei congrui casi sulla rilevanza di quelle norme costituzionali che svolgono in modo speciale il principio del giusto processo con riguardo al processo penale, ponendo garanzie più stringenti rispetto a quelle costituzionali processuali generali: per esempio informazione sull'accusa, vari diritti della Difesa, stretto principio del contraddittorio nella formazione della prova (art. 111 Cost., co. 3, 4, 5)[33].

*4. (*segue*) specificità costituzionali concernenti le misure patrimoniali.*

4. Riguardo alle dilaganti misure patrimoniali di prevenzione, i margini di compressione dei diritti si allargano molto di più[34]. Nella considerazione comune – che non è però la mia – i diritti patrimoniali valgono comunque di meno della libertà personale e degli altri diritti fondamentali costituzionali. Peraltro il sistema delle misure di prevenzione patrimoniali non è puramente amministrativo nel senso che non sia mai coinvolta la minaccia di una pena limitativa della libertà personale. Infatti la legge tende a prevedere norme penali incriminatrici con pene limitative della liberta personale anche a "chiusura" del sistema stesso, cioè a tutela dell'effettività della prevenzione patrimoniale, perché commina pene in vari casi di mancata collaborazione degli interessati (per es.: art. 76, co. 4 e 5, 6,7 Cod. Ant.; art. 12 quinquies d.l. 306/1992[35]; art.

[31] N. 419/1994.

[32] N. 2/1956; n. 45/1960; n. 68/1964; n. 384/1987.

[33] Si può inoltre discutere se il principio costituzionale che stabilisce l'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112, co. 1 e 2 Cost.) riguardi anche l'azione di prevenzione.

[34] V. di recente, per tutti, D. Fondaroli, *Misure di prevenzione e presunta pericolosità dei beni*, in *St. on. M. Romano*, III, Jovene, Napoli 2011, p. 1507; G. Ruggiero, *Inquadramento dogmatico e questioni applicative della confisca per equivalente in materia penal-tributaria*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, p. 886. *Ivi* ult. ind.

[35] Norma non abrogata dal Codice antimafia. Cfr. Cass. 27666/2011: "L'oggetto giuridico del delitto

File riservato ad esclusivo fine di studio

650 c.p.[36]; forse art. 334 c.p.)[37]. Vi è quindi un quadro complessivo di prevenzione penale patrimoniale fondata sulla coercizione indiretta, che dovrebbe essere qualificato come penalistico in senso stretto e assoggettato quindi fin dall'inizio a tutte le relative garanzie. Prevale invece la concezione che il sistema di prevenzione patrimoniale non avrebbe di principio nulla da spartire con quella degradazione giuridica, menomazione o mortificazione della dignità e del prestigio della persona, e assoggettamento all'altrui potere, che come ha detto la Corte costituzionale riguardano la compressione della libertà personale. Il sistema di prevenzione può allora dispiegarsi sul presupposto che il diritto di proprietà e di iniziativa economica possano essere sacrificati nell'interesse delle esigenze di sicurezza e dell'utilità generale (art. 41, secondo comma, Cost.), nonché della funzione sociale della proprietà (art. 42, secondo comma, Cost.). Le scelte al riguardo rientrerebbero pertanto nell'ambito della discrezionalità riservata al legislatore. Risulterebbero fondate sull'esigenza di sottrarre i patrimoni accumulati illecitamente alla disponibilità dei soggetti che non possono dimostrarne la legittima provenienza. Dalla prevenzione criminale si passa in realtà anche alla tutela dell'economia locale e nazionale rispetto alla provenienza dei beni, quindi per esempio anche alla tutela della concorrenza, fuori da pericolosità soggettive ma anche dalla pericolosità dei beni intesi nel senso di strumenti agevolatori di proliferazione criminale[38]. Il menzionato coinvol-

di trasferimento fraudolento di valori, previsto dall'art. 12 *quinquies* d.l. n. 306 del 1992 (conv. in l. n. 356 del 1992) sta nell'interesse ad evitare la sottrazione di patrimoni anche solo potenzialmente assoggettabili a misure di prevenzione, sicché la concreta emanazione di queste ultime (o la pendenza del relativo procedimento) non integra l'elemento materiale del reato né una condizione oggettiva di punibilità, ma può costituire mero indice sintomatico (possibile, ma non indispensabile) di eventuali finalità elusive sottese a trasferimenti fraudolenti o ad intestazioni fittizie di denaro, beni o altre utilità, che connotano il dolo specifico richiesto". La norma si applica, dunque, anche in caso di misure di prevenzione patrimoniali già disposte.

[36] Cass. pen., 13976/2007: "La disposizione di cui all'art. 650 c. p. è norma di natura sussidiaria, che trova applicazione solo quando il fatto non è previsto come reato da una specifica disposizione di legge e, nel caso di violazione di provvedimenti del giudice, quando gli stessi non siano eseguibili coattivamente o quando la loro violazione non sia accompagnata da una specifica sanzione (fattispecie in tema di violazione di prescrizioni contenute in un provvedimento applicativo della misura di prevenzione patrimoniale reale del sequestro preventivo)".

[37] Del resto, il quadro strettamente penalistico si intende bene qualora si consideri che si tratta in buona sostanza di confiscare beni anticipatamente rispetto a quanto accadrebbe all'esito di un processo penale per reati, tramite la confisca intesa come pena accessoria. E non a caso se ne occupa l'autorità giudiziaria penale.

[38] Come ha ribadito la Corte costituzionale, la specifica *ratio* della confisca di prevenzione «comprende ma eccede quella delle misure di prevenzione consistendo nel sottrarre definitivamente il bene al "circuito economico" di origine, per inserirlo in altro, esente dai condizionamenti criminali che caratterizzano il primo» e «a differenza di quella delle misure di prevenzione in senso proprio, va al di là dell'esigenza di prevenzione nei confronti di soggetti pericolosi determinati e sorregge dunque la misura anche oltre la permanenza in vita del soggetto pericoloso» (Corte cost., n. 275/1996; Corte cost., n. 21/ 2012 in relazione al diritto di difesa in un procedimento per misura reale contro gli eredi dell'interessato deceduto (e privo di difesa, secondo la tesi respinta dalla Corte).

File riservato ad esclusivo fine di studio

gimento oggettivo dei "conviventi" e delle società, enti e persone giuridiche in genere, e gli ampi poteri incontrollati di indagine patrimoniale conferiti a polizia e Autorità giudiziaria (art. 19, 34, 78 ss.) alimenta un quadro di anticipata penalizzazione oggettiva, tendenzialmente collettiva, con correlata investigazione, che raffigura bene una pericolosa avanzata dello Stato di Polizia a scapito dello Stato di Diritto[39].

5. Cenni sulla tassazione dei proventi da reato.

5. A tutto ciò si aggiunge tra l'altro la tassazione dei proventi da reato[40]. In forza dell'ultima riforma, l'art. 8 del decreto-legge 2 marzo 2012, n. 16 (semplificazioni fiscali) conv. in l. 26 aprile 2012 n. 44 ha tra l'altro sostituito il comma 4-bis dell'articolo 14 l. 24 dicembre 1993, n. 537[41], come segue: *Nella determinazione dei redditi di cui all'articolo 6, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, non sono ammessi in deduzione i costi e le spese dei beni o delle prestazioni di servizio direttamente utilizzati per il compimento di atti o attività qualificabili come delitto non colposo per il quale il pubblico ministero abbia esercitato l'azione penale o, comunque, qualora il giudice abbia emesso il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'articolo 424 del codice di procedura penale ovvero sentenza di non luogo a procedere ai sensi dell'articolo 425 dello stesso codice fondata sulla sussistenza della causa di estinzione del reato prevista dall'articolo 157 del codice penale. Qualora intervenga una sentenza definitiva di assoluzione ai sensi dell'articolo 530 del codice di procedura penale ovvero una sentenza definitiva di non luogo a procedere ai sensi dell'articolo 425 dello stesso codice fondata sulla sussistenza di*

[39] Al fine di organizzare la gestione dell'ingente massa di denaro e beni immobili e mobili che vengono sequestrati e confiscati, è stata costituita un'apposita "Agenzia nazionale per l'amministrazione dei beni confiscati e sequestrati alla criminalità organizzata" (Art. 110 Cod. Ant.), dotata di personalità giuridica di diritto pubblico e di autonomia organizzativa e contabile. L'Agenzia è strumento di acquisizione dei beni al patrimonio dello Stato. Acquisisce i beni, li gestisce provvisoriamente, ne programma l'utilizzo e la destinazione, aiuta l'autorità giudiziaria nell'amministrazione e custodia. Provvede tra l'altro al risarcimento delle vittime dei reati di tipo mafioso, alla destinazione a finalità istituzionali dei beni immobili mantenuti nel patrimonio dello Stato, alla devoluzione a Comuni, Province o Regioni, che poi provvedono ad assegnarli in concessioni ad enti, associazioni, organizzazioni con finalità sociali come per esempio il recupero dei tossicopendenti e la protezione ambientale; oppure, se si tratta di beni aziendali, si favorisce la cessione a imprese che garantiscano la continuazione dell'attività lavorativa, o a cooperative di lavoratori dipendenti dall'impresa confiscata. I beni mobili sono affidati per l'utilizzo preferibilmente alle Forze di polizia o ad altri enti pubblici non economici per finalità di giustizia.

[40] V., anche per la sistematica nella prospettiva penalistica, R. Acquaroli, *Confisca e tassazione. Proposte di riforma e ipotesi di un modello integrato di disciplina della ricchezza di "origine illecita"*, in Id. (a c. di), *La riforma del sistema sanzionatorio fiscale*, Eum edizioni Università di Macerata 2007, p. 167 ss.

[41] Il testo previgente, introdotto dall'art. 2 l. n. 289/2002, è il seguente:"*Nella determinazione dei redditi di cui alla articolo 6, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, non sono ammessi in deduzione i costi o le spese riconducibili a fatti, atti o attività qualificabili come reato, fatto salvo l'esercizio di diritti costituzionalmente riconosciuti*".

File riservato ad esclusivo fine di studio

motivi diversi dalla causa di estinzione indicata nel periodo precedente, ovvero una sentenza definitiva di non doversi procedere ai sensi dell'articolo 529 del codice di procedura penale, compete il rimborso delle maggiori imposte versate in relazione alla non ammissibilità in deduzione prevista dal periodo precedente e dei relativi interessi[42].

La novella tenderebbe a chiarire, e in prospettiva innovativo-restrittiva, la previgente disciplina dell'indeducibilità dei costi riconducibili a reato (ora solo a delitto non colposo). Mi limito a notare che generalmente non si riconosce affatto che la *ratio* dell'indeducibilità in questione sia sostanzialmente concernente il versante tributario, dato che si tratterebbe invece di una non ben precisata "sanzione", talvolta qualificata come "impropria", in qualche modo collegabile al versante più o meno latamente "punitivo" rispetto all'illecito. Di qui una serie di censure costituzionali, tendenzialmente fondate su principi attinenti alla pena – legalità, riserva giurisdizionale, presunzione di non colpevolezza, eguaglianza, *etc*.

Su queste basi, risultano per più versi pregiudicate le possibilità di tentare percorsi interpretativi utili a comprendere se preclusioni o inclusioni ai fini del "rimborso" siano suscettibili di una interpretazioni estensiva o restrittiva verso un significato "razionale", poiché si tratta di una disciplina che palesemente da àdito fin dalla sua *ratio* ad una intensa incertezza. La ragione assorbente di questa incertezza sta a mio avviso nella circostanza che l'istituto retrostante, cioè la tassazione dei proventi da reato, si inquadra in una prospettiva che al di là della pura maschera costituita dal c.d. principio di neutralità fiscale, che è un risultato e non un principio, rimane una misura preventiva di polizia quale succedaneo di una misura di ambito penalistico, come la confisca nelle varie configurazioni che questa assume in tale ambito (confisca che oltretutto all'epoca dell'introduzione di tale tassazione non poteva essere applicata come misura di prevenzione se non congiuntamente ad una misura di prevenzione personale). La misura di prevenzione svolge in genere appunto il ruolo di succedaneo di una misura penale negativa, sia essa una pena o una misura di sicurezza o altro, come appunto la confisca delle cose che servirono o furono destinate alla commissione del reato, e delle cose che ne costituiscono il prodotto, il profitto, il prezzo etc., compresi quindi costi del reato. E' una misura che surroga quella che per le più varie ragioni non si riesce ad applicare in un processo penale o in un processo di prevenzione. Vale a dire che **la tassazione dei proventi da reato è una misura di prevenzione patrimoniale mascherata**, e che i relativi poteri di accertamento vanno anch'essi

[42] Nella prima formulazione governativa l'art. 8 suonava: "*Nella determinazione dei redditi di cui all'art. 6, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, non sono ammessi in deduzione i costi e le spese dei beni o delle prestazioni di servizio direttamente utilizzati per il compimento di atti o attività qualificabili come delitto non colposo per il quale il pubblico ministero abbia esercitato l'azione penale. Qualora intervenga una sentenza definitiva di assoluzione compete il rimborso delle maggiori imposte versate in relazione alla non ammissibilità in deduzione prevista dal periodo precedente e dei relativi interessi".*

File riservato ad esclusivo fine di studio

relazionati all'ambito di polizia preventivo-penale. La deducibilità dei costi da reato rispetto ai proventi finisce per costituire solo un mostro giuridico generato da strumentali, indebite confusioni tra fiscalità e penalità preventiva – nel cui guazzabuglio giuridico sarebbe semmai più congruo (beninteso: in logica interna) stabilire per i costi l'indeducibilità *tout court*, e anzi per i proventi più consone misure ablative.

Nel nuovo codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (decr. Lgs. 6 settembre 2011, n. 159), la misura di prevenzione patrimoniale è disgiunta dalla misura di prevenzione personale e anche dalla pericolosità del soggetto proposto (che può anche essere morto) (art. 18); l'azione di prevenzione è indipendente dall'azione penale (art. 29), e mira appunto all'acquisizione allo Stato dei patrimoni di provenienza anche presuntivamente illecita, prevedendo penetranti indagini patrimoniali estese a coniugi, figli, conviventi e persone fisiche o giuridiche patrimonialmente collegate di fatto. Rimane però l'ancoramento ad una lunga e complessa lista di soggetti "destinatari" (art. 16) che grosso modo e in poche parole sono riconducibili ai sospettati di criminalità organizzata o di certi reati o di abitualità nel reato o dedizione al reato.

La tassazione dei proventi da reato ha invece un ambito di applicabilità soggettiva molto più vasto. Noto al riguardo solo che anche le persone giuridiche potrebbe ritenersi che commettano reati, a seguito della caduta del principio *societas delinquere non potest* sancito dal decr. lgs. 231/2001 e dalla correlata giurisprudenza penale che ravvisa nella relativa disciplina una responsabilità di natura *penale*[43], per fatto proprio[44], che riprende lo schema del concorso di persone nel reato[45] (e che comprende anche l'"ente" consistente in una "impresa individuale"[46]).

Tutta la materia meriterebbe un più attento coordinamento, perché la situazione attuale è in sintesi la seguente: i redditi da reato devono essere dichiarati altrimenti si commette reato di omessa dichiarazione di redditi – violazione disconosciuta del principio per cui lo Stato non può costringere all'autoincriminazione tramite norme

[43] Cass. Pen., sez. II, 30 gennaio 2006, n. 3615, in *Cass. pen*., 2007, p. 74.

[44] La Corte di Cassazione, con sentenza n. 27735 (depositata il 16 luglio 2010), in *Cass. pen*., 2011, n. 5, p. 648 ss. (con nota di A. Agnese, *La natura della responsabilità da reato degli enti*, ivi, p. 1882), ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 d. lgs. 231/2001, sollevata con riferimento all'art. 27 Cost., *"poiché l'ente non è chiamato a rispondere per un fatto altrui, bensì proprio, atteso che il reato commesso nel suo interesse e o a suo vantaggio da soggetti inseriti nella compagine della persona giuridica deve ritenersi tale in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega i primi alla seconda. La Corte ha pure precisato che non si tratta di una forma di responsabilità oggettiva, essendo prevista necessariamente, per la sua configurabilità, la sussistenza della cosiddetta "colpa di organizzazione" della persona giuridica".*

[45] Corte di Cassazione, sezioni unite penali, 27 marzo 2008, n. 7.

[46] Cassazione Penale, sez. III, 15 dicembre 2010 c.c., n. 15657, Sferrazza, in *Cass. pen*., 2011, 7/8, p. 2556; si veda al riguardo L. Pistorelli, *I destinatari delle norme sulla responsabilità da reato nella giurisprudenza di legittimità*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti (www.rivista231.it)*, 2011, 4, p. 173.

File riservato ad esclusivo fine di studio

penali (*nemo tenetur se detegere* sostanziale)[47]; i costi del delitto non colposo non sono deducibili ma quelli degli altri reati sono deducibili (!), e si presuppone un reddito da reato che tramite la tassazione finisce per essere "legittimato"; l'estinzione del reato giova ai fini del "rimborso", tranne che si tratti di prescrizione del reato; le persone giuridiche commettono reati, ma i reati tributari non entrano nella "lista" che le riguarda. Tutti segnali preoccupanti dell'ormai conclamato degrado della civiltà anche giuridica.

6. Conclusione.

6. In chiusura piace ribadire che l'emergenza in nome della quale si vorrebbe giustificare le misure di prevenzione potrebbe meglio essere affrontata, per ridurla, ricordando con Bettiol che la lotta preventiva alla delinquenza, anche la più grave, non è compito specifico del diritto penale ma di una seria e profonda politica economica e sociale, corredata da una seria politica criminale e da una attenta polizia sociale generale, davvero preventiva ma non invasiva, con una efficiente realtà pedagogica, assistenziale, anche di polizia agile, pronta ed aperta, secondo un diritto orientato verso il rispetto della dignità dell'uomo.

[47] Cfr. solo Cass., sez. V, 19 novembre 2009, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, p. 468; Cass., sez. III, 24 gennaio 1997 e Cass., sez. III, 10 marzo 1996, *ivi*, 1998, p. 284 ss. con commento critico di L. Pistorelli (p. 298); G. Fornasari, Nemo tenetur se detegere *sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, in *Dir. pen. processo*, 2008, fasc. 7, anche con riferimento ai progressi manifestatisi per opera di Cass., Sez. V, 15 febbraio 2007, Giordano (in *Riv. pen.*, 2007, p. 759); E. Infante, Nemo tenetur se detegere *in ambito sostanziale. Fondamento e natura giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001, p. 831.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Debora Provolo

Coscienza del giudice e obbedienza alla legge, coscienza del subordinato e obbedienza all'ordine dell'autorità

L'intera opera giuridica di Giuseppe Bettiol è attraversata da una costante tensione verso l'«umanizzazione» del diritto penale, per cui non deve stupire che il tema della coscienza dell'individuo sia un tema ricorrente negli scritti giuridici del Maestro. È un tema suggestivo che senza dubbio trascende lo specifico ambito giuridico e proprio per questo si rivela pieno di insidie per il giurista, il quale generalmente guarda con sospetto ogni indagine che pretende di penetrare oltre lo scudo del dato positivo.

Non ho certo la pretesa, con questo mio breve intervento, di trattare approfonditamente del ruolo attribuito alla *coscienza umana* nell'originale prospettiva del Maestro patavino. Mi soffermerò, invece, sulla questione della posizione del subordinato di fronte all'ordine criminoso, col proposito di trarre dalle istanze di umanizzazione sempre presenti nel pensiero bettioliano qualche spunto di riflessione con riferimento al tema impervio (e sconfinato) della subordinazione e dell'obbedienza del giudice alla legge.

Nel suo scritto *Sull'umanizzazione del diritto penale* del 1949, Bettiol afferma che l'interprete che guardi alle cose nel loro contenuto sentirà che «la sua coscienza si ribella di fronte ad una estensione infondata o indimostrata della responsabilità penale o dinnanzi ad una pena che offende la dignità morale dell'uomo condannato»: è qui che, secondo Bettiol, opera la *coscienza morale* dell'individuo, la quale giudica gli istituti del diritto penale positivo in relazione a certi principi che, per quanto storicamente condizionati, sono pur sempre desunti da ciò che vi è di oggettivo ed immutabile nell'uomo stesso, ossia la sua *natura razionale*[1]. L'idea che l'uomo debba

[1] G. Bettiol, *Sull'umanizzazione del diritto penale*, in Id., *Scritti giuridici*, II, Cedam, Padova 1966, p. 741.

File riservato ad esclusivo fine di studio

essere, nel campo giuridico, la misura di tutte le cose significa infatti, per Bettiol, che il diritto (ed in particolare il diritto penale) è fatto per l'uomo, del quale devono essere riconosciute e rispettate le fondamentali strutture razionali ed esigenze morali. In particolare, per Bettiol può dirsi «umano» quel diritto che non calpesta le esigenze della giustizia (virtù morale per eccellenza) quando esso modella reati e pene o quando delinea i fondamentali istituti che servono all'applicazione delle norme penali; è umano quel diritto che è espressione e garanzia della libertà «*responsabile*» dell'individuo. In questa prospettiva, un diritto penale *umano* non può che essere *democratico*, laddove per democrazia Bettiol intende un «reggimento politico ancorato al concetto di una responsabilità individuale in regime di libertà»[2].

«Democrazia», «libertà» e «responsabilità» dell'individuo: si tratta di termini spesso evocati dai giuristi, i quali tuttavia faticano a trovare un accordo sul significato giuridico ad essi di volta in volta attribuibile e, in particolare, sui rapporti che intercorrono con il termine correlativo di «autorità».

Quello dell'adempimento dell'ordine criminoso è un tema che risulta essere *prima facie*, ma anche al vaglio della storia, a forte connotazione politica, e la relativa disciplina, posta proprio sul piano inclinato del *rapporto tra autorità e libertà*, si presenta come cartina di tornasole per testare le inclinazioni autoritarie ovvero, rispettivamente, liberali degli ordinamenti giuridici contemporanei. Della questione Bettiol si occupa approfonditamente già nel 1934, quando scrive il suo lavoro monografico sull'ordine dell'autorità nel diritto penale[3]. Come avverte sin dalla premessa l'insigne Maestro, il nodo problematico del tema dell'esecuzione dell'ordine del superiore è senza dubbio costituito dalla possibile rilevanza dell'obbedienza all'ordine *illegittimo* perché criminoso ai fini dell'esenzione dalla responsabilità penale, giacché l'ordine conforme alla legge non suscita particolari difficoltà interpretative risolvendosi la sua esecuzione in una mediata applicazione di una norma giuridica.

In un periodo storico in cui l'ordinamento militare era considerato come un ordinamento giuridico autonomo rispetto a quello statale, munito di organizzazione propria e portatore di speciali interessi, attuabili anche in deroga ai principi stabiliti dal diritto penale comune, e nel quale, dunque, l'interesse alla pronta obbedienza degli ordini ben poteva essere ritenuto prioritario rispetto all'interesse alla non lesione di beni giuridici penalmente tutelati[4], Bettiol affronta la questione cercando di tracciare precisi confini di legittimità anche con riferimento all'ambito penale militare, nel quale tradizionalmente si rinvengono le ipotesi di ordini criminosi insindacabili

[2] *Ivi*, p. 743.

[3] G. Bettiol, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale (1934)*, in Id., *Scritti giuridici,* I, Cedam, Padova 1966, p. 109.

[4] Per un'indagine critica sui possibili profili di specialità del sistema penale militare nell'attuale assetto dell'ordinamento italiano si rinvia a G. Fiandaca, *Quale specialità per il diritto penale militare?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1059.

File riservato ad esclusivo fine di studio

e vincolanti, ordini che l'insigne giurista non esita a definire come «un'apparizione molto strana nel campo del diritto»[5]. Secondo il Maestro il subordinato che esegue un ordine illegittimo insindacabile agisce lecitamente perché opera in conformità alla norma che gli impone di obbedire ai comandi del superiore, non già perché l'ordine (illegittimo) costituisca una norma giuridica; a ciò consegue che l'ordine illegittimo vincolante è causa di giustificazione per l'inferiore che lo ha eseguito[6].

Ciò che preme notare in questa sede è come Bettiol, in tutto lo svolgersi della sua acuta indagine sull'ordine dell'autorità, si premuri di porre in evidenza come l'adempimento dell'ordine illegittimo vincolante debba essere considerato quale fenomeno del tutto eccezionale nel campo del diritto, fenomeno che dunque va circoscritto entro i confini possibilmente più ristretti[7]. Ed è proprio attraverso la valorizzazione dell'eccezionalità della norma che Bettiol giunge a ridimensionarne la significatività[8]. Muovendo dall'affermazione secondo cui in via di principio la legge considera come eccezionale qualsiasi limite posto al diritto/dovere del subordinato di sindacare la legittimità formale e sostanziale dell'ordine ricevuto, egli ribadisce la sindacabilità sempre e comunque della legittimità formale e mantiene il limite della «manifesta» o «palese» illegalità dell'ordine che, nella sua concezione, equivale alla illegalità sostanziale «conosciuta» dal subordinato: a tale conoscenza della criminosità egli collega il venir meno della vincolatività dell'ordine illegittimo[9]. Egli allora valorizza l'apporto dell'inferiore il quale, se è a conoscenza dell'illegittimità intrinseca dell'ordine ricevuto, può e deve farlo presente al superiore (attraverso l'istituto della rimostranza), e, se il superiore persiste nella propria decisione, il subordinato, se convinto dell'illegittimità dell'ordine, non è tenuto ad eseguirlo[10].

Nel 1978 entra in vigore la fondamentale legge sui principi della disciplina militare (l. 11.7.1978, n. 382, *Norme di principio sulla disciplina militare*), con il chiaro intento di conformare la disciplina militare al rinnovato assetto costituzionale italiano – entro il quale deve essere collocata la «cosa» militare – ed in particolare all'art.

[5] Bettiol, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, cit., p. 195.

[6] *Ivi*, cit., p. 155 ss. Rileva il Maestro (p. 195) che, in quanto «apparizione strana», l'ordine illegittimo vincolante reca con sé fenomeni giuridici strani: come da un lato esso porta ad ammettere la possibilità che da un'azione lecita scaturisca un evento illecito, dall'altro è resa ammissibile la legittima difesa nei confronti di un'azione lecita giuridicamente. Sotto quest'ultimo profilo Bettiol rivendica (nel 1934) lo Stato di diritto, nel quale l'Amministrazione deve sempre circoscrivere la sua attività entro i confini che l'ordinamento giuridico le ha tracciato e in cui non si potrebbero obbligare i terzi a subire passivamente i torti loro cagionati dalla Pubblica Amministrazione.

[7] *Ivi*, p. 152.

[8] Cfr. S. Riondato, *Un diritto penale detto "ragionevole". Raccontando Giuseppe Bettiol*, Cedam, Padova 2005, p. 106.

[9] Bettiol, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, cit., p. 150 ss.

[10] *Ivi*, p. 153.

File riservato ad esclusivo fine di studio

52, 3° Cost., secondo cui «*l'ordinamento militare si informa allo spirito democratico della Repubblica*».

Non è un caso dunque che il Maestro, proprio nel 1978, dia alle stampe il suo scritto *Sul diritto penale militare dell'atteggiamento interiore*, nel quale egli si trova a riflettere sul nuovo ruolo che il militare deve assumere in considerazione del processo di democraticizzazione che ha coinvolto le Forze armate.

Alla luce di tale processo, non è più possibile abbracciare l'idea, ben radicata nella tradizione, secondo cui l'individuo perde lo *status* di cittadino nel momento in cui entra a far parte dell'istituzione militare, la quale costituisce un *corpus* separato dal resto della società. Al contrario, come ben osserva Bettiol, il militare è un tipo di cittadino speciale, arricchito di diritti e di doveri che l'ordinamento cui appartiene gli impone rendendolo partecipe di quella funzione (la difesa della Patria) che la Costituzione qualifica come «sacra»[11].

Il militare non può più, dunque, in alcun modo essere considerato «solo "carne da cannone", uomo alienato, ma un cittadino che sente non già diminuiti ma potenziati i suoi diritti e i suoi doveri»[12]. Per quanto possano operare norme speciali in relazione alla caratterizzazione del rapporto che unisce il soldato allo Stato o in ragione delle particolari situazioni nelle quali il militare è chiamato ad agire, non sono ammissibili norme in contrasto con i principi sanciti dalla Costituzione[13]. Come esattamente osserva il Maestro, la *disciplina* non è in sé una realtà antidemocratica; detto altrimenti, non è che l'idea di disciplina implichi l'obbedienza cieca, anche all'ordine illegittimo: il vero problema è in realtà quello dell'individuazione dei *limiti* al dovere di obbedienza gerarchica. Secondo Bettiol, nel mondo militare la disciplina «deve diventare *un modo di essere dell'orientamento personale dell'appartenente alle forze armate* per cui la astensione da ogni tipo di azione penalmente rilevante deve essere un modo normale e sistematico della mente e della coscienza del militare»[14]. Dunque il richiamo alla coscienza non è un vago richiamo all'elemento emotivo o irrazionale, alle personali vedute del militare, bensì ad una coscienza per così dire «qualificata» in quanto orientata verso il rispetto della legge anche penale.

E del resto, la figura, per così dire, «ideale» di militare disegnata dalla legge sui principi (peraltro di recente trasfusa nel nuovo *Codice dell'ordinamento militare* del 2010)[15] è quella del militare che tenga positivi comportamenti orientati alla tutela

[11] Cfr. G. Bettiol, *Sul diritto penale militare dell'atteggiamento interiore (1978)*, in *Scritti giuridici 1966-1980*, Cedam, Padova 1980, p. 258.
[12] *Ivi*, p. 257.
[13] Cfr. *ivi*, p. 257-258.
[14] *Ivi*, p. 258.
[15] Il D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 66, recante il *Codice dell'ordinamento militare*, ha abrogato sia la l. 382/1978 che il regolamento di disciplina (d.P.R. 545/1986). Con il Codice dell'ordinamento militare il legislatore ha inteso disciplinare «l'organizzazione, le funzioni e l'attività della difesa e sicurezza militare e delle Forze armate» (art. 1), procedendo al riassetto del complesso quadro normativo previgente in

File riservato ad esclusivo fine di studio

dell'effettività e della continuità dell'ordinamento repubblicano e dei valori che esso esprime e garantisce, un militare, insomma, al quale si richiede «*senso di responsabilità e consapevole partecipazione*» – per usare le parole della legge (art. 1346, 3° co. Cod. ord. mil.; art. 4, 1° co.) – nel perseguimento delle finalità istituzionali e nell'assolvimento dei propri compiti, nel rispetto della Costituzione e delle leggi.

È evidente che questa concezione del militare non può non reagire sul tema dell'obbedienza all'ordine gerarchico. Se la disciplina deve costituire normale modo di essere che si radica nella coscienza del militare e la orienta verso l'astensione da ogni condotta che si ponga in contrasto con la legge penale, se al militare si richiede *senso di responsabilità*, ciò implica che l'obbedienza non possa che essere obbedienza *vigile*. Il vincolo all'obbedienza non può far venir meno il rapporto diretto, di coscienza e di dovere, del subordinato con il precetto penale, al di là e al di sopra dell'ordine ricevuto. La coscienza umana del subordinato dunque può (e deve) ribellarsi di fronte ad un ordine del superiore che gli impone la commissione di un reato.

Il subordinato nell'eseguire l'ordine, dunque, così come il giudice nel processo interpretativo, non può sottrarsi alla responsabilità della scelta e della valutazione critica: in tal senso la coscienza umana non può essere espunta dall'atto di obbedienza o dall'atto del decidere, non può venire nascosta, rispettivamente, dietro il paravento del dovere assoluto di obbedienza o dietro il dato positivo, in una concezione formalistica della legalità[16].

Questo accostamento tra l'esecuzione dell'ordine del superiore e la decisione del giudice può apparire (e in un certo senso è) ardito, perché è evidente la diversa portata dell'attività critica rivolta nei confronti di un ordine (un atto amministrativo) illegittimo alla stregua dell'ordinamento giuridico in cui l'ordine stesso si inserisce, da un lato, e la critica di una legge formalmente valida ma che contrasterebbe con principi ad essa gerarchicamente sovraordinati, dall'altro. Anche su un piano strettamente logico-giuridico l'attività di concretizzazione della norma generale ed astratta da parte del giudice è cosa ben diversa dalla materiale esecuzione di un ordine amministrativo[17]. Ciò non toglie che il concetto di ordine sia uno dei concetti cardine della nostra cultura giuridica e che l'attività del giudice sia accomunata a quella dell'esecutore dell'ordine dalla pretesa normativistica di trasferire la responsabilità

materia di ordinamento militare. Per un primo commento al Codice, entrato in vigore il 9 ottobre 2010 e accompagnato dal *Testo Unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare* (d.P.R. 15 marzo 2010, n. 90), si rinvia a R. De Nictolis, V. Poli, V. Tenore (a cura di), *Commentario all'ordinamento militare*, EPC, Roma 2010-2011.

[16] Vedi Riondato, *Un diritto penale detto "ragionevole"*, cit., p. 164 ss.

[17] L'esecuzione materiale dell'ordine del superiore è assimilabile più all'esecuzione della sentenza che alla decisione.

File riservato ad esclusivo fine di studio

dell'individuo su un dato giuridico (la legge ovvero l'ordine) precostituito e quindi estraneo alla dimensione soggettiva dell'uomo.

Il tema della soggezione del giudice alla legge si intreccia con quello del processo interpretativo, poiché il vincolo del giudice alla legge (cfr. art. 101 Cost.), espressione del principio di legalità e dalla separazione dei poteri, deve guidare fino in fondo l'interpretazione e l'applicazione del diritto[18]. Non è possibile, in questa sede, addentrarsi nelle peculiari problematiche che la questione dell'interpretazione giuridica assume in campo penale[19], e che derivano proprio dalla pretesa di particolare «fedeltà» alla legge penale[20] connessa alla funzione garantista del principio di legalità. Se è vero, infatti, che non si può ridurre l'interpretazione della legge penale ad un mero sillogismo logico e che la natura in qualche modo «creativa» dell'attività del giudice è oggi – pur con varie sfumature – ampiamente ammessa[21] (e si predica, da più parti, la necessità di prendere atto del tramonto dell'ideale illuministico del giudice «*bouche de la loi*», mero «esecutore» della volontà legislativa), è altrettanto certo che il riconoscimento di ineludibili componenti «valutative» e «creative» nel processo interpretativo comporta il rischio del soggettivismo dell'interprete, il quale si sentirebbe libero di creare nuovo diritto[22]. Se per un verso, dunque, si avverte l'esigenza di rifuggire dal formalismo legalista[23], per altro verso la consapevolezza

[18] Cfr. D. Pulitanò, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Tomo I, Giuffrè, Milano 2006, p. 663.

[19] Sul complesso tema dell'interpretazione della legge penale si vedano intanto, con diversità di accenti, O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge,* Giuffrè, Milano 2006; G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale (2001)*, in Id., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova 2002, p. 33; F. Giunta, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen*., 2011, p. 259; N. Mazzacuva, *A proposito della «interpretazione creativa» in materia penale: nuova «garanzia» o rinnovata violazione di principi fondamentali?*, in Dolcini, Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 437; A. Pagliaro, *Testo ed interpretazione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2000, p. 433; F. Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in Dolcini, Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 515; D. Pulitanò, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in Dolcini, Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Mariucci*, cit., p. 657; R. Rampioni, *«In nome della legge» (ovvero Considerazioni a proposito di interpretazione creativa)*, in *Cass. pen.,* 2004, p. 310; M. Ronco, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in Dolcini, Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 693. Cfr. inoltre M.M. Fracanzani, *Analogia e interpretazione estensiva*, Giuffrè, Milano 2003, *passim*; Pulitanò, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in Dolcini, Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Mariucci*, cit., p. 680.

[20] Sul punto vedi Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, cit., p. 517 ss., p. 527.

[21] Sul punto vedi Riondato, *Un diritto penale detto "ragionevole"*, cit., p. 87. Sulla natura creativa dell'attività interpretativa e sulle peculiarità della creatività del giudice rispetto a quella del legislatore, vedi G. Zaccaria, *Il giudice e l'interpretazione*, in *Politica del diritto*, 2006, p. 461.

[22] Vedi Pulitanò, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale,* cit., p. 680 ss.

[23] Il formalismo della legge, che in astratto può essere accolto con favore per soddisfare le esigenze di razionalità che animano ogni costruzione giuridica, si manifesta con maggiore drammaticità nel momento concreto del giudizio dove può condurre a conseguenze che offendono il senso giuridico se

File riservato ad esclusivo fine di studio

che l'interpretazione si inscrive sempre in un «contesto» che la condiziona e che nel processo di concretizzazione giudiziale delle norme penali è ineludibile il momento della «precomprensione» dell'interprete – costituita da quei fattori extratestuali o di contesto che vanno al di là del tenore letterale della fattispecie legale e che in qualche modo rimandano alla cultura, alla sensibilità e all'ideologia del singolo interprete[24] – sollecita la necessità di contenere la creatività dell'interprete entro i limiti consentiti dalle disposizioni normative e dal contesto istituzionale, al fine di evitare che il risultato interpretativo sia frutto della pura inclinazione personale del giudice, che si trasformi, in sostanza, in un arbitrio sottratto a qualsivoglia controllo razionale. Il vincolo alla legge, cui il giudice è soggetto, esige invero la sua disponibilità a porre in questione le proprie preconvinzioni e a giustificare la propria decisione nel contesto dell'ordinamento positivo[25].

Le riflessioni di Bettiol sul processo interpretativo consentono di cogliere la complessità del tema. Come altri giuristi suoi contemporanei, il Maestro riconosce che l'atto interpretativo è «un atto di logica concreta, il quale, senza sparire nel vortice di una intuizione, è influenzato anche da elementi psicologico-irrazionali, spesso artistici»[26]; egli fa proprie, sul punto, le considerazioni di Pugliatti[27], secondo cui la concretizzazione delle astratte formule legislative non può che essere storicizzazione che sarà sempre effettuata «da una coscienza umana capace di quelle scelte e valutazioni atte ad adeguare le norme alle concrete esigenze della storia». Se è vero che il

non proprio il buon senso. Entra qui in gioco quella che la coscienza comune chiama «umanità» del giudice, e che Salvatore Satta – con il quale Bettiol aveva un forte legame non solo culturale (cfr. G. Bettiol, *L'uomo Satta*, in *Studi in memoria di Salvatore Satta*, I, Cedam, Padova 1982, p. 153, nonché l'evocativa dedica a Satta, «amico di ogni tempo, in ricordo del lungo esilio isontino», contenuta nella *Prefazione alla seconda edizione* de *Il problema penale* (1945), ora in Bettiol, *Scritti giuridici*, II, cit., p. 620) – definisce come un «vago sentimento di qualcosa che riporta la logica formale alla immediatezza della vita» (S. Satta, *Il formalismo nel processo (*1958), in Id., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Ilisso, Padova 1968, p. 55): non si tratta di una critica al giudizio secondo diritto, di un richiamo al diritto libero e all'arbitrio del giudice, giacché il giudizio secondo diritto non solo è l'unico possibile, ma è agli antipodi del formalismo il quale si concretizza in un vero e proprio rifiuto di giudicare il caso concreto demandando la responsabilità della decisione alla lettera della legge.

[24] Sul punto vedi Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale,* cit., p. 37, che annovera nella categoria della «precomprensione ermeneutica» latamente intesa le vedute personali del giudice e i suoi pregiudizi, la sua concezione politico-ideologica, la preoccupazione per l'impatto che la decisione potrà avere sul reo e sulla realtà esterna, le aspettative dell'ambiente sociale cui la sentenza si rivolge, e così via. Sui diversi significati del concetto di «precomprensione» vedi G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano 1984, p. 156 ss.

[25] G. Zaccaria, *L'ermeneutica e la teoria del diritto*, in Id., *L'arte dell'interpretazione*, Cedam, Padova 1990, p. 110 ss.: la precomprensione (anticipazione di senso), in quanto presupposto «positivo» della possibilità di comprendere, serve per mettere alla prova un'ipotesi di soluzione, sempre soggetta, nella sua verità provvisoria e interna al procedimento, alla dimostrazione della sua illegittimità.

[26] G. Bettiol, *Diritto penale*, Cedam, Padova 1982, p. 133 ss.

[27] S. Pugliatti, *Conoscenza e diritto*, Giuffrè, Milano 1961, p. 58.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Maestro mette in guardia da pericolose aperture al diritto «libero» – e, dunque, da quella concezione secondo cui «quando il giudice non sembra più guidato dal legislatore, si ritiene che possa far diretto e immediato appello alle fonti sostanziali del diritto penale o alla propria coscienza giuridica» – e propende per la natura «conoscitiva» (ossia razionale) dell'interpretazione[28], ciò non di meno egli accede all'idea che l'attività giudiziale non possa ridursi ad una operazione logica meramente astratta, «perché nell'applicazione del diritto entrano anche fattori psichici e valutazione di interessi specialmente nel determinare il senso della legge, ed il giudice resta sempre una personalità pensante, cosciente, valente, non un automatico di decisioni»[29]. Per Bettiol, insomma, pur dovendo tener sempre presenti gli indirizzi fondamentali della legislazione e non i propri indirizzi e vedute personali, l'interprete ben può colmare le lacune e sciogliere degli elementi normativi, e così collaborare con il legislatore entro i limiti che quest'ultimo ha lasciato alla sua discrezione, «anche nell'ipotesi in cui egli faccia riferimento a principi metagiuridici per allargare o restringere il significato di una norma, dovendosi trattare di quei principi e di quelle norme culturali che hanno informato di sé l'opera del legislatore»[30].

Pur avvertendo che l'interpretazione teleologica del giudice non è lasciata libera a se stessa, in balia dello scopo personale dell'interprete, bensì è frenata da opportune disposizioni che la guidano, Bettiol giunge ad affermare che, in quanto dominata dalla *logica concreta*, l'attività che l'interprete della legge compie nel suo lavoro intellettuale è «un'attività *sottilmente* creativa, una continua *immediata* creazione»[31]. Tuttavia, Bettiol rifiuta l'idea che la «creatività» dell'interpretazione debba intendersi nel senso che alla radice del processo mentale interpretativo vi sia un fattore mera-

[28] Cfr. G. Bettiol, *Bene giuridico e reato (1938)*, in Id., *Scritti giuridici*, I, cit., p. 328; Id., *Diritto penale*, cit., p. 134.

[29] G. Bettiol, *Giurisprudenza degli interessi e diritto penale*, in Id., *Scritti giuridici,* I, cit., p. 342, che fa proprie sul punto le parole di F. Ferrara, *Trattato di dir. civ. it.,* Edizioni Scientifiche Italiane, Roma 1921, p. 196.

[30] Bettiol, *Bene giuridico e reato*, cit., p. 329. Come è stato esattamente osservato (Riondato, *Un diritto penale detto "ragionevole"*, cit., p. 81), per Bettiol la decisione giuridica nel singolo caso si rivela dunque né mera applicazione della legge né mero atto di volontà, ma piuttosto una sintesi avvalorante in un processo interpretativo in cui viene assunta come essenziale una comprensione integrativa (l'interprete «collabora» col legislatore), laddove comprensione ed integrazione sono giocoforza orientate in uno spazio culturale che Bettiol tende costantemente ad accertare, precisare ed anche condizionare, in relazione ai presupposti di contenuto che egli assume a fondamento del diritto.

[31] Bettiol, *Diritto penale*, cit., p. 134 s. Sul punto vedi Riondato, *Un diritto penale detto "ragionevole"*, cit., p. 82 ss., secondo il quale può dirsi operante la c.d. logica flessibile, combinatoria dei vari punti di vista e interessi in gioco, secondo il valore finale di riferimento in base alla concezione teleologica bettioliana. Per una diversa interpretazione vedi G. Marini, *Giuseppe Bettiol. Diritto penale come filosofia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli rist. agg. 1992, p. 73, secondo il quale il Maestro, pur auspicando che ogni interprete sottoscriva il progetto teleologico ed eviti gli eccessi del logicismo formalistico, diffida di chi considera l'attività ermeneutica come operazione creativa, e ne afferma invece *tout court* la natura conoscitiva.

File riservato ad esclusivo fine di studio

mente emozionale, irrazionale; egli, esclude, dunque, una concezione per così dire «intuizionista» dell'opera del giudice.

L'invito di Bettiol all'interprete affinché egli «guardi alle cose nel loro contenuto» e il richiamo alla dimensione della «coscienza morale» non possono quindi essere intesi come un abbandono della ragione al puro soggettivismo interpretativo, o ad una concezione del diritto come mero strumento che il giudice può o deve «utilizzare» per realizzare scopi valutati dallo stesso giudice come preminenti nell'ambito dell'ordinamento costituzionale o conformi alle esigenze non ancora soddisfatte della realtà sociale [32].

Nelle affermazioni del Maestro va invece colta l'esortazione – sempre valida ed attuale, al di là ed oltre le indubbie sollecitazioni storiche che possono aver generato le riflessioni di Bettiol all'indomani della seconda guerra mondiale – ad esercitare la *coscienza critica* in ogni momento dell'esperienza giuridica[33]. Il richiamo di Bettiol alla dimensione coscienziale del giudizio deve essere allora inteso come un invito al giudice (e al giurista in genere) ad innescare un processo auto-critico[34], a rifuggire dalla «comodità spirituale di liberarsi dalla responsabilità del giudizio», poiché far dipendere la decisione da posizioni formali e concettuali è un modo come un altro per sottrarsi al dovere di giudicare, ed è la via che conduce proprio al formalismo, cioè alla simulazione del giudizio secondo diritto[35]. In questo senso deve essere intesa anche la proposta avanzata in sede costituente dall'on. Bettiol di aggiungere al secondo comma dell'art. 101 Cost. («I giudici sono soggetti soltanto alla legge») l'inciso «che interpretano secondo coscienza»[36].

L'obbedienza del giudice alla legge è dunque da intendersi non nel senso di un giudizio di carattere meramente (ri-)cognitivo, volto cioè ad accertare quanto già contemplato dalla legge secondo norme da essa stessa fissate, bensì nel senso di una «obbedienza pensante» che postula uno «sviluppo assiologico del comando»[37]: un processo ermeneutico che a sua volta non può risolversi nel mero riconoscimento di un sistema di valori predeterminato al giudizio, ma che invece impegna l'interprete

[32] Sul tema cfr. i vari contributi in P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, voll. I-II, Laterza, Bari-Roma 1973.

[33] Come rileva Riondato, *Un diritto penale detto "ragionevole",* cit., p. 165, è nel richiamo alla «capacità veritativa e critica del pensiero, strumento vitale, anche di liberazione e quindi di libertà» che l'insegnamento bettioliano sul diritto penale inteso (anche) come filosofia conserva intatta tutta la sua irriducibile portata.

[34] Così Riondato, *Un diritto penale detto "ragionevole"*, cit., p. 164 s.

[35] Così Satta, *Il formalismo nel processo*, cit., p. 56.

[36] Sul punto vedi anche Riondato, *Un diritto penale detto "ragionevole"*, cit., p. 164.

[37] Così Zaccaria, *Il giudice e l'interpretazione*, cit., p. 468: come rileva l'A. (p. 471), la disposizione giuridica è certo un modello d'ordine in sé vincolante, ma l'interprete ha il compito di immergere quel modello nell'ordinamento, nel sistema delle norme, e di attuarlo in modo critico, poiché solo in virtù di questa attuazione critica esso può trovare piena realizzazione.

File riservato ad esclusivo fine di studio

alla continua ricerca della regola che possa dirsi «giusta» nella decisione del caso concreto.

Si tratta di un compito difficile, giacché la responsabilità del giudice – stretto tra dovere di fedeltà alla legge, da un lato, ed esigenze di giustizia legate al caso concreto, dall'altro – è resa particolarmente gravosa dalla distanza che sempre separa la generalità e l'astrattezza del testo della disposizione, da un lato, e la concretezza del caso singolo, dall'altro. Il principio di subordinazione del giudice alla legge fornisce senza dubbio al giudice un quadro istituzionale e normativo di riferimento, ma non può far venir meno la consapevolezza dello spazio di autonomia insito nella funzione stessa del giudicare, che trova nel nostro ordinamento un primo ausilio in direzione della Giustizia nell'interpretazione conforme a Costituzione e nella questione di costituzionalità. Tra i criteri che debbono guidare il giudice nel processo di mediazione interpretativa assumono così un ruolo prioritario i principi generali dell'ordinamento, ed in particolare i principi costituzionali, che possono fungere da base per interpretazioni costituzionalmente orientate, e che devono indurre ad escludere, nei casi dubbi, interpretazioni contrarie ai principi e ad avvalorare quelle conformi ai principi stessi[38]. Non solo. A seguito dell'irrompere delle fonti sovranazionali nel panorama giuridico interno[39], occorre prendere atto della circostanza che le Carte fondamentali sono plurime: non più dunque solo la Costituzione italiana, ma anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e la Carta fondamentale dei diritti dell'uomo collegata al Trattato sull'Unione europea (con correlata rilevanza delle «tradizioni costituzionali comuni agli stati membri»)[40].

[38] In questi termini Pulitanò, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, cit., p. 683; vedi pure Zaccaria, *Il giudice e l'interpretazione*, cit., p. 471.

[39] Non è possibile, in questa sede, neppure accennare alle complesse problematiche che riguardano la crisi della riserva di legge in materia penale a seguito dell'impatto con le norme di derivazione sovranazionale (europea in particolare), e che inevitabilmente si ripercuotono sul ruolo del giudice interno «soggetto soltanto alla legge» che si trova ad operare in un ordinamento «multilivello»: su quest'ultimo aspetto si vedano, per limitarsi ai contributi più recenti, M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale, Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano 2011; Giunta, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, cit., p. 263 ss.; S. Riondato, *Influenze di principi penali europei su un nuovo codice penale italiano*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1541 ss.; nonché i contributi di G. Fiandaca, A. Gargani e C.F. Grosso, in *Criminalia*, 2011, p. 77 ss. Più in generale, sul tema della competenza penale europea si rinvia, senza pretesa di completezza, e per ultima indicazione, a S. Riondato, *Competenza penale della comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Cedam, Padova 1996; M. Romano, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario*, *Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 538; C. Ruga Riva (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali*, Giuffrè, Milano 2007; R. Sicurella, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida in un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovrannazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Giuffrè, Milano 2005; C. Sotis, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano 2007.

[40] Vedi Riondato, *Influenze di principi penali europei su un nuovo codice penale italiano*, cit., p. 1551.

File riservato ad esclusivo fine di studio

A fronte di tale regime pluralistico costituzionale, il giudice è chiamato ad impegnarsi nella «logica combinatoria dei diritti umani» per addivenire alla norma del caso concreto[41]. E' chiaro allora che l'attività critica della coscienza non può essere soppressa dall'atto del decidere *in nessun punto dell'ordinamento giuridico*, perché non si può disconoscere l'abisso che separa l'enunciazione dei principi «costituzionali» dalla loro declinazione nel caso concreto, dove ampi margini di scelta rimangono, in ultima istanza, disponibili alla coscienza del singolo interprete[42]. Proprio in virtù di quell'esigenza di «razionalità» che si connette all'individualità umana e che Bettiol indica come valore irrinunciabile del diritto, il giudice è chiamato a rendere ragione della propria decisione[43], attingendo a quel deposito di principi e di regole di giudizio che compongono l'ordinamento giuridico ampiamente inteso, e che, nella doverosa ricerca di coerenza con l'insieme dell'ordinamento, implica anche un assiduo confronto con i precedenti giurisprudenziali[44], nella misura in cui ciò è consentito dal sempre più ampio e pluralistico sistema delle fonti del diritto.

A fronte di un quadro così complesso, è dunque necessario essere consapevoli della responsabilità di ogni giudizio e del dovere, giuridico e morale ad un tempo, che ha ogni interprete (e soprattutto il giudice) di ricercare la «ragionevolezza», avendo a mente che il diritto (anche penale) deve essere fatto per l'uomo e deve rispettarne «le fondamentali strutture razionali ed esigenze morali»[45].

Nel processo come in ogni momento dell'esperienza giuridica devono dunque essere presenti tanto la legge quanto la dimensione soggettiva dell'individuo, altrimenti viene meno la stessa umanità del diritto, che per il diritto penale è espressamente sancita in Costituzione dall'art. 27. Non si tratta dunque di negare l'autorità pubblica per affermare la libertà individuale, quanto piuttosto riconoscere nella libertà umana il fine e insieme il limite di ogni organizzazione ed esercizio del potere.

Una conferma di quanto detto si può rinvenire in talune decisioni prese all'indomani del secondo conflitto mondiale dai Tribunali chiamati a decidere di crimini internazionali commessi da inferiori gerarchici in ottemperanza ad ordini

[41] Cfr. *ivi*, p. 1552.

[42] Cfr. Riondato, *Un diritto penale detto* «*ragionevole*», cit., p. 164.

[43] In argomento vedi, da ultimo, Giunta, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione,* cit., p. 260 ss.

[44] Vedi Zaccaria, *Il giudice e l'interpretazione*, cit., p. 471. Sullo specifico tema del rapporto tra legalità e precedente giudiziale vedi A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino 1999; S. Riondato, *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in U. Vincenti (a cura di), *Diritto e clinica per l'analisi della decisione del caso: atti diel seminario internazionale di studio*, Padova 27 e 28 gennaio 1999, p. 239.

[45] Bettiol, *Sull'umanizzazione del diritto penale*, cit., p. 741. Vedi Riondato, *Un diritto penale detto* «*ragionevole*», cit., p. 166: tramite il ragionevole opera il «tentativo di trovare la misura della verità e dei valori morali che sia proporzionata alla condizione umana, avendo come fine il bene della persona e aderendo alla realtà, alla situazione».

File riservato ad esclusivo fine di studio

impartiti dai loro superiori. Per un felice paradosso, infatti, proprio l'esperienza dei tribunali speciali di guerra, istituiti dai vincitori per giudicare i vinti, violando tutti i fondamentali capisaldi della scienza giuridica tradizionale, hanno rappresentato l'occasione per sperimentare la forza vincolante, sul piano della ragione, dell'umanità del diritto.

L'esperienza storica ha ampiamente dimostrato come un ordine formalmente legittimo alla stregua dell'ordinamento statuale possa risultare invece criminoso alla luce del diritto penale sovranazionale. Tralasciando le delicate e fondamentali questioni giuridico-filosofiche che il tema reca con sé (una per tutte, quella relativa al «superamento del passato per mezzo del diritto» e all'ammissibilità della qualificazione *a posteriori* in termini di «diritto ingiusto» di ordini e comportamenti prima ritenuti doverosi)[46], mi preme rilevare come l'affermarsi, nel diritto penale internazionale, da Norimberga in poi, del principio di personalità della responsabilità penale[47], abbia condotto a riconoscere la penale responsabilità laddove tradizionalmente essa veniva incondizionatamente esclusa, come nel caso dell'ordine criminoso vincolante. Peraltro, a fronte di una norma (l'art. 8 dello Statuto del Tribunale di Norimberga) la cui formulazione precludeva ogni possibilità di assegnare alla circostanza dell'obbedienza

[46] Sul tema vedi G. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei «delitti di Stato» nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Giuffrè, Milano 2001; con specifico riferimento alla punizione dei crimini commessi durante il regime comunista nell'ex DDR vedi E.M. Ambrosetti, *In margine alle c.d. "sentenze del Muro di Berlino": note sul problema del "diritto ingiusto"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 596 ss.; W. Gropp, *Naturrecht oder Rückwirkungsverbot? Zur Strafbarkeit der Berliner "Mauerschützen"*, in K. Schmoller (hrg. von), *Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag*, Wien-New York 1996, p. 103 ss.; Arth. Kaufmann, *Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht*, in *NJW*, 1995, p. 81 ss.; R. Muhm, *Il "Muro di Berlino", i processi paralleli e il diritto naturale in Germania*, in *Ind. pen.*, 1994, p. 627 ss. Quello del «superamento del passato per mezzo del diritto» è un problema che ha interessato anche numerosi altri Stati europei ed extraeuropei alla fine dei conflitti mondiali o a seguito del crollo di regimi totalitari: con specifico riguardo all'esperienza dell'Argentina e della Colombia si vedano i vari contributi in E. Fronza, G.Fornasari (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, Università di Trento, Trento 2009.

[47] Sul tema della responsabilità personale nel diritto penale internazionale si vedano., *ex multis*, K. Ambos, *Art. 25*, in O. Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court,* Hart Pub, Baden Baden 2008, p. 743 ss.; Id., *Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law: a Jurisprudential Analysis - From Nuremberg to the Hague*, in G. Kirk Mcdonald, O. Swaak-Goldman (ed. by), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts*, Vol. I (Commentary), Springer, The Hague 2000, p. 1 ss.; A. Eser, *Individual Criminal Responsibility*, in A. Cassese, P. Gaeta, R.W.D. Jones J. (ed. by), *The Rome statute of the International criminal court: a commentary*, Oxford University Press, Oxford 2002, p. 767 ss.; F. Malekian, *International Criminal Responsibility*, in M. Ch. Bassiouni (ed. by), *International Criminal Law*, vol. I, Ardsley, New York 1999, p. 153 ss.; S. Manacorda, *Imputazione collettiva e responsabilità personale. Uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino 2008.

File riservato ad esclusivo fine di studio

all'ordine una qualsiasi rilevanza ai fini dell'esenzione dalla responsabilità penale, si è registrata la tendenza in sede di applicazione pratica della *defence*, ad attribuire particolare rilievo all'atteggiamento psicologico dell'inferiore, per cui l'esecuzione dell'ordine criminoso non è di per sé causa di esclusione della responsabilità ma può esserlo a certe condizioni, da valutarsi sul piano della colpevolezza[48].

In queste ipotesi, per dirla con Bettiol, la coscienza del giudice non ha potuto che ribellarsi di fronte ad una «estensione infondata o indimostrata della responsabilità penale», di fronte alla palese contraddizione che derivava dall'affermare il principio della responsabilità penale individuale e al contempo, tuttavia, negarne gli effetti e la piena funzione garantista, in virtù della quale la punibilità, anche dell'esecutore dell'ordine, deve sempre fondarsi sulla sussistenza di una adesione soggettiva al fatto criminoso.

In queste pronunzie il giudice – in quanto uomo che, nella concezione bettioliana, «più che guardare al collettivo spesso opaco che lo circonda, scruta nel profondo della coscienza e da questa solitudine illuminata sa trarre una precisa norma di vita»[49] – ha deciso, al di là di ogni condizionamento politico o ideologico, seguendo un procedimento argomentativo fondato sul principio giuridico di colpevolezza: principio cardine di un diritto realmente «umano», in quanto espressione e garanzia della libertà «responsabile» dell'individuo.

[48] Per più ampie considerazioni sul punto sia consentito rinviare a D. Provolo, *Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilità penale*, Cedam, Padova 2011, p. 237 ss.
[49] Bettiol, *Diritto penale,* cit., p. XVII (*Prefazione alla sesta edizione*).

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Rodolfo Bettiol

Il pensiero processualpenalistico di Giuseppe Bettiol e la riforma costituzionale della giustizia

Nelle *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale* Giuseppe Bettiol affermava il principio della indisponibilità dell'oggetto del processo penale in primo grado legandolo al principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale espressione del principio di legalità e di eguaglianza dei cittadini innanzi alla legge. Scopo della presente relazione è valutare se il progetto di legge costituzionale n. 4275 presentato in data 7 aprile 2011 sia conforme al principio affermato dal docente patavino.

Il principale elemento di novità della proposta costituzionale di riforma costituzionale della giustizia è indubbiamente quello previsto dalla riforma dell'art.104 che stabilisce la separazione delle carriere dei giudici e dei pubblici ministeri. Sul punto va detto che già da tempo l'avvocatura ne ha sollecitato l'introduzione ed è indubbio che in linea di principio la stessa appaia difficilmente contestabile.

La separazione dei ruoli si ricollega direttamente all'art. 111 della Costituzione che prevede la terzietà del giudice, sinonimo di autonomia dello stesso dalle parti, autonomia non compatibile con l'essere inserita una parte del processo, il Pubblico Ministero, nello stesso ruolo del giudicante.

La separazione, attua in definitiva una garanzia ordinamentale dell'imparzialità del giudice. Non è neppure da sottovalutare il fatto che dalla separazione dei ruoli ne tragga vantaggio la stessa professionalità del pubblico ministero: altro è indagare e formulare una ipotesi accusatoria, altro è giudicare sulla base delle prove assunte in contraddittorio.

L'adesione alla riforma in linea di principio non può nondimeno non rilevarne i punti critici. Se la presenza di membri laici nei relativi consigli superiori appare opportuna sotto il profilo della coordinazione dei poteri dello Stato che non è in con-

File riservato ad esclusivo fine di studio

trasto con il principio della loro divisione, la presenza di metà dei membri eletti dal parlamento appare eccessiva ed in contrasto con la natura di organi di autogoverno che a garanzia dell'indipendenza della magistratura i due consigli debbono curare, nell'esercizio delle loro funzioni previste dall'art. 105 nel testo proposto, e, cioè, assunzioni, assegnazioni, trasferimenti e promozioni. Ancora va detto come non sia logicamente spiegabile il divieto previsto di atti di indirizzo politico e dell'esercizio di funzioni diverse.

In realtà, non c'è bisogno di un espresso divieto a che i consigli non usurpino le funzioni del potere esecutivo o del potere legislativo. La norma si risolve in effetti in un divieto di manifestazione del pensiero in contrasto con il fondamentale diritto ex art.21 della Costituzione spettante non solo ai singoli ma anche ai collegi. Non è dato poi vedere il perché di escludere in via assoluta l'esercizio di attività collaterali quali seminari di studio e di approfondimento.

Il problema di fondo peraltro che deriva dalla separazione delle carriere è, in realtà, quello della indipendenza e dei poteri del pubblico ministero.

Su ciò il progetto è del tutto ambiguo rimettendo alla legge ordinaria la regolamentazione dell'autonomia (art.104) dello stesso, la disponibilità della polizia giudiziaria (art.109), l'esercizio dell'azione penale definita obbligatoria (art.111).

Sono evidenti i pericoli di fondo, e, cioè, che attraverso la legislazione ordinaria si privi in realtà il pubblico ministero dell'autonomia dall'Esecutivo, lo si renda comunque dipendente dallo stesso nell'esercizio delle sue funzioni in quanto non fornito di un potere di gerarchia funzionale nei confronti della Polizia Giudiziaria, si renda discrezionale l'esercizio dell'azione penale. In realtà la costituzionalizzazione della separazione delle carriere viene a rendere indispensabile la costituzionalizzazione dell'autonomia del pubblico ministero e dei suoi poteri.

È un contrappeso necessario salvo che non si voglia passare a sistemi di discrezionalità propri di altri paesi, dove peraltro sussiste una diversa sensibilità politica e sociale.

In particolare, va costituzionalizzato il potere del pubblico ministero di ricercare la notizia di reato, di dare impulso alle indagini, e, va riaffermata senza ambiguità la dipendenza diretta dallo stesso della Polizia Giudiziaria.

Nel progetto di riforma dell'art.104 si prevede che l'ufficio del pubblico ministero sia organizzato secondo le norme dell'ordinamento giudiziario che ne assicurano l'autonomia e l'indipendenza. Nel rimettere alla legge ordinaria l'organizzazione dell'ufficio del pubblico ministero il progetto prevede l'autonomia e l'indipendenza dell'ufficio, non del singolo magistrato del pubblico ministero, come oggi è pacificamente riconosciuto.

Si prevede dunque una organizzazione gerarchica degli uffici che non garantisce l'autonomia del singolo magistrato inquirente. Ancora va rilevato come il testo nulla dica in merito alla configurazione dell'ufficio lasciando la possibilità che in

File riservato ad esclusivo fine di studio

luogo della attuale configurazione degli uffici – circondariale, distrettuale e presso la Corte di Cassazione – la legislazione ordinaria possa dare vita ad un unico ufficio verticalizzato a livello nazionale. In tal modo si potrebbe arrivare ad un unico vertice più facilmente soggetto alle pressioni dell'Esecutivo, considerando, altresì, la prevista maggiore componente dei membri del Consiglio Superiore di nomina politica. Nel testo del progetto l'art. 109 della Costituzione è modificato nel senso di non garantire la disponibilità diretta della Polizia Giudiziaria da parte dell'autorità Giudiziaria. È evidente il rischio che la legislazione ordinaria crei un pubblico ministero senza armi. L'attività di indagine potrebbe divenire compito esclusivo della Polizia Giudiziaria, gerarchicamente sottoposta all'Esecutivo. Privato dei poteri di direzione delle indagini il Pubblico Ministero avrebbe la sola facoltà di fare proprie le risultanze delle indagini della P.G. per le proprie richieste al Giudice.

Affidando esclusivamente l'attività di investigazione alla P.G., la stessa inevitabilmente svolgerebbe tale attività secondo le direttive dell'Esecutivo con tutti i margini di discrezionalità che lo stesso verrebbe ad imporre. Nei fatti il principio di obbligatorietà dell'azione penale viene a tradursi in piena discrezionalità.

Il progetto modifica, invero, l'art. 112 della Costituzione nel senso che l'ufficio del Pubblico Ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale secondo i criteri stabiliti dalla legge.

Un aspetto particolarmente problematico è quello dell'esercizio dell'azione penale. Nei fatti l'azione penale e l'attività servente alla stessa di indagine è largamente discrezionale. Vi è una discrezionalità tecnica relativa alla valutazione dell'utilità delle indagini e dell'elevazione dell'imputazione, sotto la quale può celarsi anche, in qualche ipotesi, una discrezionalità di mera opportunità. Vi è poi la discrezionalità legata all'eccesso di carichi pendenti rispetto alle concrete possibilità dell'ufficio comportante la scelta di priorità che si risolvono spesso nella prescrizione di molti reati.

Non di meno residua un significato del principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale legato all'art. 3 della Costituzione.

Tale significato è nella circostanza che una volta superate le valutazioni tecniche, una volta superate le urgenze e le priorità, l'esercizio dell'azione penale non può fermarsi innanzi a valutazioni di opportunità.

Una volta che si affermi il carattere di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale invero la legge non potrebbe che stabilire criteri di priorità. Ma è da chiedersi: avrebbe una qualche utilità tale meccanismo? Le priorità sono insite in primo luogo nelle pene edittali previste per i reati, salvo che non le si voglia vedere nel pericolo di prescrizione dei reati dando la precedenza alla persecuzione dei fatti meno gravi rispetto a quelli più gravi. È da considerare inoltre che i reati non vengono commessi

File riservato ad esclusivo fine di studio

omogeneamente nel paese. Le priorità in effetti sono un fatto locale ed è inevitabile lasciare al buon senso delle Procure le linee di azione.

In realtà, l'espressione «esercizio dell'azione penale secondo i criteri stabiliti dalla legge ordinaria» è qualche cosa di superfluo o di inutile, ovvero, in concreto, è volta ad aprire una breccia nel principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, nel senso di offrire spazio a valutazioni di mera opportunità, delle maggioranze di governo che nel clima di illegalità diffuso nel nostro Paese non sono certo auspicabili.

È il caso di rilevare poi come la indicazione di priorità avrebbe un decisivo effetto negativo sulla funzione general-preventiva della legge penale. L'esclusione di vari reati dalla lista delle priorità inevitabilmente varrebbe intesa come garanzia di impunità potendosi facilmente contare sulla prescrizione degli stessi.

In pratica la norma penale verrebbe al più come crisma di illegalità non come coazione effettiva.

In conclusione il progetto di legge costituzionale penale Berlusconi-Alfano non può dirsi conforme al principio delle indisponibilità dell'oggetto del processo penale, affermato da Giuseppe Bettiol anche in considerazione dei valori che lo stesso diritto penale è per il docente chiamato a tutelare.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Paolo Moro

Il giusto processo dialettico. La fonte classica del garantismo penale

Sommario: 1. Il processo come valore. Dall'offesa alla riparazione. 2. Il giusto processo. La teoria contemporanea del garantismo penale. 3. Il processo dialettico. La fonte classica delle garanzie giurisdizionali. 4. Problemi e prospettive. Il giusto processo nel diritto comune europeo.

1. Il processo come valore. Dall'offesa alla riparazione.

Appartiene specificamente alla tradizione accademica patavina del Novecento, della quale anche Giuseppe Bettiol è stato autorevole esponente, l'orientamento filosofico e giuridico che si è sviluppato dal superamento critico di ogni concezione normativista e cha ha considerato meglio difendibile nella riflessione teoretica e nell'esperienza pratica una prospettiva processuale, secondo cui momento specifico ed irrinunciabile del diritto è la controversia giudiziale, fenomeno ontologicamente (anche se non cronologicamente) originario rispetto alla regola legale la quale, appunto, soltanto nel processo trova la propria applicazione e interpretazione[1].

In particolare, con questo orientamento si è confrontata la visione unitaria del diritto e del processo penale, propria della concezione assiologica di Bettiol, il quale

[1] Cfr. G. Capograssi, *Giudizio, processo, scienza, verità (1950)*, in *Opere*, V, Giuffrè, Milano 1959; S. Satta, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIX, Giuffrè, Milano 1970; E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, Cedam, Padova 1983; F. Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Cedam, Padova 1991. Per una recente rielaborazione, si rinvia anche alla collettanea curata da chi scrive *Il diritto come processo. Princìpi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, FrancoAngeli, Milano 2012.

File riservato ad esclusivo fine di studio

considerava indispensabile evitare di disgiungere tali aspetti per cogliere l'essenza dell'intero ordinamento giuridico, qualificato come tale quando assuma il carattere della ragionevolezza[2].

Invero, considerato come «forma a sostanza», nel pensiero bettioliano il processo penale deve custodire la dignità della persona umana ed è la misura del grado di civiltà di un popolo e, dunque, è un valore[3].

Questa visione culturale attinge indubbiamente al principio personalista, accolto dalla Costituzione del 1948 e diretto a considerare il processo penale come difesa della dignità della persona umana quale soggetto in relazione con gli altri: ed è essenziale rilevare che il luogo giuridico ove questa relazione anche conflittuale si organizza è proprio il processo.

In questa esegesi dinamica del diritto come possibilità relazionale che si mostra nel giudizio si apre l'opportunità di rielaborare anche una rifondata definizione del principio costitutivo del reato che possa validamente sintetizzare la concezione formale-legalitaria e la concezione sostanzialistica[4].

Infatti, al fine di superare la nozione dell'illecito penale come trasgressione di un precetto stabilito dalla legge che qualifica tale fatto come rimproverabile con una pena, in questa prospettiva processuale è stata avanzata la definizione del reato quale comportamento dannoso che vìola l'integrità di un bene ritenuto degno di tutela perché appartenente a colui il quale, manifestando quell'opposizione che con l'atto lesivo il reo vuole sopprimere, pretende che tale limitazione sia tolta e che, dunque, l'offesa sia riparata[5].

Dunque, secondo un orientamento comune alla più attenta dottrina e alla unanime giurisprudenza costituzionale, indubbiamente riconducibile anche alla teoria bettioliana del valore giuridico, il principio autenticamente costitutivo del reato deve ritenersi la necessaria offensività o lesività di un bene che riceve protezione dall'ordinamento nel suo complesso come valore significativo e rilevante, tutelato da un diritto penale minimo a salvaguardia di un'armonica e non violenta convivenza associata: *nullum crimen sine iniuria*[6].

[2] Cfr. S. Riondato, *Un diritto penale detto «ragionevole». Raccontando Giuseppe Bettiol*, Cedam, Padova 2006.

[3] Cfr. G. Bettiol, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Cedam, Padova 1966.

[4] Cfr. F. Mantovani, *Reato*, in *Enciclopedia del Diritto e dell'Economia*, Garzanti, Milano 1985, p. 954 ss.

[5] Cfr. F. Cavalla, *Pena e riparazione. Oltre la concezione liberale dello stato: per una teoria radicale della pena*, in F. Cavalla, F. Todescan (a cura di), *Pena e riparazione, Cultura moderna e interpretazione classica*, 2, Cedam, Padova 2000, p. 11 ss.

[6] Cfr. F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, Utet, Torino 1973; R. Riz, *La teoria generale del reato nella dottrina italiana. Considerazioni sulla tripartizione*, ne *L'indice penale*, 1981, p. 607.

File riservato ad esclusivo fine di studio

In questa direzione, che pone l'accento sulla pena come riparazione dell'offesa, riappare la centralità del giusto processo, che non è l'accertamento sillogistico della conformità della norma al fatto, ma il luogo dialogico di discussione e confronto delle parti al fine di raggiungere un giudizio equo, nel rispetto della dignità dell'imputato e dell'offeso.

Non vi è dubbio che, coniugando diritto e processo penale, anche Giuseppe Bettiol abbia riconosciuto alla cultura europea il legato del giusto processo, rivalutando in una prospettiva transnazionale[7] la giurisprudenza anglosassone che aveva elaborato già in età medievale (con la *Magna Charta libertatum* del 1215) il rispetto delle garanzie di libertà «sul piano processuale che non tollera attentati gravi alla dignità e alla posizione difensiva dell'imputato»[8], ma conservando anche il generale obiettivo di riferirsi alla scienza giuridica continentale nell'indispensabile esigenza di «garantire il nostro mondo culturale legato alla logica "aristotelica"»[9].

Da questo rilievo bettioliano nasce il presente spunto di riflessione, volto a mostrare la coerenza dialettica del giudizio penale e, dunque, l'opportunità di rifondare sulla metafisica classica l'idea del processo come principale valore dell'esperienza giuridica[10].

2. Il giusto processo. La teoria contemporanea del garantismo penale.

L'odierno modello accusatorio, che può dirsi in varia misura accolto nel diritto comune europeo, presuppone un processo di parti di natura agonistica[11] e si presenta come insieme di atti ai quali sono chiamati a partecipare necessariamente di fronte ad un terzo giudicante coloro che sostengono posizioni opposte tra loro al fine di pervenire alla composizione della lite con l'esecuzione di un provvedimento conclusivo che tenga conto delle pretese e delle contestazioni sollevate dai disputanti[12].

Questa nozione consente di individuare nel processo penale quattro principi che costituiscono le ineliminabili attività della giustizia e che concorrono a definirne i fondamenti concettuali, manifestando il paradigma giuridico del cosiddetto «giusto processo» o anche «equo processo» (nell'espressione anglosassone: *due process of law*), la cui validità appare oggi ampiamente riconosciuta nel diritto comune e che costituisce la base del garantismo: tali principi sono la contestazione; il contraddittorio; la prova; la giurisdizione.

[7] Cfr. S. Riondato, *Giuseppe Bettiol e le prospettive di un diritto penale transnazionale,* 2007.
[8] G. Bettiol, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Cedam, Padova 1973, p. 45.
[9] G. Bettiol, *L'odierno problema del bene giuridico,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1959, p. 707.
[10] Si rielaborano in questa sede alcune considerazioni già illustrate in *La via della giustizia. Il fondamento dialettico del processo. Con l'«Apologia di Socrate» di Platone*, Libreria Al Segno Editrice, Pordenone 2004.
[11] Cfr. G. Spangher, *Verso un processo di parti*, in *Studium Iuris*, 2002, 4, p. 469.
[12] *Ex plurimis*, cfr. E. Fazzalari, *Procedimento (teoria generale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Giuffrè, Milano 1986, p. 827.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Come è noto, secondo la dottrina del diritto penale minimo, il processo è funzionale alla tutela dei diritti fondamentali dell'imputato e dell'offeso quando in esso vengono rispettati quattro assiomi: *nulla poena sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla accusatio sine probatione e nulla probatio sine defensione*[13].

Di tali assiomi, che però debbono ritenersi degni di approvazione solo in quanto logicamente fondati e non convenzionalmente presupposti, è possibile dare giustificazione in quanto resistenti alla critica, tenendo presente le seguenti definizioni.

La *contestazione* coincide anche con il diritto costituzionale di azione tutelato dall'art. 24 della Carta repubblicana ed è altresì un onere indispensabile (*nemo iudex sine actore*) che si realizza con la formulazione dell'imputazione (art. 405 c.p.p.) e che qualifica il sistema accusatorio, fondato sul principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e, dunque, sulla correlazione tra accusa e sentenza, che inibisce al giudice accertare *ex officio* una presupposta «verità» per trasformarlo in un inquisitore[14].

Il *contraddittorio* costituisce il principio orientativo essenziale del processo penale accusatorio perché consiste nella possibilità per ogni interessato di partecipare all'attività giudiziale e di influire sull'esito finale della stessa, in condizioni di completa e reale parità delle armi, come stabilito non soltanto dall'art. 24, ma anche dall'articolo 111 della Costituzione vigente che menziona espressamente il giusto processo nella sua parte iniziale, tutelando il diritto di difesa e di informazione delle parti[15].

La *prova* è la procedura di controllo logico della contestazione fatta valere nella lite, ma è anche il mezzo (come la testimonianza o il documento) che le parti debbono introdurre nel giudizio per giustificare la propria pretesa chiedendone esplicitamente l'ammissione (art. 190 c.p.p.), tenendo conto che l'imputato si presume non colpevole fino alla condanna definitiva (art. 27 Cost.) in applicazione della nota regola di giudizio che impone la dimostrazione della responsabilità penale oltre ogni ragionevole dubbio (art. 533 c.p.p.)[16].

La *giurisdizione* è l'attività impersonale svolta da un terzo per risolvere una controversia attraverso un giudizio in una «equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale, al fine della determinazione dei suoi diritti e dei suoi doveri nonché della fondatezza di ogni accusa penale» (art. 10 della *Dichiarazione Universale dei Diritti Umani* e art. 6 della *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*): secondo un criterio di giustizia impersonale[17], il giudice non può sottrarsi all'amministrazione della controversia e alla conseguente

[13] Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1996, p. 69.
[14] Cfr. F. Cavalla, *Giudici e Inquisitori*, in A. Angeletti, F. Cavalla *et al.*, *Giudici e Inquisitori*, a cura del CIDAS, Liberilibri, Macerata 1999.
[15] Cfr. R.E. Kostoris, *Il giusto processo, tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Giappichelli, Torino 2002.
[16] Cfr. P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Giappichelli, Torino 2008.
[17] Cfr. F. Chiereghin, *Dall'antropologia all'etica. All'origine della domanda sull'uomo*, Guerini e Associati, Milano 1997, p. 114.

File riservato ad esclusivo fine di studio

necessità di decidere, essendo questa la ragione della sua stessa esistenza e la sua specifica funzione, a lui demandata dall'ordinamento giuridico[18].

Questa griglia tetralogica costituisce l'impianto logico del giusto processo e costituisce il metodo del ragionamento giudiziale che, diversamente dal procedimento analitico della scienza deduttiva, non ha struttura sequenziale o dimostrativa (la conclusione è la derivazione dalla premessa presupposta), ma si sviluppa in forma circolare o argomentativa (la conclusione è la premessa argomentata e, dunque, difficilmente attaccabile).

Infatti, è bene osservare che gli enunciati elementi costitutivi del giusto processo si esibiscono nell'azione giudiziale come aspetti distinti di una medesima realtà e possono essere compresi soltanto in una visione unitaria (*globalità*); sono costantemente presenti in ogni fase della discussione processuale (*contestualità*); contrassegnano qualunque attività giurisdizionale in ciascun ramo del diritto vigente e, dunque, manifestano ciò che accomuna ogni esperienza giuridica particolare (*comunanza*).

Pertanto, l'accertamento giudiziale non è il risultato discendente di una prova «scientifica», perché non costituisce né un'operazione matematica né una descrizione[19], ma è l'esito orizzontale di una logica «filosofica» che mira a rendere preferibile una tesi rispetto a quella opposta, rendendola insignificante perché contraddittoria, cioè incapace di resistere alle confutazioni prospettate dalle parti nelle rispettive difese.

3. Il processo dialettico. La fonte classica delle garanzie giurisdizionali.

Nella cultura giuridica contemporanea, l'origine del giusto processo viene frequentemente, ma inesattamente, riferita all'origine moderna dei diritti dell'uomo che si manifesterebbe nei princìpi sostenuti dalla Scuola del Diritto Naturale del Seicento e del Settecento, secondo cui l'elaborazione dei diritti fondamentali processuali risalirebbe alla costruzione teorica dello Stato moderno, nella sua matrice liberale (John Locke) e democratica (Jean Jacques Rousseau).

Invero, la ricerca del metodo di composizione della controversia nasce nell'antichità classica attraverso lo sviluppo e l'elaborazione concettuale di una procedura che, strettamente connessa alla discussione della controversia giuridica, viene denominata «arte dialettica» (in greco *dialektiké téchne*).

Il rapporto tra processo e dialettica trova così la propria naturale origine nella cultura greca nella quale, sin dalle origini della civiltà occidentale e ben prima dell'universalismo medievale, il processo costituisce il culmine della vita giuridica e

[18] Cfr. F. D'Agostino, *Contingenza delle norme e soluzione delle controversie*, in *Rivista Internazionale di fiolsofia del diritto,* Giuffrè, Milano 1995, p. 667-678.
[19] Cfr. S. Fuselli, *Apparenze. Accertamento giudiziale e prova scientifica*, FrancoAngeli, Milano 2008.

File riservato ad esclusivo fine di studio

manifesta nell'esperienza quotidiana il profondo e radicale legame tra la giustizia e il conflitto.

Nell'opera platonica e in quella aristotelica, che sul punto sono coincidenti, la dialettica è l'origine della filosofia e consente di fondare il metodo della giustizia in quanto organizzazione logica della controversia tra parti opposte.

In questa mentalità, l'ordinarsi del processo si fonda sulla procedura dialettica che, in quanto arte dell'antilogia e nello stesso tempo della mediazione, consente di svelare la verità nella controversia e attua la cooperazione involontaria tra i partecipanti alla discussione giudiziale. Infatti, come si noterà non solo in epoca greca e romana, ma anche nell'età di mezzo, il rapporto tra processo e dialettica non è precostituito dalla ragione come un sistema e non è affatto il prodotto spontaneo di una volontà particolare (dei contendenti o del giudice), ma si realizza automaticamente nel conflitto tra le parti, cioè nel contraddittorio[20].

In effetti, la connessione tra processo e dialettica non è occasionale, ma è necessaria: il paradigma dialettico non è un modello strumentalmente utilizzabile per risolvere le dispute giurisdizionali, ma è fondato su un principio originario che custodisce nell'esperienza il differenziarsi di opposte pretese, impone la discussione delle controversie nella forma processuale e attribuisce la competenza a risolvere la disputa al terzo, il cui giudizio deve essere innegabilmente impersonale.

Infatti, ciascuno degli elementi costitutivi del processo penale, che nella cultura giuridica contemporanea vengono tradizionalmente accolti come principi inderogabili, manifesta i medesimi caratteri della dialettica classica e affonda le proprie radici teoriche nonché la primigenia applicazione pratica nel pensiero e nella vita dei Greci.

La dialettica classica costituisce lo statuto epistemologico della filosofia e del processo: invero, come osserva Aristotele, «si trova necessariamente in una condizione migliore per giudicare colui che ha ascoltato le ragioni opposte, come in un processo»[21].

Come la filosofia, la dialettica greca si fonda sul domandare; si qualifica come procedura dialogica; è peirastica, cioè saggiatoria o esaminativa e, dunque, ha carattere probante; si serve di principi comuni ai discorsi opposti che si espongono nella disputa[22].

Come il processo, la dialettica si manifesta nel continuo ed inesausto domandare (la contestazione); nel dialogare che attivamente si mostra nelle dispute prive di violenza quali sono le controversie (il contraddittorio); nel saggiare il fondamento

[20] Cfr. A. Giuliani, *Prova (filosofia del diritto)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Giuffrè, Milano 1988, p. 523.

[21] Cfr. Aristotele, *Metafisica*, III 1, 995 b 2-4, II. Testo greco con traduzione a fronte, a cura di G. Reale, Vita e Pensiero, Milano 1993, p. 85.

[22] Cfr. E. Berti, *La dialettica come statuto epistemologico della filosofia*, in Id., *Le vie della ragione*, Il mulino, Bologna 1987, p. 141.

File riservato ad esclusivo fine di studio

di tutte le opposte affermazioni che vengono dedotte nella discussione (la prova); nell'individuare principi che, in quanto inconfutabili, sono comuni a tutti i partecipanti al dibattito (la giurisdizione).

4. Problemi e prospettive. Il giusto processo nel diritto comune europeo.

La rimeditazione del fondamento dialettico del giudizio penale, che presuppone una visione unitaria del diritto sostanziale e del diritto processuale analoga a quella prospettata, pur con intento diverso, dalla teoria assiologica di Bettiol, consente di individuare conclusivamente almeno tre questioni, che costituiscono altrettante prospettive problematiche dell'esperienza giuridica contemporanea.

1) Anzitutto, solo il processo dialettico può concretizzare la funzione più evoluta ed estesa della pena che, ripensando criticamente e sintetizzando le tradizionali finalità moderne della retribuzione, della prevenzione generale e della prevenzione speciale[23], consiste nella riparazione dialogica dell'offesa[24].

La necessità di riservare una maggiore attenzione alla lesione che il reato ha concretamente posto in essere, e quindi anche alle persone direttamente coinvolte, è stata avvertita dal recente orientamento della *Restorative Justice* che, in area europea e soprattutto nordamericana, costituisce oggigiorno il più avanzato tentativo di trasformare la sanzione afflittiva applicata nel processo in una «pena dialogica»[25].

2) L'azione della giurisprudenza comunitaria nella tutela dei diritti processuali, con particolare riferimento al settore penale, diffonde il giusto processo ben oltre la sovranità degli Stati e costituisce forse l'unica materia realmente condivisa nel diritto europeo, essendo il potere giurisdizionale l'unico tendenzialmente unitario nell'unione continentale.

Attraverso l'influsso della giurisprudenza si incontrano le tradizionali esperienze nazionali di *civil law* con le esperienze internazionali di common law, che sono ormai attestate non soltanto nel diritto sostanziale[26] ma anche e soprattutto nel settore processuale, tenuto conto dell'ormai sempre più frequente applicazione nella casistica giudiziale della CEDU e della Carta di Nizza, positivizzata nel Trattato di Lisbona.

3) Il processo penale come metodo di tutela dialettica della persona offesa e della persona accusata riporta l'attenzione sul valore relazionale del soggetto nell'ordinamento giuridico e nell'azione giudiziaria.

[23] Cfr. F. Zanuso, S. Fuselli (a cura di), *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, Cedam, Padova 2004.

[24] Cfr. F. Cavalla, *Pena e riparazione. Oltre la concezione liberale dello stato: per una teoria radicale della pena*, in F. Cavalla, F. Todescan (a cura di), *Pena e riparazione. Cultura moderna e interpretazione classica*, 2, Cedam, Padova 2000, p. 11 ss.

[25] Cfr. F. Reggio, *Giustizia dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, FrancoAngeli, Milano 2010.

[26] Cfr. R. Borsari, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Cedam, Padova 2007.

File riservato ad esclusivo fine di studio

La tutela giudiziale multilivello dei diritti fondamentali, tra i quali assumono precipua rilevanza le garanzie del giusto processo, si svolge oggi nel serrato confronto tra le Corti nazionali, la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo e la Corte di giustizia di Lussemburgo[27] e apre rinnovati campi di riflessione.

Ma è evidente che i problemi interpretativi e applicativi dei diritti umani nella giurisprudenza non sono affrontabili senza ripensarne criticamente il fondamento filosofico che, come si è tentato di dimostrare altrove[28], implica un ripensamento della concezione antropologica dell'individuo moderno riscoprendo la natura dell'uomo come soggetto aperto alla relazione.

[27] Cfr. M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il mulino, Bologna 2007.

[28] Chi scrive si è soffermato più ampiamente sulla questione in *I diritti indisponibili. Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Giappichelli, Torino 2004, p. 1-292.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Emanuele Fragasso

Il principio fondamentale del controllo, secondo il pensiero di Giuseppe Bettiol, tra diritto vivente e diritto ad un ricorso effettivo ex art. 13 CEDU[1]

Ringrazio il Professor Mauro Ronco e gli organizzatori di questo importante Convegno, sia per l'onore conferitomi, sia per il piacere di poter parlare del Professor Giuseppe Bettiol, che ho avuto il privilegio di conoscere come Maestro, sin dal tempo in cui ero studente della Facoltà di Giurisprudenza dell'Ateneo patavino.

Tutti i relatori che mi hanno preceduto hanno toccato punte di dogmatica penalistica che per me sono inarrivabili: è stato descritto il giurista, il giuspenalista Giuseppe Bettiol e, non avendo la presunzione di lambire queste vette, cercherò un obiettivo forse ambizioso, ma più alla portata delle mie modeste forze.

Vorrei parlare sì di Giuseppe Bettiol come processualpenalista, ma aspiro pure a ricordare il mio Professore di diritto penale, cioè Giuseppe Bettiol docente.

Egli amava moltissimo il rapporto con gli studenti, sia a lezione che agli esami, ma soprattutto a lezione. Ogni studente dalle sue lezioni di diritto penale alla fine usciva arricchito, perché aveva capito tutto quello che il Professor Bettiol aveva spiegato. E la chiarezza dell'insegnamento induceva molti a pensare che quei concetti fossero a loro già noti, anche se in modo un po' confuso e non del tutto consapevole …

La sua grande abilità di pedagogo, insegnante e docente era quella di trattare l'"*ultimo della cordata*" con la stessa attenzione riservata agli studenti migliori: all'"*ultimo*" egli faceva pervenire il suo messaggio – giuridico ed umano – espresso in una forma semplice e tersa, comprensibile da tutti, senza ricercatezze e senza inutili orpelli.

[1] Il seguente testo riproduce la trascrizione dell'intervento orale, con gli indispensabili adattamenti alla versione scritta.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Questa mia dedica – se c'è uno studente in quest'Aula, mi rivolgo a lui – è propiziata dal motivo di questo Convegno: la ricorrenza del trentesimo anniversario dell'ultima lezione di Giuseppe Bettiol.

Vi è una seconda ragione del riferimento al metodo didattico del Maestro. Le acute osservazioni di questa mattina del prof. Domenico Pulitanò hanno toccato un tema sul quale mi sembra opportuno fare un ulteriore cenno. Penso al cosiddetto "*Bettiol*" – come nel gergo studentesco si diceva – cioè al *Manuale di diritto penale*, che agli occhi degli studenti sembrava difficile, molto difficile, ma che, non appena si incominciava a leggere, diventava facile ed appassionante e poi al "*Bettiolino*", cioè alle *Istituzioni di diritto e procedura penale*.

Poiché il mio intervento si riferisce a quest'ultima opera del Professor Bettiol, vorrei ricordare che, nella esperienza studentesca, ci si accorgeva che il "*Bettiol*" -cioè il *Manuale di diritto penale*- era più impegnativo sul piano mnemonico che su quello intellettuale, mentre il "*Bettiolino*" lo si leggeva tutto di un fiato, come se fosse un libriccino facile facile, arrivando a scoprire solo successivamente, magari a distanza di anni, concetti ed implicazioni del tutto nuovi.

Il libro di *Istituzioni di diritto e procedura penale* era stato realizzato, se non mi inganno, con una tecnica raffinatissima, quella cioè della sintesi, della sincope e della ellissi. L'Autore espone i fondamentali del problema, poi spetta allo studente, spetta al giudice, spetta all'avvocato articolare quei principi che Bettiol elargisce così semplicemente. Una sorta di *solving problems* - come oggi si usa dire con uno dei tanti anglicismi che affliggono la nostra comunicazione - e, quindi, un'arte maieutica che Giuseppe Bettiol aveva perfezionato con grande capacità, anche retorica. Alla fine, forse, si rivelava più facile lo studio del diritto penale, rispetto a quello delle *Istituzioni di diritto e procedura penale*. Sempre che per "studio" s'intenda l'acquisizione razionale di ogni principio giuridico e dei suoi corollari, da ricercare con curiosità e rigore.

E' davvero tempo di concentrarsi sull'argomento che devo affrontare, un tema che, in sé e per sé, è assai vasto, cioè il principio fondamentale del controllo, secondo il pensiero del Maestro, tra diritto vivente e diritto ad un ricorso effettivo ex art. 13 della CEDU. Un tema, dunque, processuale, apparentemente estraneo al panorama problematico del diritto penale. Ma non si può dimenticare che Giuseppe Bettiol è uno dei pochi giuristi che possa fregiarsi, sul campo del "penale", del titolo di *doctor in utroque iure*. Egli è uno dei penalisti in Italia, non solo per ragioni anagrafiche, ma anche per ragioni scientifiche, ad avere trattato ed insegnato sia il diritto penale sostanziale che il diritto processuale.

Nella convinzione che «*il diritto, in quanto fenomeno sociale, è vita, movimento, concretezza e senso del divenire*» (G. Bettiol, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, 2a ediz., Padova, 1973, pag. 158), il Maestro definisce la procedura penale come «*for-*

File riservato ad esclusivo fine di studio

ma ad una *sostanza*» (*op. cit.*, pag. 167), con il corollario che le forme del processo, comprese quelle che sembrano prive di «*contenuto*», perseguono l'interesse al trionfo della verità (*op. ult. loc. cit.*). E con la verità E la libertà dell'individuo: valori che il processo deve tutelare immediatamente ed autonomamente, «*ancor prima di servire da attuazione al diritto penale sostanziale*» (*op. ult. loc. cit.*).

Il tema che mi accingo ad affrontare ne costituisce la dimostrazione più lineare.

Il principio del controllo, oggi, ha una precisa collocazione e significazione costituzionale nell'art. 111, comma 7 della Costituzione. Tutti sanno che contro le sentenze ed i provvedimenti restrittivi della libertà personale pronunciati da un giudice ordinario o speciale è sempre ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge. *Ergo*, almeno il ricorso per cassazione deve essere previsto contro un provvedimento limitativo della libertà personale o contro una sentenza. L'unica deroga è prevista per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.

Il principio del controllo è, pertanto, la regola aurea del giudizio.

Se, infatti, il diritto processuale penale non contemplasse la possibilità di un controllo (ed, eventualmente, di una riforma), la potestà di giudicare, ancorchè attribuita dalla legge, incorrerebbe nel pericolo di degenerare in un atto di arbitrio e di prevaricazione in danno della persona che vi è sottoposta. Allorquando non è consentita la critica ragionata – in fatto ed in diritto – nel prisma di un successivo controllo, devoluto ad un giudice superiore, *nomos* prevale su *logos* e genera l'ingiustizia, come accade per l'inappellabile decisione di Creonte contro Antigone.

Quando Bettiol scrisse nel 1966 le *Istituzioni*, l'art. 111 non aveva, ovviamente, l'attuale forma letterale e concettuale: la Costituzione, da non moltissimo tempo, e, successivamente, la riforma del 1955 avevano cominciato a modificare il previgente ordinamento processuale (*e.g.* le sentenze della Corte d'Assise erano diventate appellabili, mentre pochi anni prima erano semplicemente ricorribili per Cassazione; nel 1966 le sentenze dei Tribunali militari erano ancora inappellabili, perché ricorribili esclusivamente davanti al Tribunale Supremo Militare).

Giuseppe Bettiol si avvicinò a questo delicato problema con una definizione precisa, tanto concisa quanto giuridicamente impeccabile: il controllo, come principio fondamentale, è la possibilità che un giudice di grado superiore accerti la corrispondenza o meno tra una sentenza e la volontà della legge (op. cit., p. 122).

Sono quattro i capisaldi di questa definizione:

i.) la POSSIBILITÀ: non dunque la ineludibilità, perché il controllo è per definizione subordinato alla proposizione di una impugnazione. Se manca l'impugnazione, non può essere attuato un controllo d'ufficio;

ii.) l'IMPUGNAZIONE: in anni in cui si sarebbe potuto indulgere ad iperboli di natura libertaria, Giuseppe Bettiol era, invece, assai misurato, riferendosi, non a caso,

File riservato ad esclusivo fine di studio

all'"*impugnazione*" anziché ad un "*gravame*". Non si tratta, cioè, di un atto di *iudicii blasphematio* - come nell'antico diritto germanico, quando bastava esprimere un generico dissenso contro un provvedimento perché questo dovesse essere ritenuto non irrevocabile - ma di un'impugnazione. Nell'impugnazione, infatti, oltre alla manifestazione di volontà ("propongo appello o ricorso per cassazione"), la parte a ciò legittimata deve far seguire anche una manifestazione di scienza, vale a dire l'enunciazione di "*motivi*" (*i.e.* di specifiche ragioni) a sostegno della richiesta di "riforma";

iii.) la possibilità che sia un GIUDICE DI GRADO SUPERIORE a decidere, quindi un giudice diverso e di competenza funzionale differente rispetto a quella del giudice che ha pronunciato il provvedimento;

iv.) la VOLONTÀ DELLA LEGGE: qui si avverte che irrompono i valori: non la lettera della legge, non la logica giuridica, bensì la volontà della legge, resa palese dalla interpretazione teleologica.

Su questi quattro punti si fonda tutta la costruzione dogmatica del principio del controllo.

Bettiol si limita a pochissime pagine (meno di cinque facciate), eleggendo la sentenza a centro della prospettiva dell'indagine. Della sentenza Egli descrive i requisiti, *in primis* la motivazione. Proprio l'individuazione della ragione – o, se si preferisce, dello scopo – dell'obbligo della motivazione rappresenta la rivoluzione, in senso astronomico, compiuta da Bettiol rispetto alla precedente dogmatica processualpenalistica.

Irrimediabilmente lontano da Manzini, più legato alla concezione filosofico-politica del fascismo, Bettiol non indica nella motivazione una garanzia dello Stato, in funzione dell'interesse di questo a che l'amministrazione della giustizia sia corretta, valida ed auspicabilmente giusta. Non è un interesse soltanto pubblico: Bettiol sottolinea -e qui sta il carattere rivoluzionario della sua definzione- che la motivazione è la garanzia di tutela delle libertà personali dell'individuo. La motivazione non è lo strumento per uno Stato funzionalmente efficace, ma il presidio per garantire una libertà dell'uomo.

Pochi anni prima della pubblicazione delle *Istituzioni*, era stato approvato l'art. 2 della Costituzione, a riconoscimento e garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo; non molto tempo prima, era stata resa esecutiva la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, anch'essa espressamente dedicata ai diritti inviolabili dell'uomo.

La motivazione è la pietra di volta di tutta la costruzione di Giuseppe Bettiol sul principio fondamentale del controllo, perché essa porta simmetricamente con sé un concetto giuridico sul quale i giuristi della prima metà del Novecento s'intrattenevano poco, cioè i motivi della impugnazione. Della qualcosa vi è una ragione specifica: il Codice Finocchiaro Aprile del 1913 prevedeva l'onere dei motivi di impugnazione

File riservato ad esclusivo fine di studio

solo per il ricorso per cassazione. Per il Codice del 1913 l'appello, per un *favor impugnationis*, poteva essere proposto senza enunciazione dei motivi, cioè esso non era un'impugnazione, ma un vero e proprio gravame. Con il Codice del 1930, invece, e soprattutto con quello del 1988, l'impugnazione si trasforma da *blasphematio* in atto di ragionamento, cosicchè i motivi ne costituiscono requisito prescritto a pena di inammissibilità.

Bettiol aggiunge ai vizi tassativamente previsti dalle norme del Codice del 1930, vale a dire la carenza e la contraddittorietà della motivazione, una coppia di vizi ulteriori, non previsti dalla legge processuale, ma non per questo lesivi del principio di tassatività: la patologia della motivazione implicita e quella della motivazione generica.

Con questi due vizi si delinea compiutamente la fisionomia della motivazione, perché la motivazione generica si fonda su assiomi: le proposizioni linguistiche "*è indiscutibile*", "*è assolutamente evidente*", "*non vi è ombra di dubbio che*" *etc*. rappresentano l'esaltazione della tautologia, in luogo dell'argomentazione dimostrativa.

Per il tramite della critica alla motivazione implicita, Bettiol richiama l'attenzione sul fatto che compito della motivazione è quello di spiegare *perché* e, dunque, di rendere esplicito ciò che non deve rimanere implicito, perché altrimenti, con l'implicito, si può inserire arbitrariamente nel "luogo" della motivazione ciò che è più comodo per sostenere *a posteriori* una tesi, cristallizzata nel dispositivo della decisione impugnata.

Il passaggio ultimo è di grande importanza: se si ammette il vizio della motivazione generica e implicita, per ragioni di coerenza logica e giuridica l'atto di impugnazione, cioè i motivi – sia di appello che di cassazione – non possono e non devono essere a loro volta né generici né impliciti.

E si crea in questo modo - ecco la tecnica raffinatissima di Giuseppe Bettiol - una simmetria tra la motivazione, che è il limite del potere di condannare o comunque di incidere sulla altrui libertà personale, e l'impugnazione, che è l'esercizio ragionato di libertà. Un atto di libertà che non deve, tuttavia, trasmodare nell'anarchia, perché l'impugnazione è a sua volta gravata dall'onere della enunciazione specifica delle ragioni di fatto e di diritto a sostegno delle richieste, come stabilisce l'art. 581 del Codice del 1988.

Chi pensasse che la *specificità*, la *completezza*, la *testualità* siano requisiti di ammissibilità coniati dalla giurisprudenza della Corte Suprema di Cassazione negli ultimi lustri, commetterebbe un errore, perché di tali caratteristiche dell'impugnazione si era già occupato Giuseppe Bettiol fin dal 1966, se pur con la ricordata tecnica della ellissi espositiva.

File riservato ad esclusivo fine di studio

La motivazione deve essere specifica ed esplicita, al pari dei motivi.

Ne discende che l'impugnazione ed il successivo controllo debbono essere razionalmente completi, condotti secondo i dettami della logica, in relazione a punti e capi determinati e non affidati ad una benevola e paternalistica ricerca del giudice di volta in volta preposto al controllo della sentenza.

In questo modo si apre la via ultima per accertare se il mezzo di impugnazione, disciplinato dalle norme processualpenalistiche, sia effettivo o no, nella cornice tracciata dall'art. 13 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Bettiol apparentemente non ne parla, ma non ne parla nel modo che abbiamo visto, cioè in termini espliciti. Implicitamente, però, egli affronta il problema della effettività del ricorso, attraverso lo studio del controllo di fondatezza e quindi della corrispondenza tra enunciazioni storiche e realtà meta-processuale. Attraverso cioè il controllo della fondatezza della decisione e della sua validità *in jure*, ovvero della sua conformità alle norme di diritto sostanziale e processuale come conseguenza di una argomentazione razionale, completa, testuale e fedele ai risultati probatori assunti nel processo.

Si obietterà che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo non giudica le sentenze.

Certamente, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo non giudica provvedimenti, ma giudica le procedure, cioè i procedimenti nella loro interezza. Cito testualmente in lingua inglese: «*A scrutiny of the proceedings as a whole*», cioè uno scrutinio dei procedimenti come un insieme completo (Corte Europea dei diritti dell'uomo, 24 novembre 1993, n. 13972/88, Imbrioscia *vs* Svizzera).

La Corte Europea, quando è chiamata a verificare se uno Stato riconosce un rimedio effettivo, esamina un procedimento nella sua interezza.

Ancòra una volta è confermata la simmetria tra impugnazione e controllo, nel comune denominatore della razionalità.

Mi congedo da Voi offrendo la prova di resistenza a sostegno delle precedenti osservazioni.

La prova di resistenza è logica, economica e giuridica.

Bettiol era uno strenuo difensore del principio del *favor rei*. Al pari, oggi, di un giurista assai autorevole, Massimo Nobili, il quale si chiede: «*Che fine ha mai fatto* [il favor rei]*? Tutti tacciono.* […] *È ora mutato, o ridotto, o abolito dalla "parità" del sopravvenuto art. 111 cost.?*» (M. Nobili, *L'immoralità necessaria*, Bologna 2009, pag. 344, n. 941). Bettiol, tuttavia, intelligentemente si premura di sottolineare più volte che il principio del controllo non si identifica *in toto* con il principio del *favor rei* perché, se così fosse, non si spiegherebbe la ragione per la quale il pubblico ministero può impugnare e non si ammetterebbe la possibilità di una *reformatio in peius*.

File riservato ad esclusivo fine di studio

V'è di più. C'è un corollario implicito ma d'intuitiva evidenza, sul quale è bene rapidamente soffermarsi.

Se si ancorasse il principio del controllo al *favor rei*, dovremmo negare tutto quello che abbiamo finora osservato e dovremmo concludere nel senso che è sufficiente il gravame, il *claim*, la *blasphematio*, perché basterebbe rivolgersi a un giudice di grado superiore, così come accade per la richiesta di riesame *ex* art. 309, per la quale i motivi non sono previsti a pena di inammissibilità.

Quale sarebbe, poi, l'effetto del *favor rei* allorchè in esso si volesse trovare il fondamento del principio del controllo? Si realizzerebbe l'inflazione delle impugnazioni-gravami, cui conseguirebbe l'impossibilità di un controllo effettivo, e tutto ciò a causa della mancanza del filtro costituito dall'ammissibilità in generale e – per il ricorso in cassazione – dalla non manifesta infondatezza dell'impugnazione.

Vi ringrazio per l'attenzione.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Gian Pietro Calabrò

La crisi dell'ordine costituzionale e l'inquietante riemergere della fattualità. Alcune note sul positivismo assiologico di Giuseppe Bettiol

1. L' affermazione del Bettiol, secondo cui la realtà naturalistica ha un suo significato solo entro i limiti del giudizio di valore in quanto «non si dà problema penale al di fuori del raggio di azione della norma», consente in modo paradigmatico di delineare un percorso interpretativo in cui prendono corpo alcuni temi della nostra tormentata epoca. Nel testo, infatti, sembrano con-vivere due dati apparentemente opposti, da una parte la realtà naturalistica, oserei dire la naturalità, dall'altra la norma, con il suo riecheggiare kelseniano. In realtà l'apparente ambiguità sembra sciogliersi allorchè si leggono alcuni scritti degli anni 30-40, in cui il Bettiol fronteggiava la dottrina del *Tatrecht* nazionalsocialista ergendo quelle categorie di un positivismo assiologico, che avrebbe trovato poi punto di approdo nella stesura della Carta Costituzionale del '48.

Come ci ha ricordato M. Ronco[1], nel 1938 appare un articolo[2] in cui Bettiol prende in esame il rapporto tra la giurisprudenza degli interessi e il diritto penale, negando la possibilità che la norma sia ridotta alla mera risoluzione di un conflitto di interesse. Nel 1940 poi appare il saggio *Sistema e valori del diritto penale*, che Ronco definisce uno dei più significativi per intendere l'approdo del percorso scientifico del maestro patavino. Le note che seguono intendono ripercorrerne i punti più salienti per delimitare alcune categorie di quel positivismo assiologico che ha costituito negli anni del trionfo della dottrina del *Tatrecht* nazionalsocialista un efficace punto di resistenza all'irrazionalismo giuridico della fattualità. Bettiol apre il saggio con l'affer-

[1] M. Ronco, *Il pensiero di Giuseppe Bettiol*, in *Criminalia*, 2007, p. 155 ss.
[2] G. Bettiol, *Giurisprudenza degli interessi e diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, anno X, 1938, n. 5 e 6.

File riservato ad esclusivo fine di studio

mazione che in ogni sapere scientifico vi è la vocazione al sistema. Sistema che può appartenere alla logica formale oppure essere il frutto di una attività logica concreta. Qualunque sistema venga scelto fa sì che il pensiero scientifico si presenti come un complesso ordinato e non come un informe agglomerato. In realtà per Bettiol il sistema anzi i suoi princìpi acquistano il significato di trascendentale kantiano, in quanto costituiscono la condizione di ogni attività scientifica. E richiamando il Mittasch ci avverte che non esiste solo una "logica del conoscere", ma anche una "logica del volere", propria del diritto che è volontà posta al servizio di valori sociali. Da ciò la necessità di affermare la sistematicità del diritto penale che appare solo con l'avvento del razionalismo e con l'idea dell'individualità attorno a cui gravitava l'intero edificio. Anche se ciò non esclude che anche prima esisteva un sistema categoriale dei beni tutelati dal diritto penale anche se non era del tutto riconosciuto. Con il contrattualismo individualista del sec. XVIII, il quale precede lungo due direttive della laicizzazione del diritto penale nel senso che i valori da tutelare non vanno ricercati su di un piano soprannaturale, e quella della "individualizzazione" del diritto penale nel senso che non è più lo stato ad essere tutelato bensì l'individuo. Questa situazione, osserva Bettiol, non è durata a lungo. Già il marxismo ha incrinato l'individualismo sul terreno del sociale. «La prima guerra europea, le rivoluzioni, l'affermarsi dello Stato autoritario, […] hanno dato il tracollo ai sistemi individualistici, per cui lo Stato ritorna ad essere il valore supremo, che assume come propri gli interessi individuali, quando li ritiene meritevoli di tutela». La critica all'individualismo di stampo ottocentesco porta anche il Bettiol a considerare i diritti individuali quali diritti che lo Stato li fa suoi se meritevoli di tutela. In linea appunto con la stessa dottrina del *Tatrecht* senza ovviamente gli aspetti più irrazionali che hanno caratterizzata la dottrina giuridica del Terzo Reich. In realtà la nozione di valore che viene a configurarsi in questo scritto prelude ad altro. Bettiol nega che allorchè si parli di valori si debba riportare in auge la cosiddetta filosofia dei valori. Egli, infatti, nega che i valori siano nozioni astratte e universali, che il nostro spirito rapporta al mondo empirico. Per valore deve intendersi il rapporto tra l'ordine che sussiste nella realtà e l'uomo considerato nella sua essenza di animale ragionevole e nella sua personalità morale. È questa ciò il Welzel chiama *metafisica dell'uomo* e in cui i valori trovano il loro assoluto. Ammettendo dunque che il valore scaturisce da un rapporto tra l'uomo e la realtà la quale ha in sé un ordine e una finalità, è possobile procedere alla sistemazione dei valori e di coglierli nel loro sviluppo storico. Si tratta di una giurisprudenza dei valori che volendo restare ancorati ad una prospettiva giusfilosofica si potrebbe definire come *positivismo assiologico*. E infatti subito dopo il Bettiol precisa come il valore tutelato da una norma sia un valore giuridico in quanto entra in contatto con il mondo del diritto. Ciò però non significa che al di fuori di questa relazione esso non abbia anche un significato proprio. Il mondo entro cui il diritto vive, afferma il Bettiol, non è il mondo della natura, governato dalle leggi della causalità, ma è il

File riservato ad esclusivo fine di studio

mondo sociale, impregnato da volori religiosi, morali, politici, economici, che il diritto in un dato momento viene a tutelare. Il diritto, e con ciò la separazione dalla fattualità naturalistica appare compiuta, non crea i valori, ma li trova preesistenti nella realtà sociale («*che non è la realtà naturalistica*»).

Il testo nella sua lucidità argomentativa coglie, a mio parere, le coordinate di quel *positivismo assiologico*, che lungi dall'essere considerato un nostalgico ritorno al diritto naturale, nell'affermazione della netta separazione tra fatto naturalistico e mondo del diritto si pone in antitesi a quella dottrina del diritto del fatto che ha costituito, come vedremo, pur nelle sue variazioni la cifra del diritto nazionalsocialista.

2. A differenza delle teorie kelseniane e della loro visione formalistica del diritto, la dottrina nazionalsocialista è tutta impregnata da categorie giuridiche, filosofiche e politiche. In essa il diritto non è mera forma, ma è innanzitutto contenuto, fatto. Esso non può prescindere dalla vita del popolo, dalla sua *Weltanschauung*. Tutto ciò che Kelsen aveva accuratamente rimosso, per cogliere la purezza della dottrina del diritto, penetra invece nel diritto nazional-socialista, che si fondava sul riconoscimento della legittimità del potere basata sul diritto di derogare, di decidere nello Stato d'eccezione. Rispetto alla formalità normativa, ciò che contava era la fattualità, il fatto nella sua brutale fisicità, che giustificava la decisione. Allo Stato impersonale e alla sua soggettività giuridica, *persona civitatis*, secondo la nota espressione hobbesiana, viene sostituito lo Stato apparato - organizzativo, identificabile in una persona fisica. Il *Führerprinzip*, sintetizzava nella persona fisica di un uomo tutto l'apparato organizzativo. In questo modo alla norma scritta, priva di contenuti, pura forma, viene contrapposto il *Tatrecht*, il diritto del fatto. Senza voler entrare nella complessa dottrina del diritto nazionalsocialista, per coglierne le diverse angolazioni, mi preme qui individuare nel concetto di fattualità il filo conduttore che pur caratterizzando un preciso momento storico-politico, costituisce a mio parere un dato latente ad ogni ordinamento anche costituzionale. La reazione contro le dottrine liberali e individualistiche rispecchianti «la mentalità ebraica, portata al vuoto astrattismo»[3] che segna l'avvento del nazismo in Germania non poteva non comportare la sovversione delle fondamenta dommatiche del diritto costituzionale tedesco. Il rifiuto della nozione di universalità fa sì che il diritto nazionalsocialista venga inteso come diritto tedesco, esso vale entro i confini del Reich. I valori ritenuti assoluti, in realtà sono frutto della situazione politica. Così Schmitt. Se poi si analizza il pensiero di Otto Koellreutter si scopre in modo netto l'opposizione ad ogni concezione individualistica in cui diritto e politica non siano abbracciati. E', infatti, da considerarsi irrealistico la separa-

[3] Cfr. P. Biscaretti Di Ruffia, *L'esposizione dommatica del diritto costituzionale nella recente letteratura germanica, inglese, nordamericana e francese (1930-1940)*, in *Ius*, aprile-giugno 1940, p. 303-304.

File riservato ad esclusivo fine di studio

zione kelseniana tra diritto e politica. Nella concretezza del fatto storico il diritto si realizza attraverso la sfera politica e la politica trova la sua configurazione mediante la sfera giuridica. I valori politici sono in stretto e continuo rapporto tra loro, per cui ogni diritto contiene al suo interno dei dati politici. In altri termine, il diritto funge da contenitore formale di cui la politica costituisce il contenuto. Da ciò la prevalenza del valore politico, della concretezza storica sulla forma giuridica[4]. In contrasto con Schmitt, Koellreutter rifiuta la teoria della politicità amico-nemico, affermando che essa trova il suo significato solo in una concreta situazione politica. Per il Koellreutter, invece, la politicità consiste nella dialettica tra singolo e *Gemeinschaft*, ossia in quel legame tra singolo e comunità in cui si attualizza l'unità politica. In questo contesto prende corpo l'idea di *Volk*, di popolo che costituisce l'alfa e l'omega della dottrina nazionalsocialista dello Stato. Infatti, lo Stato preso in sé non alcun valore politico proprio, essendo pura forma, privo di contenuto. Il vero elemento centrale resta il *Volk*, il popolo in quanto *Blut und Boden*, razza e sangue, territorio. Il destino storico che accompagna questo procedere della dottrina giuridica fa intravedere le grandi tragedie che hanno poi insanguinato il Novecento. Quando la comunità acquista coscienza della sua essenza, cioè dei suoi fattori biologici, naturali, culturali e storici, diviene volontà collettiva e dà origine alla Nazione. Volontà politica, non intesa in senso roussoiano, non va confusa con la volontà della maggioranza, propria del periodo illuministico della borghesia liberale. Questa volontà deve essere rappresentata, e ciò avviene mediante l'autorità del *Führer*, che si sente una cosa sola con il popolo. Il *Führer* diviene così attraverso l'autorità della rappresentazione simbolo dell'unità politica[5]. Lo snodo della dottrina nazionalsocialista del diritto si focalizza, al di là delle inevitabili diversità tra i suoi autori, nel legame alla concretezza fattuale, politica per Schmitt, di sangue e di terra per il Koellreutter. Questa costante, come vedremo, anche se in contesti storico-politici differenti resta latente in ogni regime e costituisce, a mio parere, il virus degli stati democratici, pronto, quando le condizioni lo consentono ad esplodere. Koellreutter insiste sulla necessaria connessione fra contenuto politico e forma giuridica, il punto focale di ciò è dato dal popolo, che afferma la sua volontà politica nella forma dello Stato e per mezzo del diritto. Se lo Stato in quanto potenza organizzata della vita di un popolo è forza (*Macht*), questa necessita di una forma giuridica. Diritto e forza trovano, pur nella loro diversità la reciproca corrispondenza. Il fondamento della relazione tra Stato e Diritto è dato dalla forza, poiché mediante il momento della "sicurezza del diritto" (*Rechtssicherheit*), lo Stato diviene un ordinamento giuridico sicuro e stabile. La fonte di tutto ciò resta

[4] Per tutti i punti qui sviluppati cfr., il pregevolissimo volume di F. Olgiati, *Il concetto di giuridicità nella scienza del diritto moderno*, Vita e Pensiero, Milano 1943; cfr. C. Lavagna, *La dottrina nazionalsocialista del diritto e dello Stato*, Giuffrè, Milano 1938.

[5] Sul rapporto tra rappresentanza e autorità rinvio al mio *Autorità della rappresentanza e democrazia*, in G.P. Calabrò, P.B. Hezel (a cura), *Autorità e Rappresentanza*, ESC-ESI, Napoli 2011, p. 5-26.

File riservato ad esclusivo fine di studio

dunque il popolo, assunto nella sua fattualità storica. La distinzione tra norma legislativa (*Gesetz*) e diritto (*Recht*), chiarisce ancora una volta, l'insistenza di collocare la norma giuridica entro un contesto fattuale, che in questo caso è dato dalla sfera politica. Infatti "legale" non vuol dire sempre "giuridico". Solo la legge che è espressione dell'intima essenza della comunità può dirsi diritto. Da ciò l'individuazione di una persona fisica il *Führer*, dotato di forza politica a cui è affidato il compito di esprimere l'essenza politica del popolo e mediante la legge svilupparla e applicarla. Il diritto è lo strumento mediante il quale il popolo assurge al livello di comunità giuridica, in quanto i singoli membri della *Gemeinschaft* divengono giuridicamente "persone". Egli avverte come il concetto di persona non ha nulla a che vedere con la visione liberale, che vedeva nel singolo, un soggetto politico autonomo e in contrapposizione allo Stato, che veniva ad essere l'apparato al servizio della società degli individui per garantire loro una vita secondo libertà. La persona, così come viene intesa dal nazionalsocialismo consiste in quel sentimento giuridico di sentirsi tutt'uno con la *Volksgemeinschaft*. Da ciò la libertà non può essere considerata come possibilità di fare secondo la propria volontà, né è possibile parlare di *Grundrechte*, diritti fondamentali che si stagliano a volte contro lo Stato e comunque sono considerati ad esso antecedente. Si è liberi, in quanto membri della entità giuridica popolare, l'essenza della libertà consiste nello stretto legame con il popolo e lo Stato. In questa cornice Koellreutter stigmatizza un concetto di legalità, in cui prevede l'azione del giudice sottoposta al quadro del diritto positivo esistente e contro cui si scaglieranno poi i giovani giuristi nazisti, fra cui il più rappresentativo fu R. Hoehn, che lo accusa di perpetuare in questo modo la vecchia *Weltanschauung*. La gnoseologia giuridica nazionalsocialista parte dal princìpio che non esiste una dogmatica del diritto valida per sempre, in quanto essa è espressione del suo tempo. Da qui, la necessità di fare *tabula rasa* delle antiche categorie giuridiche e fondare *ex novo* il diritto nazionalsocialista. Ciò comporta lo smantellamento del sistema giuridico fondato sull'individualismo, che lo Hoehn va risalire non solo alla Francia rivoluzionaria, bensì all'epoca in cui in Germania venne negata l'antichissima *Genossenschaft* e in Italia quando il comune retto dal podestà vide l'apparato comunale posto al servizio della persona del podestà. Questo radicale anti-individualismo fa giustizia di quella persona *civitatis* tanto cara ad Hobbes, che risulta essere solo una *fictio iuris*, astratta ed evanescente. Lo Stato è invece non l'astratta giuridicità. Ma implica quella fattualità naturale che è razza, biologia, territorio cultura e storia. Hoehn rifiuta così ogni concezione che concerne sia la personalità individuale che quella di personalità giuridica. Di fronte alla persona individuale, autonoma titolare di diritti anche nei confronti dello Stato e alla personalità giuridica che obbliga lo Stato a considerare il popolo come insieme di soggetti giuridici che deve governare secondo i suoi organi giuridici, ecco elevarsi ciò che simboleggia il più alto grado di unità, la *Volksgemeinschaft*, personalità comunitaria o personalità della comunità. Qui il diritto precipita dalle volute formalistiche

File riservato ad esclusivo fine di studio

ed eteree per cacciarsi nella concretezza fattuale della *Gemeinschaftspersönlichkeit*. In tale concezione l'individuo viene assorbito totalmente nella naturalità della comunità, non essendo più un soggetto di diritto. La comunità, infatti è concepita in modo organico come razza, con un suo territorio, con la sua storia. Viene a cadere del tutto la visione liberale dei rapporti giuridici, delle relazioni fra soggetti titolari di diritti. Il singolo è tale in quanto vive all'interno del corpo comunitario. Se il *prius* è dato dalla comunità, anche il diritto si identifica con la vita della *Gemeinschaft.* Esso proviene dalle viscere della comunità; non è un complesso di precetti o di norme astratte, esso, sostiene lo Hoehn è lo stesso ordinamento intrinseco della comunità. In questo senso, la distinzione tra forma e sostanza che aveva caratterizzato la giurisprudenza precedente non ha alcuna ragion d'essere, la stabilità della norma che si incarna nelle istituzioni, viene ad essere frantumata in un diritto che è espressione della *Lebensordnung*, della vita, della sua fattualità concreta. Questa visione condiziona la natura della legge e consente di gettare uno sguardo, anche se fosco, su quanto compiuto nelle vicende che hanno contrassegnato con il sangue di milioni di vittime l'età del regime nazista. Una chiave di lettura, a mio parere, che, per un attimo, lascia fuori sia la prospettiva etica, che quella politica. La dottrina della "legalità", che si ricava dalle teorie dello Hoehn consente di leggere in modo compiuto il dramma che si è consumato nei campi di sterminio disseminati in Europa. Legge (*Gesetz*) non è espressione della volontà dello Stato, quale persona giuridica, non è un comando di un gruppo di individui. Poiché il diritto precede la legge in quanto prodotto dall'essenza del popolo, esso può obbligare anche senza alcuna norma di legge. La legge in quanto relativa ad un dato tempo, per la soluzione di compiti particolari non è un atto di volontà. Appunto perché tale essa viene espressa dal *Führer*, come *Gemeinschaftspersönlichkeit*. Il giudice che deve applicarla non deve considerarla come avulsa dalla *Gemeinschaft*. In questo senso, il giudice è parte integrante della *Gemeinschaft* per cui lo scopo del giudizio resta sempre l'ordine della comunità, non tanto il ripristino di un diritto leso. Viene così abolito il princìpio del *nullum crimen sine lege,* poiché il giudice è tenuto ad applicare pene a fatti anche non contemplati dalle norme, poiché il diritto riposa all'interno della *Volksgemeinschaft.* Per un paradosso curioso gli imputati nazisti fra cui lo stesso Schmitt fecero appello, come ho già ricordato, all'antico brocardo *nulla poena sine lege*, per difendersi dalle accuse mosse loro nel processo di Norimberga. «Una trattazione della questione della legalità del regime mi sembra tanto più necessaria dal momento che essa è stata finora affrontata troppo dal punto di vista del comando singolo e anche da quello del comando militare, mentre qui essa emerge nel suo complesso come questione concernente un problema strutturale di diritto costituzionale»[6]. Così C. Schmitt a Norimberga. Nel concetto di

[6] Il testo è tratto dalla risposta che C. Schmitt diede a Norimberga alla domanda "Perché i segretari di Stato hanno seguito Hitler", in H. Quaritsch, *Carl Schmitt. Risposte a Norimberga,* Laterza, Roma-Bari 2006, p. 132.

File riservato ad esclusivo fine di studio

legalità, dirà ancora, risiede "la chiave" per comprendere il regime hitleriano. L'idea di legalità costituisce, a questo punto, l'angolo visuale per cogliere l'intimità del regime totalitario. Un angolo, in verità, da cui si intravede anche il destino e la crisi degli Stati costituzionali. L'analisi schmittiana rappresenta una efficace diagnosi, che decanta il giudizio sul regime hitleriano dalle scorie moralistiche ed ideologiche indicandone la chiave di lettura in un problema strutturale di diritto costituzionale. Sarà, dunque, il punto di vista giuridico ciò che consentirà di cogliere sin dalle viscere la vera natura, o meglio la struttura dello Stato nazionalsocialista ed infine *comprendere* senza con ciò, come avverte Arendt, *perdonare*[7]. Nella risposta ai giudici di Norimberga C. Schmitt accennando al suo saggio *Legalität und Legitimität* del 1932, affermava che in esso aveva preso posizione su questo problema nelle sue "connessioni sistematiche". La difficoltà vera nell'affrontare il tema della legalità consiste, per il grande giurista tedesco, nella trasformazione sociologica che la nozione ha subìto nell'ambito del sistema statale moderno altamente organizzato in cui la legalità è diventata un modo di funzionamento della burocrazia. Lo Stato tedesco era da secoli uno Stato burocratico, fino al crollo del 1918 il funzionalismo puramente statale della burocrazia «era mascherato dallo spesso velo della legittimità dinastico-monarchica e del decentramento federalistico. Nel 1918 venne meno la legittimità dinastica e rimase soltanto la legalità statale (sempre fortemente centralizzata) come unico fondamento giuridico del funzionamento dello Stato»[8]. L'analisi schmittiana tocca nella drammatica freddezza scientifica dell'*analisi accademica* il cuore dello Stato burocratico della Germania nazista, allorché dichiara che il positivismo giuridico illimitato fa sì che erano «"legittime" tutte le norme tutti i comandi che erano emanati dall'organo statale competente per le disposizioni di legge»[9]. In altri termini, era legittimo tutto ciò che era legale. Il più alto organo di produzione statale del diritto, in verità, non aveva bisogno di legittimità, perché era esso stesso fonte esclusiva di legittimità. L'abbraccio tra politica e diritto si compie nella drammatica "legalità" di tutti i crimini compiuti dallo Stato social-nazionalista. La stessa "autorità" è definita come «la possibilità di trovare obbedienza per un comando del detentore del potere»[10]. Il binomio legalità-legittimità perde il suo carattere dialettico e si immerge nella identificazione dell'azione politica, vista come capacità di costringere all'obbedienza. Essa così si spoglia di qualunque carattere valoriale e si mostra in tutta la sua nuda e mera attualità. È il trionfo del fatto, l'esaltazione della *Gemeinschaft* intesa nella sua struttura biologica e territoriale, *Blut und Boden*. La diagnosi schmittiana non intende andare oltre. Sotto questo aspetto essa si "limita" a dare una chiave interpretativa di quanto accaduto e cristallizza lo scheletro dello Stato-Apparato nella sua dimensione

[7] H. Arendt, *Le origini del totalitarismo,* trad. it., Edizioni di Comunità, Roma 1996. p. LII.
[8] *Ivi*, p. 135.
[9] *Ibidem*.
[10] H. Quaritsch, *Carl Schmitt. Risposte a Norimberga,* cit., p. 135, n. 97.

File riservato ad esclusivo fine di studio

giuridica, tralasciando ogni valutazione morale e quindi ideologica. Il giurista tedesco, invero, offre a mio parere un'angolatura da cui scrutare la struttura dello Stato costituzionale e in particolare la sua crisi, che va ricercata tra l'altro nella caduta di quel sistema di garanzie con cui i padri costituenti hanno creduto di poter arginare l'irrompere della mera volontà politica, anche se di maggioranza.

3. Le trasformazioni politiche e sociali, si veda il caso Italia e la crisi che in queste ore avvolge e sconvolge il già precario assetto dell'UE, fanno pensare che la crisi dello Stato costituzionale di diritto si avvia verso un "post-costituzionalismo", in cui vanno ri-pensate le sue categorie novecentesche per non essere precipitati entro le fauci della fattualità economica e nel ritorno inquietante dell'assoluta volontà politica. Il *punctum crucis* di tutto ciò è costituito dagli istituti di garanzia che le costituzioni contemporanee contemplano al loro interno.

Le questioni che qui vengono sollevate trovano un loro punto di approdo sulla nozione di "indecidibile", secondo l'espressione usata da L. Ferrajoli[11] e di "inviolabilità" così come definita da E. Fraenkel. All'indomani della II Guerra mondiale il legislatore costituente si è preoccupato di sottrarre alla volontà politica la classe dei diritti fondamentali posti a salvaguardia della natura stessa dello Stato costituzionale. La dialettica legalità-legittimità su cui abbiamo discorso in queste pagine viene, così, recisa dal nuovo irrompere della fattualità economica che spazza via con tranciante ironia ogni ostacolo al libero formarsi delle volontà. Legalità e legittimità si saldano in un tutt'uno, racchiudendo l'ordinamento giuridico in un bozzolo impermeabile ad ogni tentativo di giustificazione esterna che si avvita così attorno alla decisione politica, la quale, a sua volta, ormai si immedesima con gli interessi propri del mercato. Il vecchio Leviatano china il suo capo con mestizia e lascia cadere così la propria spada. Da ciò è possibile affermare che «non abbiamo dunque nessun bisogno di introdurre la nozione di Stato nel vocabolario della teoria del diritto. Una tale nozione sarebbe, a livello teorico, fuorviante: tanto più nell'attuale crisi della sovranità degli Stati e nella fase di incerta transizione verso ordinamenti sovrastatali che stiamo attraversando»[12]. Ferrajoli recupera a questo punto le parole di Kelsen che oggi sembrano essere sempre più attuali che mai, secondo cui «una teoria pura del diritto […] dissolve il concetto di uno Stato differente dal diritto, è una dottrina dello Stato-senza Stato». Lo Stato è opera dell'uomo, fatto dall'uomo per l'uomo. Il testo kelseniano trasfigura l'immagine del vecchio Leviatano ed elimina le ultime scorie di un naturalismo ammuffito e ormai tecnicizzato tranciando il mortale abbraccio dell'ordine giuridico con la mera volontà politica. Anche se il vecchio Leviatano, pur

[11] Cfr. L. Ferrajoli, *Princìpia iuris*, Vol. I, *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2007, p. 938.
[12] *Ivi*, p. 900.

File riservato ad esclusivo fine di studio

trasfigurato conserva nella sua più nuda artificialità tutte le prerogative funzionali ad uno scopo. La crisi che oggi avvolge le nostre società ha messo in risalto il disseccarsi delle radici profonde su cui si reggeva lo Stato costituzionale. Con la scomparsa di quel determinato tipo di partito politico e quindi della sua capacità di essere non solo strumento di selezione e di ricomposizione di interessi, è venuto meno «il carattere politico delle costituzioni del Novecento, ed in particolare di quell'italiana»[13]. Con il venire meno della radice politica delle costituzioni, resta, osserva M. Fioravanti, «l'altro loro lato, quello della garanzia e del limite»[14]. Dopo le grandi tragedie degli Stati totalitari, dopo l'irruzione della fattualità propria della *Gemeinschaft*, i costituenti si erano preoccupati di limitare la stessa sovranità legislativa con la garanzia della inviolabilità dei diritti fondamentali. Già Ernst Fraenkel aveva tipizzato lo Stato nazionalsocialista come «Stato discrezionale», la cui caratteristica principale stava nella "completa liquidazione dell'inviolabilità del diritto". «Di conseguenza questo princìpio fondamentale cessa di valere per l'intero ordinamento giuridico»[15]. Senza voler qui indugiare se l'origine del concetto di inviolabilità deriva dal diritto naturale o meno, ciò che mi preme ribadire è la funzione di caratterizzazione che svolgono i così detti "dogmi" dell'ordinamento costituzionale. Il limite assoluto, invalicabile che la costituzione "democratica" pone alla volontà politica. La natura del *non decidibile* e dell'*inviolabile* non può essere *sic et simpliciter r*icondotta nella struttura artificiale dell'ordinamento giuridico. In altri termini, la decisione di non decidere, di non violare, non può essere affidata alla mera volontà politica o tutt'al più ad una mera f*ictio iuris* in cui la politica finge di autolimitarsi per "riconoscere" come invalicabili i limiti che essa stessa si pone. Volendo restare ancorati al diritto positivo non ci resta che considerare la natura dogmatica degli istituti di garanzia, secondo un modello che possa *ri- calcare*, per quanto possibile quello proprio delle scienze, senza per questo rinunciare alle sue categorie assiologiche. Non possiamo, oggi, non avvertire i tanti buchi neri che costellano l'ordinamento costituzionale. Gli sconvolgimenti sociopolitici, il ruolo egemone del mercato e il senso di insicurezza che pervade la nostra vita sociale, hanno prodotto all'interno del costituzionalismo contemporaneo una serie di crepe, che sono state ampiamente descritte dalla dottrina costituzionalistica. L'utopia del pan-costituzionalismo non può non fare i conti con tutto ciò. Il ruolo sacrale della Carta costituzionale e l'intangibilità della classe dei diritti fondamentali vengono sottoposti all'onda d'urto non solo del politeismo dei valori, secondo la nota espressione weberiana, ma del rimescolamento di razze e culture, dell'irrompere di credi diversi e spesso, troppo spesso, in conflitto con i valori incardinati nelle norme costituzionali. Tutto ciò sembra far venir meno quel *fine*, per cui era nato lo

[13] M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico*, T. II, Giuffrè, Milano 2001, p. 881.
[14] *Ivi*, p. 882.
[15] E. Fraenkel, *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura*, trad. it., Einaudi, Torino 1983, p. 143.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Stato moderno: la sicurezza. Il Leviatano, ancora una volta, soccombe impotente e la sua figura sembra sciogliersi per lasciar cadere le singole teste di cui era formato. Non solo, l'ordinamento giuridico perde la sua struttura formale e la sua caratura universale per essere attratto dalla fattualità e rifugiarsi, non potendo dominare e regolamentare la molteplicità, nelle particolarità territoriali e, oserei dire, tribali. Di fronte a tutto ciò non serve elevare ancora una volta l'elogio funebre o rimpiangere nostalgici ed impossibili ritorni di un diritto naturale, che, come ho avuto modo di ribadire più volte[16], con il processo di secolarizzazione ormai pienamente compiuto, non ha più nulla da aggiungere. La struttura teologica che comunque innerva il sistema costituzionale pur configurandosi, oggi, come una "teologia senza dio", non può essere affidata, però, alla Gorgone del potere, né tanto meno alla pura convenzionalità procedurale. Già Bökendorfe secondo la sua celebre formula aveva messo il dito nella piaga, allorché affermava, che «lo Stato liberale secolarizzato vive di presupposti che esso stesso non è in grado di garantire. Questo è il grande rischio che si è assunto per amore della libertà»[17]. Presupposti, o per usare il linguaggio logico-matematico, "assiomi", princìpi irriducibili, che non possono essere dimostrati a partire da altri assiomi, poiché ciò darebbe luogo ad una regressione all'infinito.

Il discorso, a questo punto, deve prender fiato per non precipitare in un'angosciante situazione aporetica. È inevitabile, allora, affondare lo sguardo nell'intimo del dato normativo, senza per questo rinunciare al filo d'Arianna della teoria. In alcune recenti e stimolanti riflessioni F. Cavalla afferma che « c'è un'idea fondamentale, che al di là delle evidenti differenze rispetto all'epoca precedente, mantiene la modernità in una linea di chiara continuità con il medioevo: ed è il presupposto mai rimosso per il quale l'ordine è garanzia di verità»[18]. In realtà, ogni ordine dipende da un criterio ordinatore, dipende in altri termini pur sempre da una scelta di volontà. Ciò porta alla luce, ancora una volta, il fatto che tutto il discorso giuridico, da qualunque parti lo si strattoni, non può che ruotare attorno al concetto di uomo. Un uomo, che dopo Auschwitz ha dovuto rinunciare alla sua esaltazione ed onnipotenza, al suo essere sovrano assoluto degli spazi di libertà. Un uomo che si vede, oggi, non tanto consapevole del suo limite, quanto disorientato, privato cioè dei suoi punti cardinali, il quale si sposta a tentoni senza riuscire a cogliere se non pezzetti di una realtà mai compiuta. In questa angolatura prende corpo e giunge al suo *limes* il solco fin qui arato. In altri termini, nell'ordinamento costituzionale sono venuti meno, sia per volontà politiche che per l'irrompere prepotente della fattualità economica, quei punti cardini, "astri amici" richiamando una felice espressione di Domenico Coccopal-

[16] Cfr. G.P. Calabrò, P.B. Hezel, *Il sistema dei diritti e dei doveri*, Giappichelli, Torino 2007.
[17] Cfr. G.P. Calabrò, *Autorità della rappresentanza e democrazia*, in G.P. Calabrò, P.B. Hezel (a cura di), *Autorità e rappresentanza*, cit., p. 19-20.
[18] F. Cavalla, *All'origine del diritto al tramonto della legge*, Jovene ed., Napoli 2011, p. 180.

File riservato ad esclusivo fine di studio

merio. Di fronte a questo quadro in gran parte desolante non possiamo rinunciare, però, a porre degli interrogativi su cui forse in altro luogo occorrerà soffermarsi a lungo. Se la crisi del sistema costituzionale, oggi, fa perdere consistenza al criterio ordinatore che costituiva la chiave di volta dell'intero edificio, allora mi chiedo, dato che ogni criterio è pur sempre prodotto da una volontà, perché mai dovremmo accettare di vivere come gatti ciechi alla ricerca di una realtà perduta di cui percepiamo solo frammenti sparsi? Allo Stato nazionale, la cui fine sembra essere certificata occorre sostituire, così, l'utopico e oggi necessario Stato federale, a cui demandare ciò che più di ogni altra cosa caratterizza l'armonica convivenza fra persone, la sicurezza nella libertà. La caduta di quell'ordine costituzionale pone alla coscienza del giurista, ma soprattutto al diritto in quanto tale la necessaria *ri-considerazione* di alcune antiche categorie riviste alla luce di un'antropologia che dopo gli stermini e le grandi tragedie che hanno marchiato il Novecento, non è in grado di celebrare la volontà di potenza dell'uomo, anche se non può accettare, però, che l'essere umano venga ridotto a res[19] e alla sua mera fattualità. Se, l'uomo nonostante tutto resta al centro di ogni discorso giuridico, allora, occorre ridare al Leviatano la sua "anima", un'anima che sia capace di bilanciarne le braccia. Bilanciare, in vero, quel binomio da cui abbiamo srotolato l'intero discorso, legalità e legittimità, tranciando la loro saldatura e lasciando fluttuare dialetticamente i due termini. La crisi dell'ordine costituzionale sembra configurarsi, allora, come la crisi dei dati "inalterabili" ed "inviolabili" propri dello Stato costituzionale.

Forse, a questo punto, non sarebbe cosa vana, ritornare a quel positivismo assiologico con cui Bettiol, in un certo senso, senza grandi clamori, ha fronteggiato in un'età di drammatica follia, le derive irrazionalistiche e nichilistiche della dottrina giuridica.

[19] *Ivi*, p. 181 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Massimiliana Bettiol

Primato della persona e realismo metafisico: la filosofia del diritto penale di Giuseppe Bettiol

Il debito di gratitudine e riconoscenza che abbiamo verso i nostri genitori ha radici profonde nelle sfere più intime del nostro essere. È segno ed esperienza della nostra maturità il riconoscere che, in grande misura, ciò che noi siamo ci viene da loro.

Questi sentimenti si sono destati in me leggendo le interessanti e meditate pagine che Antonio Vernacotola ha dedicato all'opera di mio padre, il professor Giuseppe Bettiol[1]. L'autore ha saputo cogliere ed esprimere l'anima filosofica che è sottesa alla produzione giuridica di mio padre, anima che consiste in un atteggiamento nei confronti della realtà e della vita che era di mio padre, che lui mi ha trasmesso e che ha certamente ispirato le mie scelte: la scelta di dedicarmi professionalmente agli studi filosofici, di coltivare la filosofia come ricerca della verità e della saggezza, di prendere sul serio la capacità umana di penetrare la natura della realtà e di orientare la propria azione di conseguenza, ossia di agire eticamente.

Per mio padre, non era possibile occuparsi di diritto positivo restando chiuso nel sistema normativo: l'attività del giurista doveva per lui basarsi sulla filosofia, anzi era essa stessa attività filosofica. C'è quindi nel suo lavoro una filosofia del diritto penale che non è un'attività o una produzione diversa dal suo stesso riflettere giuridicamente sulla realtà. Lui, infatti, intendeva la filosofia classicamente, come "sapere" imprescindibile per leggere in profondità e senza contraddizioni l'esperienza, quella comune, ma anche quella giuridica, e quella penalistica in particolare. Il diritto penale non po-

[1] A. Vernacotola, *Primato della persona e realismo metafisico. La filosofia del diritto penale di Giuseppe Bettiol*, Edizioni Scientifiche Calabresi (Gruppo ESI), Rende (CS) 2010.

File riservato ad esclusivo fine di studio

teva per lui nascere da un'astratta posizione di norme, ma richiedeva la comprensione dell'azione umana nel suo dramma esistenziale, e, quindi, una preventiva riflessione teoretica sull'ente-uomo.

Se si perlustra il tragitto che mio padre ha compiuto nella sua vita di studioso, ci si imbatte, sovente e con insistenza, in un afflato filosofico, metafisico, che anima e vivifica in profondità la sua concezione giuridica; per lui, il diritto penale non si riduce ad una semplice scienza descrittiva, poggiante su metodologie di carattere logico – formale, ma si allinea piuttosto alla ricerca della realtà delle cose, ciò che la *filosofia perenne* ha sempre cercato di indagare sin dall'Antichità "da quando Socrate – come egli scrive – con lo spalancare le porte alla conoscenza dell'uomo e alla costruzione architettonica delle essenze delle cose ha provvidenzialmente poste le basi di una civiltà umana che il Cristianesimo doveva poi perfezionare e sublimare: la civiltà dell'uomo inteso come *persona*"[2]. Il suo atteggiamento verso la realtà è quindi quello del realismo metafisico, ed è questo che lo porta a riconoscere che il fondamento primo della pena è e può solo essere la persona umana, "ciò che c'è di più perfetto nell'intera natura, ossia ciò che sussiste in una natura razionale", per dirla con san Tommaso[3]. Qui Tommaso gioca con la polisemia del termine natura toccando un tema caro a mio padre. Come vedremo tra poco, per lui l'uomo ha una natura nel senso che ha un'essenza che l'intelletto può cogliere: per sua natura l'uomo è libero e responsabile, ed è solo per questo che può esserci un diritto penale. L'uomo dunque non è parte della natura, intesa in senso solo fisico o biologico; egli *spicca* sulla natura materiale per la sua libertà, per la sua intelligenza, e, quindi, per la sua responsabilità. Il diritto penale si basa sui fatti, ma i fatti non sono da lui concepiti riduttivisticamente bensì come realtà metafisiche che l'intelletto può penetrare. Prendiamo atto che uno dei meriti del lavoro di Vernacotola è di aver messo bene in luce questo aspetto, e anche per questo il suo libro ha suscitato i miei sentimenti di gratitudine e riconoscenza nei confronti di mio padre che menzionavo all'inizio.

Tra i principali impegni della mia attività filosofica, infatti, è stato la critica al neopositivismo giuridico che mi ha portato ad affrontare il tema della cosiddetta *legge di Hume,* la *is-ought question*[4]. Questa, con l'opzione per l'incomunicabilità dei due piani al fine di non cadere nella cosiddetta *fallacia naturalistica*: *l'appiattimento del valore sul fatto*, riproponeva in termini logico-linguistici, da parte dei filosofi analitici del lin-

[2] G. Bettiol, *Pace in terra agli uomini di buona volontà*, in *Il Simbolo*, vol. V, Pro Civitate Christiana, Assisi 1948, p. 189.
[3] Tommaso d'Aquino (San), *Summa Theologiae*, I, q. 29, a. 3: "*Persona significat id quod est perfectissimum in tota natura, scilicet subsistens in rationali natura*".
[4] M. Bettiol, *Metafisica debole e razionalismo politico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2002, p. 43-64.

File riservato ad esclusivo fine di studio

guaggio, il problema del rapporto tra essere e dover essere. Per risolvere il problema in termini reali e non convenzionalistici è importante, a nostro avviso, una previa analisi dei diversi modi in cui si può considerare l'essere, essendo il piano ontologico prioritario e fondante rispetto al piano deontologico; il che rimanda al più fondamentale nodo teoretico del rapporto tra *realtà* ed *effettività*. La pura effettività, *matter of facts,* non conferisce giustificazione a nessun dover essere, risolvendosi in una descrizione puramente fenomenica dei dati dell'esperienza. I fatti, in sé e per sé, sono solo il punto di partenza per l'imperfetto manifestarsi del reale alla coscienza che mira a diventare sempre più consapevole, come filosofia, quando l'intelligenza costringe a togliere il velo della mera *fenomenicità*; togliere il velo implica ricercare il *fondamento* del fatto stesso e questo è teoreticamente necessario perché se realtà ed effettività coincidessero, non potremmo avere alcun criterio di discernimento per distinguere, ad esempio, la salute dalla malattia, che è deviazione dal buon ordine dell'organismo, la persona innocente dal delinquente, o il giuridico dall'antigiuridico; solo la natura della cosa, nella sua identità sostanziale, costituisce quindi il criterio cognitivo per ogni giudizio di qualificazione[5].

Fin dalla giovinezza subivo il fascino di tali argomentazioni e ricordo il sentimento di meraviglia in me destatosi quando, in una conversazione all'Ambasciata d'Italia in Grecia, ad Atene, mio padre tessé l'elogio della scoperta socratica del *concetto*. Il concetto non è però qualche cosa di astratto, di fumoso, ma è piuttosto, come dice Marino Gentile, "una luce che si manifesta improvvisa e fa scorgere meglio la realtà […] è il risveglio dell'intelligenza sonnecchiante in ciascuno di noi, e ci fa intendere le cose come sono"[6]. Esso rivela la realtà delle cose nella concretezza ontica e nelle costanti universali che, secondo una gnoseologia realista, sono proprie dell'oggetto, conformemente al canone dell'*adaequatio rei et intellectus* che fa riferimento al plesso noetico originario di realtà e pensiero proprio della nozione di *empeirìa*, in senso aristotelico, quale base del processo astrattivo[7], come messo magistralmente in luce da M.Gentile[8].

[5] Cfr. D. Castellano, *La verità della politica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2002, p. 7-43.

[6] M. Gentile, *Storia della filosofia*, vol. I, *Periodo antico e medievale*, R.A.D.A.R., Padova 1970, p. 74-75. Tale visione si contrappone all'ideologia moderna che riduce il concetto, come scrive ancora il Gentile, ad "un potere soggettivo di formare rappresentazioni arbitrarie". E neppure "si tratta di un'illuminazione eccezionale e straordinaria o, come si dice qualche volta, mistica, bensì dell'operazione ordinaria e abituale per cui riusciamo a capire meglio una cosa, quando non siamo sopraffatti dalle apparenze superficiali." (*Ibidem*.)

[7] Il tema dell'esperienza è stato indagato è stato fruttuosamente indagato da Pietro Faggiotto in diversi volumi tra cui segnaliamo P. Faggiotto, *Per una metafisica dell'esperienza integrale,* Maggioli Editore, Rimini 1982. Cfr. anche E. Berti, *Ricordo del s. e. Pietro Faggiotto*, in *Atti e Memorie dell'Accademia Galileiana di Scienze, Lettere ed Arti in Padova*, Vol. CXXIII (2010-2011), Padova 2011. Sul procedimento astrattivo si rimanda a G. De Anna, *Causa, forma, rappresentazione. Una trattazione a partire da Tommaso D'Aquino*, FrancoAngeli, Milano 2010.

[8] F. Gentile, *Come si pone il problema metafisico,* Liviana, Padova 1965.

File riservato ad esclusivo fine di studio

L'universale rappresentato dal concetto aiuta poi ad intendere le relazioni fra le cose e fra i fatti, a rinvenire i collegamenti, istituendo la possibilità della dialettica e della stessa capacità comunicativa. Da ciò nasce il diritto, che ha la sua *ratio* nella facoltà dell'uomo di porre in confronto tesi diverse, e quindi trovare, come dice Francesco Gentile sulla traccia di Platone, il comune nel diverso, trasformando, nell'esperienza giuridica, il conflitto in controversia[9].

La normatività del diritto nasce quindi dalla struttura della stessa realtà, che non è riducibile al mero darsi fenomenico del fatto, ma è penetrata dall'intelligenza che, con il concetto, coglie la natura delle cose che si rivela nei fatti medesimi. Questo è il senso di tanta parte del mio lavoro, teso ad evitare la deriva verso il volontarismo anti cognitivista e relativistico che è implicita nella "legge di Hume", in quanto essa avalla uno iato tra *essere* e *dover essere*, tra realtà e sfera dei valori, la cosiddetta *Grande Divisione*, misconoscendo così una natura umana razionale oggettivamente e teleologicamente orientata al suo proprio bene, che è vivere secondo virtù. Questo mio interesse, invero, nasce da un tema che fu molto caro a mio padre, la discussione relativa al *fatto giuridico*.

Per lui, la nozione di *fatto giuridico*, all'interno della quale rientrano l'*azione*, l'*evento* e il loro *nesso causale*, presenta una pluralità di caratteri che ne definiscono uno strutturato quadro «ontologico»[10]. Vi appaiono compresi, il carattere della *tipicità*, dovendo il fatto sempre riferirsi ad una fattispecie legale di reato, ed insieme un elemento *teleologico*, essendo esso legato, nella sua stessa genesi, al fattore del bene giuridico/valore che la norma penale concretamente tutela. Scrive a proposito il Vernacotola:

"Emerge qui un dato che non può essere acquisito in modo scontato e del quale il Riondato ha il pregio di cogliere la forza di «rottura»[11]. Il bene giuridico, sovente nemmeno nominato nella fattispecie di reato, viene ad innervare dall'interno, in guisa di ratio oggettiva e teleologica, non solo il giudizio di antigiuridicità, ma anche la costruzione del fatto tipico, la quale dunque comporta, accanto al momento della definizione legale, un momento di enucleazione del bene giuridico concreto, assiologicamente qualificato, che la fattispecie stessa sottende[12]".

[9] Cfr. A. Vernacotola, *Primato della persona e realismo metafisico. La filosofia del diritto penale di Giuseppe Bettiol*, cit., p. 238 ss.
[10] G. Bettiol, *Diritto Penale*, XI ed., Cedam, Padova 1982, p. 213-215 ss.
[11] S. Riondato, *Un diritto penale detto "ragionevole". Raccontando Giuseppe Bettiol*, Cedam, Padova 2005, p. 96.
[12] A. Vernacotola, *Primato della persona e realismo metafisico. La filosofia del diritto penale di Giuseppe Bettiol*, cit., p. 238.

File riservato ad esclusivo fine di studio

In ciò si concretizza la relazione costitutiva che intercorre, nel diritto penale sostanziale, fra *fatto* e *bene giuridico*, essendo quest'ultimo l'elemento fondante di quelle nozioni di valore e di scopo che, nella visione teleologica di mio padre, conferiscono contenuto e giustificazione etico-giuridica alla norma penale e risultano pertanto indispensabili alla strutturazione medesima del *fatto giuridico*. Ed in effetti, nell'inquadramento del fatto tipico, ancor prima che nel momento vero e proprio dell'*interpretazione giudiziale*, viene ad esplicarsi quella funzione tipicamente *conoscitiva* di cui il bene giuridico, nella sua eminente valenza assiologica, risulta latore, rigettando mio padre ogni ipotesi di interpretazione *creativa*[13].

Questo comporta che per mio padre, il fatto giuridico, non possa essere inteso naturalisticamente, bensì come realtà teleologicamente orientata, ossia come realtà dotata di una natura accessibile all'intelligenza che si coglie oltre l'immediatezza empirica e che implica un giudizio di valore consono ad essa. Queste precisazioni non risultano pleonastiche in quanto, come si legge nella prima monografia dedicata al pensiero di mio padre da G. Marini, Bettiol dovette difendersi dall'accusa rivoltagli dal Groppali[14] di cadere nella *fallacia naturalistica*, "di formulare una teoria del valore in cui si giustifica arbitrariamente la possibilità di dedurre ciò che deve essere da ciò che è, l'ideale dalla realtà"[15]. Groppali, in realtà, permeato da un pregiudiziale atteggiamento «positivistico», ebbe ad equivocare in senso immanentistico l'assunto, sovente affermato dal Bettiol secondo cui "il valore è nel fatto". Bene osserva il Marini, in alcuni interessanti rilievi poi ripresi e approfonditi dal Vernacotola[16], come, "per evitare ogni equivoco, non si deve dimenticare che la fattualità a cui si richiama Bettiol è densa di quelle implicazioni morali che impediscono alla realtà giuridica di presentarsi come un universo di discorso separato". L' "angolatura privilegiata" di cui parla il Marini a proposito di mio padre, in virtù della quale, per lui, il Bettiol non incorrerebbe nell'errore dell'immanentismo naturalistico, non è altro che il presupposto della gnoseologia metafisica classica, per cui non vi è un descrivere che non sia anche un valutare. Da qui deriva che "non si coglie il fatto se non per il valore che in esso si manifesta e che in esso non si riduce immediatamente"[17].

[13] Sul problema più generale della «irrazionalità» della legge, si rinvia a: A. Favaro, *Bruno Leoni. Dell'irrazionalità della legge per la spontaneità dell'ordinamento*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2010.

[14] A. Groppali, *Filosofia del diritto e diritto penale*, in «La Scuola Positiva», LV, 1947, p. 452 ss.

[15] G. Marini, *Giuseppe Bettiol. Diritto penale come filosofia,* Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1985, p. 76-77.

[16] A. Vernacotola, *Primato della persona e realismo metafisico. La filosofia del diritto penale di Giuseppe Bettiol*, cit., p. 223-232.

[17] G. Marini, *Giuseppe Bettiol. Diritto penale come filosofia,* cit., p. 78.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Al di là di uno sterile formalismo, conviene, con il Bettiol, prendere le mosse dalla persona, considerata nella sua realtà e nelle sue specifiche capacità intellettive e volitive.

"È necessario partire dalla constatazione che l'uomo non è un puro essere di natura che debba soggiacere alla legge di causalità, ma un quid che porta nel mondo della natura una nota tutta sua. Si tratta di un organismo e di una individualità che si apre sul mondo e può, attraverso l'azione, dar motivo al sorgere e allo svilupparsi di serie causali non più cieche ma veggenti. […] È solo della volontà umana il saper agire in vista di uno scopo prefisso, di piegare cioè la legge fisica di causalità in modo che essa determini l'evento desiderato. È solo l'uomo che agisce per fini coscienti. Ora, dopo aver attribuito all'uomo la dignità di persona ed averlo così innestato nel mondo dei valori, sarebbe inconcepibile voler ridurre l'azione, cioè la più tipica espressione di questa personalità a un coefficiente meramente causale scomponibile in momento fisico e in un momento psicologico, dominati però entrambi inesorabilmente dalla ferrea legge di causalità. Ridurre cioè un valore ad un fatto bruto e cieco[18]".

Dicevamo sopra che il *fatto rilevante* dal punto di vista del diritto penale include l'azione, ma l'azione umana, ci dice qui mio padre, non è riconoscibile naturalisticamente, perché non soggiace "alla legge di causalità", ma "porta nel mondo della natura una nota tutta sua", si muove per la "volontà" in vista di "fini coscienti" e per questo non può essere un "fatto bruto e cieco", è una realtà colta dall'intelligenza oltre i fenomeni, oltre i "fatti bruti e ciechi". In tal modo viene giustificata l'esigenza *minima* della Legge di Hume, come affermerebbe G. Carcaterra[19], ma non quella *massima* che sostiene l'irrilevanza totale della realtà per la formulazione dei giudizi di valore[20].

Lo sforzo del penalista, al pari del filosofo, è dunque quello di scartare ogni implicazione positivistica del diritto che impedisca di cogliere la radice etica della responsabilità dell'azione. Il che non può che riportarci alla radicale vocazione della filosofia classica che indaga il valore dell'uomo, la sua essenza ed il fine dell'agire. Come è stato recentemente sottolineato e discusso da Boniolo e De Anna con soluzioni divergenti, ricordiamo che "il termine persona è utilizzato con forza valoriale, perché affermare che qualcuno è persona comporta dichiarare che ha un valore in virtù del quale va rispettato e trattato in modi vincolanti normativamente ,in senso etico o

[18] G. Bettiol, *Il problema penale*, Editrice Scientifica Triestina, Trieste 1945, p. 80.

[19] G. Carcaterra, *Noncognitivismo. Le ambiguità e le implicazioni nichilistiche della opposizione valutare-conoscere*, in E. Opocher (a cura di), *La società criticata. Revisione tra due culture*, Morano, Napoli 1974, p. 193-225. Si consulti in proposito anche l'opera di G. Licci, *Immagini di conoscenza giuridica*, Cedam, Padova 2011.

[20] G. Carcaterra, *Il Problema della Fallacia Naturalistica*, Giuffrè, Milano 1968. Cfr. M. Bettiol, *Il problema penale*, cit., p. 29.

File riservato ad esclusivo fine di studio

giuridico"[21] Ed il giurista non può rinunciare a questa dimensione profonda, pena la decadenza del diritto e della politica ad un gioco di potere delle forze effettive, ove non c'è più posto per una *giustizia oggettiva* eticamente fondata[22]. Questo ci porta ad un altro tema del mio lavoro di ricerca, nel quale posso ritrovare in me una sensibilità filosofica ereditata da mio padre: il fondamento metafisico e personale della politica. Sempre riflettendo sullo scopo del diritto penale e sulle basi che esso deve avere, mio padre scriveva così:

"È proprio sul fondamento di una preminenza della persona umana per ragioni che direi ontologiche che lo Stato deve orientare ogni suo intervento per un trattamento che ne rispetti i diritti inviolabili della sua personalità come ragione e Costituzione esigono. La precisione formale delle costruzioni giuridiche non può quindi andare a scapito di ciò che è sostanza di vita: garantire la libertà, la dignità, la autonomia della persona umana"[23].

Qui libertà e autonomia non vanno intese in senso assoluto, ma relativamente al bene umano che costituisce il fine della natura umana e che il diritto deve tutelare. Il principio del *politico* si radica, quindi, sull'imprescindibile condizione relazionale dell'uomo, sociale per natura. Nel mio lavoro ho riflettuto sull'inadeguatezza della ideologia razionalistica, propria della prospettiva *rivoluzionaria* moderna[24], che rinuncia al sapere filosofico classico in favore del solo metodo ipotetico – convenzionale, operativo. In quest'ottica, tipica del *pensiero moderno inteso assiologicamente*, è la prassi a determinare la concettualizzazione e la teoria, capovolgendo così l'impianto teoretico e metafisico aristotelico – tomista, con l'inevitabile caduta nell'utilitarismo soggettivistico ed immanentistico.

In proposito, ricordiamo l'insegnamento di Augusto Del Noce che sostiene la prevalenza, nel pensiero moderno d'ispirazione gnostica[25], dell'atto sovrano della vo-

[21] G. Boniolo, G. De Anna, U. Vincenti, *Individuo e persona. Tre saggi su chi siamo*, Bompiani, Milano 2007, p. 13; p. 61.

[22] Cfr. C. Martinez, Sepúlveda Y Sicluna, *Del poder e la justicia*, vol I, *El sentimiento de la justicia*, ACTAS, Madrid 1997 e Id., *Legalità e legittimità: la teoria del potere*, con pref. di G. P. Calabrò, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2006.

[23] G. Bettiol, *Ricordo di Giacomo Delitala*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 1975, ora in Id., *Scritti giuridici 1966-1980*, p. 166.

[24] *Ivi*, p. 7 ss.

[25] A. Del Noce, *I caratteri generali del pensiero politico. Lezioni sul Marxismo*, Giuffrè, Milano 1972. Cfr. D. Castellano (a cura di), *Augusto Del Noce. Il pensiero filosofico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992. Sul tema dello gnosticismo, cfr. anche: A. Del Noce, *Il problema dell'ateismo*, Il mulino, Bologna 1990, IV ed.; G. Giurovich, *Filosofia, politica, religione*, Forum, Udine 2002, spec. p. 110-135, 155-156; E. Voegelin, *La nuova scienza politica*, con Saggio introduttivo di Augusto Del Noce su Eric Voegelin e la critica dell'idea di modernità, trad. it. Di R. Pavetto, Borla, Torino 1968, II ed; E. Innocenti, *La gnosi spuria*, 2 voll., Sacra Fraternitas Aurigarum in Urbe, Roma 1999; D. Castellano,

File riservato ad esclusivo fine di studio

lontà sulla ragione; il che genera ideologie le quali, assolutizzando le istanze soggettivistiche della realtà umana e facendo così venir meno un senso oggettivo di obbligatorietà etica, hanno prodotto drammatici conflitti nella comunità umana. In tale ottica, come rileva Danilo Castellano, viene negato che il dover essere sia implicito nell'essere, poiché l'impostazione meccanicistica e nominalistica che il soggettivismo sottende non è in grado di cogliere alcuna necessità di carattere finalistico, essendo il piano del reale assolutamente contingente.

Della stessa democrazia, come in quest'opera è ben evidenziato[26], mio padre aveva una concezione che non è quella rousseauiana, bensì una visione di stampo classico: la democrazia, da intendersi nel senso aristotelico di «*politìa*»[27], non è fondamento del *politico*, ma solo una delle tre forme di governo, che, se ben realizzata nello spirito della «regalità», mira, come le altre, al bene comune[28]. In questo senso si comprende il termine sovente usato di Democrazia autentica e di Stato sostanziale[29]. Il *democraticismo* moderno, invece, s'ispira alle concezioni illuministiche, ad un'idea di uomo, quindi, come *soggetto puramente istintuale*, che, per legge di sopravvivenza, crea artificialmente una rete di rapporti contrattuali. Le istituzioni così costruite, però, non si basano su un ordine sostanziale di giustizia, principio non solo regolativo, ma costitutivo dell'esperienza, ma sono semplicemente strumenti dell'utilità, dei modi attraverso cui l'istinto viene, in qualche maniera, condizionato in vista di una presunta utilità comune. In questa prospettiva, l'eticità non è insita nell'uomo come persona, ma è soltanto il frutto di una costruzione artificiale, essendo l'uomo, nella visione illuministica settecentesca, in sé incapace di moralità. Esso, come insegna Francesco Gentile[30], acquista una dimensione morale artificiale solo quando da individuo diventa cittadino, *citoyen*, dato che l'eticità, in questa concezione razionalistica, deriva-

Augusto Del Noce filosofo della politica attraverso la storia. Un dialogo mai interrotto, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2010.

[26] A. Vernacotola, *Primato della persona e realismo metafisico. La filosofia del diritto penale di Giuseppe Bettiol,* cit., p. 317-325.

[27] Sul problema della *politìa*, ha scritto acute pagine Francesco Gentile che insiste sulla distinzione aristotelica tra organizzazione del potere e fine della comunità conforme a natura: F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Giuffrè, Milano 1983, p. 141-142.

[28] La regalità, dal latino *regere*, a differenza della sovranità in senso bodiniano, «richiede – come scrive Castellano – quello che richiedevano i classici, e cioè che il diritto positivo (che è diritto) sia partecipazione del diritto naturale; che la legge con la "l" minuscola, cioè quella positiva, partecipi della legge con la "L" maiuscola». D. Castellano, *Persona e diritto*, in S. D'Ippolito (a cura di), Homo perennis. *Valori permanenti e divenire storico, Atti del Convegno*, Napoli 13-14 dic. 1996, Edizioni Romane di Cultura, Roma 1999, p. 11-17, p. 14. Sulla politica come regalità, soprattutto nella prospettiva di Tommaso d'Aquino, cfr. anche D. Castellano, *La verità della politica*, cit., p. 45-67.

[29] G. Bettiol, R. Bettiol, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Cedam, Padova 1993, p. 26, 50.

[30] F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato,* cit., spec. p. 57-71; Id. *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Giuffrè, Milano 2003, p. 72-89.

File riservato ad esclusivo fine di studio

to del pensiero di Hobbes[31] e di Rousseau, risulta risiedere solo nella volontà sovrana dello Stato, che va intesa , modernamente, nei termini di un capovolgimento della relazione fra *diritto* e *legge:* lo *iussum* determina dunque lo *iustum*[32].

Da qui si comprende la differenza fra diritto naturale classico e diritto naturale moderno. Il primo, argomenta Castellano, s'identifica con lo *iustum*, che a sua volta è tema etico, il secondo, quello *moderno*, segna il passaggio dal cosiddetto diritto oggettivo al diritto soggettivo. Per diritto oggettivo, s'intende l'*inalterabilità della giustizia* che esprime l'ordine delle cose, mentre il diritto soggettivo si volge a *creare* l'ordine delle cose e tra le cose[33]. Perché non ricordare il pensiero di padre Cornelio Fabro, quando c'introduce nel cuore della filosofia, spiegando ciò che essa è nel suo valore *perenne*? Essa, in quanto metafisica, o *tomismo essenziale*[34], non si risolve in un problematicismo sterile, ma è "spiegazione del reale, non la sua invenzione". La filosofia non è dunque una costruzione puramente "logica" della mente umana, come si manifesta nel pensiero moderno. Anzi, la problematicità stessa è metodo volto a cogliere l'ordine immutabile delle cose, per cui è un conoscere come "processo *perfettivo* e non *costitutivo* dell'essere"[35], diretto a svelare la ragione profonda dell'esistere stesso degli enti e dà all'uomo di tutti i tempi la chiave per risolvere i problemi filosofici di ogni epoca e, in particolare, di quella moderna inclinata radicalmente al nihilismo, effetto dell'identificazione dell'essere con la coscienza[36].

Per evitare la caduta nello *Stato etico*, radice di ogni totalitarismo, e recuperare il significato tradizionale dell'*eticità dello Stato*, contro il principio della neutralità formalistica delle istituzioni, occorre una problematizzazione della libertà umana. Ciò

[31] Su Hobbes, cfr. A. Vernacotola, *Alle radici della teoria moderna del diritto. La costruzione della «geometria legale» di Thomas Hobbe*s, in «Le Corti calabresi», VI, 2, maggio-agosto 2007, p. 316-325.

[32] Cfr. D. Castellano, *Il «concetto» di persona umana negli Atti dell'Assemblea Costituente e l'impossibile fondazione del politico*, in D. Castellano (a cura di), *La decadenza della Repubblica e l'assenza del politico*, Monduzzi, Bologna 1995, p. 37-68, p. 58.

[33] Cfr. D. Castellano, *Introduzione*, in L. Bagolini, D. Castellano (a cura di), *Diritto, diritto naturale, ordinamento giuridico,* Cedam, Padova 2002, p. 1-17; Id, *Ordine etico e diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2011, p. 11-28 e 45-62.

[34] Cfr. D. Castellano (a cura di), *Per Cornelio Fabro, Cinque Saggi in memoria raccolti e introdotti da D. Castellano,* La Nuova Base, Udine 1999; C. Fabro, *Partecipazione e Causalità secondo S. Tommaso d'Aquino [1960],* a cura di Christian Ferraro, in *Opere Complete*, a cura del Progetto Culturale Cornelio Fabro, vol. 19; Id., *Tomismo e pensiero moderno*, Pontificia Università Lateranense, Roma 1969.

[35] D. Castellano, *La libertà soggettiva. Cornelio Fabro oltre moderno e antimoderno*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1984, p. 60, 62.

[36] Contro l'immanentismo moderno, che afferma che l'essere dipende dalla coscienza nel senso che viene da esso fondata, si guardi la critica di Cornelio Fabro verso Cartesio considerato l'iniziatore della deviazione del pensiero moderno. Cfr. C. Fabro, *La crisi della ragione nel pensiero moderno*, a cura di M. Nardone, Forum, Udine 2007.

File riservato ad esclusivo fine di studio

comporta l'inclusione della conoscenza ipotetico – deduttiva propria di ogni scienza, anche di quelle umane, all'interno di un sapere autenticamente filosofico, che, come abbiamo già sottolineato, evidenzi il divario tra pura effettività e realtà oggettiva dell'ente nell'ordine suo proprio.

L'ente di cui si parla è la persona che mio padre difese nelle sue caratteristiche fondamentali: la razionalità, come capacità intenzionale a cogliere il vero, e la "libertà positiva", da intendersi nel senso della *Libertas maior* agostiniana, che orienta l'uomo, padrone di sé, alla responsabilità dell'azione; quest'ultima, come mio padre ha sostenuto in vari saggi, è altresì fondamento filosofico di un diritto come quello penale, il quale è strutturalmente connesso alla valutazione della colpevolezza morale e giuridica. Si afferma così una definizione della persona ontologicamente fondata che, come mette in luce Gian Pietro Calabrò, è la fonte ed il punto apicale di quei *valori supremi* che devono informare, in modo sostanziale, l'ordinamento giuridico[37].

Una siffatta concezione risulta altresì atta ad impedire l'abilitazione di un materialismo deterministico che il Bettiol ha costantemente confutato attraverso la critica alle teorie socio-defensionistiche della pena. Questa critica alle scuole che fondano la pena sulla difesa sociale e non sulla retribuzione è il coerente derivato dell'impostazione anti-illuministica e anti-contrattualistica che mio padre ha sempre professato, alla luce di un rifiuto della riduzione delle facoltà intenzionali dell'uomo ad una libertà assoluta che di fatto si identifica con un'immediatezza meccanica degli impulsi emotivi. Negata la natura, infatti, "la persona non è l'essenza ma la sua esistenza. In qualche modo – così evidenzia Castellano – essa è il progetto che ognuno di noi fa di se stesso"[38], secondo l'idea dell'esistenzialismo ateo. Si delinea così il paradosso di una libertà come *vitalismo*, che s'illude di librarsi verso una creatività incondizionata del volere, ma in effetti obbedisce ad appetiti irriflessi e spesso contraddittori.

La libertà, in questo caso, si definisce propriamente *libertà negativa*, perché non è deliberazione *di* operare verso il conseguimento del proprio fine razionale, ma è arbitraria rivendicazione della propria totale indipendenza, libertà *da* qualsiasi osta-

[37] G.P. Calabrò, *Valori supremi e legalità costituzionale. Diritti della persona e democrazia pluralistica*, Giappichelli, Torino 1999. Nel libro di D. Castellano, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2007, viene discusso il problema se i vari personalismi che hanno ispirato i Padri costituenti e la cultura giuridica del secolo appena trascorso abbiano fornito le necessarie basi teoretico-filosofiche per soddisfare tale irrecusabile esigenza di legittimità sostanziale delle leggi fondamentali dell'ordinamento. Sono di ostacolo a tale esigenza i presupposti illuministici e relativistici del razionalismo largamente condiviso. Sul problema cfr. anche F. Gentile, P.G. Grasso (a cura di), *Costituzione criticata*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1999; P.G. Grasso, *Costituzione e secolarizzazione*, con pref. di D. Castellano, Cedam, Padova 2002.

[38] D. Castellano, *Persona e diritto*, cit., p. 16.

File riservato ad esclusivo fine di studio

colo che si frapponga alla costituzione dell'uomo quale "legislatore di se stesso e del suo mondo". A simbolo di tale decisionismo nichilista possiamo porre icasticamente la legge di Hume che, nell'interpretazione data dal non-cognitivista Uberto Scarpelli,vuol essere *legge di morte o di condanna* per ogni fondazione metagiuridica ma è unicamente un criterio metaetico, convenzionale, utile secondo il filosofo a spingere l'uomo ad una *liberazione permanente*[39].

La concezione accreditata da mio padre è dunque un presidio sia contro ogni forma di totalitarismo che asservisce l'individuo ad una volontà arbitraria, che è quella dello Stato sovrano *more geometrico constructo*, sia contro un democraticismo liberale che strumentalizza le istituzioni pubbliche e la legge positiva ad una *libertà soggettiva* senza criterio autentico. Potremmo concludere con Marino Gentile che "lo stato non è l'Assoluto ma una partecipazione dell'Assoluto, lo strumento che nell'ordine voluto da Dio ci è stato dato perché disciplinandoci, riusciamo ad essere sempre meglio uomini"[40].

Il libro di Vernacotola ha il grande merito di esplicitare la fondazione ontologico-metafisica della dottrina di Giuseppe Bettiol, dottrina che, riassumendo, ha il suo perno nel pensiero classico-scolastico e non nel pensiero «moderno», positivistico o idealistico. L'autore delinea con chiarezza la concezione retributiva, l'idea di persona ontologicamente fondata, il rifiuto della semplice effettività di estrazione positivistica, il principio di responsabilità e di libertà positiva, la trattazione di tematiche processualistiche, come il principio *in dubio pro reo*, la fondazione del principio di legalità e del garantismo penale, che trovano la propria matrice nella fondamentale ispirazione metafisica classica di mio padre. L'amplia articolazione tematica nella quale viene a disporsi il presente saggio è capace di evidenziare ,attraverso un corposo apparato scientifico e bibliografico,le diverse tappe della formazione culturale del pensiero penalistico di mio padre dagli anni '30-'40 fino all'ultima lezione di congedo e denota altresì una attenta e meticolosa ricostruzione dei dibattiti scientifico-accademici di cui egli fu protagonista sia nell'epoca tumultuosa della dittatura, sia negli anni della incipiente Repubblica Democratica italiana, ponendo in rilievo le variegate risonanze filosofico-culturali di cui le suddette discussioni erano fortemen-

[39] U. Scarpelli, *Semantica, morale, diritto*, Giappichelli, Torino 1969, p. 122; Id., *L'etica senza verità*, Il mulino, Bologna 1982, p. 110. Cfr. M. Bettiol, *Positivismo moderato della gius-filosofia analitica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1985, p. 41-43.

[40] M. Gentile, *Il filosofo di fronte allo Stato moderno*, in *"Quaderni"* di «Le parole e le idee», Scalabrini, Napoli, n. 22, (1964, VI, 1-2); in proposito cfr. M.Bettiol, *Persona, società, Stato in Marino Gentile,* in D. Castellano, G. Gurovich (a cura di), *Moderrnità della classicità. La filosofia etico politica in Marino Gentile*, Forum, Udine 1996, ora in Id., *Metafisica debole e razionalismo politico*, cit., p. 79-93.

File riservato ad esclusivo fine di studio

te pervase. Il lettore dell'opera potrà ricavarne un bagaglio culturale atto non solo a ricostruire in modo penetrante il quadro storico-politico e giuridico del secolo trascorso, ma anche a leggere con un incisivo strumento teorico la complessità del tempo presente.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Antonio Vernacotola

Sui fondamenti del pensiero giuspenalistico di Giuseppe Bettiol

Sommario: 1. Introduzione. 2. Ontologia e statuto epistemologico del diritto penale nella prospettiva bettioliana. 3. La logica concreta di Giuseppe Bettiol. 4. La filosofia della pena di Bettiol tra retributivismo etico e realismo metafisico.

1. Introduzione.

Venendo a trattare dei fondamenti del pensiero giuspenalisitico di Giuseppe Bettiol, vorrei soffermarmi succintamente ma, spero, con incisività e retto costrutto, su tre ambiti distinti della dottrina del Maestro patavino, nei quali si estrinsecano altrettante dimensioni della riflessione sul diritto che denotano tratti di perspicua attualità ed appaiono latrici di una viva fertilità teorica, soprattutto in ordine alla comprensione ed alla retta impostazione delle odierne problematiche del diritto penale. Tali sfere nelle quali proveremo ad addentrarci sono rappresentate dal problema epistemologico del diritto penale, dalla caratterizzazione giusfilosofica della logica e del metodo teleologico ed infine dalla questione penologica per antonomasia, ovvero la giustificazione filosofica della pena.

E vedremo, pur se attraverso un'esposizione sintetica e suffragata da un plesso di riferimenti che sarà giocoforza alquanto rapsodico, come fra i tre succitati settori insista, nella concezione bettioliana, non solo una sostanziale unità d'ispirazione, bensì, vorrei dire, una profonda integrazione sul piano teoretico.

E ciò in ragione del fatto che le radici del diritto penale allignano, per il Nostro, nel terreno della filosofia, suolo tutt'altro che "labile e malleabile", per usare la frase-

File riservato ad esclusivo fine di studio

ologia del Bricola[1], ma che si disvela invece solido e consistente, se dissodato non con le solcature erratiche delle prospezioni ideologiche e dossologiche moderne[2], bensì, come avviene nella concezione bettioliana, mediante lo stabile vomere di quella metafisica classica che, a partire da Aristotele[3], si configura quale scienza dell'essere in quanto essere[4] e designa la piattaforma oggettiva ove ogni sistema deontico rinviene fecondamente il proprio autentico fondamento.

Accostiamoci dunque al primo punto indicato, che potremmo enunciare come il quesito su come si fondi l'autonomia epistemologica del diritto penale, cui si connette il tema della sua correlazione con la sfera dell'etica.

2. Ontologia e statuto epistemologico del diritto penale nella prospettiva bettioliana.

Bettiol apre *Il problema penale*, opera significativamente richiamata dal titolo di questo illustre Convegno, pronunciando un siffatto apoftegma: "*Il diritto penale è una filosofia*. Se non si vuole riconoscere *in limine libri* la ragionevolezza di questa affermazione per il suo carattere apodittico, si deve pur sempre ammettere che il «diritto» penale è nato come filosofia"[5]. Ora, la filosoficità del diritto penale si risolve,

[1] F. Bricola, T*eoria generale del reato*, voce del *Novissimo Digesto italiano*, vol. XIX, Torino 1973, p. 66.

[2] Cfr. M. Bettiol, *Metafisica debole e razionalismo politico,* Napoli 2002, p. 7-41, ove la Filosofa, compendiando i risultati dottrinali conseguiti dalla Scuola friulana di Cornelio Fabro, Augusto Del Noce e Danilo Castellano, svolge un'ampia e rigorosa indagine intorno al concetto di modernità intesa assiologicamente ed alle varie articolazioni teoretiche di cui si compone.

[3] Si rimanda, per tutti, ai magistrali contributi di E. Berti, *Il concetto di ente come essere ed Aristotele*, in «*Rivista di filosofia neoscolastica*», 54, 1962, p. 66-68; Id., *Aristotele e il problema della metafisica*, in «*Il pensiero*», 8, 3, 1963, p. 388-405; Id., *Il principio di non contraddizione quale criterio supremo di significanza nella metafisica aristotelica*, in «*Rendiconti dell'Accademia Nazionale dei Lincei*», classe di scienze morali, 1966, s. VIII, vol. XXI, fasc. 7-12, p. 224-252; Id., *Il concetto di "*nous*" in Aristotele*, in «*Bollettino filosofico*», 5, 1971, p. 161-165; Id., *La struttura logica della dimostrazione dell'atto puro in Aristotele*, in *Scritti in onore di Carlo Giacon*, Antenore, Padova 1972; Id., *Il problema della sostanzialità dell'essere e dell'uno nella Metafisica di Aristotele*, Padova 1972; Id., *Profilo di Aristotele*, Roma 1979; Id., *Il concetto di "sostanza prima" nel libro Z della "Metafisica"*, in «*Rivista di filosofia*», 80, 1989, p. 3-23; Id., *Il concetto di atto nella "Metafisica" di Aristotele*, in M. Sánchez Sorondo (a cura di), *L'atto aristotelico e le sue ermeneutiche*, Lateran University Press, Roma 1990, p. 43-61; Id., *Introduzione alla metafisica*, Torino 1993; Id., *La Metafisica di Aristotele: «onto-teologia» o «filosofia prima»?*, in «*Rivista di filosofia neoscolastica*», 85, 1993, p. 256-282; Id., *Ermeneutica e metafisica in Aristotele*, in B. Mondin (a cura di), *Ermeneutica e metafisica: possibilità di un dialogo*, Città Nuova, Roma 1996, p. 9-25; Id., *Aristotele: dalla dialettica alla filosofia prima. Con saggi integrativi*, pres. di G. Reale, Milano 2004; Id., *Struttura e significato della Metafisica di Aristotele,* a cura di I. Yarza, Roma 2006; Id., *Profilo di Aristotele*, Roma 2009; per un quadro ampio e completo della dottrina dello Stagirita, si vedano i fondamentali: Id., *Nuovi studi aristotelici*, V voll., Brescia 2004-2011.

[4] Aristotele, *Metafisica*, a cura di Reale, Milano 2000, (IV), 1003a 20, p. 131.

[5] G. Bettiol, *Il problema penale*, Palermo 1948, p. 15, ora in Id., *Scritti giuridici*, Tomo II, Padova 1966, p. 623.

File riservato ad esclusivo fine di studio

in ultima istanza, nella sua intima razionalità[6], che è il basamento della propria conformazione epistematico – disciplinare, dei suoi indirizzi metodici e della sua stessa legittimazione[7]. Non si tratta di una logicità che si ripercuote soltanto sugli aspetti scientifico procedurali, bensì di un elemento che investe la stessa natura del diritto penale, individuandone le finalità e sorreggendone la costitutiva omogeneità con il mondo morale, a sua volta inquadrato secondo i principi saldamente realistici della filosofia tradizionale.

"Uno dei maggiori meriti della Scolastica – leggiamo ancora nel *Problema* – è stato quello di avere sempre affermata la derivazione del diritto dalla morale e quindi del diritto penale dall'etica. Sotto un primo aspetto la legge giuridica è specificazione della legge etica, chè, se non lo fosse, la prima *iam non erit lex sed corruptio legis*[8]; sotto un secondo, l'idea di colpevolezza giuridica si basa sugli stessi elementi sui quali si radica la colpevolezza morale; sotto il terzo ancora, la pena è espressione di quell'idea di castigo che tiene dietro alla violazione della legge morale e di quella divina"[9]. Questo plesso di fattori rappresenta per Bettiol la piattaforma sulla quale poggia lo statuto stesso del diritto penale, nonché la possibilità di validarne l'autonomia displinare rispetto alle altre branche del diritto.

Ed il diritto penale è infatti – scrive Bettiol – *diritto pubblico* per eccellenza[10]. Insieme ad una concezione privatistica del diritto penale vanno pertanto rigettate, secondo l'Autore, quelle tesi che intravedono nella pubblicità della giustizia penale il risultato di un processo evolutivo che dalle forme originarie del *privatum delictum* avrebbe poi visto il suo esito conclusivo nella delineazione dei *publica delicta*[11]. Rilevazioni storico – giuridiche basate sul riscontro di significative analogie tra l'autorità statuale ed i sia pur limitati poteri correzionali di natura coercitiva ancor oggi commessi alle figure parentali[12], inducono a ritenere, secondo il Penalista[13], molto più

[6] Il tema è stato meritoriamente rilevato in prima istanza da G. Marini, *Giuseppe Bettiol. Diritto penale come filosofia*, Napoli 1985, p. 7 ss.

[7] Cfr. G. Bettiol, *Diritto penale,* XI ed., Padova 1982, spec. p. 109-115.

[8] "*Si [lex humanitus posita] in aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex, sed corruptio legis*". Tommaso D'Aquino (San), *Summa Theologiae*, tr. it., *La somma teologica*, testo latino dell'ed. leonina, trad. e comm. a cura dei Domenicani italiani, Firenze 1959, I-II, q. 95, a. 2.

[9] G. Bettiol, *Il problema penale*, ed. 1948, p. 19.

[10] Id., *Diritto penale*, p. 95.

[11] Si rimanda, con Bettiol, a: M.C. Del Re, *Il rapporto padrone-schiavo e l'origine del diritto penale pubblico*, in *Indice Penale*, 1978,n. 2; cfr. G. Bettiol, ult. op. cit., p. 96.

[12] Sul tema, si confronti, soprattutto in riferimento alla dottrina italiana e francese: M. Cerato, *La potestà dei genitori. I modi di esercizio, la decadenza, l'affievolimento*, Milano 2000; J. Casey, *L'enfant et sa famille*, Paris 2003; L. Gareil, *L'exercice de l'autorite parentale*, pref. de L. Leveneur, Paris 2004. Per un approccio storico, si veda: M. Cavina, *Il padre spodestato. L'autorità paterna dall'antichità a oggi*, Roma 2007.

[13] G. Bettiol, ult. op. cit., p. 96-97; cfr. anche Id., *L'ordine dell'Autorità nel diritto penale*, Milano 1934, ora in Id., *Scritti giuridici*, Tomo I, p. 109-198, p. 112-117, ove si discutono talune situazioni

File riservato ad esclusivo fine di studio

verosimile l'ipotesi che, in una fase storica prestatuale, nel *pater familias* risiedesse una facoltà sanzionatoria sostanziata da un generale principio di *giustizia* e pertanto di carattere pubblico e di icastica origine razionale[14].

Se una ricostruzione storicamente fondata delle radici ontogenetiche del diritto penale porta a riconoscere "come la reazione che porta alla pena sia sostanzialmente diversa da quella che porta alla vendetta, perché animata dall'idea della retribuzione in nome di una superiore esigenza di giustizia"[15], allora si può senz'altro sostenere, con il Nostro, che "non c'è ingiustizia maggiore di quella che viene fatta al diritto penale quando si afferma che esso storicamente si presenta come un processo graduale di svincolamento dall'idea della vendetta"[16], come ha voluto intendere, ad esempio, il Petrocelli[17]. "Il diritto – sintetizza infatti Bettiol – è per sua natura logico tanto come dato in sé, quanto come espressione di un'esigenza di giustizia"[18].

Ora, com'è noto, sulla base dell'acquisizione empirica del fatto che l'inveramento di un'ipotesi di reato costituisce, sotto uno stretto profilo fenomenologico[19], non la violazione, bensì la condizione necessaria per l'esecuzione del contenuto coattivo della legge penale, è stata avanzata dal Binding[20], nel contesto di una "atmosfera pancivilistica"[21], la teoria secondo la quale il diritto penale avrebbe un carattere espressamente sanzionatorio, mentre il precetto normativo sarebbe invece da relegarsi in una sfera extra-penale, dimodoché il diritto penale sarebbe un diritto «acefalo», strumentalmente subordinato a quello civile. Bobbio fa risalire al Von Jhering[22] la dottrina coazionistica e statualistica del diritto per la quale *destinatari* delle autentiche norme giuridiche sono non i sudditi/cittadini, bensì gli organi giudiziari, "tanto che dal Bi

giuridiche di subordinazione nel contesto del diritto di famiglia romano.

[14] La tesi della genesi «familiare» del giuridico, è sviluppata, sulla scorta di Aristotele, da F. Elìas De Tejada, *Europa, tradizione, libertà. Saggi di filosofia della politica*, intr. e cura di G. Turco, Napoli 2005, p. 91-114.

[15] G. Bettiol *Diritto penale*, p. 96.

[16] Id., *Il problema penale*, p. 35.

[17] B. Petrocelli, *Tecnicismo e antitecnicismo nel diritto penale*, in «*Studi per Carnelutti*», Padova 1950, vol. IV.

[18] G. Bettiol, ult. op. cit., p. 35.

[19] Emblematiche della visione positivistica risultano, com'è noto, le parole del Kelsen: "Il diritto è la norma primaria la quale predispone la sanzione, e questa norma non è contraddetta dall'illecito del suddito, che, al contrario, è la condizione specifica della sanzione. Soltanto l'organo può contravvenire al diritto stesso, cioè alla norma primaria, non eseguendo la sanzione, nonostante che se ne siano verificate le condizioni". H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato,* [1945, ed. ingl.], pref. di E. Gallo, intr. di G. Pecora, trad. di S. Cotta e G. Treves, Milano 1994, VI ed., p. 61.

[20] K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. I, Leipzig 1916, p. 58.

[21] G. Bettiol, *Diritto penale*, p. 97.

[22] R. Von Jerhing, *Lo scopo del diritto*, [1884], tr. it. a cura di M. Losano, Torino 1972.

File riservato ad esclusivo fine di studio

nding in poi – osserva Bobbio – si suol dire che l'atto illecito non è l'atto contrario alla legge penale ma è anzi quello che ne realizza la fattispecie prevista"[23].

La previsione dell'esecuzione di condotte illecite, sostenuta dalla dottrina positivistica sulla base di presupposti ed argomentazioni squisitamente formali, trova un perfetto riscontro nei coevi studi sociologici del Durkheim, ove, ad un differente livello d'indagine, la presenza di comportamenti criminosi viene considerata un tratto tipico della fenomenologia della società moderna, ed acquisisce pertanto uno statuto di piena «normalità»[24]. Si delinea così, nel periodo che suggestivamente l'Opocher denomina come "il felice intermezzo della *belle époque*"[25], un contesto culturale, filosofico e scientifico che appare dominato, ed in modo alquanto pervasivo, da istanze positivistiche; e ciò, restando nell'ambito del diritto, non solo in forza dell'affermarsi di quella teoria normativista che trova la sua massima sintesi nella *Reine Rechtslehre* e nella *Nomodinamica* kelseniane[26]. Vanno ascritti al medesimo alveo «scientista» ed esplicano, a vario titolo, una diretta influenza sulle teorie giuridico politiche dell'epoca – suffragando in tal modo il *Positivismo giuridico* di Kelsen e Merkl[27] – approcci che si dispiegano secondo linee di svolgimento affatto differenziate, come l'epistemologia dell'empirismo logico ad indirizzo *verificazionista* di Schlick, Carnap e Neurath[28],

[23] N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino 1993, p. 93.

[24] Cfr. E. Durkheim, *Le regole del metodo sociologico. Sociologia e filosofia*, [1895], tr. it. e intr. di C. A. Viano, Milano 1964.

[25] E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova 1993², p. 193-220.

[26] Rivelando attitudini e competenze squisitamente filosofiche, il Bettiol ebbe agio, già nel '53, di smontare le pretese, a tutt'oggi vibranti, di quanti vorrebbero "salvare" il positivismo giuridico persistendo "nell'equivoco che il formalismo kelseniano fosse solo un metodo ma non una dottrina. Ma il vero è – argomenta il Patavino – che non c'è una questione di metodo che non sia anche indicativa per la sostanza o natura che si vuole assegnare al fenomeno preso in considerazione. [...] Che significa metodo nella dottrina pura del diritto se non proprio questo: che il diritto è forma e nella forma esso si esaurisce". G. Bettiol, *Dal positivismo giuridico alle nuove concezioni del diritto*, in Id., *Scritti giuridici,* Tomo II, p. 860. Per approfondimenti circa l'impasse teorica del kelsenismo, cfr. le riflessioni di Paola Helzel circa la congiunzione-separazione tra diritto e morale, in G.P. Calabrò, P. Hezel, *Il sistema dei diritti e dei doveri*, Torino 2007, p. 165-168.

[27] Sulla dottrina di Adolf Merkl, cfr. A. Abignente, *La dottrina del diritto tra dinamicità e purezza. Studio su Adolf Julius Merkl*, Napoli 1990; A. Merkl, *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, tr. it., a cura di C. Geraci, pres. di M. Patrono, nota bioblibliogr. di W. D. Grussmann, Milano 1987.

[28] Cfr. O. Neurath, *Il Circolo di Vienna e l'avvenire dell'empirismo logico*, tr. it. di A. Zucconi, intr. di F. Barone, Roma 1977; M. Schlick, *Teoria generale della conoscenza*, tr. it. a cura di E. Palombi, Milano 1986; C.J. Hempel, *Oltre il positivismo logico. Saggi e ricordi*, tr. it. a cura di G. Rigamonti, Roma 1989; L. Geymonat, *La Vienna dei paradossi. Controversie filosofiche e scientifiche nel Wiener Kreis*, a cura di M. Quaranta, Padova 1991; R. Carnap, *La costruzione logica del mondo. Pseudoproblemi nella filosofia*, tr. it. a cura di E. Severino, Torino 1997; M. Schlick, *L'essenza della verità secondo la logica moderna,* tr. it. e intr. di M. Cambula, Soveria Mannelli (CZ) 2001; F. Stadler, *The Vienna circle and logical empiricism. Re-evaluation and future perspectives*, Dordrecht 2003; A.W. Carus, *Carnap and the twenthieth century thought. Explication and Enlightment*, Cambridge 2007; M. Friedman, R. Creath

File riservato ad esclusivo fine di studio

l'*antropologia criminale* di Lombroso e Ferri[29] – da cui, come ben sottolinea Bettiol[30], sortirà la Scuola positiva[31] – e la stessa *sociologia scientifica* del Durkheim[32]. A tratto comune di tali dottrine – per molti aspetti alquanto distanti, come ben osserva il Fassò[33] – si staglia l'assunzione del primato del *fatto*: non però un *fatto* nel quale sia possibile cogliere un valore o, tutt'al più, un significato, bensì un *fatto* che, per essere oggetto di analisi «scientifica», deve configurarsi in guisa di *fatto positivo*, deprivato delle proprie caratteristiche ontiche ed assiologiche ed appiattito su quella dimensione che, con il Castellano[34], possiamo definire di pura *effettività*.

Bettiol capovolge l'impostazione coazionistica, ponendo in risalto e riconoscendo come principale criterio discretivo quella essenza etico-assiologica dei beni giuridici che individuano la *ratio* della precettazione e da cui l'intera scienza penale risulta strutturalmente demarcata[35]; quei beni giuridici ovvero che, in quanto colti nel loro portato etico – teleologico e perciò assunti, «formalmente» e «materialmente», in guisa di *valori*, vengono a costituire, sotto un profilo ontologico, le sostruzioni metafisiche della dogmatica. È, infatti, per il Patavino, appunto il precetto, riguardato quale

(ed. by), *The Cambridge Companion to Carnap*, Cambridge University Press, Cambridge 2007.

[29] Su questi due autori si vedano i fondamentali: E. Ferri, *Sociologia criminale*, a cura di A. Santoro, 2 voll., Torino 1929-1930, V ed.; C. Lombroso, *L'uomo delinquente: in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza e alle discipline carcerarie*, V ed., Torino 1897. Per approfondimenti critici su tale indirizzo si rinvia a: D. Velo Dalbrenta, *La scienza inquieta. Saggio sull'antropologia criminale di Cesare Lombroso*, Padova 2004; F. Cavalla, *Alcune riflessioni sulla comunicazione nell'esperienza giuridica con particolare riguardo alla classificazione dei delinquenti nel diritto penale*, in C. Giacon (a cura di), *Il problema della comunicazione*, Gregoriana, Padova 1964, p. 5 ss.; A.A. Calvi, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, spec. p. 541-343 ss., ove è svolta un'acuta indagine circa il progressivo processo dissolutivo cui tale modello è venuto via via soggiacendo.

[30] Cfr. G. Bettiol, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei «tipi» di autore*, in *«Rivista italiana di diritto penale»*, XIV, 1942, ora in Id., *Scritti giuridici*, Tomo II, spec. p. 542- 550. Alcuni decenni più tardi, Bettiol opererà un chiaro rannodamento della dottrina della *Nouvelle défense sociale* di Ancel, Graven e Nuvolone ai principi stantii del positivismo criminologico. Cfr. Id., *Sulla «Nuova difesa sociale» considerata da un punto di vista cattolico*, in Id., *Scritti giuridici*, Tomo II, p. 1005-1012.

[31] Per la genesi della Scuola positiva, di notevole spessore teorico e storiografico si presenta l'elaborazione dottrinale che ebbe a prodursi sui seguenti periodici: *«La scuola positiva nella dottrina e nella giurisprudenza penale»*, aa. 1903-1920, e *«La scuola positiva. Rivista di diritto e procedura penale»* aa. 1921-1972.

[32] Cfr. É. Durkheim, *Le regole del metodo sociologico. Sociologia e filosofia*, tr. it., intr. di C.A. Viano, Torino 2001; Poggi G., *Émile Durkheim*, Bologna 2003.

[33] G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto, Ottocento e Novecento*, vol. III, Bari 2001, p. 176 ss.

[34] D. Castellano, *La razionalità della politica,* Napoli 1993, p. 70-71; Id., *La verità della politica,* Napoli 2002, spec. p. 13-43; Si consulti, in proposito, la penetrante meditazione filosofica di P.C. Fabro, *L'ateismo: storia e sistemi filosofici*, in R. Coseglia (a cura di), *L'ateismo contemporaneo*, Edizioni Centro Cristologico, Napoli 1965, p. 47-74.

[35] Si guardino in merito i fondamentali studi: G. Bettiol, *Bene giuridico e reato*, in *«Rivista italiana di diritto penale»*, X, 1938, n.1, ora in Id., *Scritti giuridici*, Tomo I, p. 318-329; Id, *Sistema e valori del diritto penale*, in *«Jus»*, 1940, fasc. IV, ora in Id., *Scritti giuridici*, Tomo I, p. 491-503;

File riservato ad esclusivo fine di studio

"momento dinamico della norma"[36], a rappresentare il fattore *primario* nella struttura dell'elemento normativo, poiché è precisamente sulla *natura* del dato prescrittivo che viene a fondarsi l'appartenenza di una data norma all'emisfero del diritto penale. Sono così le sanzioni a ricevere significato dai precetti e non viceversa, sulla base di un impianto «cognitivista» della scienza penale che la dottrina positivistica, in fedele ossequio a quel dogma galileiano del *non tentar le essenze*[37], meritoriamente riconosciuto da Francesco Gentile quale paradigma gnoseologico delle geometrie politico – legali[38], di fatto, non poteva che espungere. Viene così asseverata, con le parole del Nostro, una "piena ed assoluta autonomia del diritto penale per ragioni logiche, ontologiche e funzionali"[39], di fronte alla quale anche teorie come quella proposta dal Grispigni, che vede nelle norme penali una doppia precettazione, una penale ed una civile logicamente anteriore alla prima[40], si rivelano, per il Maestro patavino[41], come mere prospezioni formalistiche nel cui sottosuolo, peraltro, serpeggia latente il germe della «corrosione» della stessa scienza penale.

3. La logica concreta di Giuseppe Bettiol

Fissati tali presupposti, procediamo al secondo punto sopra enunciato ed andiamo dunque a verificare quale specie di logica sia da imputarsi al diritto penale. Un primo dato che va acclarato in tale ottica, fondamentale sia sotto un profilo teorico che sul piano della prassi, è dato dal paradigma antropologico che il diritto penale viene ad acquisire. Bettiol non può certo avallare la visione del Positivismo criminologico, che, attribuendo ai dati naturalistici immanenti all'agire umano un improprio statuto di necessità costrittiva, sviluppa la vocazione alla sistematicità derivante dalla caratterizzazione scientifica del diritto penale nella direzione di un rigido determinismo prassico[42]. Prospettive di tal genere sono lontanissime ed irreconciliabili con l'idea che il

[36] Id., *Diritto penale*, p. 99.
[37] G. Galilei, *Il Saggiatore*, in *Opere*, a cura di F. Flora, Milano-Napoli 1953.
[38] F. Gentile, *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico,* Milano 2003, p. 74.
[39] G. Bettiol, ult. op. cit., p. 102.
[40] Per un esame più approfondito di tale opinione del Grispigni che Bettiol riporta nel suo *Diritto penale* (p. 101), si rimanda a: F. Grispigni, *Diritto penale*, Milano 1947², vol. I, p. 236.
[41] G. Bettiol, ult. op. cit., p. 102.
[42] La congruenza teorico-funzionale dell'assestamento dei sistemi deontici su piattaforme metodiche di ordine scientifico con l'adozione di un modello antropologico a carattere deterministico, trova un importante antecedente nella dottrina hobbesiana. Cfr. T. Hobbes, De cive. *Elementi filosofici sul cittadino*, tr. it. a cura di T. Magri, Roma 1993³, I, 7, p. 84; Id., *Libertà e Necessità; Questioni relative a libertà, necessità e caso*, tr. it. a cura di A. Longega, Milano 2000, p. 207. Ci si permette di suggerire, in proposito: A. Vernacotola, *L'uomo «virtuale». Il paradigma antropologico della teoria politico-giuridica moderna*, in *«L'Ircocervo. Rivista Elettronica Italiana di Metodologia Giuridica, Teoria Generale del Diritto e Dottrina dello Stato»*, 2010, n. 2., p. 10-18.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Patavino ha del diritto penale e dell'uomo delinquente. Se ciò che contraddistingue in modo eminente la natura umana è la libertà del volere che l'Autore, in un passo del *Problema* di grande momento, definisce come il "punto di sutura tra l'etica e il diritto penale"[43], ne consegue l'impossibilità di una prasseologia predittiva dell'agire antropico, il che determina il venir meno di quei canoni della scomponibilità meccanico – quantitativa e della riproducibilità del fenomeno che contraddistinguono il metodo sperimentale e le scienze positive.

In virtù della propria irriducibile libertà morale, ogni singolo individuo viene a costituire un mondo a sé, e si ostende quale unica ed irripetibile sussistenza di quella complessa realtà della personalità umana che, come un poliedro[44], si dimostra assolutamente refrattaria a qualsivoglia tentativo di schematizzazione naturalistica o conglobamento tipologico. Tale idea della personalità umana viene ad innervare dall'interno, in guisa di principio strutturante, la logica penalistica ed a conferirle una natura *concreta*.

Una *logica concreta*[45] intesa in tal senso, sta a rappresentare il principio metodico di una scienza penale che, in quanto imperniata sul presupposto del primato della persona, sia capace di costruire una dogmatica, formale e teleologica, fondata su di una «euristica» dei beni giuridici soggiacenti ad ogni norma e dei valori che, a cagione dell'asserita omogeneità ontologica di etica e diritto penale[46], per Bettiol, ad essi necessariamente corrispondono.

L'opzione della *logica concreta* va detto, non è per nulla antitetica alle istanze formali – legalitarie, né a quelle di sistematizzazione razionale, che il Nostro, anzi, non ha alcuna difficoltà a definire come immanenti allo stesso statuto della scienza penale[47]. Marini non manca tuttavia di informare del più o meno cauto scetticismo con

[43] G. Bettiol, *Il problema penale*, p. 18.

[44] *Idem*, p. 63.

[45] L'opzione di Bettiol per una logica concreta, oltre ad evincersi da un cospicuo novero di passi presenti nelle tre opere maggiori del Maestro patavino, viene chiaramente esposta in due interventi specifici: Id., *Indirizzi metodici nella scienza del diritto penale. (Risposta cortese ad un autorevole critico)*, in *«Giurisprudenza italiana»*, 1947, disp. 9, parte IV, ora in Id., *Scritti giuridici*, Tomo II, p. 726-729; e *Sulla «Nuova difesa sociale» considerata da un punto di vista cattolico*, cit., (prima parte) del 1964.

[46] Cfr. G. Bettiol, *Diritto penale*, p. 114 ss.

[47] "Anzitutto – osserva Bettiol, commentando l'indirizzo metodologico di E. Schwinge (*Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, Bonn 1930) che del suo teleologismo rappresenta, insieme al finalismo di H. Welzel (*Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Mannheim-Berlin-Leipzig 1935), il modello più ravvicinato – il procedimento di individuazione dello scopo della norma è frutto di un procedimento logico anche se di logica concreta più che di logica astratta; in secondo luogo, facendo dello scopo il centro della norma non si vuol affatto negare che tra gli scopi delle singole norme non ci siano delle affinità o magari dei legami stretti […]. Dallo scopo particolare si sale, così, per procedimento di astrazione, agli scopi generali in guisa da render possibile la formazione di un sistema teleologicamente orientato, senza dimenticare però come accanto agli scopi sostanziali delle singole norme ci siano degli scopi formali

File riservato ad esclusivo fine di studio

il quale una parte rilevante della dottrina ebbe ad accogliere le posizioni espresse da Bettiol[48], stimolandone un contributo di chiarificazione che venne presentato nel '42 sulla *Rivista italiana di diritto penale*[49]. Se intransigente, come mette bene in luce il Riondato nella sua pregevole monografia[50], ne risulta la sua avversione nei confronti del "*panlogicismo formalistico e astrattista* delle moderne concezioni neo-kantiane per le quali la realtà sarebbe un caos disordinato che acquista luce e valore solo a contatto con il mondo astrale dei valori"[51], altrettanto netta è invero la sua ostichezza verso le varie prospettive *alogiche*[52], spazianti, in un ampio ventaglio di soluzioni teoriche, dall'intuizionismo irrazionalistico di Dahm, Schaffstein e della Scuola di Kiel[53] sino allo stesso approccio realistico dell'Antolisei[54].

Logicità del sistema, teleologismo metodico, apertura etica e fondazione personalistica, lungi dal contraddirsi o dall'escludersi reciprocamente, si co-implicano in una

i quali servono alla determinazione dei criteri per la formulazione delle fattispecie". G. Bettiol, *Sui recenti orientamenti metodologici nello studio del diritto penale,* in «*Jus*», anno 1940, fasc. I, ora in Id., *Scritti giuridici*, Tomo I, p. 480.

[48] G. Marini, op. cit., p. 56-58.

[49] G. Bettiol, *A proposito di Cose lette*, in «*Rivista italiana di diritto penale*», XIV, 1942, n. 4, ora in Id., *Scritti giuridici*, Tomo I, p. 531-534.

[50] S. Riondato, *Un diritto penale detto "ragionevole". Raccontando Giuseppe Bettiol*, Cedam, fPadova 2005, p. 157.

[51] G. Bettiol, ult. op. cit., p. 532.

[52] "L'equivoco del Santoro si può forse spiegare con il fatto che, reagendo io nel campo della metodologia giuridica contro l'uso di procedimenti meramente logico-deduttivi e quindi formalistici, può sembrare a taluno che mi voglia rifugiare nel comodo cantuccio dell'irrazionalismo, mentre ciò non è vero perché il teleologismo, di cui sono un fervido e convinto sostenitore non è affatto un portato delle moderne concezioni penali a sfondo irrazionale (basti pensare che esso è avversato dagli intuizionisti della scuola – ormai ricordo storico – di Kiel), ma è frutto di una concezione logica concreta, di un logicismo (e quindi razionalismo) che nella interpretazione delle norme e nella elaborazione del sistema penale tiene sempre presente il bene giuridico o valore che è una della pietre angolari della nostra disciplina." *Ibidem*, p. 531.

[53] Cfr. G. Dahm, *Verbrechen und Tatbestand*, in «*Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*», Berlin 1935; Id., *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenshaft*, in «*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*», B. 57; Id., *Der Tätertyp im Strafrecht*, Leipzig 1940; F. Schaffstein, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlin 1935; Id., *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems*, in «*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* », 1937, B. 57; G. Dahm, F. Schaffstein, *Methode und System des neuen Strafrechts*, in «*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*», B. 57, p. 226-336; Id., *Liberales öder autoritares Strafrechts?,* Hamburg 1933.

[54] Le valutazioni critiche del Bettiol nei riguardi dell'Antolisei si appuntano soprattutto sull'orientamento da questi espresso in forma programmatica nel saggio *Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale* (in «*Rivista italiana di diritto penale*», 1937) la cui esaltazione degli aspetti alogici della scienza penale appare al Nostro una esagerazione, peraltro ingiustificata. G. Bettiol, *Giurisprudenza degli interessi e diritto penale*, in «*Rivista italiana di diritto penale*», X, 1938, n. 4, ora in Id., *Scritti giuridici*, Tomo I, p. 330-342, p. 332. Del resto, ciò che l'Antolisei maggiormente nega è proprio il dato che costituisce il pilastro della dogmatica bettioliana, ovvero la «funzione metodologica» del bene giuridico. Cfr. Id., *Sul reato proprio*, Milano 1939, ora in Id., *Scritti giuridici*, Tomo I, p. 400-464, p. 430.

File riservato ad esclusivo fine di studio

visione di sintesi metafisicamente fondata, una visione nella quale ciascuno di detti fattori, come la tessera di un mosaico, esplica una funzione precisa ed insostituibile, risultando perciò essenziale in ordine alla composizione di un approccio filosofico ed epistemologico che sia capace non solo di spiegare, ma viepiù di *giustificare* la scienza penale ed i suoi contenuti.

4. La filosofia della pena di Bettiol tra retributivismo etico e realismo metafisico.

E giungiamo così ad affrontare l'ultimo punto sopra menzionato, quello relativo alla filosofia della pena, cui la Scuola padovana, con il Cavalla[55], la Zanuso[56] ed il compianto Cattaneo[57], per citarne solo alcuni, ha recato un contributo di meritorio valore.

"La pena – scrive Bettiol – si asside esclusivamente sull'idea di retribuzione. Essa trova in se stessa il suo fondamento e la sua giustificazione [...] *Punitur quia peccetur* è l'espressione che sintetizza ancora alla perfezione la necessità che la pena – come valore – trovi in se medesima la sua ragione di essere. Kant, sotto questo punto di vista, è nel giusto, sebbene egli fondi il suo imperativo su di un'autonomia morale che il pensiero tradizionale non può che respingere. Ma, a parte la questione della derivazione dell'imperativo morale (autonomia od eteronomia), la pena deve trovare in se stessa la sua giustificazione perché l'uomo, cui essa si riferisce, non può mai servire ad un'utilità generale o particolare; la personalità morale dell'individuo non ammette di venir degradata al livello di un mezzo in vista di qualche fine".[58]

Orbene, va osservato anzitutto come la "questione della derivazione dell'imperativo morale (autonomia od eteronomia)" qui evocata quasi incidentalmente, rivesta, sotto un profilo filosofico, una capitale importanza. Pur asseverando l'autonomia del diritto penale in ambito epistemologico – ed anzi, proprio in ragione di ciò – Bettiol ne rivendica, in ordine all'individuazione della sua base etica, una strutturale eteronomia, postulando così una relazione diretta, di tipo oggettivo, tra la normatività dei precetti penali, nel loro insieme, e la sfera della realtà, vista però non nella sua dimensione effettuale, sociologica, bensì nella sua intrinseca costitutività e nella sua significazione etico-assiologica.

[55] F. Cavalla, *La pena come problema*, Padova 1979; Id., *La pena come riparazione. Oltre la concezione liberale dello stato: per una teoria radicale della pena*, in F. Cavalla, F. Todescan (a cura di), *Pena e riparazione*, Cedam, Padova 2003.

[56] F. Zanuso, *A ciascuno il suo. Da Immanuel Kant a Norval Morris: oltre la visione moderna della retribuzione*, Padova 2000. F. Zanuso, S. Fuselli (a cura di), *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, Cedam, Padova 2004.

[57] M.A. Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, Ferrara 1978; Id., *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, Torino 1988; Id., *Illuminismo e legislazione penale. Saggi sulla filosofia del diritto penale nella Germania del Settecento*, Milano 1993.

[58] G. Bettiol, *Il problema penale*, in Id., *Scritti giuridici*, Tomo II, cit., p. 702.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Nella prospettiva kantiana, al contrario, la teorizzazione della pena retributiva appare risolversi nel circolo chiuso di un'impostazione soggettivistica cui l'accesso ad una dimensione "oggettiva" risulta pregiudizialmente precluso ed alla quale, pertanto, non sono affatto estranei, ma anzi, consequenziali, gli esiti formalistici cui dà adito lo stato di diritto che a tale concezione viene ad ispirarsi[59]. Ogni ipotesi di raccordo tra orizzonte normativo e filosofia della pena risulta affatto incongruo in Kant, poiché la sfera giuridico – legale è quivi connotata da un carattere condizionale[60] mentre la pena, nella sua esclusiva e puristica riferibilità fondazionale alla persona, sembra assurgere, non senza contraddizione rispetto allo statuto medesimo del diritto, all'elevatezza dell'«incondizionato», dell'orizzonte etico, di puro *Sollen*, degli imperativi categorici[61], risultando quindi entrambi i settori parimenti distaccati ed avulsi da quel piano ontico che rimane in sé inattingibile. Talché, come mette in luce il Ronco[62], tutta la filosofia dei valori di ascendenza neokantiana, da Windelband e Rickert sino a Scheler, recherà invero le tracce di questo vizio d'origine, trovando sbarrata la via di una coerente fondazione ontologica dei sistemi deontici.

In Bettiol, la contemperazione fra impianto dogmatico e filosofia della pena appare pienamente legittima, dacché quivi, il dover essere deriva dall'essere[63]. In tale

[59] Cfr. G. Solari, *Il liberalismo di Kant e la sua concezione dello Stato di diritto*, ora in *Studi storici di filosofia del diritto*, Torino 1949; A. Negri, *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, Padova 1962.

[60] Cfr. I. Kant, *La metafisica dei costumi*, [1797], tr. it. e note a cura di Vidari, rev. e note aggiunte di Merker, Bari 1991, Parte prima, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, spec. intr. alla metafisica dei costumi, IV, p. 23-24; intr. alla dottrina del diritto, p. 33-38.

[61] "La punizione giuridica (*poena forensis*) [...] non può mai venir decretata semplicemente come un mezzo per raggiungere un bene, sia a profitto del criminale stesso, sia a profitto della società civile, ma deve sempre venirgli inflitta soltanto perchè egli ha commesso un crimine. E ciò perchè l'uomo non deve mai essere trattato come un puro mezzo in servizio dei fini di un altro ed essere confuso con gli oggetti di diritto reale, contro di che egli è garantito dalla sua personalità innata [...] La legge penale è un imperativo categorico e guai a colui che si insinua nelle spire tortuose dell'eudemonismo". *Idem*, parte II, sez. I, E, p. 164-165.

[62] "Per mano di Windelband, Rickert, Lask e degli altri filosofi dei valori si perviene alla fondazione di un incongruo dualismo metodologico fra le scienze dell'essere e quelle del dover essere, con la crescente normativizzazione della teoria del diritto." M. Ronco, *L'attualità di Giuseppe Bettiol nel 100° anniversario della nascita e nel 25° anniversario della morte*, pronunciato nella *Giornata in ricordo di Giuseppe Bettiol nel 100° anniversario della nascita e nel 25° anniversario della morte, tenuta a Padova il 28 settembre 2007*, ora in *Criminalia*, 2007, p. 147-164, p. 158.

[63] "Solo un ritorno all'ontologismo giuridico può costituire la base di un diritto naturale a sfondo razionale, intendendosi per ontologismo giuridico la concordanza tra la norma o disposizione del diritto positivo e le esigenze che scaturiscono dalla essenza stessa delle cose che il diritto positivo deve regolare [...] C'è un'armonia nelle cose che deve esprimersi nella armonia delle relazioni umane e quindi nella armonia o nella razionalità del diritto positivo che questi rapporti è chiamato a regolare. E il fattore che determina l'armonia nei rapporti umani se presente o determina la rottura se assente, è la giustizia nelle sua forme che già Aristotele e Tomaso hanno chiaramente individuate". G. Bettiol, *Roma assertrice del diritto nel secolo XX*, in *Jus*, anno 7º, fasc. 1, 1956, ora in *Scritti giuridici*, tomo II, p. 880. La giustizia,

File riservato ad esclusivo fine di studio

concezione, anche la retribuzione penale, nella sua conformazione interna, disincagliandosi dalle ipoteche kantiane ed hegeliane[64] che ne hanno alquanto offuscato i lumi originari, può ostendere una sua peculiare oggettività, che va a raccordarsi con l'ordine assiologico, articolantesi secondo precisi canoni gerarchici, espresso dalla dogmatica e tradotto a concretezza dal metodo teleologico. Il realismo di Bettiol, nonché la sua aderenza a modelli metafisici di perspicua matrice classica, trova, a mio avviso, uno dei suoi momenti più elevati proprio nel tentativo di realizzare una corrispondenza biunivoca, dispiegantesi tanto sul piano etico quanto su quello metodico, fra la fondazione della retribuzione penale e la costruzione di una giurisprudenza dei valori che tragga la sua architettura dall'ordine naturale delle cose e la sua concretezza da quella nozione di bene giuridico che ne costituisce la basilare cellula formale e materiale.

Perno e condizione di possibilità di un siffatto rapportamento, che altrove ho definito, prendendo a prestito il frasario strumentale della logica medievale, come una congiunzione sincategorematica[65], è la persona, la quale, concepita rosminianamente[66] come diritto sussistente[67] e quindi in aderenza ad una gnoseologia cognitivista, si presenta contestualmente come il solo fine cui la pena possa rivolgersi per poggiare su un congruo sostrato giustificativo ed al contempo come la sorgente viva da cui rampollano i valori[68] che innervano la *logica concreta* e la teoria generale del reato.

dunque, assunta esplicitamente secondo l'accezione aristotelico – tomista, e la razionalità, coniugata nel senso di una *adaequatio rei et intellectus*, e dunque postulante la capacità delle facoltà razionali d'istituire una relazione conoscitiva con l'ordine cui è informato l'essere e con il sistema etico – assiologico che da esso promana, rappresentano, nella visione bettioliana, non un vano ornamento retorico, ma dei principi indefettibili, fungenti in guisa di concreti fattori d'integrazione e di sviluppo per il diritto penale nella sua interezza, concepito quindi sia come scienza che come ordinamento.

[64] Cfr. L. Eusebi (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Giuffrè, Milano 1989; S. Fuselli, *Processo, pena e mediazione nella filosofia del diritto di Hegel*, Padova 2001; K. Seelmann , *Le filosofie della pena di Hegel,* a cura di P. Becchi, tr. it. di A. Patrucco Becchi, Milano 2002.

[65] A. Vernacotola, *Primato della persona e realismo metafisico. La filosofia del diritto penale di Giuseppe Bettiol*, Rende (CS) 2010, p. 282.

[66] A. Rosmini, *Filosofia del diritto*, I, III, in *Opere edite e inedite*, a cura di Orecchia, V, Padova 1969, p. 191.

[67] Bene il Calabrò compendia questa espressione che è propria di Rosmini ed informa anche il pensiero del Bettiol. "Nella natura della persona umana troviamo, infatti, l'essenza del diritto, i suoi elementi costitutivi: l'esistenza, cioè, di un'attività personale che si esplica attraverso una volontà libera e infine una relazione con altri esseri razionali, che hanno il dovere di rispettare questo esercizio. [...] Da ciò deriva che la persona umana sostanzia il diritto, anzi, è diritto essa stessa, è il diritto sussistente, l'essenza del diritto". Vi è infatti "un legame strettissimo fra l'ontologia della persona sostanziale e l'ontologia della persona come valore giuridico. In altri termini, la persona costituisce l'unità fra momento assiologico e momento ontologico". G.P. Calabrò, *Valori supremi e legalità costituzionale. Diritti della persona e democrazia pluralistica*, Torino 1999, p. 22.

[68] Emblematica, in tal senso, è la celebre definizione bettioliana di valore, il quale non è "un'idea aprioristica o una categoria astratta di un mondo irreale o ideale ma un rapporto tra l'ordine che sussiste nella realtà e l'uomo considerato nella sua essenza di animale ragionevole, e quindi nella sua personalità

File riservato ad esclusivo fine di studio

La rigorosa riconduzione alla personalità morale dell'individuo della giustificazione della pena[69] non è dunque antifrastica rispetto al principio del giusto ristabilimento dell'ordine lacerato dal reato[70], poiché quest'ordine non consiste, empiricamente, nell'adesione formale della condotta dei consociati alle prescrizioni legali, ma scaturisce invece *ex natura rerum*, dalla gerarchia onto-assiologica espressa dall'architettonica del reale, metafisicamente inteso ed intellegibile, nella sua essenza e nelle sue istanze valoriali, dalle facoltà noetiche dell'uomo[71].

Ed invero, se, a proposito della dottrina bettioliana, si può parlare di personalismo, come fa, da par suo, il Mantovani[72], è perché vi si evince, come si diceva, non una concezione astratta o parziale della persona, come quelle emergenti in varie prospettive del personalismo novecentesco[73], da quello dialogico di Buber a quello esistenzialista di Berdijaev, da quello assiologico di Scheler a quello comunitario di Mounier, bensì una visione dell'ente umano schiettamente metafisica, che sembra propugnare *ante litteram*, ma su radici antiche, quel personalismo ontologicamente fondato che sarà tesaurizzato dalla scuola antropologico – bioetica sgrecciana[74], recuperando alla persona medesima la realtà di unitotalità corporeo-spirituale[75], sinolo ilemorfico, composto di materia e forma, nel quale l'atto di essere precede e fonda

morale [...] il valore è la natura delle cose espressa in termini intellegibili affinché l'uomo se ne possa servire per i suoi fini morali". G. Bettiol, *Diritto penale*, p. 81; cfr. S. Riondato, cit., p. 3-4.

[69] "L'uomo ha diritto alla pena, così come ha diritto al riconoscimento della sua dignità di persona". G. Bettiol, *Il problema penale*, p. 109.

[70] "La vecchia scolastica aveva visto bene quando sottolineava l'idea del «ristabilimento dell'ordine violato», di una «reintegrazione di valori», di una «pena atta a chiudere il *vulnus* inferto all'ordine giuridico». Considerare la pena come un male è mettersi contro l'ordine e la natura delle cose [...] Se anche la pena è in linea di fatto un male, sinonimo di sofferenza, sul piano dei valori essa è uno dei maggiori beni diretti alla salvaguardia di un ordine giuridico che riposi su esigenze morali". G. Bettiol, *Punti fermi in tema di pena retributiva*, in G. Leone (a cura di), *Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marsico*, Giuffrè, Milano 1960, ora in G. Bettiol, *Scritti giuridici*, tomo II, p. 942.

[71] G. Bettiol, *Roma assertrice del diritto nel secolo XX*, in *Jus,* anno 7º, fasc. 1, 1956, ora in Id., *Scritti giuridici*, tomo 2º, p. 880.

[72] F. Mantovani, *Il personalismo e la personalità del reo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*, in «*Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*», 2007, p. 136-137 ss.

[73] Si consulti, in merito, il fondamentale saggio critico di D. Castellano, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Napoli 2007. Cfr. anche, per un quadro comparativo dei diversi modelli di persona: E. Berti, *Il concetto di persona nella storia del pensiero filosofico*, in *Persona e personalismo. Aspetti filosofici e teologici*, Padova 1992, p.43-74; A, Rigobello (a cura di), *Lessico della persona umana*, Studium, Roma 1986.

[74] E. Sgreccia, *La persona umana,* in C. Romano, G. Grassani (a cura di), *Bioetica*, p. 190-195; R. Lucas Lucas, *L'uomo spirito incarnato. Compendio di filosofia dell'uomo,* Cinisello Balsamo (MI) 1997; L. Palazzani, *I significati del concetto filosofico di persona e implicazioni nel dibattito bioetico e biogiuridico attuale sullo statuto dell'embrione umano in Identità e statuto dell'embrione umano*, Città del Vaticano 1998, p. 53-74; A. Pessina, *L'uomo sperimentale*, Milano 2006.

[75] E. Sgreccia, *Manuale di bioetica. Fondamenti ed etica biomedica*, vol. I, Milano 2007, IV ed. rivisitata e ampliata, p. 72.

File riservato ad esclusivo fine di studio

ogni potenzialità[76]. Vi si delinea dunque, una persona che, in quanto ente reale, ben incastonato nella struttura globale dell'essere e quivi assisa in posizione apicale nell'ordine gerarchico ad essa immanente, viene così a qualificarsi, in modo strutturato, come autentico vertice della scienza penale, e da qui, più in generale, dell'esperienza giuridica latamente intesa.

Certo, va detto, Giuseppe Bettiol è giurista positivo. Indarno si cercherebbe nella sua produzione scientifica una trattazione propriamente filosofica o un argomentare di carattere dimostrativo tendenti a sviluppare compiutamente i lineamenti giusfilosofici del realismo metafisico o del personalismo ontologico. Questi, però, si leggono e s'intravvedono in controluce, a mio avviso, nell'ordito della sua teoria del reato, nei tratti del suo principio retributivo, nella tessitura del suo approccio alle più diverse questioni da cui il diritto è di volta in volta sollecitato, delineando così un pensiero penale che non soltanto nelle sue prospezioni filosofiche, quanto, viepiù, nel suo diretto confrontarsi con il diritto positivo e con le problematiche ad esso sottese, presenta invero un ancoraggio sicuro agli imperituri principi della *philosophia perennis*.

[76] Sul tema, cfr. E. Berti, *Genesi e sviluppo della dottrina della potenza e dell'atto in Aristotele*, in «*Studia Patavina*», 5, 3, 1958, p. 477-505.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Andrea Ambrosi

La memoria collettiva e pubblica di massacri e genocidi tra dovere costituzionale di solidarietà e libertà individuali

Sommario: 1. Due quadri. 2. L'attualità dei complessi rapporti memorie-diritti. 3. Libertà di manifestazione del pensiero e dovere costituzionale di solidarietà. 4. Diritti e responsabilità etica. 5. Diritti individuali, doveri inderogabili, concezioni antropologiche. 6. Negazionismo e decisione-quadro 2008/913/GAI. 7. Libertà di pensiero e tradizioni costituzionali dei Paesi europei. 8. La memoria pubblica come alternativa alla limitazione dei diritti di libertà. 9. La memoria collettiva come risultante dell'esercizio dei diritti di libertà e del dovere morale di solidarietà.

1. Due quadri.

"Mio nonno Gurghèn conservava dettagli dei momenti in cui aveva perduto i suoi familiari. Nell'aprile 1915 era il penultimo figlio di una famiglia numerosa. Suo padre Grigor con il giovane Hovhannes, il primogenito, erano stati chiamati sotto le armi, e nessuno li vide mai più, già prima della deportazione. […] Quanto agli altri fratelli, quell'ultimo giorno erano andati al lavoro nei campi. Lui bambino ricordava di aver trovato la casa improvvisamente vuota e di esserli andati a cercare. Ma nel campo li vide tutti morti.

In fuga da quella scena incrociò sua madre […] Makruhì con l'ultimo nato in braccio, Surèn. Di loro tre, madre e neonato morirono lungo la strada durante la deportazione. Non sappiamo che cosa sia successo poi. Qualcuno vide un bambino da solo e lo portò con sé. Di chi salvò mio nonno Gurghèn e di come solo al mondo arrivò all'orfanotrofio americano di Gyumri, lui stesso non l'ha mai detto. Ma lì nell'orfanotrofio, a 15 anni, incontrò mia nonna Adel e la sposò".

File riservato ad esclusivo fine di studio

Di Adel a 5 anni invece, e della sua vita prima del genocidio, è rimasto un oggetto: "un paio di piccole scarpe con i tacchi, su misura per lei. Si vede che mia nonna le adorava, perché le portò con sé, nascoste in un sacchetto. Inservibile tesoro, per una bambina che fu deportata […]. Adel restò in vita, ma senza più genitori né fratelli. Non disse che cosa aveva visto. Sono mille le storie come la sua: si restava in vita per un caso, per un pezzo di pane, un po' d'acqua, o per qualcuno che aveva pietà. Una nostra vicina si salvò, anche lei da bambina, per essersi attaccata alla coda di una vacca mentre la colonna di deportati guadava un fiume. Suo fratello invece non fece in tempo."

Così racconta Adel Faroyan, di suo nonno e di sua nonna, in una testimonianza pubblicata nell'aprile 2010[1].

E Joseph Di Porto, avvocato, pochi mesi dopo: "Nell'apprestarmi ad affrontare [questi temi, della memoria e della negazione], difficilmente riesco a liberare la mia mente da quell'assordante "silenzio" di mia nonna, Marisa Di Porto, deportata ad Auschwitz il 23 marzo del 1943 (A5361) e che qualcuno, con impavida serenità, vuol far credere che abbia vissuto per diversi mesi in un villaggio vacanze"[2].

Yelena Abrahamyan, 99 anni, sopravvissuta al genocidio, è nel suo appartamento di Yerevan; dopo gli accordi di Zurigo del 10 ottobre 2009 tra Turchia ed Armenia, si dice fermamente contraria all'apertura del confine, fino a quando la Turchia non presenterà le proprie scuse. Non sembra nemmeno disposta a lasciarsi influenzare dalle rassicurazioni del governo, secondo cui l'istituzione di una commissione storica, come parte del processo di normalizzazione, non potrà portare ad una negazione di quello che molti storici e Paesi considerano come il primo genocidio del Ventesimo secolo[3].

Joseph Di Porto appoggia in pieno la proposta del presidente della comunità ebraica di Roma di introdurre anche in Italia una legge che punisca il negazionismo[4].

2. L'attualità dei complessi rapporti memorie-diritti.

Tra i tanti possibili, bastano questi due quadri, e i due commenti, a dare conto delle molteplici e complesse relazioni esistenti tra *memoria individuale e collettiva* di massacri e genocidi, *diritti di libertà*, *atteggiamenti dei governi*: i fatti pretendono di essere riconosciuti, le grida che ne vengono non vogliono essere soffocate, la memoria dei singoli - spesso anche memoria di un popolo - esige rispetto e onore; silenzi

[1] L. Delsere, *Io li ricordo*, in «Osservatorio Balcani e Caucaso» <www.balcanicaucaso.org>, (24 aprile 2010).
[2] J. Di Porto, *Perché dico sì ad una legge che contrasti il negazionismo*, in «Kolòt vocì» <www.kolot.it>, (19 ottobre 2010).
[3] O. Krikorian, *L'Armenia dopo la firma*, in <www.balcanicaucaso.org>, 21 ottobre 2009.
[4] Vedi R. Pacifici, *Finito il tempo delle ipocrisie*, in *La Repubblica*, 15 ottobre 2010.

File riservato ad esclusivo fine di studio

degli stati possono negare tutto ciò, così come la negazione e l'offesa possono venire dalla libertà del pensiero, dalla libertà della sua manifestazione e diffusione.

Si può partire da questo ultimo aspetto: quello che evidenzia come la memoria e i valori in essa condensati possano essere lesi dall'esercizio del diritto di espressione e di manifestazione del pensiero. E' l'aspetto che forse viene maggiormente in rilievo presso la pubblica opinione, che più spesso fa parlare di sé; e l'Italia, come gli altri Paesi dell'Unione Europea, da tempo è tenuta a prendere ufficialmente posizione sull'argomento, per effetto della decisione quadro 2008/913/GAI "sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale", adottata dal consiglio dei ministri dell'Unione europea alla fine del 2008, il termine per la cui attuazione è scaduto il 28 novembre 2010. Del resto, sul piano concettuale, rendere illecito un determinato contenuto di pensiero rappresenta il modo più radicale per proteggere la memoria che potrebbe essere lesa da quel contenuto.

3. Libertà di manifestazione del pensiero e dovere costituzionale di solidarietà.

Dal punto di vista del nostro ordinamento, sussistono forti motivi per dubitare della legittimità costituzionale della repressione penale dei vari possibili *negazionismi come tali*[5], indipendentemente dalla produzione di effetti concreti sull'ordine pubblico materiale[6]. Questo almeno se si accoglie una concezione individualistica dei diritti

[5] «Negazionismo» - a guardare le diverse legislazioni sul punto - si rivela termine generico: in esso si fanno rientrare misure che presentano non secondarie differenze: sia quanto al *pensiero vietato* (la «negazione», la «minimizzazione», la «minimizzazione grossolana»/ dell'«olocausto», dei «genocidi», dei «genocidi nazisti», dei «crimini contro l'umanità», «compiuti dai nazisti», «considerati dall'art. 6 dello Statuto del tribunale militare di Norimberga»/ la «propaganda», l'«incitamento»/ all'«odio razziale»); sia quanto alla presenza o meno di *altri elementi della fattispecie* (punendosi talora la sola manifestazione pubblica del pensiero, considerata sempre un pericolo in sé, talaltra il pensiero che sia idoneo a diffondersi, o a turbare la pace pubblica, o a mettere in pericolo l'ordine pubblico, altre volte ancora il pensiero cui consegua un effettivo turbamento dell'ordine pubblico e simili).

[6] E indipendentemente dalla offesa all'onore e alla reputazione di una o più singole persone. Da segnalare in proposito Cass. pen., sez. V, 17 novembre 2010, n. 1914, secondo la quale la difesa dell'onore e della reputazione di una persona non implica che vicende relative a quella persona debbano essere «valutate» in un certo modo, magari in modo corrispondente alla visione che ne ha (o ne potrebbe avere) la persona coinvolta (su tale base, che valorizza la libertà di pensiero di cui all'art. 21 cost., la cassazione ha ritenuto che non costituisca reato qualificare *assassinio*, e non *atto di guerra* o *omicidio* o simili, l'uccisione nel 1944 del filosofo Giovanni Gentile). A questa sentenza si può avvicinare Trib. Torino, sez. VII civ., 27 novembre 2008, n. 7881, in *Giur. cost.*, 2009, p. 3949 ss., che – in un giudizio civile per lesione del diritto soggettivo alla identità personale, promosso dall'Unione degli Armeni d'Italia, dalla Fondazione S. Serapian e da persone fisiche appartenenti alla comunità armena contro gli editori e i curatori di una pubblicazione di divulgazione storica – ha negato che si possa pretendere la qualificazione come *genocidio* dei *massacri* armeni (la stessa sentenza, peraltro, forse non del tutto coerentemente, ha affermato che la *negazione* del genocidio degli armeni rappresenterebbe una lesione del diritto fondamentale di ciascun componente del popolo armeno).

File riservato ad esclusivo fine di studio

fondamentali, ed in particolare della libertà di manifestazione del pensiero. Individualistica solo nel senso di Carlo Esposito, che vedeva nell'art. 21 cost. un diritto «garantito al singolo come tale indipendentemente dai vantaggi o dagli svantaggi che possano derivarne allo Stato… garantito perché l'uomo possa unirsi all'altro uomo nel pensiero e col pensiero ed eventualmente insieme operare: i vivi con i vivi ed i morti con i vivi e non per le utilità sociali delle unioni di pensiero»[7].

È, questa, una prospettiva corrispondente alla dignità umana. Ciò può apparire paradossale, se si considera che spesso si fa appello proprio alla tutela della dignità umana come fondamento di limitazioni alla libertà di pensiero. Quando però non si abbia a che fare con manifestazioni aventi un diretto contenuto ingiurioso o diffamatorio nei confronti di una o più persone concrete, occorre domandarsi che ruolo giochi la dignità umana della persona concretamente accusata di diffondere pensieri in contrasto con una idea (magari comune a molti, o addirittura comune a tutti gli altri soggetti) di dignità umana. Se escludiamo che la libertà assicurata dall'art. 21 cost. consista nel solo interno psichico pensare, se il pensiero è elemento caratterizzante dell'essere umano, allora la libertà di pensiero è un dato essenziale costitutivo della dignità della persona. Da questo consegue che l'esigenza di tutelare la dignità della persona che in concreto manifesta (dignità che sta proprio e solo nel fatto del dire e dello scrivere) può contrapporsi a quello stesso limite alla libertà di pensiero che si individua nella tutela della dignità.

La posizione «individualista» deve confrontarsi con ricorrenti contestazioni[8]. Tra le molte, si ci sofferma qui su una di carattere generale.

Ancora non lontano nel tempo si è sottolineato invero che concentrare l'attenzione sui diritti rappresenta un pericoloso fattore di debolezza nell'individuazione del fondamento delle costituzioni, essendosi «arrivati al punto che, soprattutto nell'Occidente in decadenza, la mera enunciazione dei diritti ha assunto carattere perentorio ma non motivato e che gli stessi [sono] stati diluiti/confusi con ogni pulsione

[7] C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano 1958, p. 9. Per prospettiva individualistica si intende semplicemente che la libertà di pensiero non può essere funzionalizzata al perseguimento di interessi generali, che ne rappresentino il metro di valutazione costituzionale; essa quindi né esclude che ci siano limiti alla libertà, a tutela di diritti altrui, né implica che tali limiti siano da ricostruire in termini di esclusione delle opinioni vietate dall'area coperta dall'art. 21 cost. (per la rappresentazione in tali termini della prospettiva individualistica, e la conseguente critica, vedi invece V. Angiolini, *Manifestazione del pensiero e "libertà altrui"*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 4585 ss.).

[8] Indicazioni in A. Ambrosi, *Libertà di pensiero e manifestazione di opinioni razziste e xenofobe*, in *Quad. cost.*, 2008, p. 519 ss. ; sul rapporto tra libertà di pensiero e *hate speech* vedi anche i recenti contributi di R. C. Post, di E. Stradella, di C. Caruso, e di P. Tanzarella, in D. Tega (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Armando Editore, Roma 2011. Da altra prospettiva, una difesa dell' «individualismo» (che per molti è diventata una «parola-insulto») si trova argomentata in R. De Monticelli, *La questione morale*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2010, p. 60 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

ipersoggettiva, più o meno ipernarcisistica»[9]; si sostiene poi che «ogni teoria dei diritti dovrebbe essere bilanciata ed integrata dalla corrispondente teoria dei doveri soprattutto laddove si assista a tendenze culturali volte ad accentuare la dimensione individualistica dell'agire sociale, la riduzione dei diritti a pretese, la perdita del senso di appartenenza alla collettività che dovrebbe sottendere ad ogni corretta concezione dello Stato e del potere»[10]. Più da vicino, la naturale socialità della persona, la quale sussiste e si completa solo nella relazione con l'altro, sul piano costituzionale trova espressione nell'art. 2 cost., nella parte in cui stabilisce che la Repubblica richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Il concetto di solidarietà addolcirebbe l'espressione arcigna dei doveri costituzionali, che non sarebbero più il contraltare negativo del concetto solare di diritto, ma diverrebbero un «fattore fondamentale dell'appartenenza dell'uomo ad un contesto sociale che lo valorizza e lo completa consentendogli di divenire quello che egli realmente è»[11].

Di solito questa impostazione è utilizzata per argomentare il dovere di curarsi, che si unirebbe al diritto di trovare cure adeguate. Ma la tesi ha portata generale: tutti i diritti – anche quello di pensiero – dovrebbero trovare conformazione all'interno del dovere costituzionale di solidarietà; ed essa avrebbe evidenti ricadute sul tema qui affrontato.

Sul piano giuridico, la teoria dei doveri costituzionali non sembra però possa implicare un limite generale ai diritti che la costituzione riconosce. Per chi ritiene che i doveri costituzionali siano solo quelli poi specificamente previsti e regolati nella carta fondamentale, è ovvio che sia così. Ma anche se si dovesse ritenere che il dovere costituzionale di solidarietà funga da clausola aperta, essa non dovrebbe mai implicare la possibilità di una incisione diretta sui diritti costituzionalmente previsti, al di là di quanto la stessa costituzione non consenta. A ritenere diversamente, la clausola avrebbe una portata assolutamente pervasiva, capace di operare in modo flessibile in tutti i campi, in sostanza svuotando di garanzia i diritti testualmente previsti. Certo, la teorica del bilanciamento tra principi e valori costituzionali già consente al legislatore un ampio margine di discrezionalità nella conformazione dei diritti, ma una clausola così ampia come il dovere di solidarietà finirebbe per vanificare il senso dei singoli limiti previsti per i singoli diritti.

[9] A. Spadaro, «*Nucleo duro» costituzionale e «teoria dei doveri»: prime considerazioni*, in S. Staiano (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Giappichelli, Torino 2006, p. 784, ripreso da L. Violini, *I doveri inderogabili di solidarietà: alla ricerca di un nuovo linguaggio per la Corte costituzionale*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Giappichelli, Torino 2007, p. 517-518.

[10] L. Violini, *I doveri inderogabili di solidarietà: alla ricerca di un nuovo linguaggio per la Corte costituzionale*, cit., p. 518.

[11] *Ivi*, p. 520.

File riservato ad esclusivo fine di studio

La giurisprudenza costituzionale italiana sembra orientata, come risulta da recenti ricerche[12], a non valorizzare il dovere costituzionale di solidarietà, facendo prevalere, in caso di connessione, la situazione del diritto individuale. Non manca però qualche decisione, che potrebbe forse essere utilizzata in senso contrario. Si pensi alla sentenza n. 172 del 1999, che ha salvato la legge che prevedeva il servizio militare obbligatorio per gli apolidi, proprio facendo leva sul dovere di solidarietà, che lega anche questi alla comunità nazionale. Una prestazione di tal genere, incidente sulla stessa libertà personale, difficilmente si sarebbe potuta giustificare con la sola riserva di legge alla quale rinvia l'art. 23 cost. per le prestazioni personali.

Nella materia specifica della manifestazione del pensiero, occorre però ricordare che la corte, ancora nel 1974, ha ritenuto illegittimo l'art. 415 c. p., nella parte in cui puniva la «semplice» *istigazione* all'*odio* tra le classi sociali, affermando che «le teorie della necessità del contrasto e della lotta tra le classi sociali sono dottrine che sorgendo e sviluppandosi nell'intimo della coscienza e delle concezioni e convinzioni politiche, sociali e filosofiche dell'individuo appartengono al mondo del pensiero e dell'ideologia. L'attività di esternazione e di diffusione di queste dottrine, che non susciti di per sé violente reazioni contro l'ordine pubblico o non sia attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità, non ha finalità contrastanti con interessi primari costituzionalmente garantiti e pertanto qualsiasi repressione o limitazione di essa viola la libertà consacrata nell'art. 21 della Costituzione»[13].

4. Diritti e responsabilità etica.

Quanto sopra non significa che al di là del dato giuridico, sul piano etico[14], non si debba invitare ad un uso responsabile della libertà.

«I diritti di libertà – soprattutto quelli aventi una valenza sociale (come la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di riunione e i diritti connessi all'esercizio dei mass media) – se non sono responsabilmente esercitati (e la responsabilità […] è solo e soltanto morale, e quindi non giustiziabile), possono innescare delle reazioni che, nei fatti, non giovano alla complessiva qualità della vita": così si esprime Alessandro Pace[15].

[12] A.M. Poggi, *Corte costituzionale e doveri*, in F. Dal Canto (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale* (Atti del convegno annuale dell'associazione "Gruppo di Pisa", Pisa, 4-5 giugno 2010), Giappichelli, Torino 2011, p. 39 ss.

[13] Sent. 108/1074. Dal punto di vista delle scienze politiche e sociali, e con riferimento a vere e proprie tragedie, per la inevitabilità dei "conflitti", da tenere distinti dalle "crisi", vedi J. Sémelin, *Purificare e distruggere. Usi politici dei massacri e dei genocidi*, Einaudi, Torino 2007, p. 454.

[14] E qualche volta, più semplicemente, sul piano della buona educazione.

[15] A. Pace, *Libertà individuali e qualità della vita*, in M. Ruotolo, *La Costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2008, p. 20.

File riservato ad esclusivo fine di studio

E' un tema ben presente alla riflessione umana. «Finché le parole sono dentro di te, tu sei il loro signore… quando sono uscite tu diventi loro servo»: parole del *Talmud*[16], alle quali fa eco – solo per esemplificare – l'abate Dinouart nel 1771 (plagiando un trattatello del 1696): Mai l'uomo è padrone di sé come quando tace: quando parla sembra, per così dire, effondersi e dissolversi nel discorso, così che sembra appartenere meno a se stesso che agli altri»[17].

5. Diritti individuali, doveri inderogabili, concezioni antropologiche.

Occorre riconoscere che su questi problemi apicali (che coinvolgono i concetti di individuo, persona, socialità, fondamento dei diritti, responsabilità…) l'analisi giuridica risente inevitabilmente delle complessive concezioni antropologiche. Anche di esse si dovrebbe quindi tenere conto.

Entrando in campi diversi da quello giuridico, ci si può ad esempio porre la seguente questione. Ammettiamo che un comportamento, non lesivo di altri in modo sensibile ed immediato, sia riprovevole sul piano etico (sul piano religioso); quale valore avrebbe – sempre sul piano etico (religioso) – impedire giuridicamente quel comportamento, magari con la forza? Da quel comportamento ci si asterrebbe non per «scelta», ma perché si è posti nella impossibilità giuridica (o anche fisica) di tenere un comportamento contrario. Ma non si finisce così per ledere la dignità dell'essere umano, che è essere libero? Libero anche di dire «no»?

Colpisce un avverbio che si legge nel racconto del sacrificio di Isacco[18], nel libro della Genesi, in quella Bibbia nella quale si può vedere senz'altro anche la rappresentazione di concezioni antropologiche. Il coltello era già pronto a conficcarsi in Isacco, quando l'angelo del Signore ferma Abramo: «Non stendere la mano contro il ragazzo e non fargli niente! Ora so che tu temi Dio…». Perché l'angelo del Signore conosce Abramo solo *ora*, solo nel momento in cui sta per sacrificare l'unico figlio, e non prima? Forse perché *prima* c'era la libertà di Abramo, che avrebbe potuto svolgersi in altra direzione[19].

[16] La citazione è presa da E. De Luca**,** *Pianoterra***,** Nottetempo, Roma 2008, p. 65.

[17] A. Dinouart, *L'arte di tacere*, Sellerio, Palermo 1991, p. 46. Quello del testo è un invito ad un uso responsabile della libertà di espressione, non certo un invito a tacere, magari per non mettere in discussione i principi affermati dalle autorità civili o religiose (come invece, probabilmente, intendeva il filone di opere nel quale si inserisce l'abate Dinouart: cfr., nell'edizione citata, l'introduzione di J.-J. Courtine e C. Haroche, a p. 14).

[18] *Genesi* 22, 1-12.

[19] Sull'episodio pagine suggestive in E. De Luca, *Penultime notizie circa Ieshu/Gesù*, ediz. Messaggero, Padova 2009, p. 62 ss., spec. p. 67; sul rapporto tra libertà e persona vedi R. De Monticelli, *La questione morale*, cit., p. 66; sul ruolo della libertà del volere nel diritto penale vedi G. Bettiol, *Diritto penale*, XI ed., Cedam, Padova 1982, p. 383 ss.

File riservato ad esclusivo fine di studio

6. Negazionismo e decisione quadro 2008/913/GAI.

Tornando alla considerazione giuridica, sembra da escludere che la punizione dei negazionismi *come tali* sia imposta dalla decisione quadro del 2008[20].

È vero che l'art. 1 (al par. 1, lett. c-d) obbliga a punire la apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra (quali precisati agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della corte penale internazionale), così come dei crimini definiti all'art. 6 dello statuto del tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945; ma la portata della norma è attenuata da altre previsioni, che sono da leggere anche alla luce dei lavori preparatori.

Apologia negazione e minimizzazione non sono anzitutto punite di per se stesse, ma se «dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica», e – soprattutto – solo «quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro»[21]. Per tutte le ipotesi di reato, operano poi due «riserve»: per la prima (art. 1, par. 2), «gli Stati membri possono decidere di rendere punibili soltanto i comportamenti atti a turbare l'ordine pubblico o che sono minacciosi, offensivi o ingiuriosi»[22]; per la seconda (art. 7, par. 2), la decisione quadro «non ha l'effetto di imporre agli Stati membri di prendere misure che siano in *contrasto* con i *principi fondamentali riguardanti* la libertà di associazione e *la libertà di espressione*, in particolare la libertà di stampa e la libertà di espressione in altri mezzi di comunicazione, *quali risultano dalle tradizioni costituzionali* o dalle norme che disciplinano i diritti e le responsabilità della stampa o di altri mezzi di comunicazione, nonché le relative garanzie procedurali, quando tali norme riguardano la determinazione o la limitazione della responsabilità».

E' da ritenere che le «tradizioni costituzionali» fatte salve siano le regole costituzionali interne ad ogni singolo Paese. Il 6° e il 15° "considerando" della decisione riconoscono che «le *tradizioni* culturali e *giuridiche* degli Stati membri sono in parte diverse», e che le libertà di associazione e di espressione «hanno dato luogo, *nel diritto nazionale* di molti Stati membri, a garanzie procedurali e a norme particolari

[20] Sulla quale vedi C. Mancuso, *La decisione quadro 2008/913/Gai: due passi in avanti e uno indietro nella lotta europea contro il razzismo,* in *Diritto penale e processo*, 2009, p. 645 ss.

[21] Similmente, «la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale» sono punite *in quanto mezzo* di istigazione pubblica alla violenza e all'odio. Nella proposta di decisione presentata dalla commissione il 29 novembre 2001 (n. 14904/01 DROIPEN 105 COM(2001) 664 def.), pubblicata in GUCE C 75 del 26 marzo 2002, il comportamento era invece punito per sé solo (cfr. art. 4, lett. e).

[22] Il progetto del consiglio, sottoposto all'esame del parlamento, nel testo italiano parlava di «quiete pubblica» e di comportamenti «minacciosi, vessatori o insultanti».

File riservato ad esclusivo fine di studio

concernenti la determinazione o la limitazione della responsabilità». Lo stesso richiamo – nell'art. 7, par. 2 – a «garanzie procedurali» e a disposizioni che *eventualmente* («*quando* tali norme…») circoscrivono la responsabilità non può avere ad oggetto tradizioni comuni agli stati membri, ma solo gli ordinamenti giuridici nazionali. Anche i lavori preparatori confermano l'interpretazione qui suggerita. La risoluzione legislativa del parlamento europeo del 29 novembre 2007[23], sulla proposta di decisione quadro avanzata dal consiglio, chiedeva di modificare il par. 2 precisando che essa non obbligava gli stati a prendere «misure che siano in contrasto con i *principi fondamentali comuni agli Stati membri*, riguardanti la libertà di associazione e la libertà di espressione…»; l'emendamento esprimeva la volontà che le particolarità delle costituzioni nazionali non fossero opponibili alla disciplina europea, ma esso non è stato accolto dal consiglio[24].

Al di là della relativa indeterminatezza delle clausole generali utilizzate[25], sembra dunque chiaro il loro senso complessivo: dal punto di vista dell'Unione, le fattispecie incriminatrici possono essere descritte comprendendo l'elemento della lesione effettiva di beni giuridici, o della loro concreta messa in pericolo, escludendo la punizione per le «mere» manifestazioni di pensiero.

7. Libertà di pensiero e tradizioni costituzionali dei Paesi europei.

La diversità di tradizioni costituzionali dei Paesi europei[26], della quale dà atto la decisione, meriterebbe un approfondimento.

[23] Cfr. il documento P6_TA(2007)0552.

[24] Al momento dell'adozione della decisione, la Germania, con apposita dichiarazione a verbale, ha rimarcato che l'atto europeo lascia uno spazio di manovra ai singoli stati membri, in considerazione delle loro particolarità: vedi l'*Addendum* al progetto di processo verbale della sessione del consiglio dell'Unione europea (giustizia e affari interni), tenutasi a Bruxelles il 27-28 novembre 2008, reso pubblico il 27 gennaio 2009 (16395/08 ADD 1); sul piano interno, nell'attuazione della decisione quadro, la Germania si comporta di conseguenza (vedi il documento citato alla nota 39). Forse a dimostrazione di talune riserve mentali, nello stesso verbale si legge questa dichiarazione della commissione: «Tuttavia, secondo la Commissione, l'articolo 7, paragrafo 2, potrebbe essere interpretato nel senso di un'autorizzazione a far prevalere il diritto nazionale sul diritto dell'Unione. La Commissione rammenta in proposito la preminenza del diritto dell'Unione». Da segnalare infine che il testo presentato dal consiglio al parlamento parlava di «tradizioni *o norme* costituzionali»; nel testo definitivo il rinvio alle «norme» è caduto, ma ciò non sembra avere un particolare significato, alla luce degli elementi testuali e di quelli tratti dai lavori preparatori, che sopra sono stati messi in evidenza.

[25] *Il manifesto sulla politica criminale europea* (in Italia pubblicato in *Quad. cost.*, 2010, p. 897 ss.), redatto da un gruppo di studiosi provenienti da dieci Paesi dell'Unione europea riuniti sotto la sigla ECPI (*European Criminal Policy Initiative*), ritiene che l'art. 1, par. 2, della decisione quadro sia un esempio di quei «concetti assolutamente indeterminati», che contrastano con il principio di determinatezza delle norme incriminatici (principio derivante da quello di legalità).

[26] La corte suprema degli Stati Uniti continua ad avere un atteggiamento molto liberale in punto di libertà di espressione: in *Snyder v. Phelps,* 562 U.S. (2011) si ritengono protette dal I emendamento

File riservato ad esclusivo fine di studio

Al momento dell'approvazione, l'Ungheria ha fatto verbalizzare una dichiarazione[27]per la quale, «secondo la giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale della Repubblica di Ungheria, l'unica fattispecie in cui la libertà di espressione può essere limitata mediante il diritto penale è allorché il comportamento in questione mette direttamente e in modo ovvio a repentaglio i diritti di singoli identificabili ed è suscettibile nel contempo di turbare la quiete pubblica»[28].

Venendo a Paesi per i quali è più agevole avere accesso a fonti, se nel maggio 2010 la corte di cassazione francese[29] ha ritenuto di non sollevare questione di costituzionalità sulla *loi Gayssot* del 1990, che punisce il negazionismo[30], pochi mesi prima il

anche manifestazioni contrarie alla tolleranza (nel caso, alla tolleranza nei confronti dell'omosessualità).

[27] Vedi *l'Addendum* citato alla nota 24.

[28] Difficile dire se questo orientamento giurisprudenziale (ammesso che sussista) sia destinato a continuare. Da un lato, a dicembre 2010, il parlamento ungherese ha approvato una legge sui mezzi di comunicazione che ha destato numerose preoccupazioni, anche in sede europea, particolarmente con riferimento al vincolo, imposto ai media di tutti i tipi (soggetti a preventiva autorizzazione), di fornire notizie equilibrate e di non diffondere contenuti offensivi, concetti - questi - ritenuti troppo generici, e in grado di prestarsi ad applicazioni miranti a reprimere il dissenso (vedi il dibattito svoltosi nella seduta plenaria del parlamento europeo del 16 febbraio 2011, e la risoluzione dallo stesso approvata il 10 marzo 2011 - doc. P7_TA(2011)0094; il governo ungherese si è impegnato a emendare la legge, ma le modifiche apportate non sembrano tranquillizzare del tutto). D'altro lato, il 1° gennaio 2012 è entrata in vigore la nuova costituzione ungherese, la quale, tra l'altro, prevede la nomina parlamentare di tutti i giudici costituzionali (con la maggioranza dei due terzi; maggioranza qualificata di cui dispone l'esecutivo in carica al momento della approvazione della costituzione), la limitazione dell'accesso alla corte, la trasformazione della libertà di stampa da diritto individuale a dovere dello stato (ciò stando alle fonti disponibili: cfr., oltre agli atti del parlamento europeo e ai documenti ivi citati, K. Kelemen, *Ungheria: primi appunti sull'adozione della nuova Costituzione*, in <www.forumcostituzionale.it>, 6 maggio 2011, e M. De Simone, *Ungheria. La nuova costituzione: verso una deriva autoritaria?*, in <www.forumcostituzionale.it>, 16 settembre 2011). Anche la nuova costituzione è stata oggetto di numerose interrogazioni di parlamentari europei, alla commissione e al consiglio (vedi ad esempio i docc. O-000073/2011, O-000110/2011, O-000126/2011, O-000137/2011). Dalla discussione svoltasi nella seduta plenaria del parlamento l'8 giugno 2011, emerge che - mentre per il consiglio europeo la questione è puramente interna all'Ungheria - la commissione è orientata a valutare la compatibilità con la normativa europea delle singole misure (legislative, amministrative e giudiziarie) che saranno adottate in attuazione e svolgimento della nuova costituzione. Il 5 luglio 2011 il parlamento europeo ha approvato una risoluzione «sulla Costituzione ungherese rivista» (doc. P7_TA-PROV(2011)0315), nella quale si esprimono forti preoccupazioni, e tra l'altro si «invita la Commissione ad effettuare una revisione ed analisi complete della nuova Costituzione e delle leggi cardinali da adottare in futuro, in modo da controllare che esse siano coerenti con l'*acquis* comunitario e in particolare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nonché con la lettera e lo spirito dei trattati».

[29] Ne dà notizia *Le Monde* del 9 maggio 2010.

[30] La «Loi n°90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe» ha modificato la legge sulla stampa del 29 luglio 1891 introducendovi l'art. 24-bis, il primo comma del quale dispone che «Seront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l'article 24 ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation

File riservato ad esclusivo fine di studio

tribunale costituzionale tedesco ha assunto una posizione più aperta nei confronti della libertà di espressione. Il caso della Germania è molto interessante per noi, sia per evidenti motivi legati alla storia della prima metà del XX secolo, sia perché anche quel Paese conosce già una legislazione penale sul negazionismo.

La sentenza è del 4 novembre 2009, ed è stata resa dal I Senato del *Bundesverfassungsgericht*. Essa ha ad oggetto l'art. 130, *Abs.* 4, *StGB*, introdotto con legge del 24 marzo 2005.

La disposizione stabilisce che «è punito con la reclusione fino a tre anni, o con multa, chiunque pubblicamente o in una riunione turba la quiete pubblica approvando, esaltando o giustificando la dittatura nazionalsocialista, in modo tale da ledere la dignità delle vittime». La lesione della dignità delle vittime non è dunque sufficiente a rendere illecite le manifestazioni, occorrendo anche il turbamento della quiete pubblica. La norma è sospettata di contrastare con l'art. 5, *Abs.* 1 e 2, GG, che garantisce la libertà di manifestazione del pensiero e la libertà di accesso alle fonti, aggiungendo che «questi diritti trovano i loro limiti nelle disposizioni delle leggi generali, nelle norme legislative concernenti la protezione della gioventù e nel diritto al rispetto dell'onore della persona».

Premesso che il *Grundgesetz* non conosce alcun principio fondamentale antinazionalsocialista, il tribunale costituzionale afferma[31] che «la Legge fondamentale garantisce la libertà di espressione anche ai nemici della libertà, facendo affidamento sulla forza del libero dibattito pubblico», e che «l'art. 5, par. 1 e 2, GG, garantisce la libertà di espressione come libertà spirituale, indipendentemente dal fatto che si tratti di opinioni nel merito corrette o pericolose».

Quanto ai limiti apponibili alla libertà di pensiero, il *Bundesverfassungsgericht* avverte – in via generale – che nella determinazione di essi occorrerà prendere inconsiderazione anche il valore della libertà di espressione (in applicazione della c.d. *Wechselwirkungslehre*)[32].

Nello specifico, la *pace pubblica* può essere un bene che si contrappone, limitandola, alla libertà di manifestazione; ma il limite opera quando il bene è *concretamente in pericolo*: «La sola mancanza di meritevolezza, come anche la sola pericolosità di certe opinioni, come tali non costituiscono motivo per limitarle. […] I pericoli, che vengono solo dalle opinioni come tali, sono troppo astratti per giustificare, da parte dello Stato, il divieto di esse»[33]. Ancora: protezione della pace pubblica non può voler dire «protezione dalla *insicurezza soggettiva* che deriva ai cittadini dal confronto con

déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale».

[31] Al par. 67. Nei passi riportati i corsivi sono aggiunti.

[32] Par. 71.

[33] Par. 72, par. 74.

File riservato ad esclusivo fine di studio

opinioni e ideologie provocanti», come non può volere dire «garanzia che siano fondamentalmentalmente rispettate certe concezioni sociali o etiche»[34].

Ripensando a taluni discorsi che si fanno in Italia, risulta poi significativa questa osservazione del tribunale di *Karlsruhe*: «L'insicurezza, che è portata con sè dalla contrapposizione intellettuale nella lotta tra opinioni, e che segue solo al contenuto delle idee e delle loro conseguenze sul piano dello spirito, è il necessario rovescio della libertà di opinione, e non può rappresentare uno scopo legittimo per una sua limitazione.» E si aggiunge: «Nemmeno lo *scopo di rafforzare i diritti umani* nella coscienza giuridica della popolazione permette di reprimere i punti di vista contrari»[35].

Il tribunale costituzionale tedesco offre un criterio per la individuazione del «pericolo in concreto»: «La questione determinante, se la manifestazione di una opinione opera esclusivamente sul piano degli effetti spirituali, oppure se supera la soglia del profilarsi della messa in pericolo di beni giuridici, dipende in particolare da questo, se i pericoli, che vengono in gioco come conseguenza di questa manifestazione, si realizzano solo come effetti remoti di concomitanti ulteriori liberi convincimenti, oppure se la loro concretizzazione viene messa in moto già con la espressione del pensiero»[36].

La conclusione del *Bundesverfassungsgericht* è che la disposizione censurata non contrasta con il *Grundgesetz* proprio in quanto ad integrare la fattispecie penale è necessario il concreto turbamento della quiete pubblica (con il che per i giudici risulta irrilevante la questione se la norma sia giustificabile con la protezione della dignità delle vittime della dittatura nazionalsocialista[37]). Questi del tribunale costituzionale federale sono argomenti da meditare, se non si ritiene che i giudici tedeschi, proprio su questioni come quelle che si stanno esaminando, siano improvvisamente usciti di senno[38]. Ed è da segnalare che il Governo federale, nel presentare ad ottobre 2010 il progetto di legge di attuazione della decisione quadro, ha espressamente dichiarato di attenersi alla giurisprudenza espressa dalla decisione del 2009[39].

In Spagna, alla fine del 2007, il *Tribunal Constitucional* – precisando (e forse superando) la precedente giurisprudenza[40] – ha ritenuto in contrasto con la libertà di

[34] Par. 77.
[35] Par. 77.
[36] Par. 99.
[37] Par. 79.
[38] Il punto evidentemente tocca i problemi della offensività del reato, e del rapporto tra vincoli al legislatore nel momento della scrittura della disposizione, e poteri-doveri interpretativi del giudice nel momento della applicazione; problemi che sono al centro di molte delle relazioni qui raccolte, e nelle quali è approfondito il pensiero di Giuseppe Bettiol.
[39] Vedi il progetto del 1° ottobre 2010 (*Deutscher Bundestag - 17. Wahlperiode - Drucksache 17/3124*); nella relazione, a p. 8, richiamando la decisione del *Bundesverfassungsgericht* del 4 novembre 2009, si dà conto di come la Germania si ritenga obbligata ad utilizzare la clausola della decisione quadro, per cui la punibilità può essere subordinata al fatto che "i comportamenti [siano] atti a turbare l'ordine pubblico". Il progetto è divenuto la l. 16 marzo 2011, di modifica dell'art. 130 *StGB*.
[40] Nella STC 214/1991 dell'11 novembre 1991, in *Boletin de Jurisprudencia Constitucional*, n. 128/1991,

File riservato ad esclusivo fine di studio

espressione garantita dall'art. 20 CE la norma che puniva la diffusione con qualsiasi mezzo di idee o dottrine che *neghino* i delitti di genocidio, mentre non ha ritenuto incostituzionale la norma che punisce la *giustificazione* degli stessi delitti, se interpretata nel senso che la condotta punita si traduca in una incitazione indiretta al genocidio[41]. È interessante notare che il giudice spagnolo avverte la questione del rapporto tra la legge oggetto del giudizio, la propria decisione, e gli orientamenti europei circa la lotta contro il razzismo; e osserva come la proposta di decisione quadro allora in discussione (poi divenuta la 2008/913/GAI) obbligasse a punire la apologia, la negazione e la minimizzazione grossolana dei delitti di genocidio solo quando i comportamenti fossero stati posti in essere in modo atto ad istigare alla violenza o all'odio[42].

Da ultimo, una rilevante evoluzione si è registrata nella stessa Francia. Il 23 gennaio 2012 il Senato aveva adottato senza modificazioni una proposta di legge deliberata dall'Assemblea nazionale nel dicembre precedente, che integrava la legge sulla libertà di stampa del 1881 nel senso di punire «chi mette in dubbio [contesta] o minimizza in modo oltraggioso, con uno dei mezzi previsti dall'art. 23, l'esistenza di uno o più crimini di genocidio definito dall'art. 211-1 del codice penale *e riconosciuto come tale dalla legge francese*» [43]. In tal modo si estendeva il campo di applicazione della già vigente normativa sul negazionismo[44], in pratica ricomprendendovi il genocidio degli Armeni, in quanto già dal 2001 la Francia riconosceva come tale i massacri compiuti

p. 24 ss., spec. p. 33, il *Tribunal Constitucional* aveva ritenuto talune dichiarazioni negazioniste lesive dell'onore della persona (ricondotto alla dignità umana, protetta dall'art. 1.1. CE). Il giudizio costituzionale si era inserito in un processo civile intentato da una persona internata nel campo di sterminio di Auschwitz, dove morì gasata la sua famiglia, contro chi aveva affermato che gli ebrei si atteggiano sempre a vittime, che i forni non sono esistiti, e simili nefandezze. A questa sentenza si richiamano talune delle opinioni dissenzienti stese in calce alla decisione del 2007.

[41] Sentenza STC 235/2007 del 7 novembre 2007, reperibile in <www.tribunalconstitucional.es>; per un commento vedi I. Spigno, *Un dibattito ancora attuale: l'Olocausto e la sua negazione*, in *Dir. pubbl. comp. ed europ.*, 2008, p. 1921 ss.

[42] Vedi, nella motivazione, il *fundamento juridico* 9°. È significativo che sia il giudice spagnolo, sia la Germania (vedi nota 39), valutano la "attitudine" all'istigazione o al turbamento dell'ordine pubblico non in astratto, ma nel concreto delle singole situazioni, e quindi - sia pure ammettendo una tutela "anticipata" - richiedono che i beni giuridici protetti siano *seriamente* messi in pericolo.

[43] La Francia, peraltro, prestando il proprio consenso alla citata decisione quadro del 2008, aveva dichiarato che avrebbe reso punibili i fatti di negazionismo solo se riguardanti crimini accertati da un tribunale internazionale con decisione passata in giudicato (vedi l'*Addendum* al processo verbale ricordato alla nota 24); ma naturalmente la riserva non si poteva tradurre in un vincolo giuridico interno all'ordinamento francese.

[44] Cfr. l'art. 24-bis della legge del 1881, riportato alla precedente nota 30. L'art. 24-ter, come approvato dalla deliberazione legislativa del gennaio 2012, stabiliva che «Les peines prévues à l'article 24 *bis* sont applicables à ceux qui ont contesté ou minimisé de façon outrancière, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide défini à l'article 211-1 du code pénal et reconnus comme tels par la loi française./Le tribunal peut en outre ordonner l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues à l'article 131-35 du code pénal».

File riservato ad esclusivo fine di studio

dalla Turchia nel 1915 (vedi la *Loi n° 2001-70* del 29 gennaio 2001, «relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915»).

La proposta di legge è stata però giudicata in contrasto con la costituzione dal *Conseil constitutionnel*, che con la decisione n. 2012-647 DC del 28 febbraio 2012 ha ritenuto lesiva della libertà di espressione e di comunicazione la repressione penale del dissenso rispetto alla qualificazione che di determinati avvenimenti sia stata operata dal legislatore.

8. La memoria pubblica come alternativa alla limitazione dei diritti di libertà.

Se non è possibile rispondere alle istanze di verità e giustizia ponendo limiti alla libertà di pensiero, nemmeno in nome del dovere di solidarietà, l'unica strada da percorrere sembrerebbe quella di una *memoria pubblica*: creata, sostenuta, alimentata attraverso iniziative dei *pubblici poteri*. A questo proposito si può ricordare il significativo esempio francese della *Loi n° 2001-434* del 21 maggio 2001, «*tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanite*», che si aggiunge a quello della appena considerata legge «*relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915*[45]».

Anche questa strada, peraltro, non è libera da ostacoli e trabocchetti[46]. Senza svolgere qui un discorso compiuto, può essere utile sottoporre alla discussione alcuni spunti.

Molti studiosi di scienze sociali mettono in evidenza i *rischi* di certe forme di memoria pubblica, e precisamente di quelle nelle quali si trovano dichiarazioni della «verità» di fatti, o asserzioni di valore o di disvalore di certi eventi.

«Il passato [può] essere strumentalizzato dai soggetti politici, con la sopravvalutazione di eventi traumatici da parte di alcuni che ne presentano una lettura univoca, mentre altri cercano decisamente di occultarli. I manuali di scuola sono molto spesso i depositari di queste letture distorte del passato, al punto che si può dire che i libri destinati ai giovani di un paese nascondono spesso i germi ideologici dei conflitti di domani»[47].

Sono parole di Jacques Sémelin, uno dei maggiori studiosi di massacri e genocidi, espressamente riferite anche al «lavoro di memoria» e all'eventuale precipitato di esso nei libri di scuola.

[45] Su queste e altre leggi vedi P. Fraisseix, *Le Droit memoriel*, in *Revue française de Droit constitutionnel*, 67, 2006, p. 483 ss.
[46] Cfr. la approfondita analisi di A. Pugiotto, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 7 ss.
[47] J. Sémelin, *Purificare e distruggere*, cit, p. 464.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Sono state scritte nel 2005, sulla scorta dell'analisi di vicende come la *Shoah*, o come quelle accadute in Ruanda[48] o nella *ex* Iugoslavia; e potrebbero sembrare eccessivamente dure. Ma pure avvenimenti successivi, piccoli e grandi (comunque di rilievo incomparabilmente minore), sembrano dare conferma alla valutazione di Sémelin.

Se guardiamo ancora alla Francia, due vicende fanno riflettere. La prima riguarda i tentativi di punire penalmente la negazione del genocidio degli Armeni, mediante l'estensione del campo di applicazione della *Loi Gayssot* del 1990[49]. Prima della deliberazione legislativa del gennaio 2012, ora annullata dal *Conseil*, l'assemblea nazionale aveva approvato il 12 ottobre 2006 un progetto che – sia pure diversamente formulato – mirava allo stesso risultato. Il progetto si era arenato al senato, ma anche allora – come oggi – aveva avuto l'effetto politico di mettere in forte tensione i rapporti con Ankara.

La seconda origina dalla *Loi n° 2005-158* del 23 febbraio 2005, «portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés»: legge secondo cui, tra l'altro, «les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence française outre-mer…». La legge ha suscitato un vivace dibattito, tanto per la trasformazione della colonizzazione in «presenza francese oltre mare», quanto per la «perimetrazione» dell'area geografica interessata, perimetrazione che ha provocato l'ira delle Antille[50].

Vicenda molto più modesta ha visto come protagonista il consiglio regionale Veneto nell'ultimo scorcio del 2010, quando fu approvata una legge con «Norme in materia di promozione e valorizzazione del patrimonio storico e culturale dell'antifascismo, della resistenza e dei correlati eventi accaduti in Veneto dal 1943 al 1948» (l. reg. 10 dicembre 2010, n. 29).

Di essa è interessante l'*iter* legislativo. Secondo la proposta di partenza, «La Regione Veneto promuove la conservazione e la valorizzazione del patrimonio storico, politico e culturale dell'antifascismo e della *resistenza*, *valore* fondante, nella sua *pe-*

[48] Secondo il rapporto di Amnesty International *Unsafe to speak out: restrictions on freedom of expression in Rwanda*, pubblicato il 3 giugno 2011 (disponibile su <www.amnesty.org>, documento AFR 47/002/2011), leggi introdotte in Ruanda per la proibizione dell'ideologia genocida e del divisionismo, nell'intento di evitare il ripetersi del massacro degli anni 90 del secolo scorso, sono oggi usate per reprimere duramente il dissenso politico e limitare la libertà di espressione. Probabilmente si è purtroppo così realizzato uno dei rischi insiti nella legislazione che punisce le mere (anche se false e odiose) manifestazioni di pensiero. Un motivo in più per non accoglierle nell'ordinamento.

[49] Cfr. il progetto n. 610, che integra la legge n. 2001-70 del 29 gennaio 2001 sul riconoscimento del genocidio armeno del 1915: secondo l'art. 2, co. 1, «*Sont punis des peines prévues par l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23 de ladite loi, l'existence du génocide arménien de 1915*».

[50] P. Fraisseix, *Le Droit memoriel*, cit., p. 505-506 (alle p. 484-485 indicazioni sulle vicende che nel 2006 hanno condotto all'abrogazione della legge).

File riservato ad esclusivo fine di studio

renne attualità, dell'ordinamento costituzionale»; e si aggiungeva che «La Regione promuove, altresì, interventi finalizzati alla ricerca, alla divulgazione e alla diffusione delle conoscenze allo scopo di salvare la *memoria delle stragi nazifasciste* in Veneto e le *gesta eroiche del movimento partigiano*»[51]. Nel testo deliberato in commissione spariva il riferimento alle «gesta eroiche del movimento partigiano»[52]; nel testo definitivamente approvato – ferma rimanendo la scomparsa delle «gesta eroiche» – la legge assume la finalità sì di conservare e valorizzare il patrimonio dell'antifascismo e della resistenza (il cui *valore*, però, non è più di «*perenne attualità*»…), ma anche quella di promuovere «la *conoscenza dei correlati eventi accaduti in Veneto dal 1943 al 1948*»[53].

Ora, leggendo i lavori preparatori, si ha subito conferma che leggi del genere si prestano a rinfocolare divisioni, e sono utilizzate più per la dialettica politica dell'oggi che per la ricerca e la discussione critiche[54]. Nella direzione che qui si indica è peraltro da apprezzare che nella legge siano spariti di giudizi di valore, e sia comparso il riferimento alla «conoscenza» degli eventi.

Dal punto di vista giuridico, le obiezioni che si potrebbero muovere a queste forme di «diritto della memoria» riguardano soprattutto[55] il principio di eguaglianza e la libertà della ricerca e dell'insegnamento. Con quali criteri si scelgono gli accadimenti da tutelare? Come si selezionano, per finanziarli, i singoli progetti di tutela?

Per il vero, il problema dell'eguaglianza si pone anche per le normative di limitazione della libertà di espressione, e si pone anche in sede politica.

Ad esempio, occorre notare come la sopra ricordata decisione quadro del 2008 in generale si riferisce solo a comportamenti che hanno come destinatari persone o gruppi di persone definite «in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica»; oltre a ciò, la apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di cui all'art. 6 dello statuto del tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945, valgono testualmente per i soli crimini dei Paesi dell'Asse. Rimangono così fuori dal campo di applicazione della decisione sia i reati commessi su basi diverse, quali lo *status* sociale o le convinzioni politiche, sia i reati commessi da altri regimi totalitari per motivi

[51] Art. 1, commi 1 e 3, progetto di legge n. 8, presentato alla presidenza del consiglio il 27 aprile 2010. Tutti i corsivi sono aggiunti,

[52] Art. 1, comma 3, progetto licenziato dalla VI commissione permanente il 25 ottobre 2010.

[53] Art. 1, comma 1, l. reg. 29/2010.

[54] Dal resoconto della seduta del 24 novembre 2010 risulta che – superato abbastanza agevolmente l'ostacolo sulla perimetrazione degli eventi, la cui memoria era da conservare (se solo quelli «positivi» della «resistenza», o anche gli «altri», come le uccisioni di «fascisti» o presunti tali dopo la liberazione) - il punto su cui i contrari alla legge maggiormente instettero riguardò la necessità di qualificare come «guerra civile» l'insieme di quelle vicende.

[55] Taluno ragiona anche di un «diritto declaratorio», privo di contenuto normativo, come tale incostituzionale (così in Francia P. Fraisseix, *Le Droit memoriel*, cit., p. 490 ss., richiamando un orientamento del *Conseil constitutionnel*, formatosi peraltro su materie differenti da quelle qui in esame).

File riservato ad esclusivo fine di studio

«meramente politici». Paesi che hanno conosciuto il totalitarismo comunista hanno formalmente denunciato la discriminazione già al momento della approvazione della decisione, mediante apposite dichiarazioni a verbale[56].

Nella prospettiva giuridica, in Germania, la stessa sentenza del 2009 sopra ricordata affronta il problema alla luce del vincolo che l'art. 5 GG pone alle leggi di limitazione della libertà di espressione, leggi che devono essere «generali»; e lo risolve, facendo leva sulla forza della storia: «Il regime disumano di questo periodo [quello nazista] che ha portato in Europa e nel mondo sofferenza, morte e oppressione incommensurabili, ha una importanza tale da definire la identità dell'ordinamento costituzionale della Repubblica federale di Germania»[57].

Lo stesso problema di eguaglianza si ha – sia pure in misura meno drammatica, essendo al di fuori del diritto penale – per il diritto memoriale meramente declaratorio, e per quello di finanziamento di progetti o di riparazioni[58].

Il criterio seguito dal tribunale costituzionale tedesco è senz'altro apprezzabile; ma è chiaro che esso non esclude soluzioni diverse da Paese a Paese, e comunque accertamenti rigorosi.

Ci può poi essere la questione della libertà della ricerca e dell'insegnamento[59]. E' da ricordare ancora il caso della Francia, a dimostrazione che sarebbe sbrigativo liquidare il tema come manifestazione di un esasperato senso critico. La legge sugli aspetti positivi della presenza francese nel territori d'oltre mare si poneva - nella letteratura di quel Paese - in contrasto con l'art. 34 della costituzione del 1958, secondo cui è riservato alla legge solo di determinare i «principi fondamentali» cui l'insegnamento si ispira[60].

[56] Cfr. dichiarazione della Lettonia, ripresa dalla dichiarazione dello stesso consiglio, nell'*Addendum* al processo verbale ricordato alla nota 24.

[57] Vedi il par. 65. Non c'è contraddizione tra il passo del testo e l'affermazione (al par. 67, sopra richiamato) che l'ordinamento costituzionale non conosce un principio anti-nazionalsocialista: la storia e la responsabilità della Germania giustificano norme che prendano in considerazione particolare lesioni dell'ordine pubblico (materiale, diremmo noi) derivanti da certe manifestazioni di pensiero; ma le manifestazioni di pensiero come tali non sono punibili in nome di un (presunto) principio anti-nazionalsocialista.

[58] Il problema dell'eguaglianza è stato oggetto di dibattito, ad esempio, nella discussione consiliare sulla l. reg. Veneto 29/2010 (vedi resoconto del 24 novembre 2010).

[59] La questione, naturalmente, non si pone per «leggi della memoria» che non incriminino manifestazioni di pensiero, e che non pretendano di vincolare i contenuti della ricerca e dell'insegnamento. Con riferimento alla proposta sul reato di negazionismo del presidente della comunità ebraica di Roma (ricordata alla nota 4), ma con argomenti valevoli per qualunque forma di verità legale, si è espresso in senso critico più di uno storico: vedi ad esempio gli articoli di A. Prosperi, su *La Repubblica* del 16 ottobre 2010, e di S. Luzzatto, su *Il Sole - 24 Ore* del 17 ottobre 2010.

[60] P. Fraisseix, *Le Droit memoriel*, cit., p. 485, p. 507-508. Cfr. anche E. Cartier, *Histoire et droit: rivalité ou complémentarité?*, in *Revue française de Droit constitutionnel*, 67, 2006, p. 509 ss., spec. p. 522 ss., p. 528 ss., che parla di deriva storicista del diritto e di "leggi storicide". Sul progetto di legge annullato dal *Conseil constitutionnel* con la decisione del 28 febbraio 2012 vedi le critiche dello storico P.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Certo, in Francia come in Italia e come in molti altri Paesi la libertà della ricerca è una cosa, la libertà di insegnamento è altro[61], e devono comunque convivere con la necessità pratica di programmi scolastici e universitari, funzionali all'istruzione, alla formazione, all'educazione delle persone (cui corrispondono diritti fondamentali delle stesse)[62], e funzionali anche - giova forse sottolinearlo - alla buona resa complessiva del sistema democratico. Nella costruzione di uno degli elementi del sistema – il «popolo» – un ruolo determinante ha assunto (lo dimostra la storia più recente) il sistema dell'istruzione pubblica, che ha contribuito a dare alle nuove generazioni conoscenze e valori di riferimento comuni, e a formare le identità nazionali. Oggi si può dubitare che l'istruzione pubblica abbia ancora la stessa capacità di costruzione del «popolo», e forse in ciò sta uno dei fattori di crisi della democrazia[63].

Queste considerazioni sollecitano ad una opera paziente di distinguo: ad esempio tra i destinatari della comunicazione, a seconda che si tratti di minorenni o di maggiorenni, e del contesto della stessa.

9. La memoria collettiva come risultante dell'esercizio dei diritti di libertà e del dovere morale di solidarietà.

Le difficoltà, forse una certa inutilità, degli sforzi fino ad ora compiuti per fare della memoria uno strumento di prevenzione delle crisi prima, e di pacificazione poi, non possono indurre alla inazione e alla passività.

Criticare chi fa non è difficile. Ma la paralisi non è moralmente sostenibile, nei confronti dei massacri e delle sofferenze che ne sono seguite e che ancora sussistono.

Ed allora, come muoversi? Anzitutto, c'è la necessità del riconoscimento e della condanna dei delitti compiuti da parte dei governi degli stati che ne sono responsabili, questione diversa da quella della costruzione di una memoria ufficiale circa determinati avvenimenti, o massacri o genocidi; e questione «etica»[64]. Poi, a parte gli strumenti di prevenzione e di ingerenza, anche «materiale», che possono essere previsti dal diritto internazionale, il «lavoro sulle memorie» rimane centrale: «memorie

Nora, *Lois mémorielles: pour en finir avec ce sport législatif purement français*, in *Le Monde*, 28 dicembre 2011, p. 17.

[61] Però, «la diffusion publique des résultats et de la connaissance en en général est consubstantielle à la libre recherche scientifique»: E. Cartier, *Histoire et droit: rivalité ou complémentarité?*, cit., p. 529.

[62] Per una sottolineatura dei limiti alla libertà di insegnamento derivanti dal diritto di avere una adeguata formazione vedi gli interventi di G. Sabbatucci, su *Il Messaggero* del 16 ottobre 2010, e di A. Foa, su *Avvenire* del 17 ottobre 2010.

[63] Cfr. P. Pombeni, *Com'è difficile definire una democrazia*, Il Mulino, Bologna 2008, p. 506 ss.

[64] Vedi B. L. Zekiyan, *Postfazione*, in C. Mutafian, *Metz Yeghérn. Breve storia del genocidio degli armeni*[2], Guerini e Associati, Milano 1996, p. 70 s.

File riservato ad esclusivo fine di studio

che possono servire tanto ad attizzare passioni quanto a contenerle per la possibilità di una riconciliazione»[65].

L'etica della responsabilità pone su ciascuno il dovere di conoscere e di fare conoscere. Forse il modo migliore di dare soddisfazione alle vittime, di evitare – per quanto possibile – il ripetersi di massacri consiste nell'esercizio delle libertà. Nell'informarsi, nel testimoniare, nel dare voce, nel raccontare, nell'essere vicini[66].

Si manifesta qui un diverso modo di essere della relazione tra memorie e libertà fondamentali: non limitazione delle seconde per onorare e tutelare le prime, ma esercizio delle stesse: ampio, attivo, convinto.

Per richiamare quello che negli anni più recenti è divenuto un evento culturale a tutti noto, si pensi ai libri di Antonia Arslan, e al film che è stato tratto da *La masseria delle allodole*; e si può credere che l'esercizio da parte sua della sua libertà di espressione abbia attualmente[67] contribuito alla conoscenza del popolo armeno e delle tragedie che lo hanno investito molto più di quanto avrebbe potuto fare una legge sulla memoria o la condanna penale di un qualche ignorante o di un qualche criminale. E come dimenticare – sulla stessa linea – quanto ha scritto Primo Levi?

Occorre anche, però, essere consapevoli che memoria e storia non sono sovrapponibili[68], e che – per citare Paul Valéry – «La storia è comunque pericolosa. La morale della storia è la morale del rischio»[69].

Un ultimo trasferimento in Germania consente di leggere, nella ormai nota sentenza del 2009 del *Bundesverfassungsgericht*, che "Il *Grundgesetz* si affida alla forza del libero confronto come arma più efficace anche contro la diffusione di ideologie totalitarie e disumanizzanti"; e ancora: "Per contrastare i pericoli che ne possono derivare, l'ordinamento liberale del *Grundgesetz* fa assegnamento in primo luogo all'impegno civile nella libera discussione politica, come alla istruzione e alla formazione pubbliche nelle scuole, come regolate nell'art. 7 GG"[70].

[65] J. Sémelin, *op. cit.*, p. 464.

[66] Da segnalare il sito internet <www.massviolence.org>, curato da Jacques Sémelin.

[67] Ma non mancano esempi più risalenti (vedi la "Bibliografia" in appendice a C. Mutafian, *op. cit.*, p. 74).

[68] Che il processo non sia il luogo deputato ad «accertare la storia» è affermato da Trib. Torino, sent. 7881/2008, *cit.*, p. 3958-3959.

[69] La citazione è da P. Fraisseix, *Le Droit memoriel*, cit., 508. Sul ruolo della memoria nella costruzione dell'identità collettiva vedi F. Lisena, *Spetta allo Stato accertare la "verità storica"?*, in *Giur. cost.*, 2009, 3959 ss. *Ivi* un richiamo a una conferenza del 1882 di E. Renan: «L'oblio, e direi perfino l'errore storico, sono dei fattori essenziali nella creazione di una nazione, ed è così che il progresso degli studi storici è spesso una minaccia per la nazionalità».

[70] Par. 50.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Nota sugli Autori

Andrea Ambrosi, ricercatore di diritto costituzionale, aggregato di diritto costituzionale regionale nell'Università degli Studi di Padova.

Massimiliana Bettiol, Presidente Federazione Italiana Donne Arte Professioni e Affari, Padova.

Rodolfo Bettiol, associato di istituzioni di diritto e procedura penale nell'Università degli Studi di Padova.

Gian Pietro Calabrò, ordinario di filosofia del diritto e di teoria generale dello Stato nell'Università degli Studi della Calabria.

Carlo Citterio, consigliere della Suprema Corte di Cassazione.

Danilo Castellano, ordinario di filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Udine.

Gabriele Fornasari, ordinario di diritto penale nell'Università degli Studi di Trento.

Emanuele Fragasso, assistente ordinario di procedura penale nell'Università degli Studi di Padova, avvocato in Padova.

Francesco Gnesotto, Prorettore Vicario dell'Università degli Studi di Padova.

José Luis Guzmàn Dalbora, ordinario di diritto penale e di introduzione alla filosofia morale e giuridica nell'Università di Valparaíso (Cile).

Paolo Moro, straordinario di filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Padova.

Debora Provolo, assegnista di ricerca in diritto penale nell'Università degli Studi di Padova.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Domenico Pulitanò, ordinario di diritto penale nell'Università degli Studi di Milano Bicocca.

Silvio Riondato, straordinario di diritto penale nell'Università degli Studi di Padova.

Mauro Ronco, ordinario di diritto penale nell'Università degli Studi di Padova.

Roland Riz, emerito di diritto penale nell'Università degli Studi di Padova.

Antonio Vernacotola, dottore di ricerca in filosofia del diritto, Università degli Studi della Calabria.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Tabula gratulatoria

Uno speciale ringraziamento va alla Federazione Italiana Donne Arti Professioni Mestieri, in particolare alla sezione di Padova:

Anna Giovannoni (Presidente Nord Est)
Massimiliana Bettiol (Presidente Padova)
Maria Elisabetta Di Blasi (Vice-Presidente Padova)
Patrizia Babici (Segretaria)
Rina Stroppa (Tesoriera)
Lilli Alossa
Graziella Arrigoni
Maria Luisa Barcucci Vaccato
Francesca Belviso
Rina Belviso Martellato
Giovanna Bettiol Grasso
Elena Biasutti Schiavon
Marisa Bolzonella Giacomin
Nadia Bovo
Nadia Cargnelli
Eva Cartia Di Mauro
Maria Cristina Castania Gelsomino
Gabriella Ceccherini
Antonella Dal Bello
Giusi Di Gioia
Paola Ghidoni
Ester Giaretta Viviani
Maria Gizzi Alfieri
Graziella Greggio
Gemma Lai
Mariella Mazzetto
Francesca Mungo
Daniela Natali
Maria Pia Olivieri Di Blasi
Ilda Petek Andreaggi

File riservato ad esclusivo fine di studio

Franca Saccon Dall'Ara
Adele Saggin Contarini
Antonietta Sambin
Francesca Sambin de Norcen
Amelia Siliotti Burlon
Terry Tiozzo
Giovanna Uva Carraro
Luisa Venuti
Loredana Vido
Liliana Ziliotto Sieve

File riservato ad esclusivo fine di studio

Finito di stampare nel mese di novembre 2012 per conto
della casa editrice dell'Università di Padova - Padova University Press
da Nuova Grafica - Padova

L'Università degli Studi di Padova ricorda il professore Giuseppe Bettiol, giuspenalista, giusfilosofo, uomo politico, a trent'anni dall'Ultima Lezione e dalla scomparsa. Giurista di fama mondiale, fautore dello Stato di Diritto, esaltò senza pari la classicità incentrata sul valore dell'uomo. Dignità umana, libertà e democrazia furono i valori che Egli tese ad instillare nel diritto penale, rileggendolo in una prospettiva di pensiero non estranea alla tradizione liberale ma da Lui rivisitata con un'originale impostazione filosofica definibile come neoumanesimo cristiano. Ne trattano in questo volume, con stimolante varietà di accenti, Andrea Ambrosi, Massimiliana Bettiol, Rodolfo Bettiol, Carlo Citterio, Danilo Castellano, Gian Pietro Calabrò, Gabriele Fornasari, Emanuele Fragasso jr., Francesco Gnesotto, José Luis Guzmán Dalbora, Paolo Moro, Debora Provolo, Domenico Pulitanò, Silvio Riondato, Roland Riz, Mauro Ronco, Antonio Vernacotola.

PADOVA UNIVERSITY PRESS